

ISSN 3125-2869 (impreso)
ISSN 3125-2818 (en línea)

Derecho Administrativo en el Estado Constitucional

Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral

Volumen 1. Número 1. Abril de 2026

Buenos Aires

Argentina



ISSN en trámite

Derecho Administrativo en el Estado Constitucional

Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral

Número 1. Abril de 2026

Buenos Aires

Argentina



Derecho Administrativo en el Estado Constitucional

EQUIPO EDITORIAL

Directores

Fabián O. Canda (Universidad Austral, Argentina)

Patricio M. E. Sammartino (Universidad Austral, Argentina)

CONSEJO EDITORIAL

Miriam M. Ivanega (Universidad Austral, Argentina)

Julio Pablo Comadira (Universidad Austral, Argentina)

Federico Menéndez (Universidad Austral, Argentina)

Marcos Serrano (Universidad Austral, Argentina)

Jorge Muratorio (Universidad Austral, Argentina)

Fernanda Otero Barba (Universidad Austral, Argentina)

Santiago Lauhirat (Universidad Austral, Argentina)

Martín Sánchez (Universidad Austral, Argentina)

Luciana Falcone (Universidad Austral, Argentina)

Bárbara Fernández Villa (Universidad Austral, Argentina)

COMITÉ ACADÉMICO

Gabriel Astarloa (Universidad Austral, Argentina)

Juan Carlos Cassagne (Profesor Emérito Universidad de Buenos Aires, Argentina)

María Angelica Gelli (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Laura Monti (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Alfonso Santiago (h) (Universidad Austral, Argentina)

Jaime Rodríguez Arana Muñoz (Universidad de A Coruña, España)

Augusto Durán Martínez (Universidad Centro Latinoamericano de Economía Humana, Uruguay)

Piergiuseppe Otranto (Università degli Studi di Bari Aldo Moro, Italia)

María Victoria Dios Vieitez (Universidad de A Coruña, España)

Jaime Santofimio Gamboa (Profesor Emérito Universidad Externado de Colombia, Colombia)

Carlos Delpiazzo (Universidad de la República y Universidad de Montevideo, Uruguay)

Graciela Ruocco (Universidad de la Republica de Uruguay, Uruguay)

Juan Carlos Morón Urbina (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)

Miguel Alejandro López Olvera (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

Fabrizio Fracchia (Università Luigi Boconi, Italia)

Renata F. Santos Silva (Universidade Salvador, Brasil)

SECRETARIA

Patricia Della Paolera

EQUIPO TÉCNICO

Lucila Scibona (edición, corrección, diagramación)

Derecho Administrativo en el Estado Constitucional

ISSN en trámite

<https://ojs.austral.edu.ar/daec>

RADA@austral.edu.ar

Tel.: 011-5239-8000

Universidad Austral

Facultad de Derecho

Sede Bs. As.: Cerrito 1250 (C1010AAZ), CABA

Sede Pilar: M. Acosta 1611 (B1629WWA), Pilar

Buenos Aires, Argentina

<https://doi.org/10.26422/daec.2026.0100>

Edición en línea: <https://ojs.austral.edu.ar/daec>

Normas de publicación: <https://ojs.austral.edu.ar/daec/about/submissions>

Índice

Palabras introductorias	
Gabriel M. Astarloa	5
Presentación de la DAEC	
Fabián O. Canda - Patricio M. E. Sammartino	7
Un espacio de vanguardia	
Miriam Ivanega	9
Artículos de investigación	
El derecho a la buena Administración en el Estado material de derecho	
Jaime Rodríguez-Arana	13
La cosa juzgada y su posible “relativización” en resguardo de garantías constitucionales (en el ámbito no penal)	
Laura Mercedes Monti	25
El “procedimiento administrativo constitucional” como garantía connatural al principio de “tutela administrativa efectiva”	
Patricio Marcelo E. Sammartino	41
El derecho administrativo sancionador en Latinoamérica: estructura y tendencias contemporáneas	
Juan Carlos Morón Urbina	103
Crisis pandémica y paradigma de las responsabilidades intergeneracionales	
Pasquale Pantalone	147
La noción de jurisdicción administrativa en Agustín Gordillo. Breves reflexiones sobre las trampas de los falsos amigos y las virtudes de los amigos sinceros	
Fabio Francario - Piergiuseppe Otranto	169
¿Aplica la regla interpretatio contra proferentem al contrato público?	
Jorge I. Muratorio	185
Contratación pública: políticas públicas, planificación estratégica y ciencias del comportamiento	
Marcos Sebastián Serrano	193

Análisis, crónicas y reseñas

Ciber vía de hecho en el fallo Cansat de la Sala II del fuero contencioso administrativo federal

Fabián Canda 213

Bases jurisprudenciales del derecho de acceso a la vivienda de las personas vulnerables en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

María Laura Sanfelice 229

Recensiones

Amparo y Administración. Amparo frente a actos y omisiones de la administración

De Patricio Marcelo E. Sammartino

Santiago Lauhirat 299

Control público: transparencia. Integridad. Gestión

De Miriam Mabel Ivanega

Virginia Scovenna 315

Palabras introductorias

Derecho Administrativo en el Estado Constitucional (DAEC)

Constituye una grata alegría poder presentar esta revista, que surge de una iniciativa del Departamento de Derecho Administrativo de nuestra Facultad de Derecho de la Universidad Austral; ello, por varios motivos.

La presente publicación, señal inequívoca de la vitalidad de nuestra unidad académica, no solo refleja madurez en sus 35 años de fecunda existencia, sino que también se erige como un nuevo peldaño que confiamos nos permitirá seguir elevando la calidad de la producción científica y jurídica que, desde sus orígenes, se lleva adelante en esta casa de estudios.

Desde mi rol institucional como decano, resulta, pues, una muy feliz circunstancia compartir estas líneas. A la par, dada la relación que he tenido con el cultivo de la especialidad en el derecho administrativo debido a mi paso por la función pública, me agrada especialmente poder colaborar en el crecimiento de esta disciplina, que ha sido fundacional en la vida de nuestra facultad. No puede soslayarse al respecto la decisiva participación que el recordado profesor Julio Rodolfo Comadira ha tenido en su desarrollo.

Deseamos que la DAEC se convierta en un espacio abierto para el siempre fructífero encuentro de ideas y personas, la investigación rigurosa y el intercambio plural. En definitiva, para mantener encendida —mejor decir, aumentada— la luz del pensamiento crítico y del respetuoso diálogo académico. Estas son algunas de las condiciones necesarias que le permiten a una universidad cumplir fielmente con sus fines propios.

Cabe recordar, una vez más, que la búsqueda de la verdad es el norte que orienta todos nuestros esfuerzos. La posibilidad de poner en contacto nuevos conocimientos, ideas, teorías, doctrinas, normativas y buenas prácticas nos acercará al cumplimiento de dicha finalidad, toda vez que, como ya nos enseñara desde la misma antigüedad clásica el famoso filósofo y maestro Sócrates, el camino hacia la verdad posee un carácter dialogal.

Podremos así dar a conocer nuevas investigaciones e ideas, tanto en el ámbito nacional como en el regional y global, en un marco que permita pensar y reflexionar sobre el derecho administrativo de manera más profunda, sin las urgencias propias de la coyuntura, pero sin por ello desdeñar y pretender estar ajenos a la realidad que nos circunda.

Queremos seguir abiertos a la relación con nuestros pares en el país y en el exterior sin renunciar a nuestra identidad. Nos guía el respeto irrestricto al principio de la dignidad de la persona humana y una visión que concibe al Estado con un rol indelegable como gerente principal en la búsqueda del bien común. El derecho administrativo debe, en tal sentido, reflejar una adecuada síntesis y ponderación entre el poder y las libertades, prerrogativas y garantías, resaltando el carácter servicial que debe definir y guiar el funcionamiento de la Administración pública.

Aspiramos a que la concreción de esta iniciativa nos ayude a ser todavía mejores en nuestra diaria tarea universitaria y que pueda servir como punto de encuentro virtuoso entre quienes aporten generosamente sus contribuciones científicas, quienes tengan a su cargo las evaluaciones con criterios transparentes, la prudencia de los integrantes de la dirección y del Consejo Editorial, la eficacia de quienes colaboren en la edición y distribución y, por cierto, finalmente también, el ávido interés de los lectores.

A todos les agradecemos desde ya por su efectiva contribución, haciendo votos para que esta nueva publicación nos permita dar un nuevo paso adelante hacia un más completo y profundo estudio del derecho administrativo y, con ello, procurar también elevar los niveles de institucionalidad y juridicidad de las decisiones y actos administrativos.

Gabriel M. Astarloa

Decano de la Facultad de Derecho
Universidad Austral

Presentación de la DAEC

Este 2026 se cumplen 35 años de la creación de la primera Maestría de Derecho Administrativo del país, que tuviera sus inicios allá por 1991. Con nuestra Maestría, nació asimismo la Universidad Austral, casa de estudios que se consolidó como pilar básico de la enseñanza privada del derecho.

El primer director de la Maestría fue el profesor Julio Rodolfo Comadira, faro y guía de nuestro posgrado hasta su partida, en 2005. Queremos honrar su memoria mediante esta iniciativa que, no lo dudamos, celebraría gustosamente.

El crecimiento de nuestra Maestría y, consecuentemente, el nacimiento de esta revista no serían posibles sin el invaluable aporte de todos los profesores que, desde entonces, propiciaron las múltiples promociones que han pasado por sus aulas. Ellos han superado el desafío de explicar profunda, pero simplificada, una rama del derecho que se muestra, a la vez, muy novel —se suele decir que el derecho administrativo es una ciencia *in fieri*— y extremadamente dinámica, cambiante y ágil. Tenemos para nosotros que la libertad y pluralidad con la que se enfrentó y superó esta —en principio— ímproba tarea fue posible gracias al inquebrantable único baremo de la capacidad para transmitir, que caracterizó desde siempre a los profesores de la Maestría. La pluralidad y la capacidad ante todo. En suma, la vocación docente genuina.

Luego de una experiencia piloto sumamente rica con la edición de la *Revista de Derecho Administrativo Austral*, hoy queremos relanzar una publicación especializada en nuestra materia, siguiendo el ejemplo de la actual *Revista Jurídica Austral*, editada conforme reglas internacionales de indexación.

Derecho Administrativo en el Estado Constitucional; el nombre que hemos elegido para la revista exhibe nuestro compromiso con la supremacía y fuerza normativa de la Constitución; con la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales que le son inherentes; con la democracia, en sus dimensiones formal y sustancial; con los principios que gobiernan el estatuto del poder, con la libertad de pensamiento, de expresión y de cátedra.

La revista *Derecho Administrativo en el Estado Constitucional* está concebida desde la pluralidad científica y académica. Desde este vértice, aspira a contribuir a la construcción de un derecho administrativo genuinamente consustanciado con los principios y valores del Estado constitucional vigente en la República desde la reforma constitucional de 1994.

A lo largo de tres décadas y media, los trabajos finales y tesinas de los maestrandos —muchas veces, muy valiosos— no siempre encontraron el medio para su adecuada difusión. La revista procurará resolver ese déficit. Esperamos, asimismo, que este canal de expresión sea útil para las inquietudes e investigaciones de los profesores de la Maestría, así como para el aporte de otros distinguidos juristas del plano nacional e internacional, tal como lo certifica el presente número inaugural.

Asumimos que el derecho administrativo contemporáneo *es derecho constitucional en continuo y concreto desarrollo*. De allí el nombre de la publicación y la importancia de una armónica relación entre el texto supremo y los instrumentos internacionales que tienen rango constitucional, con la normativa de derecho administrativo. Muchas veces, dicha armonización se realiza en los fallos de los tribunales locales. Una Maestría lleva en sus genes la nota de la practicidad: de ahí la necesidad de adecuados y puntuales comentarios a fallos que plasmen la aludida nota de la concreción y armonización con la carta magna.

No han de faltar, tampoco, los comentarios a libros, que entendemos implican un aporte importante para el crecimiento de nuestra ciencia jurídica.

Quisiéramos agradecer en primer lugar, y muy especialmente, al decano de la Facultad de Derecho, Gabriel M. Astarloa, pues en todo momento su apoyo y ánimo nos impulsó para concretar este sueño editorial que hoy estamos presentando.

Asimismo, injusto resultaría no mencionar a la directora del Departamento de Derecho Administrativo, Miriam Ivanega, dado que sin su sostén incondicional esta publicación no sería más que una idea, un proyecto tal vez interesante, pero destinado a dormir en el olvidado cajón de las buenas intenciones. Con la fuerza y dinamismo que la caracterizan, Miriam nos instó constantemente a ir —parafraseando a Ortega— “a las cosas”.

Nuestro sincero agradecimiento, también, a los distinguidos profesores que aceptaron formar parte del Comité Académico. Todos ellos nos han extendido una carta de confianza que nos obliga a corresponderlos, como guardamos la esperanza de poder hacerlo.

Asimismo, agradecemos muy particularmente a quienes participan en calidad de autores en el presente número: Laura Mercedes Monti, Jorge I. Muratorio, Marcos Sebastián Serrano, María Laura Sanfelice, Santiago Lauhirat, Virginia Scovenna, y a los juristas extranjeros Jaime Rodríguez-Arana, Juan Carlos Morón Urbina, Piergiuseppe Otranto, Fabio Francario y Pasquale Pantalone. La nómina de trabajos se integra también con aportes nuestros, es decir, de Patricio Marcelo E. Sammartino y Fabián Canda.

Finalmente, queremos agradecer a quien, con su trabajo constante, humildad, paciencia y empeño, torna posible fácticamente que se componga, edite y publique esta revista. Nos referimos a la editora Lucila Scibona.

Muy cordialmente,

Los directores

Un espacio de vanguardia

El primer número de la revista *Derecho Administrativo en el Estado Constitucional* de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, fruto de la visión e impulso de Fabián Canda y Patricio Sammartino —graduados y profesores ejemplares de la Maestría en Derecho Administrativo—, inicia un fecundo camino de publicaciones que, sin duda, constituirá un espacio con rigor científico y de consulta obligada de alumnos, docentes, investigadores y profesionales en general.

El Departamento de Derecho Administrativo festeja esta iniciativa y se suma a los justos reconocimientos que realizan los directores en su presentación, y agradece en especial al decano, Gabriel Astarloa, al secretario académico, C. Ignacio de Casas, y al profesor Lucas Lehtinen por la confianza, el respaldo y la colaboración para concretar esta propuesta editorial.

Estamos convencidos de que esta revista, de la mano de sus directores, se posicionará como un marco de producción científica de excelencia y calidad académicas, en la que convergerán las voces más autorizadas del derecho administrativo actual.

Miriam M. Ivanega

Directora del Departamento de Derecho Administrativo

Artículos de investigación

El derecho a la buena Administración en el Estado material de derecho

The Right to Good administration in a State Governed by the Rule of Law

Jaime Rodríguez-Arana¹

Universidad de A Coruña

Sumario

1. Introducción
2. Crisis y buena Administración
3. Buena Administración y Estado material de derecho
4. Dignidad de la persona y buena Administración
5. Europa y el derecho a la buena Administración
6. Reflexión final: la buena Administración en el derecho administrativo

Recibido: 18/03/2026

Aceptado: 23/03/2026

<https://doi.org/10.26422/daec.2026.0100.rod>

Resumen

El derecho a la buena administración presenta en nuestro tiempo rasgos y caracteres propios que parten del Estado de Derecho en su dimensión material. Se funda en la dignidad de la persona y es considerado un derecho fundamental social muy relevante. En Europa está recogido en la Carta de 2000 en su artículo 41 y hoy, tiene tal relevancia para el Derecho Administrativo que bien puede decirse que el Derecho Administrativo en nuestro o es Derecho de la buena administración o no es Derecho Administrativo.

1 Catedrático. Director del Grupo de Investigación de Derecho Público Global. Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.
rajaime@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-9641-5419>

Palabras clave: derecho administrativo, derechos humanos, dignidad, derecho a la buena administración.

Abstract

The right to good administration has, in our time, its own distinct features and characteristics that stem from the rule of law in its substantive dimension. It is grounded in human dignity and is considered a highly significant fundamental social right. In Europe, it is enshrined in Article 41 of the 2000 Charter, and today it is so central to administrative law that it can be said that administrative law in our context is either the law of good administration or it is not administrative

Key words: administrative law, human rights, dignity, good administration.

1. Introducción

La efectividad de los derechos sociales fundamentales depende, al ser esencialmente derechos de prestación, derechos que consisten ordinariamente, constatada la incapacidad de la sociedad, en acciones positivas del Estado, de que el complejo Gobierno-Administración pública funcione adecuadamente. En efecto, si la Administración sanitaria actúa correctamente, por ejemplo, se podrá facilitar el derecho a la salud adecuadamente. Si la Administración educativa cumple cabalmente sus funciones, entonces se garantizará un buen derecho fundamental a la Administración. Es decir, si el aparato público cumple sus tareas de acuerdo con unos estándares adecuados, se garantizarán los niveles esenciales de derechos sociales fundamentales, de manera que al menos el derecho al mínimo vital en las dimensiones más relevantes de la vida de los seres humanos esté cubierto por los poderes públicos.

Una buena Administración, una que actúa equitativamente, objetivamente, en plazo razonable y que mejora las condiciones de vida de los ciudadanos, es una Administración comprometida en la satisfacción de todos y cada uno de los derechos sociales fundamentales. Y, en sentido contrario, una mala Administración pública es una que actúa subjetivamente, que se retrasa en la toma de decisiones y que, en lugar de atender a las necesidades colectivas de las personas, se convierte en instrumento de control político o de manipulación social premiando o castigando a los ciudadanos en función de criterios extrajurídicos.

En el tiempo en que vivimos, dada la grave situación de crisis económica, integral, que atravesamos, la forma de gobernar, de administrar las instituciones públicas, al menos en el mundo occidental, debe cambiar sustancialmente. La ineficiencia, ineficacia y, sobre todo, el sistemático olvido del servicio objetivo al interés general en el que debe consistir la esencia de la Administración pública aconsejan nuevos cambios en la forma de comprender el sentido que tiene el gobierno y administración del interés general. Especialmente para que principios como los de prohibición

de regresividad en materia de derechos sociales fundamentales, promoción de los derechos fundamentales de la persona, juridicidad, objetividad o servicio a la comunidad presidan las actuaciones de estas instituciones públicas con independencia del color político de los Gobiernos que las dirijan en cada caso.

La buena Administración pública es, sobre todo, un derecho de los ciudadanos, nada menos que un derecho fundamental social, el derecho social fundamental por excelencia y, también, un principio de actuación administrativa y, por supuesto, una obligación inherente a los poderes públicos derivada del marco del Estado social y democrático de derecho. Los ciudadanos tienen derecho a exigir determinados patrones o estándares en el funcionamiento de la Administración que les garantice la realización de los derechos sociales fundamentales. Y la Administración está obligada, en toda democracia, a distinguirse en su actuación cotidiana por su servicio objetivo al interés general.

El principio, y obligación, de la buena Administración pública vincula la forma en la que se deben dirigir las instituciones públicas en una democracia avanzada. Dirigir en el marco de la buena Administración pública supone asumir con radicalidad que la Administración pública existe y se justifica en la medida en que sirve objetivamente al interés general. Desde esta perspectiva, se comprende en todo su sentido, como hemos señalado al tratar acerca del interés general, que la efectividad de los derechos sociales fundamentales es precisamente una de las obligaciones más relevantes de una Administración pública en tiempos de crisis como los que vivimos.

Las instituciones públicas en la democracia no son de propiedad de sus dirigentes, son del pueblo, que es el titular de la soberanía. El responsable tiene que saber, y practicar, que ha de rendir cuentas continuamente a la ciudadanía y que la búsqueda de la calidad en el servicio objetivo al interés general debe presidir toda su actuación. De ahí que una buena Administración pública sea incompatible con una forma de gobierno y administración de lo público que promueva o instaure peores condiciones de vida para las personas en beneficio de determinadas minorías.

Hoy es frecuente que las nuevas constituciones en los diferentes países del globo incorporen como nuevo derecho fundamental el derecho a la buena Administración pública. Por una poderosa razón: porque la razón de ser del Estado y de la Administración es la persona, la protección y promoción de la dignidad humana y de todos sus derechos fundamentales. También, como es lógico —y hoy, más perentorio—, la protección y promoción de todos y cada uno de los derechos sociales fundamentales, especialmente los que llamamos de mínimos.

2. Crisis y buena Administración

En el presente, momento de profunda crisis en muchos sentidos, la indignación reinante en muchos países también se canaliza hacia la exigencia de una buena Administración pública que trabaje sobre la realidad, desde la racionalidad y, centrada en el ser humano, actúe con mentalidad abierta, buscando el entendimiento haciendo gala de una profunda sensibilidad social.

El principio de buena administración, más en tiempos de crisis, ha de estar comprometido radicalmente con la mejora de las condiciones de vida de las personas, ha de estar orientado a facilitar la libertad solidaria de los ciudadanos. Para ello, es menester que su trabajo se centre sobre los problemas reales de la ciudadanía y procure buscar las soluciones escuchando a los sectores implicados. En materia de derechos sociales fundamentales, una buena Administración es capital para facilitar los medios en los que ordinariamente vinculan a los poderes públicos en esta materia y que hemos analizado anteriormente.

El principio de buena administración tiene mucho que ver con la adecuada preparación de las personas que dirigen en los organismos públicos. Deben tener mentalidad abierta, metodología del entendimiento y sensibilidad social. Deben trabajar sobre la realidad, utilizar la razón y contemplar los problemas colectivos desde perspectivas de equilibrio para ser capaces de entender dichos problemas y contemplar la pluralidad de enfoques y dimensiones que encierran, situando en el centro al ser humano y sus derechos inviolables. Si así fuera, sería más sencillo que las políticas públicas conectadas a los derechos fundamentales de la persona siempre se orienten hacia la mejora integral y permanente de las condiciones de vida de todos los seres humanos.

La dimensión ética incorpora un componente esencial a la buena Administración: el servicio objetivo al interés general, que ha de caracterizar, siempre y en todo caso, la acción administrativa y la impronta directiva de los responsables de las políticas públicas vinculadas a los derechos sociales fundamentales.

Una Administración que se guía por el principio de buena administración es aquella que cumple con las funciones que le son propias en democracia. Es decir, una Administración pública que sirve objetivamente a la ciudadanía, que realiza su trabajo con racionalidad, justificando sus actuaciones y que se orienta continuamente al interés general en el Estado social y democrático de derecho reside en la mejora permanente e integral de las condiciones de vida de las personas.

Estas notas o características a las que hemos hecho referencia ni son novedosas ni han sido puestas de manifiesto por primera vez en este tiempo. Si ahora subrayamos la importancia de la buena Administración pública, es por contraste. Porque en estos años del modelo estático del Estado del bienestar, la Administración ni ha servido al pueblo, ni lo ha hecho objetivamente, ni, evidentemente, ha tendido al interés general. Por eso, en este tiempo de crisis, la consideración de la función promocional

de la Administración pública en relación con los derechos sociales fundamentales invita a un replanteamiento del entero sistema administrativo para que recupere su lógica y recupere su función instrumental al servicio objetivo del interés general.

La ingente tarea que supone construir una buena Administración pública requiere profundizar en una idea sustancial: asegurar y preservar las libertades solidarias reales de la población. Desde esta perspectiva, la Administración pública aparece como uno de los elementos clave para asegurar que las aspiraciones colectivas de los ciudadanos puedan hacerse realidad, para que los derechos sociales fundamentales puedan ser realizados por todas las personas, cada vez en mejores condiciones.

Por lo tanto, la Administración pública nunca podrá ser un aparato que se cierre a la creatividad —o la impida con cualquier tipo de trabas— ni tampoco podrá dejar —especialmente a los más débiles— al arbitrio de intereses egoístas. La buena Administración pública se realiza desde esta consideración abierta, plural, dinámica y complementaria de los intereses generales, del bienestar integral de los ciudadanos. Es decir, al servicio de los derechos sociales fundamentales.

En efecto, el pensamiento compatible hace posible que, al tiempo que se hace una política de impulso de la sociedad civil, no haya compuertas que limiten una acción de la Administración pública que asegure la libertad de disfrutar, por ejemplo, de una justa y digna jubilación de nuestros mayores, que limiten la libertad de disponer de un sistema de salud para todos, que recorten la libertad de que todos tengan acceso a la educación en todos sus niveles, o acceso a un puesto de trabajo o sencillamente a disfrutar de la paz.

Por eso, la Administración pública debe ser un entorno de entendimiento y un marco de humanización de la realidad que fomente la dignidad de la persona y el ejercicio de todos los derechos fundamentales de la persona, los sociales incluidos, removiendo los obstáculos que impidan su efectivo cumplimiento.

Una Administración pública que se ajuste adecuadamente a las demandas democráticas ha de responder a una rica gama de criterios que podríamos calificar de internos, por cuanto miran a su propia articulación interior, a los procesos de tramitación, a su transparencia, a la claridad y simplificación de sus estructuras, a la objetividad de su actuación, etc. Pero por encima de todos los de esta índole o, más bien, dotándolos de sentido, debe prevalecer la finalidad de servicio al ciudadano al que vengo haciendo alusión.

En este sentido, no podemos dejar de subrayar de nuevo la centralidad de la persona para la buena Administración pública. Efectivamente, el ser humano, con el cúmulo de circunstancias que lo acompañan en su entorno social, es el auténtico sujeto de los derechos y libertades. A ese hombre, a esa mujer, con su determinada edad, su grado de cultura y de formación, mayor o menor, con su procedencia concreta y sus intereses particulares, propios, legítimos, es a quien la Administración pública sirve para que se pueda desarrollar en libertad solidaria.

3. Buena administración y Estado material de derecho

Una Administración pública que trabaja al margen del principio de juridicidad, que actúa sin normas de cobertura en función de los caprichos y deseos de sus dirigentes, es una mala Administración pública. El sometimiento a la ley y al derecho de las Administraciones públicas es una de las mejores garantías para que la ciudadanía sepa que toda la actuación del complejo Gobierno-Administración —actos, normas, silencios, omisiones, vías de hecho o inactividades, todo, absolutamente todo— puede ser controlado jurídicamente por los jueces y tribunales.

Veamos a continuación, en términos generales, algunas de las principales características que distinguen, en un Estado material de derecho, a una buena Administración pública. Características todas ellas de una Administración que aspira a la promoción y protección de los derechos fundamentales de la persona, de los individuales y, por supuesto, de lo social.

La centralidad de la persona es la primera y principal característica de una buena Administración pública. Hasta el punto de que, si no existiera, no podría hablarse de una Administración democrática porque lo que caracteriza a la Administración del Estado de derecho, de la democracia, es precisamente el servicio a la ciudadanía, su tendencia a la mejora de las condiciones de vida de las personas, su vinculación con la protección y promoción, por tanto, de todos los derechos fundamentales de todas las personas.

En una democracia avanzada, las personas ya no son sujetos inertes que, sin más, reciben pasivamente bienes y servicios de los poderes públicos. Ahora, la cláusula del Estado social y democrático de derecho trae consigo una nueva funcionalidad para los ciudadanos al convertirse en sujetos activos, protagonistas en la determinación del interés general y en la evaluación de las políticas públicas. Es decir, por el hecho de ser personas, disponen de un derecho fundamental a que los asuntos de la comunidad, los asuntos que se refieren al interés general, deben ser gestionados y administrados de la mejor forma técnica posible. Es decir, para la mejora de las condiciones vitales de las personas, para que cada ser humano pueda desarrollarse en libertad solidaria. Para que todos los ciudadanos disfruten de estándares crecientes de calidad en el ejercicio de todos los derechos fundamentales

Una Administración pública que se rige por el principio de buena administración aspira a colocar en el centro del sistema a la persona y sus derechos fundamentales. Desde este punto de vista, es más sencillo y fácil llegar a acuerdos unos con otros porque de lo que se trata es de una acción pública de compromiso real con la mejora de las condiciones vitales de los ciudadanos.

En efecto, cuando las personas son la referencia del sistema político, económico y social, aparece un nuevo marco en el que la mentalidad dialogante, la atención al contexto, el pensamiento reflexivo, la búsqueda continua de puntos de confluencia, la capacidad de conciliar y de sintetizar sustituyen a las bipolarizaciones dogmáticas

y simplificadoras y dan cuerpo a un estilo que, como se aprecia fácilmente, busca, por encima de todo, mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos. En este marco, la efectividad de los derechos sociales fundamentales es una característica de la acción de una buena Administración pública.

El método del entendimiento supone que la confrontación no es lo sustantivo del procedimiento democrático. Ese lugar le corresponde al diálogo. La confrontación es un momento del diálogo, como el consenso, la transacción, el acuerdo, la negociación, el pacto o la refutación. Todos son pasajes, circunstancias, de un fluido que tiene como meta de su discurso el bien social, que es el bien de las personas, de los individuos de carne y hueso y, por ende, la satisfacción de todos sus derechos fundamentales en un clima de promoción de la libertad solidaria de los ciudadanos. Si la Administración del sector público, la buena Administración, discurre por estos derroteros, las posibilidades de entendimiento de unos con otros son grandes y, por ello, la satisfacción de los derechos sociales fundamentales, una prioridad al margen de banderías políticas.

Una Administración presidida por el principio de buena administración se hace entender, necesita afirmar, explicar, aclarar, razonar. Por una razón elemental: porque el dueño y señor de la Administración pública es el pueblo, y a este los dirigentes deben rendir cuentas permanentemente de las decisiones que adoptan. Por eso, la progresividad de los derechos fundamentales sociales debe ser una característica fundamental de una buena Administración pública.

En el Estado de derecho es fundamental que los administradores de la cosa pública se habitúen a la rendición de cuentas sobre sus decisiones y, sobre todo, a que el poder se ejerza desde la explicación, desde la razón, desde la luz, desde la transparencia, desde la motivación inherente a la posición que se tiene desde arriba.

Una Administración que se guía por el principio de buena administración pone el centro del trabajo público en las necesidades de orden social de los ciudadanos, en la creación de condiciones para el libre y solidario desarrollo de todos los ciudadanos. Pero no de cualquier manera, contando con las personas, con los destinatarios del quehacer público que realizan las Administraciones públicas.

En efecto, el principio de buena administración conduce a contar con la presencia y participación real de la ciudadanía, de toda la ciudadanía, evitando que las fórmulas cerradas que proceden de las ideologías de este nombre expulsen de su consideración a determinados sectores sociales.

En las formulaciones recientes sobre el principio de buena administración suele estar siempre presente la dimensión ética, seguramente porque se ha caído en la cuenta de que la buena Administración pública debe estar orientada al bienestar integral de los ciudadanos y debe facilitar, por tanto, a quienes son sus destinatarios el mejoramiento de sus condiciones vitales para que pueda libre y solidariamente desarrollar su personalidad.

Una de las características que mejor define a la buena Administración pública es la sensibilidad social. En efecto, la sensibilidad social, actitud solidaria, deriva del principio de la centralidad de la persona en la actuación de la Administración pública. Perspectiva que permite conducir la proa de la nave del aparato administrativo a la búsqueda de soluciones reales a las cuestiones colectivas y a orientar las decisiones en los ámbitos de la cooperación, de la convivencia, de la integración y de la confluencia de intereses. En este contexto, la persona y su dignidad son la clave y la fuerza que lleva a la gran tarea de humanizar desde la misma Administración.

La sensibilidad social supone, insisto, colocar a las personas en el centro de la actuación administrativa. Cuando ello así acontece, la acción pública se dirige de manera comprometida a prestar servicios reales al pueblo, a atender los intereses reales de las personas, a escuchar de verdad a la ciudadanía y, para lo que ahora interesa, asegurar el ejercicio de los derechos sociales fundamentales.

Ahora bien, esas prestaciones, esos servicios no son un fin, sino un medio para alcanzar mayores cotas de bienestar general e integral para el pueblo, para asegurar el pleno disfrute de los derechos sociales fundamentales. Son un medio para la mejora de las condiciones de ejercicio de la libertad solidaria de las personas, no un sistema de captación de voluntades.

En fin, las prestaciones sociales, las atenciones sanitarias, las políticas educativas, las actuaciones de promoción del empleo son bienes de carácter básico que una buena Administración pública debe poner entre sus prioridades, de manera que la garantía de esos bienes se convierta en condición para que la sociedad libere energías que permitan su desarrollo y la conquista de nuevos espacios de libertad y de participación ciudadana.

El derecho administrativo del Estado material de derecho es un derecho del poder público para la libertad solidaria de las personas, un ordenamiento jurídico en el que las categorías e instituciones han de estar, como bien sabemos, orientadas y abiertas al servicio objetivo del interés general. Atrás quedaron, afortunadamente, consideraciones y exposiciones basadas en la idea de la autoridad o el poder como esquemas unilaterales desde los que plantear el sentido y la funcionalidad del derecho administrativo.

En este tiempo en que vivimos, toda la construcción ideológica montada a partir del privilegio o de la prerrogativa va siendo superada por una concepción más abierta y dinámica, más humana también, desde la que el derecho administrativo adquiere un compromiso especial con la mejora de las condiciones de vida de la población a partir de las distintas técnicas e instituciones que componen esta rama del derecho público. En esta orientación cobra especial relieve el compromiso del derecho administrativo a favor de los derechos sociales fundamentales de los ciudadanos.

4. Dignidad de la persona y buena Administración

El lugar que antaño ocupó el concepto de la potestad o del privilegio o la prerrogativa ahora lo ocupa por derecho propio la persona, el ser humano, que asume un papel central en todas las ciencias sociales, también obviamente en el derecho administrativo.

En efecto, la consideración central del ciudadano en las modernas construcciones del derecho administrativo y la Administración pública proporciona el argumento medular para comprender en su cabal sentido este nuevo derecho fundamental a la buena Administración pública, establecido en el artículo 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales.

La persona, el ciudadano, el administrado o particular, según la terminología jurídico administrativa al uso, ha dejado de ser un sujeto inerte, inerme e indefenso frente a un poder que intenta controlarlo, que le prescribía lo que era bueno o malo para él, al que estaba sometido y que infundía, gracias a sus fenomenales privilegios y prerrogativas, una suerte de amedrentamiento y temor que terminó por ponerlo de rodillas ante la todopoderosa maquinaria de dominación en la que se constituyó tantas veces el Estado.

La perspectiva abierta y dinámica del poder, ordenado a la realización de la justicia, a darle a cada uno lo suyo, lo que se merece, ayuda sobremanera a entender que el principal atributo de la Administración pública se refiere a que la dirección de la cosa pública atienda preferentemente a la mejora permanente e integral de las condiciones de vida del pueblo en su conjunto, entendido como la generalidad de los ciudadanos.

Tratar sobre buena Administración pública constituye una tarea que ha de estar presidida por los valores cívicos, y correspondientes cualidades democráticas, que son exigibles a quien ejerce el poder en la Administración pública a partir de la noción constitucional de servicio objetivo al interés general. Poder que debe ser moderado, equilibrado, mensurado, realista, eficaz, eficiente, socialmente sensible, justificado, cooperativo y atento a la opinión pública.

Existen Administraciones públicas porque, con antelación, existen intereses comunes, generales, que atender convenientemente. Y existen asuntos de interés general como la sanidad o la educación porque las personas en conjunto, e individualmente consideradas, precisan de ellos. Por tanto, es la persona y sus necesidades colectivas quienes explican la existencia de instituciones supraindividuales ordenadas y dirigidas a la mejor satisfacción de esos intereses comunitarios de forma y manera que su gestión y dirección se realicen al servicio del bienestar general, integral, de todos, no de una parte, por importante y relevante que esta sea.

El principio de buena administración parte del derecho ciudadano, fundamental para más señas, a que sus asuntos comunes y colectivos estén ordenados de forma

tal que, a través de ella, se mejoren las condiciones de vida de las personas. Las Administraciones públicas, desde esta perspectiva, han de estar conducidas y manejadas por una serie de criterios de buena administración. Unos criterios, como fácilmente puede colegirse, que van dirigidos a facilitar el pleno disfrute de los derechos fundamentales, individuales y sociales para todos y cada uno de los ciudadanos.

El derecho a una buena Administración pública es un derecho ciudadano de naturaleza fundamental a través del cual se puede facilitar el ejercicio de los derechos sociales fundamentales, derechos fundamentales directamente vinculados a la existencia de prestaciones concretas que deben realizar los poderes públicos.

¿Por qué es proclamado como derecho fundamental por la Unión Europea y en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos ante la Administración pública? Por una razón que descansa sobre las más altas argumentaciones del pensamiento político y a la que hemos hecho referencia continuamente: en la democracia, las instituciones políticas no son de propiedad de políticos o de los altos funcionarios, sino que son del dominio popular, de los ciudadanos, de las personas de carne y hueso que día a día, con su esfuerzo por encarnar los valores cívicos y las cualidades democráticas, dan buena cuenta del temple democrático en la cotidianeidad.

Por ello, si las instituciones públicas son de la soberanía popular, de donde proceden todos los poderes del Estado, es claro que han de estar ordenadas al servicio objetivo del interés general, y de manera muy especial, a la promoción y desarrollo, en las mejores condiciones, de los derechos sociales fundamentales.

5. Europa y el derecho a la buena Administración

Desde el punto de vista normativo, es menester reconocer que la existencia positiva de este derecho fundamental a la buena administración parte de la Recomendación (80) 2, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de marzo de 1980 relativa al ejercicio de poderes discrecionales por las autoridades administrativas. Igualmente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia también contribuyeron a su alumbramiento.

Las decisiones del Consejo de Europa y la jurisprudencia comunitaria construyeron, poco a poco, el derecho a la buena Administración pública, derecho que la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de diciembre de 2000 recogería en el artículo 41. Más adelante, la nueva Carta Europea de los Derechos Fundamentales de 12 de diciembre de 2007, que sustituye a la anterior, recoge en los mismos términos el derecho fundamental a la buena Administración pública.

La buena Administración trae causa de dos elementos: la discrecionalidad y la jurisprudencia. En efecto, la discrecionalidad es el caballo de Troya del derecho pú-

blico por la sencilla razón de que su uso objetivo nos sitúa al interior del Estado de derecho y su ejercicio abusivo nos lleva al mundo de la arbitrariedad y del autoritarismo. En materia de derechos sociales fundamentales, la opción por su realización efectiva elimina cualquier espacio de discrecionalidad en la operatividad de las prestaciones que el Estado ha de facilitar para la efectividad de estos derechos.

El ejercicio de la discrecionalidad administrativa en armonía con los principios de derecho es muy importante, tanto como que un ejercicio desmesurado, al margen de la motivación que le es inherente, deviene en abuso de poder, en arbitrariedad. Y la arbitrariedad es la ausencia de la razón, la falta completa de objetividad en el funcionamiento de la Administración pública.

6. Reflexión final: la buena Administración en el derecho administrativo

Como es bien sabido, el principio de buena Administración es en la actualidad la base y el fundamento del derecho administrativo y de todas las categorías que lo componen tras la clara e inequívoca jurisprudencia del Tribunal Supremo. En el estado actual del derecho administrativo, constituye un verdadero eje vertebrador de la actividad administrativa. Su positivización en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su recepción progresiva por la jurisprudencia del Tribunal Supremo revelan que ya no se trata de una directriz programática, sino de un parámetro de validez del ejercicio de potestades administrativas con contenido concreto. Además, su recepción en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos en Relación con la Administración del Centro Latinoamericano para la Administración Pública, aún sin significado vinculante, está permeando muchas reformas administrativas en la región y alumbrando nuevas leyes de procedimiento administrativo diseñadas desde la centralidad del ser humano.

En efecto, es doctrina consolidada que el principio de buena Administración, implícitamente recogido en los artículos 9.3, 103 y 106 de la Constitución Española, y expresamente positivizado en los artículos 41 y 42 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como derecho fundamental, constituye un auténtico eje estructural del derecho administrativo. No se trata de una proclamación meramente retórica o programática, sino de un mandato jurídico plenamente vinculante para las Administraciones públicas, del que se derivan derechos concretos para los ciudadanos —entre otros, el derecho de audiencia, a obtener una resolución en plazo, a una decisión motivada, al tratamiento imparcial y eficaz de sus asuntos y a la actuación conforme a la buena fe— correlativos a deberes exigibles frente a los poderes públicos, conforme ha reiterado la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Reino de España (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2020).

En este contexto, por ejemplo, solo por señalar la característica de la objetividad, la motivación de los actos administrativos se erige en una garantía esencial, no por mera deferencia formal, sino para permitirle al administrado conocer las razones de la decisión y articular adecuadamente su defensa en vía administrativa y jurisdiccional, tal como ha declarado el Tribunal Supremo español en su sentencia de 15 de marzo de 2021.

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

La cosa juzgada y su posible “relativización” en resguardo de garantías constitucionales (en el ámbito no penal)

Res Judicata and its Possible “Relativization” in Safeguarding Constitutional Guarantees (in the Non-Criminal Sphere)

Laura Mercedes Monti¹

Universidad de Buenos Aires. Universidad Austral

Sumario

1. Introducción
2. La CJ en la doctrina y la jurisprudencia de la CSJN
 - 2.1 El concepto de CJ. Doctrina general
 - 2.2 Su relación con las garantías de defensa en juicio y de propiedad
 - 2.3 Las excepciones a la CJ basadas en la afectación de esos derechos o en otras causales. Su posible “relativización”
3. Examen de dos casos vinculados con la estabilidad de la CJ, a la luz de los conceptos reseñados. Los casos *Fortuna* y *Milantic*
4. Conclusiones

Recibido: 26/02/2026

Aceptado: 13/03/2026

<https://doi.org/10.26422/daec.2026.0100.mon>

1 Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Máster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral, en Derecho y Economía por la Universidad Torcuato di Tella y en Libertades y Garantías Constitucionales por la Universidad de León (España).
lauramonti@yahoo.com.ar

Resumen

En este trabajo se pasa revista a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre cosa juzgada, también en su vinculación con el principio de preclusión procesal. Después de examinar casos específicos en que el tribunal ha utilizado este concepto para su resolución, se cuestiona si, en ocasiones, el mantenimiento de la cosa juzgada no puede contradecir garantías constitucionales o el interés de la comunidad.

Palabras clave: Corte Suprema de Justicia de la Nación, jurisprudencia, cosa juzgada, preclusión, Constitución Nacional, garantías constitucionales.

Abstract

This paper reviews the jurisprudence of the Supreme Court of Justice of the Nation on res judicata, also in its relationship with the principle of procedural preclusion. After examining specific cases in which the court has used this concept for its resolution, it is questioned whether, on occasion, the maintenance of res judicata cannot contradict constitutional guarantees or the interest of the community.

Key words: Supreme Court of Justice of the Nation, jurisprudence, res judicata, preclusion, National Constitution, constitutional guarantees.

1. Introducción

El propósito de este trabajo es evaluar la institución de la cosa juzgada (CJ) en el proceso no penal en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN), a fin de considerar si reviste carácter absoluto en todos los casos o si cabe relativizarla cuando las garantías constitucionales a cuya protección va dirigida (debido proceso, propiedad, seguridad jurídica) se verían mermadas o excluidas por su mantenimiento, cuestiones que el juez debería evaluar y ponderar.

La pregunta que nos formulamos es: ¿hasta qué punto y en qué circunstancias debe ceder la CJ cuando se encuentra en juego ese enfrentamiento entre garantías constitucionales (las que protegen su mantenimiento y las que se resguardan frente a su relativización)?

El objetivo es demostrar que, en circunstancias excepcionales, la relativización se impone como resguardo de derechos y garantías constitucionales de las personas y de la comunidad.

La metodología a emplear será la de un análisis detallado de la jurisprudencia de la CSJN (doctrina, excepciones y análisis de casos recientes) para poder arribar a las conclusiones.

2. La CJ en la doctrina y la jurisprudencia de la CSJN

2.1 El concepto de CJ. Doctrina general

Según el gran procesalista argentino Lino Palacio (1993), la CJ supone “la inmutabilidad que adquieren los efectos de la sentencia definitiva cuando contra ella no procede ningún recurso (ordinario o extraordinario) susceptible de modificarla, o ha sido consentida por las partes” (p. 498). Existe CJ en sentido material cuando a la firmeza o irrevocabilidad de la sentencia se agrega el impedimento de que en cualquier otro proceso se juzgue de un modo contrario u opuesto a lo decidido por aquella y siempre que subsistan las circunstancias de hecho existentes al tiempo de la decisión (p. 505).

Por su parte, como *pautas generales*, la CSJN ha dicho que el respeto a la CJ es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta el régimen constitucional,² constituye uno de los principios esenciales en los que se funda la seguridad jurídica y debe respetarse, puesto que supone la existencia de un juicio regular donde se ha garantizado el contradictorio y ha sido fallado libremente por los jueces.³

Representa una exigencia vital del orden público, tiene jerarquía constitucional⁴ y es uno de los presupuestos del ordenamiento social, cuya ausencia o debilitamiento pondría en crisis a la íntegra juridicidad del sistema;⁵ se trata de un valor de primer orden que no puede ser desconocido con invocación de argumentos insustanciales y con la pretensión de suplir omisiones, pues ello ataca las bases mismas del sistema procesal y afecta la garantía del debido proceso, cuyo respeto es uno de los cimientos del imperio del derecho.⁶

La inalterabilidad de los derechos definitivamente adquiridos por sentencia firme tiene fundamento en los derechos de propiedad y defensa en juicio,⁷ y se trata de una exigencia de orden público.⁸

2 Sentencias dictadas en las causas *Ferrari Hardoy*, 1985, Colección oficial de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 307:1289; *Fernández Pinto*, 1998, Fallos: 321:756; *Pasquini*, 1998, Fallos: 321:172; *Lista Celeste Unión Ferroviaria*, 1992, Fallos: 315:1930; *Trozso*, 1996, Fallos: 319:1885; *Saavedra*, 1994, Fallos: 317:992; *Ferrari Hardoy*, cit. *Villacampa*, 1989, Fallos: 312:122.

3 Sentencias dictadas en las causas: *Plaza*, 1986, Fallos: 308:84; *Borda*, 2004, Fallos: 327:4916.

4 Sentencias dictadas en las causas: *Ibáñez*, 2006, Fallos: 329:2296; *Confr. Cía. Swift de La Plata S.A.*, 1977, Fallos: 299:373.

5 Sentencia dictada en la causa *Banco Regional del Norte Argentino SA.*, 1990, Fallos: 313:1297.

6 Sentencias dictadas en las causas: *Ansonnaud*, 2022, Fallos: 345:1101; *Fariás Bouvier*, 2021, Fallos: 344:57; *Méndez*, 1989, Fallos: 312:376.

7 Sentencias dictadas en las causas: *Martínez*, 2020, Fallos: 343:1894; *Sánchez de Oesterheld*, 2018, Fallos: 341:774; *García, Raúl*, 2017, Fallos: 340:1982; *Magnarelli*, 2005, Fallos: 328:3299; *Egues*, 1996, Fallos: 319:2527; En su relación con el derecho de propiedad, *Telefónica de Argentina SA*, 2010, Fallos: 333:255.

8 Sentencia dictada en la causa *Rodríguez Gómez*, 1979, Fallos: 301:762.

Su autoridad no se funda en una ficción, sino en la necesidad imperiosa de poner fin a los pleitos, a los efectos de dar certidumbre y estabilidad a los derechos en litigio, como consecuencia de la tutela del Estado, ejercida por intermedio de los jueces.⁹ En esas circunstancias, la sentencia resulta inviolable, tanto con respecto a la determinación imperativa del derecho sobre el cual se requirió pronunciamiento judicial cuanto en orden a la eficacia ejecutiva de este último.¹⁰

Los argumentos basados en la equidad y la justicia no son eficaces para afectar la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales. Apartarse del principio de la CJ a efectos de arbitrar una solución que se estimare equitativa puede significar, más allá de tan elevados propósitos, un modo de sentar precedentes que, en su oportunidad, se vuelvan contra los ocasionales beneficiarios de hoy, los que también reciben las ventajas permanentes de la seguridad jurídica.¹¹

2.2 Su relación con las garantías de defensa en juicio y de propiedad

La CSJN, como se adelantó, ha relacionado reiteradamente la CJ con las garantías mencionadas.

En su acepción constitucional el vocablo 'propiedad' no se refiere solamente a las cosas materiales, sino que es extensivo, como lo ha dicho la CSJN [...] a todos los intereses que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. En este orden de ideas, la Corte Suprema ha expresado, a través de numerosos precedentes, que el derecho reconocido por una sentencia pasada en autoridad de CJ constituye un bien que se incorpora al patrimonio del beneficiario del pronunciamiento, y del cual no puede ser privado sin mengua del precepto constitucional que asegura la inviolabilidad de la propiedad. (Palacio, 1993, p. 508)

En efecto, la Corte ha dicho que los derechos reconocidos en una sentencia pasada en autoridad de CJ han quedado incorporados al patrimonio y se encuentran protegidos por el art. 17 de la Constitución Nacional,¹² de modo que las personas no pueden ser privadas de ellos sin que se viole el mencionado precepto constitucional.¹³

9 Sentencia dictada en la causa *Chonev Kiril*, 2004, Fallos: 327:4729.

10 Sentencias dictadas en las causas: *García, Raúl*, cit.; *Bonino*, 2007, Fallos: 330:2964.

11 Sentencia dictada en la causa *Noquera*, 1992, Fallos: 315:2406.

12 Sentencia dictada en la causa *Grillo*, 2007, Fallos: 330:2902.

13 Sentencia dictada en la causa *Hilanderías Olmos S.A.*, 1985, Fallos: 307:1709.

El régimen general de la CJ comprende dos aspectos conexos claramente diferenciables: a) la estabilidad de las decisiones judiciales; y b) el derecho adquirido que le corresponde al beneficiario de una sentencia ejecutoriada, facultad que representa para su titular una propiedad *lato sensu*.¹⁴

También ha vinculado la Corte a la CJ con el derecho al debido proceso (art. 18 de la Constitución Nacional),¹⁵ al decir que el carácter intangible de los pronunciamientos judiciales firmes no es ajeno a la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos, pues la sentencia dictada de modo regular integra el debido proceso que dicha cláusula asegura mediante las ventajas permanentes de la seguridad jurídica a todos los habitantes del país.¹⁶

En vinculación con lo expuesto, y habida cuenta de que la CJ, como principio, solo tiene efectos respecto de los participantes en la litis, ha dicho la Corte que, cuando ellos se extienden a otro interesado, corresponde su participación en la causa.¹⁷ La CJ sólo puede alegarse cuando entre las mismas partes, por la misma cosa e invocándose el mismo derecho se renueva una contienda judicial fenecida por sentencia,¹⁸ para el que no ha sido parte en un juicio, la sentencia que se dicte en él no hace CJ.¹⁹

El tribunal ha sostenido también, en esta línea, que si la cosa regularmente juzgada no es verdad absoluta que pueda perjudicar a terceros, menos lo es la CJ fraudulenta (a la que nos referiremos más abajo), obtenida en un proceso aparente, en circunstancias y por procedimientos que no admite la ley.²⁰

Por otra parte, claramente la CJ se relaciona con el concepto procesal de preclusión, pues los derechos nacidos de esta última son tan dignos de protección constitucional como los surgidos con motivo de la CJ, con las garantías de los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional.²¹ Por ese motivo, ha dicho la Corte que lo atinente a la

14 Sentencias dictadas en las causas: *Villacampa*, cit.; *Camusso Vda. de Marino*, 1976, Fallos: 294:434; *Rottenberg*, 1982, Fallos: 304:865.

15 Sentencia dictada en la causa *Andino*, 2005, Fallos: 328:3041.

16 Sentencias dictadas en las causas: *Lista Celeste Unión Ferroviaria*, cit.

17 Sentencias dictadas en las causas: *Ponce*, 1987, Fallos: 310:2063; *Corpus*, 2021, Fallos: 344:2629; confr. *Iturraspe*, 1922, Fallos: 137:175; *Kratzer*, 1963, Fallos: 256:198.

18 Sentencia dictada en la causa *Guari*, 1929, Fallos: 155:302.

19 Sentencia dictada en la causa *Herraiz*, 1923, Fallos: 137:45.

20 Sentencias dictadas en las causas: *Kaswalder de Bustos*, 1970, Fallos: 278:85; confr. *Cervecería Córdoba y Cervecería Córdoba*, 1960, Fallos: 247:517.

21 Sentencias dictadas en las causas: *Cacciatori*, 2000, Fallos: 323:1250; confr. *Carlos Grognet y Cía.*, 1873, Fallos: 13:415, *Almacenes del Plata S.A.C.*, 1988, Fallos: 311:2385; *Magnarelli*, cit.; *Palacios*, 1976, Fallos: 295:299; *Rojas*, 1939, Fallos: 183:30. La preclusión tiene en común con la cosa juzgada que ambas impiden una nueva discusión. Se diferencian en que la cosa juzgada produce efectos fuera del proceso, no pudiendo discutirse fuera de él, mientras que la preclusión solo produce efectos dentro del proceso; la primera supone el proceso terminado; la segunda supone un proceso en marcha (Calderón, 2005, p. 194).

autoridad de la CJ y a los límites de la jurisdicción de los tribunales de alzada son cuestiones que interesan al orden público.²²

En ese entendimiento, ha afirmado que es contrario a las garantías constitucionales de la propiedad y de la defensa en juicio el fallo que declara la nulidad, en todas sus partes, de una sentencia de 1ª instancia que había quedado firme, con autoridad de CJ, respecto de una de las partes y que sólo fue apelada válidamente por otro de los codemandados, pues los tribunales de apelación no pueden exceder la jurisdicción que les acuerdan los recursos deducidos ante ellos.²³

En concordancia con lo expuesto y la relación de la CJ con las garantías constitucionales de debido proceso, no cabe reconocer fuerza de resolución inmutable a toda sentencia judicial, sino sólo a aquellas que han sido precedidas de un proceso contradictorio, en que el vencido haya tenido adecuada y substancial oportunidad de audiencia y prueba²⁴ y en el que se hayan respetado sustancialmente las exigencias de la garantía de la defensa en juicio.²⁵

Es decir que no puede invocarse el principio de la inmutabilidad de las sentencias pasadas en autoridad de CJ cuando no ha existido un auténtico y verdadero proceso judicial, y la admisión genérica de la institución de la CJ no significa que su reconocimiento no pueda condicionarse a la inexistencia de dolo en la causa en que se expidió la sentencia. Esta posibilidad, que subyace a los principios del recurso de revisión, es también valedera para desconocer eficacia final a la sentencia dictada en juicio en que se incurrió en estafa procesal.²⁶

De este modo, no puede aceptarse que, al haber sido establecida la institución de la CJ para asegurar derechos legítimamente adquiridos, cubra también los supuestos en los que se reconoce que ha mediado sólo un remedo de juicio que concluye con una resolución dictada en obediencia de órdenes impartidas por el Poder Ejecutivo, nacional o provincial, con agravio a las garantías constitucionales de la propiedad y de la defensa.²⁷

22 Sentencias dictadas en las causas: *Elleberger*, 1960, Fallos: 247:109; *Empresa Nacional de Transportes (Adm. Gral. del Transporte Fluvial)*, 1960, Fallos: 248:548.

23 Sentencias dictadas en las causas: *Lipschuts*, 1960, Fallos: 248:577; *confr. Metro Goldwyn Mayer Argentina*, 1951, Fallos: 219:768; *Nación c/ Stadler*, *Nación c/ Fiñana*, *Juan*, 1951.

24 Sentencias dictadas en las causas: *Campbell Davidson*, 1971, Fallos: 279:54; *Villareal de Rodríguez*, 1957, Fallos: 238:18.

25 Sentencias dictadas en las causas: *Creaciones La Academia S.R.L.*, 1965, Fallos: 261:322; *Ponce*, 1987, Fallos: 310:2063.

26 Sentencia dictada en la causa *Tibold*, 1962, Fallos: 254:320.

27 Sentencia dictada en la causa *Campbell Davidson*, cit.

2.3 Las excepciones a la CJ basadas en la afectación de esos derechos o en otras causales. Su posible “relativización”

En relación con lo expuesto, el mismo tribunal ha sostenido que la aplicación de la institución de la CJ y los loables motivos que inspiran el principio de inmutabilidad de las sentencias no son absolutos y deben ceder frente a la necesidad de afirmar el valor jurídico y objetivo constitucional de afianzar la justicia, entendiendo a ésta como una virtud al servicio de la verdad sustancial, lo cual se expresa a través de una decisión judicial que conduzca a consagrarla y al reconocimiento de los derechos que surgen evidenciados de las constancias del proceso.²⁸

Es que, si bien el instituto de la CJ tiene jerarquía constitucional, en razón de que la inalterabilidad de los derechos definitivamente adquiridos por sentencia firme reconoce fundamento en las garantías de la propiedad y la defensa en juicio, se acepta en forma excepcional —y precisamente en resguardo de la verdad material, de la seguridad jurídica y del derecho de propiedad— que dicha inmutabilidad no tiene carácter absoluto.²⁹

En este entendimiento, la regla de irrevisibilidad de lo resuelto por sentencia pasada en autoridad de CJ cede cuando esta sea incompatible con la garantía de defensa en juicio.³⁰

La Corte ha aplicado estas ideas, por ejemplo, en un caso en el que, so color de un supuesto respeto al principio de CJ, se rechazó la impugnación a la liquidación practicada por la actora y se regularon los honorarios de su letrado apoderado y los del perito contador, pues ello conllevaba una consecuencia patrimonial que equivalía a un despojo del deudor, cuya obligación no puede exceder el capital con un porcentaje que no trascienda los límites de la moral y las buenas costumbres, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil.³¹

En nuestro país, en el que los procesos de actualización y depreciación de la moneda son reiterados y muchas veces muy profundos, se ha justificado revisar la CJ, pues, por un lado, la actualización del monto nominal no hace a la deuda más onerosa en su origen, sino que mantiene su valor económico real frente al paulatino envilecimiento de la moneda.³²

Por ello, la Corte ha entendido que la actualización del importe de la condena fijado en el fallo no compromete, sino que preserva la autoridad de la CJ, porque se preserva su justicia, sin la cual el más íntimo sentido de dicha autoridad, que es su

28 Sentencia dictada en la causa *El Soberbio SA*, 2004, Fallos: 327:2321.

29 Sentencia dictada en la causa *Mussano*, 2008, Fallos: 331:1116.

30 Sentencia dictada en la causa *Corpus*, cit.

31 Sentencia dictada en la causa *Fundación Fondo compensador móvil*, 1999, Fallos: 322:2109.

32 Sentencia dictada en la causa *Kogan*, 1986, Fallos: 308:1694.

contenido ético, no es concebible; que el reajuste por depreciación monetaria se refiere a algo que no es sustancialmente diverso del reclamo originario de la litis sino eso mismo, razonablemente traducido en valores vigentes en tiempo posterior;³³ y que lo que se busca fijar definitivamente no es tanto el texto formal del pronunciamiento cuanto la solución real adoptada por el juez en su fallo, la cual resultaría frustrada de no efectuarse el reajuste cuando, por culpa del deudor, aquel no es cumplido a su debido tiempo.³⁴

Así sucederá, por ejemplo, cuando se reajuste el monto del capital por el lapso posterior al fallo. La solución, basada en principios constitucionales, mantiene la viabilidad de la actualización plena de los créditos en lapsos anormales y de emergencia que implica el proceso inflacionario³⁵ y no importa un beneficio para el damnificado ni un perjuicio para el deudor.³⁶

En ese entendimiento, ha afirmado que no son inconstitucionales las normas que, sin desconocer la sustancia de una decisión judicial, sólo actualizan el monto de la condena, ya que no menoscaban la autoridad de la CJ, sino que tienden a salvaguardar su justicia, incluso si la ley, en una época de proceso inflacionario, establece su inmediata aplicación a los juicios en trámite, aun en proceso de ejecución de sentencia y cualquiera sea la etapa en la que se encontrasen, a fin de mantener la equivalencia de lo adeudado con lo que fue el objeto de la obligación al tiempo en el que se hizo exigible.³⁷ Además, es necesario que el cumplimiento efectivo de lo resuelto responda a la realidad de la decisión adoptada, ya que, de lo contrario, se consagraría un ritualismo literal que lesionaría la justicia que fundamente intrínsecamente el fallo.³⁸

33 Sentencia dictada en la causa *Banco del Chaco*, 1988, Fallos: 311:2152.

34 Sentencias dictadas en las causas: *Troisi*, 1986, Fallos: 308:2376; *Galvalisi*, 1992, Fallos: 315:1845; *Parred*, 1993, Fallos: 316:2013; confr. *Zuazaga*, 1991, Fallos: 314:566; *Consortio de Propietarios Edificio Avda. Sta. Fe 1823/29*, 1991, Fallos: 314:80; *Alancay*, 1989, Fallos: 312:751; *Borra*, cit.; *Banco Fabril de La Plata Coop. Ltda.*, 1987, Fallos: 310:449.

35 Sentencia dictada en la causa *Coprave S.A.*, 1986, Fallos: 308:983.

36 Sentencia dictada en la causa *Consortio de Propietarios Edificio Avda. Sta. Fe 1823/29*, cit.

37 Sentencia dictada en la causa *Caja de Subsidios Familiares para Empleados de Comercio -C.A.S.F.E.C.-*, 1977, Fallos: 298:458.

38 Sentencia dictada en la causa *Troisi*, cit. Confr. También, respecto de ejecuciones hipotecarias y desalojos de vivienda única y familiar, *Ponte*, 1964, Fallos: 259:88; *Baschi*, 2008, Fallos: 331:926; *Citibank N.A.*, 2008; *Souto de Adler*, 2007, Fallos: 330:3593; *Giunta*, 2008, Fallos: 331:1120; *Parada*, 2008; *Pesadori*, 2008, Fallos: 331:843; *Grillo*, cit.; *Rinaldi*, 2007, Fallos: 330:855; *Galluzzi*, 2008, Fallos: 331:2491.

También hay jurisprudencia que establece lo contrario: es inaplicable el criterio según el cual el aumento del monto nominal de la condena sólo mantiene el valor económico de aquella frente al paulatino envilecimiento de la moneda si un pronunciamiento firme ha establecido los criterios para determinar el monto de la deuda y las pautas precisas para la futura actualización y fijación de intereses; tal circunstancia impide apartarse de los principios generales que protegen a la CJ (sentencia dictada en la causa *Capon Bonell S.A.*, 1988, Fallos: 311:681).

También se ha aceptado dejar de lado la CJ si basta la mera observación de la cuantía del crédito aprobado por los tribunales para verificar que los mecanismos destinados a preservar su intangibilidad y el pago de los intereses moratorios no han sido apropiados, ya que su monto ha excedido notablemente la razonable expectativa de conservación patrimonial y de lucro,³⁹ pues si las liquidaciones judiciales conducen a resultados manifiestamente irrazonables, prescindentes de la realidad económica, tales objeciones no pueden ser desatendidas so color de un supuesto respeto al principio de la CJ.⁴⁰ Estas circunstancias se daban cuando, por la aplicación de índices de actualización de la moneda (más intereses), se llegaba a un resultado irrazonable para resarcir, por ejemplo, a un demandante (v. g., de acuerdo con el valor actual de un bien por cuya pérdida había demandado al causante de aquella).

También, y si bien la propia CJ es considerada como de orden público,⁴¹ se ha justificado hacer excepción a ella cuando se dicta una ley de esa naturaleza que debe ser aplicada.

Existe jurisprudencia contraria a lo expuesto, proveniente de la misma CS, según la cual el respeto a la CJ no es susceptible de alteración ni aun mediante la invocación de normas de orden público.⁴² Dictado el fallo definitivo, el carácter de orden público de la nueva ley de emergencia no puede afectar el cumplimiento de la sentencia revestida de autoridad de CJ;⁴³ la CJ también reviste carácter de orden público, al igual que las leyes de emergencia, y goza de plena protección constitucional,⁴⁴ porque no hay bienestar posible fuera del orden.⁴⁵ El respeto de la CJ es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro régimen constitucional y, por ello, no es susceptible de alteración ni aún por invocación de leyes de orden público, toda vez que la estabilidad de las sentencias, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es también exigencia del orden público con jerarquía superior.⁴⁶

De tal modo, la Corte ha concluido en que la alteración de los derechos adquiridos que las leyes pueden llegar a disponer para asegurar el bien común no puede

39 Sentencias dictadas en las causas: *Delpech*, 1995, Fallos: 318:1345; *Ojea Quintana*, 1995, Fallos: 318:912. Sobre capitalización de intereses, *Sequeiros*, 1993, Fallos: 316:3054.

40 Sentencia dictada en la causa *Cerro*, 1996, Fallos: 319:2300.

41 Sentencias dictadas en las causas: *Barceló*, 1973, Fallos: 285:78; *Chonev Kiril*, cit.

42 Sentencias dictadas en las causas *Villena*, 2006, Fallos: 329:5581; *Guaglianone*, 1964, Fallos: 259:289; *Ferrari Hardoy*, 1985, Fallos: 307:1289; *José Sueiro*, 2015, Fallos: 338:599.

43 Sentencia dictada en la causa *Casana*, 1976, Fallos: 296:584.

44 Sentencias dictadas en las causas *Grillo*, cit., 2007, Fallos: 330:2902; *Roccatagliata*, 1994, Fallos: 317:161.

45 Sentencia dictada en la causa *Grillo*, cit.; confr. *Valle*, 1962, Fallos: 252:370.

46 Sentencias dictadas en las causas *Chocobar*, 1996, Fallos: 319:3241; *Rodríguez Rodríguez*, 2005, Fallos: 328:4801; *Milantic*, cit.

alcanzar la inmutabilidad de la CJ⁴⁷ y que la autoridad de la sentencia debe ser inviolable, tanto respecto de la determinación imperativa del derecho sobre el cual se requirió pronunciamiento judicial cuanto de la eficacia ejecutiva de este último.⁴⁸

Sin embargo, más adelante en el tiempo, entendió que era obligatorio aplicar ciertas leyes de orden público, como las de consolidación de la deuda pública,⁴⁹ y que podía invocarse esta última aun cuando se hubiera dictado sentencia en un proceso, ya que ello no afecta la CJ del pronunciamiento, pues sus disposiciones son aplicables aun a los actos jurisdiccionales dictados.⁵⁰

Pero el supuesto más resonante de revisión de la CJ en el proceso civil es el de la CJ írrita. La CSJN ha dicho que hay que admitir la procedencia de la acción de nulidad por CJ írrita, pero subordinada a la existencia de dolo o estafa procesal en la causa en la que se pronunció la sentencia.

A esos efectos, también ha considerado que no tiene esa autoridad:

- Frente a la ausencia de un verdadero proceso contradictorio, en el que el vencido debió tener una adecuada y sustancial oportunidad de audiencia y prueba, pues la seguridad jurídica no impone el respeto de los fallos judiciales cualesquiera sean sus defectos o las condiciones en las que se hayan dictado, a punto de tener que convalidar los supuestos en los que ha mediado un remedo de juicio que concluye con una sentencia fraudulenta o dictada en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación, como también en aquellos en los que se incurrió en una grosera injusticia en el fallo, omitiendo la adecuada valoración de aspectos relevantes de la causa.⁵¹
- Si no se les ha dado oportunidad a las partes de ejercer sus respectivas defensas y valerse de los recursos disponibles para atacar las soluciones que les eran adversas,⁵² y que la institución de la CJ, como todas las instituciones legales, debe organizarse sobre bases compatibles con los derechos y garantías constitucionales.⁵³

En este contexto, la Corte ha entendido que la eventual falta de un procedimiento

47 Sentencia dictada en la causa *Chocobar*, cit.

48 Sentencias dictadas en las causas *Di Tullio S.A.*, 2003, Fallos: 326:2546; *Ferrari Hardoy*, 1985, Fallos: 307:1289.

49 Sentencias dictadas en las causas *La República Compañía argentina de seguros generales SA*, 2006, Fallos: 329:3478; *Yabra*, 2000, Fallos: 323:2481; *Navarta*, 2009, Fallos: 332:979.

50 Sentencia dictada en la causa *Sitjá y Balbastro*, 2005, Fallos: 328:1235.

51 Sentencia dictada en la causa *García, Raúl*, cit.

52 Sentencias dictadas en las causas *Formiga de Rafaldi*, 2010, Fallos: 333:2197; confr. *Logiudice*, 2002, Fallos: 325:273; *Dimensión Integral de Radiodifusión Sociedad de Responsabilidad Limitada*, 2004, Fallos: 327:4295; confr. *López*, 1987, Fallos: 310:1797; *Figuroa*, 1986, Fallos: 308:1985.

53 Sentencias dictadas en las causas *Acción autónoma de nulidad de cosa juzgada írrita de las sentencias dictadas en exptes...*, 2013, Fallos: 336:1477.

ritual expresamente previsto en la ley procesal no puede resultar un obstáculo para que los tribunales tengan la facultad de comprobar, en un proceso de conocimiento de amplio debate y prueba, los defectos de las sentencias pasadas en autoridad de CJ que se impugnan.⁵⁴

3. Examen de dos casos vinculados con la estabilidad de la CJ, a la luz de los conceptos reseñados. Los casos *Fortuna*⁵⁵ y *Milantic*

Finalizaré con un breve análisis crítico de dos pronunciamientos, a fin de demostrar cómo se presenta el dilema en casos concretos y qué diferentes soluciones se adoptan en función del mantenimiento o no de la CJ en circunstancias excepcionales de posible colisión entre garantías y derechos en juego.⁵⁶

En la causa *Fortuna*, fallada por la Corte Suprema con fecha 29/11/2011, se examinó la resolución de la Cámara laboral por la que se había rechazado el planteo de un organismo estatal, a fin de que se dejara sin efecto la liquidación de honorarios practicada a favor de ciertos letrados, debido al error material en el que se había incurrido y que había incrementado ilegítimamente los emolumentos de aquellos. Uno de los motivos por los cuales la Cámara desechó el planteo del organismo fue que habían vencido los plazos para su impugnación.

Para admitir el recurso interpuesto contra esa decisión, la Corte señaló, entre otros fundamentos, que la institución de la CJ y los loables motivos que inspiran el principio de inmutabilidad de las sentencias no son absolutos y deben ceder frente a la necesidad de afirmar el valor jurídico y objetivo constitucional de afianzar la justicia, entendiendo a esta como una virtud al servicio de la verdad sustancial, lo cual se expresa por medio de una decisión judicial que conduzca a consagrarla y al reconocimiento de los derechos que surgen evidentes de las constancias del proceso, pues no corresponde que el acreedor se ampare en el vencimiento de plazos y pérdida de las oportunidades procesales previstas para su objeción para beneficiarse con un resultado que acrecentaría indebidamente su pretensión en perjuicio indudable de los intereses y derechos de los terceros involucrados.

Concluyó, así, que la existencia de resoluciones que formalmente se apartan de lo dispuesto en una sentencia firme, lejos de menoscabar la autoridad de la CJ, la preservan, porque salvaguardan su justicia, sin la cual el más íntimo sentido de dicha autoridad, que es su sentido moral, no es concebible, y que el cumplimiento de una

54 Sentencias dictadas en las causas *Cid*, 2007, Fallos: 330:3537; *Egues*, cit.

55 Sentencia dictada en la causa *Fortuna*, 29/12/2011.

56 Lo haré dentro del proceso no penal y dejaré fuera del examen la cosa juzgada en el proceso de familia y en los procesos colectivos por sus especiales connotaciones.

sentencia informada por errores aritméticos o de cálculo, lejos de preservar, conspira y destruye la institución de la CJ, de inequívoca raigambre constitucional. A la luz de lo expuesto, al fundarse la regulación de honorarios en una resolución ilegítima, el planteo del organismo estatal debió ser considerado por el tribunal apelado a fin de que no se afectaran los propósitos mencionados.⁵⁷

Por su parte, en la causa *Milantic*, fallada por la Corte el 5 de agosto de 2021, la actora, empresa constructora de barcos, inició en la provincia de Buenos Aires actuaciones judiciales para obtener el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral dictado en la ciudad de Londres, por el cual se había condenado a la demandada, empresa de la provincia, a pagarle una suma de dinero por incumplimiento contractual. El acuerdo sobre cuya base se solicitó laudo no había tenido aprobación por ley provincial, recaudo previsto en sus cláusulas como condición de validez y vigencia y, asimismo, era contrario al orden público local.

El juez de primera instancia concedió el pedido de ejecución del laudo arbitral. Contra esa sentencia, la provincia interpuso recurso de apelación ante la cámara local, en el que solo se agravió por la imposición de las costas. La cámara revocó la resolución apelada y rechazó la ejecución del laudo, valorando que no se había dictado la ley local aprobatoria del contrato.

Contra esa decisión, *Milantic* interpuso recurso ante la corte local, que lo rechazó, con fundamento en que el principio dispositivo debía ceder si se hallaban en juego la interpretación y aplicación de directrices de orden público contenidas en la Constitución; que el juez debía controlar que en el contrato se hubieran seguido los correspondientes procedimientos, verificar que en el proceso hubieran sido garantizadas la representación y debida defensa y analizar si estaban afectados preceptos de orden público. Entendió que estaba autorizada para, de oficio, ingresar al examen de esos posibles vicios, sin que ellos se considerasen una transgresión del principio de congruencia o una afectación del derecho de defensa de alguna de las partes; citó la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, que exige que los laudos no vulneren disposiciones de orden público, por lo cual, la concreción del acuerdo y el compromiso arbitral resultaban violatorios de aquel.

Contra ese pronunciamiento, la actora interpuso recurso extraordinario ante la Corte federal sosteniendo, sustancialmente, que se había reformado de oficio la CJ del fallo.

La CSJN revocó este pronunciamiento. Señaló al efecto que, conforme a la Convención de Nueva York, la facultad de los jueces locales de denegar el reconocimien-

57 Esta decisión es coherente con la jurisprudencia del mismo tribunal, según la cual la seguridad de las sentencias firmes dictadas en el orden civil debe ceder a la razón de la justicia, que exige que el delito comprobado no rinda beneficios (sentencias dictadas en las causas *Tibold*, cit.; *Atlántida S.R.L.*, 1972, Fallos: 283:66). En el caso *Fortuna*, el error en el que incurrió la cámara laboral fue inducido por los letrados de ambas partes.

to y la ejecución de un laudo arbitral con fundamento en la causal de orden público debe ejercerse observando los principios de derecho público de nuestra Constitución, dentro de los cuales está el debido proceso adjetivo, integrante del orden público internacional argentino, y el de propiedad, así como que la CJ es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro régimen constitucional, que no se puede alterar ni aun por vía de invocación de leyes de orden público y que, por lo tanto, los tribunales locales, al exceder el marco de los agravios sometidos a su consideración, habían dictado una sentencia arbitraria.

Es claro que, en estos dos casos, los procesos estaban en curso, pero había, en el primero de ellos, un tema de preclusión y de alcance de la jurisdicción de los tribunales de alzada que la Corte relacionó con la violación de la CJ y las garantías constitucionales de defensa en juicio y propiedad, y, en el segundo, estaba en juego el alcance del control (solo formal o también material) de un laudo, de modo que, de manera más o menos controlable judicialmente, tomara autoridad de CJ.

Pero el conjunto de lo decidido en estos fallos me lleva a pensar cómo compatibilizar las garantías constitucionales, como las de debido proceso y propiedad, en el resguardo de la CJ o en su relativización en circunstancias extraordinarias.

4. Conclusiones

La cosa juzgada, que encuentra sus cimientos en la seguridad jurídica, el derecho de propiedad y el derecho de defensa en juicio, puede, en ocasiones excepcionales, ser dejada de lado cuando esas mismas garantías constitucionales sean gravemente afectadas por su mantenimiento, y el juez puede y debe, por ello, ponderar esos valores. La jurisprudencia de la CSJN y la doctrina científica lo aceptan.

En los juicios en los que el Estado es parte, la CJ no puede mantenerse incólume cuando se ha producido una decisión gravemente viciada por la actuación ilegítima de los profesionales del Estado, que representan a éste y, por lo tanto, a la sociedad. Los derechos de defensa y de propiedad de esta última se encuentran indirectamente repercutidos y deben ser objeto de consideración.

En cualquier caso, se advierte una tensión entre las garantías constitucionales de quien logró la CJ y la de su contraparte y, aunque no se pueda hablar estrictamente de las garantías constitucionales de propiedad y debido proceso de la sociedad, habría que evaluar que, por ejemplo, una erogación indebida de fondos públicos para pagar una sentencia obtenida de modo fraudulento genera daños indirectos a los ciudadanos.

Hay que evaluar si el proceso judicial para lograr el *exequatur* de un laudo (el caso *Milantic*) es análogo o no a un proceso de conocimiento, pues en el primero parece que de lo que se trata es de que el tribunal local realice una verificación de que se

cumplan las condiciones para la ejecución del laudo, por lo que podría relativizarse el concepto procesal de preclusión o de alcance de la jurisdicción apelada, dando lugar a una actuación oficiosa de los tribunales en esa verificación.

No puede desconocerse que las razones de orden público obstan al reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, cuando las propias convenciones internacionales que los regulan establecen lo contrario.⁵⁸ Ello debe prevalecer sobre el principio de congruencia o de preclusión, así como sobre la CJ, y las consecuentes garantías constitucionales que los sostienen. Puede realizarse, en tal caso, una interpretación que armonice todos esos elementos en juego, a fin de no convalidar laudos contrarios al orden público.⁵⁹

58 En los últimos años, la Corte de Casación francesa, en una de las jurisdicciones más favorables al arbitraje y cambiando una tradición de no interferencia judicial en el proceso arbitral, ha variado esa jurisprudencia. El 23/05/2022 lo hizo en el caso *Belokon v. Kirguistán*, en el que sostuvo que los jueces franceses tienen plena autoridad y un alcance ampliado de las facultades de determinación de los hechos al examinar las consecuencias de ejecutar un laudo arbitral sobre la base del orden público internacional debido a acusaciones de corrupción y blanqueo de dinero, basándose en una alegación que no se había planteado en el tribunal arbitral (Corte de casación, civil, cámara civil 1, 23/03/2022, *Belokon v. Kyrgyzstan*). Según el tribunal, la evaluación del orden público internacional no puede determinarse por la actitud de una de las partes durante el arbitraje. En otras palabras, el Tribunal Supremo se niega a reconocer el principio establecido de preclusión, es decir, el principio según el cual una parte que no invoca argumentos o pruebas relacionadas ante los árbitros no puede invocarlos posteriormente. El 07/09/2022 reafirmó esta postura en el caso *Sorelec v. Lybia*, Corte de casación, civil, cámara civil 1, 7/09/2022.

59 A título de ejemplo, la CSJN efectuó en 1998 un razonamiento en un caso de ejecución de un laudo arbitral; es muy interesante y considero que deriva de una interpretación válida y valiosa de las normas aplicables.

Se trataba del caso *José Cartellone* (constructor de obras públicas). En ese fallo (del 01/06/2004), el tribunal tuvo que decidir en un recurso vinculado con un contrato y un compromiso arbitral en el que las partes (la constructora y una empresa estatal) habían convenido someter a arbitraje algunas cuestiones y que solo procedería, contra el eventual laudo, el recurso de nulidad ante la cámara civil y comercial. Para decidir que la apelación era procedente (y no solo el restrictivo recurso de nulidad), la Corte interpretó que, conforme al Código Procesal Civil y Comercial, el compromiso arbitral delimita en forma definitiva el objeto del proceso arbitral y cumple una función sustancialmente análoga a la que corresponde en el proceso judicial de conocimiento a los escritos de demanda, contestación y reconvencción, en su caso.

En cuanto a la renuncia de las partes a apelar la decisión de ese tribunal, si bien eso implicaba, en principio, una cuestión disponible, correspondía considerar las normas que, también con categoría de principios, establece el mismo código en relación con la renuncia de derechos. En ese sentido, el Código Civil prohíbe que sean objeto de renuncia los derechos concedidos en miras del interés público, a lo que se agrega la interpretación restrictiva que corresponde aplicar en el ámbito de esta institución jurídica.

En atención a lo expuesto, no puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extiende a supuestos en los que los términos del laudo que se dicte contrarían el orden público, pues no es lógico prever, al formular una renuncia con ese contenido, que los árbitros adopten una decisión que incurre en aquel vicio.

Al respecto, cabe recordar que la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros, en consecuencia, el laudo que dicten será inapelable en esas condiciones, pero, en cambio, su decisión podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional.

Con respecto a la relatividad de la CJ en general (en este caso, civil), se ha dicho que el concepto absoluto de aquella ha debido ser flexibilizado a fin de evitar injusticias tan graves como las que trata de evitar, y que nada tiene de irracional en sí mismo que la ley admita la impugnación de la CJ; la autoridad misma de la CJ no es absoluta y necesaria, ha sido establecida por consideraciones de utilidad y oportunidad, de tal manera que estas mismas consideraciones pueden a veces aconsejar su sacrificio para evitar el desorden y el mayor daño que derivaría de la conservación de una sentencia intolerablemente injusta (Calderón, 2005, p. 194).

Mas, a la vez, se ha afirmado que “la tensión entre los diversos valores de la seguridad jurídica que persigue la CJ y la justicia del caso debería ser resuelta por el legislador mediante la previsión de vías procesales específicas que permitan revisar la *res judicata* “... qué es, precisamente, lo que configura una sentencia que pueda ser calificada de intolerablemente injusta es algo que como principio corresponde al legislador delimitar con claridad, so peligro de menoscabo insalvable de la eficacia de la CJ y, con ello, de la seguridad jurídica” (Berizonce, 2008, p. 160).

Estas reflexiones doctrinales se refieren a la impugnación directa de la CJ, advirtiendo de sus beneficios y los límites que habría que establecerle. Pero, como se advierte, también debemos considerar los supuestos en los que aún no se ha dictado decisión definitiva en la causa y se utilizan otros conceptos (como el de preclusión, en su vinculación con la CJ) para repeler recursos.

En definitiva, esto último se relaciona con la compatibilización de las garantías constitucionales a las que resguarda la CJ, como asimismo a las que protegería su relativización o revocación en casos excepcionales.

Por aplicación de los principios expuestos, la renuncia formulada por las partes en el contrato y el compromiso no constituía óbice para que la Corte revocara lo dispuesto en el laudo en cuanto a la aplicación de unos intereses que conducía a un resultado desproporcionado e irrazonable, que superaba ostensiblemente la pretensión del acreedor y producía un inequívoco e injustificado despojo al deudor, lesivo de su derecho de propiedad; no contemplaba la realidad económica y alteraba la relación entre el monto originariamente reclamado y la cuantía de la condena establecida en el laudo, de modo contrario a las más elementales reglas de la lógica y de la experiencia, con grave menoscabo de la verdad jurídica objetiva. Ello resultaba en un despojo del deudor, cuya obligación no puede ser el crédito actualizado con un interés que no trascienda los límites de la moral y las buenas costumbres, en cuya observancia está interesado el orden público, que ha sido así vulnerado por la decisión arbitral.

Como se advierte, aquí el tribunal interpretó las normas aplicables al caso de un modo compatible con las garantías constitucionales de ambas partes —en particular, el derecho de propiedad de la demandada y también su derecho de defensa— al permitirle la apelación, pues su buena fe fue sorprendida con un laudo que afectaba principios esenciales del ordenamiento jurídico.

Bibliografía

Berizonce, R. (2008). La relatividad de la cosa juzgada y sus nuevos confines. *Revista de Derecho Procesal*, 2008-1. Rubinzal-Culzoni.

Calderón, I. (2005). *Nulidades procesales y relatividad de la cosa juzgada*. Ediciones Jurídicas Cuyo.

Palacio, L. (1993). *Derecho procesal civil* (Tomo V). Abeledo Perrot.

Roles de autoría y conflicto de intereses

La autora manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

El “procedimiento administrativo constitucional” como garantía connatural al principio de “tutela administrativa efectiva”

The “Constitutional Administrative Procedure” as a Guarantee Inherent to the Principle of “Effective Administrative Protection”

Patricio Marcelo E. Sammartino¹

Universidad de Buenos Aires. Universidad Austral

Sumario

1. Introducción
2. Debido proceso adjetivo y debido proceso sustantivo
3. Debido proceso y tutela judicial efectiva
4. La tutela judicial efectiva en el derecho administrativo argentino. La inserción del amparo en la LNPA y sus proyecciones
5. Breve noticia sobre el origen del procedimiento administrativo
6. La noción de procedimiento administrativo
 - 6.1 El procedimiento administrativo según el criterio estructural
 - 6.2 El procedimiento administrativo según su función instrumental y tuitiva
 - 6.3 La noción de procedimiento administrativo en el Estado constitucional
7. Las funciones del procedimiento administrativo
 - 7.1 La doble funcionalidad del procedimiento administrativo

1 Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral con Diploma de Honor. Máster en “Libertades y Derechos Constitucionales” (Derechos Fundamentales) por la Universidad de León, España. Profesor en las maestrías de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires (UBA); Universidad Austral (UA), Universidad Católica Argentina (UCA), entre otras. Director del Post Máster en Derecho Administrativo Profundizado de la Universidad Austral. Director de la Escuela de Abogacía Pública. Ex director académico de la Maestría en Abogacía del Estado. Autor de libros y artículos sobre cuestiones de derecho administrativo y derecho procesal constitucional. patricio.sammartino@gmail.com

- 7.2 El procedimiento como "cauce primario" de protección de los derechos sociales
- 7.3 El procedimiento administrativo como presupuesto de admisibilidad de la pretensión procesal administrativa y sus excepciones
- 8. El derecho a la tutela administrativa efectiva
 - 8.1 Tutela administrativa efectiva: fundamento constitucional y convencional
 - 8.2 La tutela administrativa efectiva en la jurisprudencia de la CSJN
 - 8.3 La tutela administrativa efectiva según el art. 1 bis, inciso a), de la LNPA reformada por la Ley Bases (27742)
 - 8.4. La vulneración del derecho a la tutela administrativa efectiva y sus consecuencias
 - 8.5 Recapitulando
- 9. El "procedimiento administrativo constitucional" como garantía de los derechos fundamentales ínsita en el derecho a la "tutela administrativa efectiva"
 - 9.1 La interacción de los principios de tutela administrativa efectiva y buena administración
 - 9.2 El procedimiento administrativo constitucional-convencional y sus dos modalidades
- 10. Conclusiones

Recibido: 08/03/2026

Aceptado: 30/03/2026

<https://doi.org/10.26422/daec.2026.0100.sam>

Resumen

El objetivo de este estudio es analizar el haz de garantías que conforman el principio de tutela administrativa efectiva y su concreta proyección sobre los derechos fundamentales.

Este trabajo fue concebido en tres partes. En la primera se aborda el origen del debido proceso adjetivo, su desarrollo en el derecho positivo y la posterior evolución como debido proceso sustantivo. A continuación, se desanda la controversia en torno a la relación entre el debido proceso adjetivo y la tutela judicial efectiva. En un segundo momento se examinan los diferentes enfoques del procedimiento administrativo. En este segmento se analiza el impacto del principio de buena administración sobre la finalidad del procedimiento en el Estado constitucional. La última parte del estudio explora las garantías que conforman el "principio fundamental" a la tutela administrativa efectiva. En torno a éste, se sostiene que el desarrollo legal plasmado en el art. 1 bis, inciso a de la LNPA reformada, debe ser interpretado constitucional y convencionalmente. En este marco, se concluye que, en el derecho administrativo del Estado constitucional, el haz de garantías que emanan de la tutela administrativa efectiva incluye el derecho a un procedimiento administrativo constitucional, en sus diferentes variables: ora, como derecho a un cauce formal especial de protección de los derechos fundamentales en sede administrativa; ora, como conjunto de técnicas de interpretación y subsecuente aplicación de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad dentro del procedimiento administrativo común.

La finalidad de este estudio es contribuir a la consolidación de la fuerza normativa de la Constitución² en el ámbito de la función administrativa.

Palabras clave: procedimiento administrativo, debido proceso, tutela administrativa efectiva, procedimiento administrativo constitucional, derechos fundamentales, bloque de constitucionalidad.

Abstract

The overall objective of this study is to analyze the principle of effective administrative protection. Specifically, we aim to establish its scope with respect to the protection of fundamental rights. This work is structured in three parts. The first addresses the origin of procedural due process, its development in positive law, and its subsequent evolution into substantive due process. Next, the controversy surrounding the relationship between procedural due process and effective judicial protection is examined. The second part explores the different facets of administrative procedure. This section analyzes administrative procedure from structural, instrumental, and functional or protective perspectives. The impact of the principle of good administration on the purpose of the procedure in a constitutional state is highlighted. The final part of the study explores the bundle of guarantees that constitute the “fundamental principle” of effective administrative protection. Regarding this principle, it is argued that the legal development embodied in Article 1 bis, paragraph a, of the reformed LNPA (National Law of Administrative Procedure) must be interpreted constitutionally and in accordance with international conventions. Within this framework, it is concluded that, in a constitutional state, the bundle of guarantees stemming from effective administrative protection includes the right to a constitutional administrative procedure, in its various forms: either as the right to access a formal channel for the protection of fundamental rights within the administrative sphere; or as a set of distinct techniques for interpreting and applying the norms that comprise the constitutional framework within the ordinary administrative procedure.

The purpose of this study is to contribute to strengthening the normative force of the Constitution in the realm of administrative functions.

Key words: administrative procedure, due process, effective administrative protection, constitutional administrative procedure, fundamental rights, constitutional framework.

1. Introducción

La Ley 27742 introdujo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA), un elenco de criterios rectores a los que denominó “principios fundamentales del procedimiento administrativo”.

2 El reaseguro de la fuerza normativa de la constitución radica en los *mecanismos garantistas* para su aplicación, su cumplimiento y su control (Bidart Campos, 1995, pp. 63 y ss.).

Juridicidad, razonabilidad, proporcionalidad, buena fe, confianza legítima, transparencia, tutela administrativa efectiva, simplificación administrativa y buena administración conforman el catálogo de "principios fundamentales" a los que debe ajustarse el cauce formal de la función administrativa.

El problema principal que abordaremos en este estudio refiere a una de las ideas cardinales del procedimiento en el Estado constitucional: la *tutela administrativa efectiva*.

Concretamente, en este trabajo indagaremos si el ámbito de protección de la tutela administrativa efectiva queda circunscrito al catálogo de garantías enunciadas en el art. 1 bis, inciso a, ap. (i) a (iv), LNPA reformada, o si resulta posible, en cambio, reconocer en el "principio fundamental" a una tutela administrativa efectiva un alcance más amplio, anudado a los fundamentos constitucionales y convencionales brindados por jurisprudencia de la CSJN.

Anticipando una respuesta al planteo precedente, diremos que, desde los principios basilares del Estado constitucional — también denominado "Estado de los derechos fundamentales" — es dable extraer el derecho a un *procedimiento administrativo constitucional* como garantía connatural al principio de tutela administrativa efectiva. En sus diferentes modalidades, el procedimiento administrativo constitucional está llamado a garantizar, mediante trámites y técnicas diferenciadas, la efectiva y especial protección de los derechos fundamentales en sede administrativa.

2. Debido proceso adjetivo y debido proceso sustantivo

2.1. El presente y futuro de los Estados constitucionales de América Latina está anudado a la concreta y efectiva satisfacción de las *justas exigencias del bien común en una sociedad democrática*.

Extramuros de los intereses sectoriales predominantes y de los resabios autoritarios que aún perviven en algunos sectores de la sociedad civil, la realización de las justas exigencia del bien común requiere de las autoridades públicas, cualquiera sea el tipo de función que desarrollen, un fuerte compromiso con: (i) la protección de la *dignidad de la persona humana*;³ (ii) el respeto a los *derechos y garantías fundamentales*

3 La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina (CSJN) puntualiza que la "dignidad" de la persona es un *valor supremo* en nuestro orden constitucional (Fallos: 333:405; 340:1236). También señala que la dignidad es un atributo inherente a toda persona. Constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional (Fallos: 330:1989-2007; 336:672; *Asociación Trabajadores del Estado*, 2013).

que le son inherentes;⁴ (iii) la defensa⁵ del *principio democrático*⁶ en sus dimensiones *formal* y *sustancial*;⁷ y (iv) la observancia de los principios cardinales que gobiernan el *estatuto del poder*,⁸ —separación⁹ y control recíproco de las funciones estatales— como *garantía de libertad*.

Estos compromisos jurídicos esenciales, ínsitos en la Constitución Nacional de Argentina (CN) reformada en 1994, integran el bloque de juridicidad al que se sujeta la Administración pública. Ellos modulan el núcleo vital del derecho administrativo actual: la relación de las potestades y prerrogativas administrativas con las garantías (sustanciales y procesales) de los particulares.

Dentro del catálogo de *garantías fundamentales* que reconoce el régimen administrativo en el Estado de derecho y en su prórroga congenial, el Estado constitucional, el *debido proceso* ocupa un espacio central de singular preeminencia.

2.2 El *debido proceso* tiene origen en la carta magna. Al respecto, la versión originaria de 1215 estableció:

ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado, ni privado de sus derechos o de sus bienes, ni proscrito ni desterrado, ni perjudicado de cualquier otra forma (...), sino en virtud de un enjuiciamiento por sus pares y con arreglo a la ley del reino.¹⁰

4 Corte IDH, OC 6-86, párr. 29 a 31; Fallos: 327:3753; 336:672, considerando 11°, entre otros.

5 Art. 36, primero y cuarto párrafo, de la Constitución Nacional.

6 La democracia, subraya Böckenförde (2000, p. 47), está vinculada al principio de la soberanía popular. En ella el poder del Estado ha de articularse de tal forma que tanto su organización como su ejercicio deriven siempre de la voluntad del pueblo o puedan ser atribuidos a él.

Peter Habermas (2018) señala que “la dignidad humana [...] es indisponible en la democracia pluralista —limita la soberanía popular—. A fin de cuentas, la democracia pluralista es la consecuencia orgánica de la dignidad humana” (párr. 5).

7 Ferrajoli (2011, pp. 15-21) distingue la dimensión política o *formal* de la democracia de la *sustancial*. Esta última se refiere a la sustancia de las decisiones, es decir, a los límites (lo que está prohibido) y a los vínculos (lo que es obligatorio) impuestos a los poderes representativos como otros tantos principios axiológicos de la democracia. Subraya que las condiciones de la democracia —entendida como conjunto de reglas sobre el válido ejercicio del poder— están preestablecidas en reglas sobre la producción (normas formales sobre las formas, el quién y el cómo) y normas sustanciales sobre los contenidos (es decir, sobre el qué). La democracia *sustancial* se refiere a la sustancia de las decisiones, tanto a los límites fundamentales correspondientes a los derechos individuales —sean de libertad o de autonomía (el qué no se debe decidir)— como los vínculos fundamentales correspondiente a los derechos sociales (el qué se debe decidir).

8 Fallos: 333:633 (*Consumidores Argentinos s/ Amparo*, 2010).

9 “La división de poderes es un principio fundamental de nuestro sistema republicano de gobierno y ha expresado en forma reiterada que la misión más delicada de los jueces es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones (Fallos: 342:1938, *Alonso de Martina, Marta Inés y otros s/ amparo* de 12/11/2019).

10 Énfasis agregado.

En 1354, bajo el reinado de Eduardo III, la carta magna sufre una revisión en la que se sustituye la frase "enjuiciamiento por sus pares y conforme a la ley del reino" por el sintagma "debido proceso".

De este modo, se determinó que

... ningún hombre, sea cual fuere su rango o condición, podrá ser expulsado de sus tierras o de su hogar, ni detenido, ni desheredado, ni condenado a muerte, *sin ser oído en un debido proceso legal* (due process of law).¹¹

2.3 Siglos más tarde, la Constitución de los Estados Unidos de América plasmó la garantía del debido proceso en las Enmiendas V y XIV.

En lo pertinente, la Enmienda V, de 1791, prescribe:

Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa (...); tampoco se podrá someter a ninguna persona dos veces por el mismo delito, al peligro de perder la vida o algún miembro; ni se le obligará a declarar contra sí misma en una causa penal; *ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal*...¹²

A la vez, la Enmienda XIV, de 1868, dispone: "Ningún Estado podrá privar a una persona de su vida, su libertad o su propiedad, sin el *debido proceso legal*; ni negar a nadie dentro de su jurisdicción una igual protección legal".

El trasplante del debido proceso a las colonias norteamericanas tuvo dos notas particulares: (i) el debido proceso operaba como garantía procesal de la libertad frente a detenciones arbitrarias del Estado y contra penas pecuniarias y confiscatorias, esto es, contra *penas sin juicio legal*; (ii) el debido proceso erigió en garantía frente al monarca y los jueces, mas no en relación al Parlamento (Linares, 1989, p. 16).

2.4 El sintagma gramatical *debido proceso legal* (due process of law) no está presente en el texto de la Constitución Nacional de Argentina. Ésta tampoco alude a "debido procedimiento legal", ni a "debida formación de la causa" o "debidas formas legales".

Sin embargo, el art. 18 de la Constitución Nacional reconoce y desarrolla la garantía del debido proceso en los siguientes términos:

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de

11 Énfasis agregado.

12 Énfasis agregado.

orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...

Al respecto, Sagüés (2017, pp. 560 y ss.) señala que el art. 18 de la CN, cuando menciona el *juicio previo* como exigencia para imponer sanciones penales y alude a la *inviolabilidad de la defensa en juicio* de la persona y de los derechos, se está refiriendo al principio de debido proceso adjetivo.

El debido proceso, puntualiza Bidart Campos (2003, pp. 52 y ss.), significa que ningún justiciable puede ser privado de un derecho sin que se cumpla un *procedimiento* regular fijado por ley; ese procedimiento tiene que ser *debido*; para que sea debido, se le debe brindar al justiciable la suficiente *oportunidad de participar con utilidad*; esa oportunidad requiere tener noticia fehaciente del proceso, de sus actos y etapas y debe poder y producir pruebas y gozar de audiencia (ser oído). En definitiva, destaca el insigne constitucionalista, la esencia del debido proceso consiste en la oportunidad o posibilidad suficientes de participar con utilidad en el *proceso regular y razonable*.

Juicio previo, inviolabilidad de la defensa en juicio, oportunidad de participar con utilidad en el proceso, derecho a participar a un proceso regular y razonable son diferentes variables del debido proceso adjetivo.

El objetivo del debido proceso adjetivo, subraya J. C. Cassagne (2021, pp. 258-259), es proteger a los individuos del poder coercitivo del Gobierno asegurando que los procesos de decisión se rijan por leyes válidas, imparciales y justas.

La Corte federal subraya que el debido proceso legal previsto en el artículo 18 de la Constitución Nacional se erige en uno de los *principios de derecho público* establecidos en la Ley Suprema (artículo 27, Constitución Nacional).¹³

La garantía del debido proceso adjetivo (art. 18 CN) se abastece de un haz de garantías que exceden el juicio penal. En efecto, las normas sustanciales de la garantía de defensa deben ser observadas en todos los procesos (Sagüés, 2017) y en *cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas*.¹⁴ En reiteradas ocasiones, la jurisprudencia del Alto Tribunal las ha trasladado directamente al procedimiento administrativo.¹⁵

13 Fallos: 348:611, de 1 de agosto de 2025. En este pronunciamiento, el alto tribunal señala que el art. 18 de la CN, referido a que ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, expresa el tradicional aforismo latino *nullum crimen nulla poena sine lege penali praevia* (no hay crimen ni castigo sin ley penal previa).

14 Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C, nro. 268, párr. 167; caso *Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*, sentencia de 3 de mayo de 2016, párr. 73; *Caso Baena Ricardo vs. Panamá*, de 2 de febrero de 2001, párr. 127.

15 V. gr., Fallos: 327:4185, cons. 7º (*Astorga Bracht*); 324:1403 cons. 3º, *in fine* (*Copa*). En este último precedente, el alto tribunal sostuvo que las atribuciones con las que cuentan los organismos admi-

2.5 El *debido proceso legal* está expresamente reconocido y fuertemente consolidado en los instrumentos de protección de derechos humanos enumerados en el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional argentina. Esos instrumentos internacionales, en las condiciones de su vigencia, *tienen jerarquía constitucional*, debiéndoselos considerar "complementarios de los derechos y garantías" reconocidos en la CN. A la vez, ellos no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución.

Por consiguiente:

(i) En Argentina, las garantías reconocidas en los artículos 9 a 11 de la DUDH¹⁶ (Declaración Universal de los Derechos Humanos); 9, 14 y 15 del PIDCP¹⁷ (Pacto Internacional de derechos civiles y políticos); y 8º y 25 de la CADH¹⁸ (Convención

nistrativos para suspender, revocar, modificar o sustituir las resoluciones que otorgan beneficios jubilatorios *presupone que se haya dado a los interesados participación adecuada en los procedimientos, permitiéndoles alegar y probar sobre los aspectos cuestionados, en resguardo de la garantía de defensa en juicio*" arts. 18 de la CN. y 1, inc. f, de la ley 19549...".

- 16 El artículo 9 de la DUDH prescribe que nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado. El artículo 10 establece que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. El artículo 11 consagra el derecho de toda persona acusada de delito "que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito" (énfasis agregado).
- 17 El art. 9.1 del PIDCP dispone: "... Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta" (énfasis agregado).
Esta previsión normativa contempla el derecho al recurso: toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá *derecho a recurrir* ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. A la vez, el art. 14.1 del PIDCP establece que "todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil" (énfasis agregado).
- 18 El art. 8º de la CADH consagra el *debido proceso legal*. En ese orden se dispone: "1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...". El inciso segundo establece un elenco de garantías mínimas en función del debido proceso legal (énfasis agregado).
Por su parte, el art. 25 de la CADH reconoce garantías tendentes a la protección judicial efectiva de los derechos humanos, entre ellos, el amparo. La jurisprudencia y la doctrina extraen de esta previsión convencional el derecho a una tutela judicial efectiva.
En ese orden, el art. 25.1. de la CADH prescribe: "1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o

Americana sobre Derechos Humanos) tienen rango constitucional. Ello fortalece la efectividad del debido proceso, lo cual garantiza la concreta *protección de la esfera intangible de libertad individual de la persona humana*, a la vez que favorece la confianza en el proceso, en su trámite y en la justicia de su resultado, extramuros de la autotutela privada de derechos.

(ii) El art. 8º de la CADH consagra el *debido proceso legal*. Al respecto, la Corte IDH sostiene que las garantías judiciales previstas en el art. 8º de la CADH *se trasladan al procedimiento administrativo*.¹⁹

En efecto, es doctrina consolidada del tribunal interamericano que las garantías que en función del debido proceso legal²⁰ reconoce el art. 8º de la CADH deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.²¹ Ello, a efectos de alcanzar decisiones justas.²²

En congruencia con la doctrina labrada por la Corte IDH en torno al art. 8º de la CADH, la CSJN sostuvo —en un proceso en el que se sometió a revisión judicial un sumario administrativo— que

la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales...”.

- 19 Ello aparece con toda claridad en los párrafos 124 y siguientes del caso *Baena*, de 2 de febrero de 2001. Los hechos, sucintamente, son los siguientes: una *decisión administrativa dispuso la cesantía* (declaró no subsistente el nombramiento) de 270 empleados públicos por haber participado de una marcha y de una huelga —que coincidió con un intento de levantamiento militar— *sin que se le hubiese garantizado un debido proceso* con las garantías contempladas por la CADH. La Corte IDH destacó que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo, sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. En ese entendimiento, enfatizó que, si bien el art. 8º de la CADH se titula “garantías judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto. Al referirse al debido proceso, consideró que es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la Administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas, dijo el tribunal interamericano, deben respetarse en el procedimiento administrativo y en *cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas*.
- 20 Corte IDH, caso *Baena Ricardo vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, nro. 72, párr. 137.
- 21 Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C, nro. 268, párr. 167; caso *Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*, sentencia de 3 de mayo de 2016, párr. 73; *Caso Baena Ricardo vs. Panamá*, párr. 127.
- 22 Corte IDH, caso *Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. Sentencia de 3 de mayo de 2016, párr. 73. El pleno respeto de las garantías del debido proceso legal, puntualiza la Corte IDH, es exigible a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas *decisiones puedan afectar los derechos de las personas*. Las garantías que reconoce el art. 8º de la CADH, procuran que las personas estén en condiciones de *defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos* (Corte IDH, caso *Extrabajadores del Organismo Judicial vs. Guatemala*, sentencia de 17 de noviembre de 2021).

las garantías enunciadas por el art. 8 de la citada Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial —en el ejercicio eminente de tal función— sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales.²³

Y más adelante, parafraseando la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso *Baena*, la Corte federal sostuvo que "cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal", pues

es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar soluciones justas, no estando la administración excluida de cumplir con ese deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.²⁴

(iii) Cabe señalar que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea incluye un elenco de garantías propias del debido proceso dentro del *derecho a una buena administración*.

En ese orden, el art. 41, inciso 2º del citado instrumento reconoce el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome una medida individual que la afecte desfavorablemente; el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna y la obligación de la administración de motivar sus decisiones.

(iv) Por su parte, la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, de 2013, incorpora el "principio de debido proceso" en el derecho fundamental a una buena administración (art. 23). Subsume como parte de aquél el "derecho a ser oído siempre antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente" (art. 31); el "derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas" (art. 32); el "derecho a la motivación de las actuaciones administrativas". En este punto, la Carta enfatiza que todas las actuaciones de la Administración pública deberán estar amparadas en razonamientos inteligibles.

2.5. Ahora bien, el debido proceso no se agota en su vertiente procesal, se extiende también a la sustancia o esencia de las decisiones estatales.

(i) En efecto, si bien en sus orígenes el debido proceso irrumpe como garantía adjetiva —en virtud de la cual nadie puede ser privado de sus derechos sin que se cumplan los procedimientos establecidos en la Constitución y la ley, en la medida que ésta le brinde a la persona la posibilidad de exponer y probar previamente sus

23 Fallos: 335:1126 (*Losicer*, 2012).

24 Ídem.

razones y aguardar una sentencia fundada (en derecho)— su evolución exhibe, además, una faz material que desemboca en el denominado *debido proceso sustantivo*, también denominado debido proceso fundamental.

El *debido proceso sustantivo* garantiza que el *contenido* de las decisiones, leyes y reglamentos respeten determinados patrones o estándares preestatales reconocidos en la Constitución. Tal es lo que sucede con la *razonabilidad* y una de sus variables, la *proporcionalidad*²⁵. Esta, a la vez, se vertebra en torno a los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La proporcionalidad supone que las restricciones que se impongan no deben valorarse en abstracto, sino en función de la entidad del bien que se pretende proteger.²⁶

En su día, J. F. Linares (1989) señaló que el debido proceso sustantivo se erige en la exigencia de *que las leyes sean razonables*, esto es, deben contener una *equivalencia* entre el hecho antecedente de la norma jurídica creada y el hecho consecuente de la prestación o sanción, teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos y el medio como prestación.

Naturalmente, además de las leyes, la garantía del debido proceso sustantivo se proyecta también sobre las disposiciones reglamentarias y actos administrativos.

(ii) Si bien un lejano y aislado precedente de la CSJN señaló que en la Constitución no hay referencia a la “garantía innominada del debido proceso sustantivo”,²⁷ pronunciamientos más recientes han reconocido²⁸ esta garantía con fundamento en el art. 33 de la Constitución Nacional (Sagüés, 2017) y anudado su contenido al principio de *razonabilidad* (art. 28, Constitución Nacional),²⁹ aunque también se identificó el debido proceso sustantivo con la necesidad de construir decisiones “sobre la base del sentido común”. La Corte federal puntualiza que el límite sustancial que la Constitución impone a todo acto estatal, y en particular a las leyes que restringen derechos individuales, es el de la razonabilidad.³⁰

El principio de razonabilidad, sostiene el alto tribunal, exige “que: (i) las leyes persigan un fin constitucionalmente válido; (ii) las restricciones impuestas estén justificadas en la realidad que pretenden regular; y (iii) los medios elegidos sean proporcionados y adecuados para alcanzar los objetivos buscados”.³¹

La doctrina administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) aso-

25 Cabe recordar que el principio de razonabilidad y de proporcionalidad fueron reconocidos por la Ley 27742 (2024) como principios fundamentales del procedimiento administrativo.

26 Doctrina de Fallos: 313:1638; 330:855 y 334:516. Ver el voto del Dr. Lorenzetti en Fallos: 338:1110.

27 Fallos: 210:500.

28 Fallos: 342:697 (2019); CSJN, *Alarcón Vargas Froilán c/ ANSES s/Otros*, de 11/12/2007.

29 Fallos: 344:1013, voto del juez Rosatti (*Roa Restrepo*, 2021).

30 Fallos: 338:1110 (*Nobleza Piccardo*, 2015) y sus citas: Fallos: 288:240 y 330:3098, disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni.

31 Fallos: 348:841 (*Tabacalera Sarandí*, 2025).

cia la razonabilidad con la congruencia, la proporción y la adecuada relación de medio a fin.³² Exige que los medios que se pretenden utilizar resulten adecuados para satisfacer los fines que desean alcanzarse.³³ El requisito constitucional de la razonabilidad, sostiene el órgano asesor, comprende la necesaria fundamentación de los actos administrativos.³⁴

Por cierto, en el Estado constitucional vigente en la República, la juridicidad a la que se somete la Administración se conforma con los *principios de razonabilidad* (art. 28, CN)³⁵ y *proporcionalidad*—,³⁶ entendido como un aspecto esencial del principio de razonabilidad³⁷ y requisito de toda la actividad del Estado—³⁸, juntamente con el deber correlativo, *prohibición de la arbitrariedad*.³⁹ La interdicción de la arbitrariedad está consagrada expresamente en el art. 43 de la CN, en cuanto habilita la pretensión de amparo contra todo acto u omisión afectado de arbitrariedad manifiesta.

La LNPA reformada establece que la *razonabilidad* y la *proporcionalidad* constituyen *principios fundamentales del procedimiento administrativo* (conf. art. 1 bis, LNPA). De este modo, la aludida previsión normativa le brinda anclaje legal a la garantía innominada del debido proceso sustantivo.

(iii) En Argentina, la razonabilidad tiene fundamento constitucional en el art. 28 de la Constitución Nacional. Esta norma, que ya estaba en la redacción originaria de 1953/60, prescribe que las garantías y derechos reconocidos en la Constitución *no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*.

El aludido art. 28 de la CN responde al art. 20 del proyecto de J. B. Alberdi (considerado el padre de la Constitución argentina de 1853) en cuanto preveía que el Congreso no podrá sancionar leyes que, en ocasión de reglamentar u organizar el ejercicio de los derechos constitucionales reconocidos los *disminuya, restrinja o adultere su esencia*. Va de suyo que, en la fuente inspiradora del art. 28 de la Constitución argentina, está presente el deber de todas las autoridades públicas (no solo del legislador) de respetar y preservar, esto es, de evitar y abstenerse de alterar o suprimir el contenido esencial de los derechos fundamentales.

De este modo, es dable verificar que el art. 28 de la CN de 1853 junto a fuente (art. 20 del Proyecto Alberdi) exhibe un criterio similar al consagrado por los artículos

32 Dictámenes: 312: 420.

33 Dictámenes: 240:184.

34 Dictámenes: 264:31.

35 Conf. CSJN, *Nobleza Piccardo*, cons. 25, de 27.10.2015.

36 La proporcionalidad supone que las restricciones que se impongan no deben valorarse en abstracto sino en función de la entidad del bien que se pretende proteger (doctrina de Fallos: 313:1638; 330:855 y 334:516).

37 Fallos: 333:1023 (*Thomas*, cons. 10°, 2010).

38 Ídem.

39 Fallos: 306:4004 (*Arenzon*, 1984).

19.2 de la Ley Fundamental alemana (*en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial*) y 53.1 de la Constitución Española (CE), en cuanto prescribe que sólo por ley, que en todo caso *deberá respetar el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales* reconocidos en el Capítulo segundo, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades.

Al referirse a las particularidades del principio de razonabilidad, J.C. Cassagne (2021, pp. 264 y ss.) destaca que aquél constituye una suerte de metaprincipio general del Derecho, abarcativo de otros principios, como la igualdad, la protección del contenido sustancial de los derechos constitucionales, la interdicción de la arbitrariedad y el principio de proporcionalidad.

(iv) En el Estado constitucional, el debido proceso adjetivo y el debido proceso sustantivo tienen, como notas teleológicas comunes, el propósito de asegurar racionalidad en los actos estatales y brindar protección efectiva a las garantías y derechos fundamentales reconocidos en el bloque de constitucionalidad.

Cabe recordar que los derechos que conforman el bloque de constitucionalidad son aquellos que expresa e implícitamente reconoce la Constitución Nacional juntamente con los reconocidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados en el art. 75, inciso 22 de la CN.⁴⁰ En efecto, la jurisprudencia del alto tribunal, junto con la doctrina especializada, subrayan que el “bloque de constitucionalidad” constituye la sumatoria de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22, CN).⁴¹

2.6 En definitiva, el debido proceso legal evolucionó de garantía procesal de la libertad (*procedural limitation*) a garantía de sustancial o de fondo (*general limitation*). Ambas garantías fueron receptadas, con lógicas modulaciones, en la LNPA. La primera, en los artículos 1 bis, inciso a, ap i a iv; 7º, inciso d segunda parte; y 14, inciso b, ap. iv. La segunda, en los artículos 1 bis, primer párrafo —dentro de los denominados “principios fundamentales del procedimiento administrativo”—, y 7º, inciso f.⁴²

3. Debido proceso y tutela judicial efectiva

En Argentina, como en España, existe controversia sobre la relación entre el debido proceso adjetivo y la tutela judicial efectiva.

40 Fallos: 342:584 (*Espíndola*, 2019); 342:2298 (*Fleitas*), entre otros.

41 Conf. Bidart Campos (1995, p. 401) y Manili (2003, p. 189).

42 El art. 7º de la LNPA enumera los requisitos esenciales del acto administrativo. El inciso f) del art. 7º dispone que el acto administrativo deberá cumplir con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor. Y más adelante establece: “Las medidas que el acto involucre deben ser razonables y proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad”.

3.1 En España, la Constitución de 1978 reconoce expresamente el derecho a una tutela judicial efectiva. Según lo establece el art. 24.1, de la CE, *todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

Con anterioridad, el art. 19.4 de la Ley Fundamental alemana incluyó dentro del catálogo de derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva en los siguientes términos: *toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial* (otra traducción del mismo del texto señala: si alguien es lesionado por la autoridad en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los tribunales).

3.2 En Argentina, el documento constitucional no recepta el sintagma "derecho a una tutela judicial efectiva". Aun así, la jurisprudencia de la CSJN lo extrae del artículo 18 de la Constitución Nacional y de un elenco de previsiones normativas contenidas en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional que, con arreglo al art. 75, inciso 22 de la CN, conforman el bloque de constitucionalidad.

En efecto, en Argentina la tutela judicial efectiva se sustenta en el ya citado artículo 18 de la Constitución Nacional y en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8° y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2°, inciso 3°, aps. a y b, y 14, inc. 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁴³

3.3 El Tribunal Constitucional de España (TCE) caracteriza a la tutela judicial efectiva como el *derecho a ser protegido judicialmente en los propios derechos e intereses legítimos*, lo que excluye, como ilegítima, cualquier situación de indefensión (STC nº 26/1983, FJ primero).

En ese marco, el TCE aclara que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo que incluye "la libertad de acceso a los Jueces y Tribunales, el derecho a obtener un fallo de éstos". Seguidamente señala que la tutela judicial efectiva se también se integra con el derecho "a que el fallo se cumpla y a que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido" (STC Nº 26/1983, FJ segundo).

El propio TCE subraya que se vulnera la tutela judicial efectiva cuando la decisión consiste en negar, de forma arbitraria o irrazonable, la posibilidad de obtener una resolución judicial fundada en derecho, o cuando se dicte una resolución que sea arbitraria o irrazonable (STC 37/1982).

Con arreglo a la doctrina jurisprudencial precedente es posible afirmar que, en el derecho español, la tutela judicial efectiva exhibe tres momentos, segmentos o parcelas: (i) derecho o libertad de acceso al tribunal; (ii) derecho a obtener una decisión (favorable o desfavorable) fundada en derecho (lo cual resultan ajenas a la

43 Fallos: 346:333 (Rueda, 2023); 327:4185 (Astorga Bracht, 2004).

tutela judicial efectiva las decisiones arbitrarias o irrazonables); (iii) derecho a que la sentencia se cumpla y el recurrente le sea restituido su derecho (y compensado si hubiera sufrido un daño).

3.4 En Argentina, el contenido del derecho a una tutela judicial efectiva está consagrado en diferentes sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Al respecto, el pronunciamiento más emblemático es *Astorga Bracht*.⁴⁴ En este caso, el alto tribunal sostiene que la garantía a una tutela judicial efectiva supone: (i) el *derecho de ocurrir ante los tribunales de justicia*; (ii) el derecho a un *proceso conducido en legal forma* y que concluya con el dictado de una sentencia o decisión fundada (en la ley y el derecho);⁴⁵ y (iii) el derecho a una sentencia o decisión que resulte *útil* a los derechos de los particulares o litigantes.

En pronunciamientos posteriores la Corte federal ha brindado mayores precisiones en torno al alcance del derecho a la tutela judicial efectiva.

Al respecto, la doctrina judicial destaca que la tutela judicial efectiva se encauza en el marco de las garantías individuales contenidas en la Constitución Nacional, que, además, resultan constitutivas de aquel derecho; que la tutela judicial efectiva debe guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Ley Suprema (artículo 27, Constitución Nacional);⁴⁶ que el *principio de inmediatez* integra la garantía de acceso a una tutela judicial efectiva;⁴⁷ que las *acciones colectivas* constituyen herramientas para profundizar la garantía de la tutela judicial efectiva.⁴⁸ También se sostiene que el rechazo de la pretensión de amparo (incorporación a una obra social) cuando la determinación de la existencia o inexistencia del derecho de la actora no exigía una mayor amplitud de debate o de prueba incurre en excesivo rigor formal en tanto en cuanto soslaya el derecho a la tutela judicial efectiva y a interponer un recurso rápido y sencillo ante tribunales competentes frente a la vulneración de derechos fundamentales (art. 43, Constitución Nacional, y artículos 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos).⁴⁹

Como se indicó, la Corte federal considera que el derecho a una tutela judicial

44 Fallos: 327:4185, cons. 7º.

45 La CSJN sostuvo que la sentencia que rechazó la pretensión de amparo interpuesta con el fin de obtener la incorporación de la actora como afiliada al Instituto de Obra Social de Entre Ríos —en su carácter de beneficiaria previsional de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Entre Ríos— resulta *arbitraria y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva* y a interponer un recurso rápido y sencillo ante tribunales competentes frente a la vulneración de derechos fundamentales (art. 43, Constitución Nacional, y arts. 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Fallos: 347:1022 I U., L. N. c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos s/ acción de amparo, de 20/08/2024).

46 Fallos: 348:611.

47 CSJN, M. G. s/ Medidas precautorias (art. 232 del CPCC), de 5 de marzo de 2026.

48 Fallos: 347:1820.

49 Fallos: 347:1022 (2024).

efectiva exige el respeto al debido proceso; a la vez, ello requiere del adecuado, oportuno y razonable tratamiento de los planteos deducidos por las partes.⁵⁰

3.5 Formuladas estas consideraciones preliminares, examinaremos la relación entre el debido proceso (esto es, debido proceso adjetivo) y la tutela judicial efectiva.

Un sector de la doctrina entiende que el debido proceso queda asimilado a la tutela judicial efectiva. Esta posición considera que se trata de la misma garantía Otra corriente, en cambio, considera que son dos garantías diferentes. Desde este vértice se señala que la segunda —esto es, la tutela judicial efectiva— constituye el género y que el debido proceso es una de sus especies. Un tercer miraje aloja el contenido incontrovertible de la tutela judicial efectiva dentro del debido proceso como garantía primaria frente a la jurisdicción.

En Argentina, la tendencia predominante considera que el debido proceso se erige en una parcela o segmento de la tutela judicial efectiva. Bidart Campos sostuvo enfáticamente que el debido proceso adjetivo se ubica "dentro" del derecho a la tutela judicial efectiva (Bidart Campos, 2003).

La jurisprudencia labrada por la CSJN desde *Astorga Bracht* (2004) hasta la actualidad da cuenta de que el *derecho a un proceso llevado en legal forma* que concluya con el dictado de una sentencia o decisión fundada, esto es, el respeto al debido proceso adjetivo, se inscribe en el segundo momento o segmento de la tutela judicial efectiva.⁵¹

Un pronunciamiento relativamente reciente determina de manera precisa que el *derecho a la tutela judicial efectiva exige respeto al debido proceso*, así como el adecuado, oportuno y razonable tratamiento de los planteos deducidos por las partes.⁵² Este pronunciamiento reafirma la posición que considera el debido proceso como una parte de la tutela judicial efectiva, sin que aquél agote el contenido de ésta.

3.6 La reciente reforma a la LNPA adscribe al criterio que subsume el debido proceso en el derecho a una *tutela efectiva* de los derechos e intereses jurídicamente protegidos.

En efecto, el art. 1 bis, inciso a) de la LNPA (modificada en 2024 por la Ley 27742) incluyó el haz de garantías que, de acuerdo con el texto originario de la LNPA, conforman el debido proceso adjetivo (derecho a ser oído antes de la emisión del acto administrativo; derecho a ofrecer y producir prueba; derecho a una decisión fundada) como una porción o segmento del principio fundamental a una tutela administrativa efectiva.

50 Fallos: 346:333.

51 Fallos: 327:4185, cons. 7º.

52 Fallos: 346:333 (*Rueda*, 2023).

4. La tutela judicial efectiva en el derecho administrativo argentino. La inserción del amparo en la LNPA y sus proyecciones

4.1 El régimen administrativo en el Estado constitucional vigente en la República se abastece de potestades administrativas (sustanciales y procesales) y garantías (sustantivas y adjetivas). Si bien algunos pronunciamientos de la corte federal sostuvieron que unas y otras deben estar en una relación de equilibrio, pronunciamientos del alto tribunal dictados con posterioridad a la reforma constitucional de 1994 señalan que el *derecho administrativo* está llamado a *armonizar* las potestades públicas con los derechos humanos.⁵³

En el derecho administrativo argentino, la tutela judicial efectiva se manifiesta a través diferentes hontanares: (i) el proceso contencioso-administrativo, con sus diferentes pretensiones;⁵⁴ (ii) las medidas cautelares ante y por la Administración (Ley 26854); (iii) los denominados “procesos urgentes”, a los que se refieren los artículos 23 y 24 de la LNPA; y, finalmente, (iv) el amparo, como garantía de los derechos fundamentales frente a los actos y omisiones de la Administración (conf. artículos 43, CN, y 23 y 24, LNPA reformada).

4.2 En relación con el amparo, cabe señalar que, si bien es un proceso propio de la justicia constitucional o del derecho procesal constitucional, su inserción como variable de la tutela judicial efectiva en el derecho administrativo responde a una decisión de legislador de 2024 —que refleja la realidad forense— en cuanto expresamente introdujo la “acción de amparo” dentro del esquema de ordenación del derecho administrativo. Concretamente, los artículos 23 y 24 de la LNPA reformada por Ley 27742 (2024) incorporaron, de manera explícita y decidida, el amparo como *garantía* propia del derecho administrativo. De este modo, el amparo pasa a ser objeto de conocimiento no solo de la *justicia constitucional* o del *derecho procesal constitucional*, sino también del derecho administrativo.

Por consiguiente, a partir de la nueva redacción de los artículos 23 y 24 de la LNPA, en Argentina, *el amparo adviene como una de las variables del derecho a la tutela judicial efectiva en el derecho administrativo*.

4.3 Ciertamente, la incorporación del amparo en la LNPA reformada explicita una regla general que, sin embargo, impacta y se proyecta sobre la función administrativa y el procedimiento a través del cual ésta se realiza en la práctica, el procedi-

53 Fallos: 336:672 (*Asociación Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad*, cons. 11, de 18/07/2013).

54 Tanto en el ámbito nacional como en el provincial, el objeto de la pretensión procesal administrativa es variado: anulación —total o parcial— de actos administrativos, en sentido amplio; declaración de certeza; declaración de inconstitucionalidad de disposiciones reglamentarias; cesación de vías de hecho administrativas; reconocimiento de derechos o intereses jurídicamente protegidos; indemnización de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad patrimonial del Estado; pronto despacho de actuaciones administrativas, entre otras.

miento administrativo: toda interferencia indebida de los poderes públicos (incluida la Administración, naturalmente) sobre la sustancia o contenido esencial de un derecho fundamental debe cesar inmediatamente.

Una formulación más precisa de la idea rectora enunciada en el párrafo precedente —que, insistimos, se extrae de la incorporación del amparo en la LNPA— permite sostener que *toda persona tiene el derecho a solicitar directamente⁵⁵ a la autoridad administrativa competente el cese inmediato de toda interferencia indebida sobre contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos en el bloque de constitucionalidad.*

5. Breve noticia sobre el origen del procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo constituye una reacción natural del Estado liberal de derecho ante el fenómeno de la asunción de potestades autoritarias por la Administración. En este sentido, Juan A. Santamaría Pastor (1999, pp. 53-54) apunta que el procedimiento administrativo aparece como fórmula transaccional entre los principios del nuevo régimen político y la tradición absolutista (que actuaban de manera expedita rápida y sin sujeción a trámites rituales).

Se admitió entonces que la Administración pudiera ejercer potestades y prerrogativas frente a los particulares siempre que su ejercicio estuviera sometido a cauces formales similares a los del proceso judicial. Con esta fórmula se conjugó la existencia de una Administración fuerte con la garantía de los derechos de los ciudadanos.

También se señala como causa del procedimiento administrativo al crecimiento orgánico de la Administración acaecido en los dos últimos siglos y la necesidad de lograr su normalización funcional para asegurar la vigencia efectiva del principio de jerarquía y racionalizar el funcionamiento de la organización: la actuación conforme a procedimientos normativamente predeterminados.

6. La noción de procedimiento administrativo

6.1 El procedimiento administrativo según el criterio estructural

En el derecho administrativo español predomina el criterio que considera al procedimiento administrativo como la "secuencia ordenada de actuaciones que se siguen para la formación de la voluntad de la Administración expresada en decisiones (actos administrativos) sobre materia de su competencia".⁵⁶

55 Esto es, sin obstáculos que condicionen su tratamiento y efectividad. En concreto, la locución *directamente* que empleamos en el texto quiere significar "sin valladares formales que lo obstaculicen o impidan decidir el fondo de la cuestión".

56 Conf. "Estudios sobre los procedimientos administrativos de la Administración General del Estado.

El procedimiento administrativo es el *cauce formal de la función administrativa*, sugiere González Pérez (1999, p. 70). Se diferencia de los demás tipos de procedimientos en virtud del tipo de función que se realiza a través de este. En estas condiciones, enfatiza el autor citado, el procedimiento es a la función administrativa lo que el acueducto al agua que corre por este.⁵⁷ En esa línea, se sostiene que el procedimiento administrativo es el cauce formal de la serie de actos en el que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin (Entrena Cuesta, 1983, p. 263). Para Muñoz Machado (2011, p. 66), el procedimiento consiste en el conjunto de actuaciones que ha de desarrollar la Administración hasta llegar al acto decisorio final. Según Boquera Oliver (1996, pp. 405-406), el procedimiento administrativo es el conjunto de trámites o diligencias que preparan, forman o ejecutan la voluntad administrativa. En sentido similar se sostiene que el procedimiento administrativo es “aquella actividad administrativa con eficacia externa, que se dirige al examen, preparación y emisión de un acto administrativo o a la conclusión de un convenio jurídico público incluyendo la emisión del acto administrativo o la conclusión de convenio” (Parada, 1998, p. 231).

En su relevante Curso de Derecho Administrativo, los profesores E. García de Enterría y T. R. Fernández (1995) destacan que el procedimiento administrativo no es un acto complejo, sino “un complejo de actos, del administrado y de la Administración, de diverso valor todos ellos, aunque con sustantividad jurídica propia, sin perjuicio de su carácter instrumental respecto de la resolución final” (p. 438).

En el derecho administrativo latinoamericano las cosas no son muy diferentes. En el derecho uruguayo, E. Sayagués Laso (1953, pp. 461-462) conceptualizó el procedimiento administrativo como el conjunto de trámites y formalidades que debe observar la Administración para desarrollar su actividad.

En Argentina, B. Fiorini (1970, p. 25) sostuvo que el procedimiento administrativo se refiere a la total actividad práctica jurídica de la administración pública para que manifieste y ejecute sus actos en forma ordenada, regulada y sistematizada, ya sea de oficio o a instancia de los administrados. Por su parte, A. Canosa (2014, pp. 56-57) puntualiza que el procedimiento administrativo tiene como objeto la forma-

Relación de procedimientos” (1998, como se citó en Ponce Solé, 2001, p. 31).

57 Este autor destaca que el “sometimiento de la acción administrativa a un cauce formal se ha justificado desde dos perspectivas: como garantía del interés público y de los derechos de los particulares” (González Pérez, 1999. Asimismo, señala que el procedimiento administrativo configura un presupuesto procesal desde el momento en que quien demanda a la Administración ante un tribunal ha de acudir antes a la propia Administración, a fin de que se pronuncie sobre su pretensión a través del correspondiente acto, que dejará abierta la posibilidad de la impugnación judicial. En esa línea, algunas sentencias del Tribunal Supremo español han considerado el procedimiento como cauce formal por el que debe discurrir la voluntad administrativa (STS de 25-4-77); cauce o vehículo del discurrir de la actividad de la Administración (STS de 23-2-77); cauce jurídico necesario para garantía de los intereses de la Administración y de los particulares (para ampliar, ver González Pérez, 1999, p. 23).

ción de la voluntad administrativa, la que se materializa a través del dictado de actos administrativos. Para este autor, el procedimiento administrativo es el conjunto de actos combinados entre sí que se refieren al camino que se debe transitar para llegar al dictado del acto administrativo definitivo. En congruencia con el pensamiento del Prof. Juan C. Cassagne (2016, pp. 5-7), la Procuración del Tesoro de la Nación de Argentina sostiene que el procedimiento administrativo constituye el cauce formal del ejercicio de la función administrativa (en sentido material).⁵⁸ Agrega que desde un punto de vista estrictamente formal puede encontrarse procedimiento administrativo en la actividad de cualquiera de los órganos estatales, cuando ejerzan funciones materialmente administrativas.⁵⁹

6.2 El procedimiento administrativo según su función instrumental y tuitiva

A la funcionalidad externa, como cauce de la función administrativa, otras corrientes del pensamiento administrativista subrayan que el procedimiento administrativo no solo tiene asignado rol instrumental, sino también una función tuitiva.

En esta línea, Fernando Garrido Falla (2002, p. 612) señalaba que el procedimiento administrativo aparece como un conjunto de formalidades arbitradas, la mayoría de las veces, en garantía del particular. Sin embargo, de inmediato destaca que la segunda finalidad del procedimiento administrativo es lograr el mayor acierto y eficacia de las resoluciones administrativas. Para Bocanegra Sierra (2006, p. 84), el procedimiento administrativo consiste en el conjunto concatenado de actos o actuaciones administrativas de trámite destinadas asegurar la legalidad, el acierto y la oportunidad de la resolución que le pone término y a garantizar los derechos de los ciudadanos afectados y las exigencias de los intereses públicos en juego. J. García Luengo (2016, pp. 23-26) sostiene que el procedimiento está llamado a regular una concatenación de trámites; tiene la función de asegurar la legalidad y acierto de la resolución final. Agrega que, en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales, el procedimiento ofrece una compensación por la falta de suficientes criterios materiales que rigen la toma de decisión en el asunto concreto. Concluye que el procedimiento está al servicio de la legalidad y acierto de la decisión final. Es un instrumento dirigido a obtener una decisión final legítima. Para J. Ponce Solé (2001, pp- 37-38), el procedimiento administrativo es el modo normal e idóneo de desarrollo de la función administrativa al servicio a los intereses generales. Cuestionando las visiones estáticas del procedimiento, el profesor catalán asegura que aquel se configura como *uno de los instrumentos jurídicos posibilitadores del cumplimiento del*

58 PTN, Dictámenes: 324:302, punto II.1.1.

59 Ídem.

deber de buena administración. En tal sentido, enfatiza que el procedimiento administrativo es un factor de potenciación de las posibilidades de obtención de decisiones administrativas de calidad y, en definitiva, como un elemento de legitimación de las Administraciones públicas (p. 127).

Dentro de la dogmática alemana moderna, Schneider (2008, pp. 373-375) explica que los procedimientos administrativos representan un modo de crear y de hacer efectivo el derecho administrativo. Subraya que el procedimiento posee una clara dimensión instrumental, puesto que no constituye un fin en sí mismo, sino que sirve a la realización material de las funciones y responsabilidad que le incumben a la Administración. Destaca que la función instrumental está llamada a la determinación material del derecho. La concreción, determinación y creación del derecho que se realiza en el procedimiento administrativo se expresa a través de decisiones. Para este autor, deben considerarse decisiones de la Administración el acto administrativo y el contrato, las normas reglamentarias y las que se refieren a prestaciones materiales realizadas por la Administración y aquellas otras que tiene por objeto la mediación de intereses contrapuestos. Desde el punto de vista sistemático, explica el Prof. E. Schmidt Assmann (2003), el procedimiento está llamado a proporcionar un *esquema de ordenación* (p. 360) o *de actuación* (p. 364). En tal sentido, agrega que el procedimiento debe servir *para garantizar una correcta aplicación de la ley* (pp. 360-364). En un trabajo posterior, Schmidt Assmann (2008, p. 75) puntualiza que los procedimientos administrativos son un *instrumento para asegurar la sujeción de la acción administrativa a criterios de racionalidad*. Enfatiza que ellos constituyen procesos y operaciones ordenados racionalmente cuyo objeto es obtener y procesar información.

Uno de los corredactores del texto originario de la LNPA argentina, H. Escola (1973, p. 22), señala que el procedimiento administrativo es el conjunto de formas, actos, formalidades y trámites que son jurídicamente establecidos con el propósito de dar lugar a que la Administración pública pueda alcanzar el logro de las finalidades que les son propias como gestora del interés general. En congruencia con el pensamiento de Escola y Fiorini, el Prof. Julio Rodolfo Comadira (2003, pp. 124-125) destacaba que el procedimiento administrativo es la serie, secuencia o sucesión de actos que, dirigida a la satisfacción directa e inmediata del bien común o interés público, constituye el elemento ordenador, regulador y sistematizador del desenvolvimiento de la función administrativa del Estado.

6.3 La noción de procedimiento administrativo en el Estado constitucional

6.3.1 Perspectiva instrumental

El procedimiento administrativo es el modo o método como se originan y producen los actos (unilaterales y bilaterales; generales y particulares; abstractos y concretos; externos o internos) que emanan de la función administrativa, según el alcance establecido por el art. 1° de la LNPA, reformado por Ley 27742. Por cierto, el procedimiento administrativo no solo prepara y antecede al acto o contrato administrativo, también asegura la legalidad de su concreta materialización o puesta en práctica.⁶⁰ La observancia de los procedimientos administrativos debidos —tal como lo exige el art. 7, inciso d) de la LNPA— adquiere relevancia para *ordenar, limitar* y brindar *previsibilidad* en el ejercicio de la función administrativa.

Desde un miraje instrumental, puramente descriptivo, el procedimiento administrativo se presenta como un *conjunto de trámites y actuaciones encaminados a preparar la actividad formal* (y también no formal)⁶¹ de los órganos, entes y personas jurídicas⁶² que ejerzan actividad materialmente administrativa.

6.3.2 Procedimiento administrativo y buena administración

Ahora bien, si tenemos en consideración que el art. 1 bis, de la LNPA reformada por la Ley 27742 incorporó a la *buena administración* como principio fundamental del procedimiento administrativo, resulta ciertamente apropiado tener en cuenta la sugerente posición de Ponce Solé (2001) en cuanto considera el procedimiento administrativo como instrumento posibilitador del deber de buena administración.

En esa línea, congruente con el nuevo texto legal, cabe conceptualizar el procedi-

60 El procedimiento previo a la etapa de materialización del acto es un factor de evitación de graves ilegitimidades administrativas. Recuérdese que la reciente reforma a la LNPA fulmina con la calificación de vía de hecho a la adopción y materialización de medidas que por su naturaleza exijan la intervención judicial previa tales como embargos, allanamientos u otras de similares características sobre el domicilio o los bienes de los particulares (art. 9 inciso d, LNPA).

61 En algunos ordenamientos latinoamericanos, se considera que el procedimiento administrativo únicamente atañe a la preparación de la actividad formal de la Administración. Así, el art. 29 de la Ley 27444 de Perú establece: "Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados". Sostenemos, sin embargo, que la puesta en práctica de los actos administrativos también está sujeta a la observancia de formas. En este supuesto, el cumplimiento de las formas está llamado a encauzar la concreta materialización de la actividad formal de la Administración.

62 Conf. art. 1 de la LNPA, modificado por la Ley 27742.

miento como *cauce formal de la función administrativa mediante el cual se hace posible la concreta actuación del principio de buena administración.*

Ciertamente, si bien el art. 1 bis LNPA de la reformada enuncia un catálogo de *principios fundamentales* del procedimiento administrativo, lo concreto es que la susodicha previsión normativa no brinda precisiones sobre el contenido de cada uno de ellos, salvo en lo relativo a los diferentes estadios o momentos que, según la LNPA reformada, abastecen el principio a una tutela administrativa efectiva. Ahora bien, el art. 1 bis de la LNPA vigente nada dice con respecto al ámbito de protección del *principio, derecho y deber* de buena administración. Esta *indeterminación de contenido* genera perplejidades en torno a su alcance y concreta gravitación jurídica. Téngase presente que hasta la sanción de la Ley 27742 esa idea rectora del procedimiento administrativo no tuvo acogida en la jurisprudencia especializada ni en la doctrina administrativa de la PTN.

Desde este vértice, cabe preguntarnos: el “principio fundamental” de la buena administración reconocido en el art. 1 bis, de la LNPA, ¿tiene el alcance que le brinda el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE?⁶³ ¿Es idéntico al establecido en el art. 1º, inciso II, ap. f de la Ley 9003 de Mendoza?⁶⁴ ¿Tiene el alcance amplísimo fijado por la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración pública, de 2013? ¿Coincide con el *il buon andamento dell'amministrazione* previsto en el art. 97.2 de la Constitución italiana? ¿Es acaso un *metaprincipio*, como lo postula un sector de la doctrina?

Siguiendo esta línea, consideramos que el contenido del principio de buena administración reconocido en el art. 1º bis de la LNPA guarda directa relación con los valores y principios del Estado constitucional social y democrático de derecho consagrados en la Constitución Nacional reformada en 1994.

63 Art. 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales: “1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente; b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones...”.

64 Art. 1º inciso f) del Principio de buena administración. “La Provincia de Mendoza reconoce en sus procedimientos administrativos: 1) El principio fundamental de la buena administración pública, con sus derechos y deberes derivados, tanto para administradores como administrados. Éstos pueden exigir que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad y resolverse en plazo razonable, conforme las circunstancias de cada caso, apreciadas razonablemente con el fin último del servicio a la dignidad de la persona humana como contenido inexcusable del bien común. 2) La observancia del deber básico y común de administradores y administrados de actuar con lealtad en la tramitación de todo asunto administrativo, de colaboración, buena fe, veracidad, responsabilidad, respeto y decoro. 3) La protección en sede administrativa y judicial de los derechos humanos reconocidos en las diversas fuentes jurídicas con rango constitucional”.

En este marco, no tenemos dudas en sostener que la buena administración está llamada a *servir, de manera directa e inmediata, a las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.*

En los Estados constitucionales contemporáneos, gestionar, satisfacer y servir a *las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática* es actuar con arreglo a la *tríada basal material* de derecho administrativo en el Estado constitucional: *dignidad de la persona humana, derechos fundamentales inviolables que le son inherentes y principio pro persona.*

De la antedicha tríada se derivan múltiples corolarios. Uno de ellos es el principio de *interdicción de la insensibilidad* frente a situaciones de vulnerabilidad social que claman por la efectiva satisfacción del mínimo vital o existencial. Otro corolario es la inclinación a desarrollar garantías tendentes a efectivizar la protección de los derechos fundamentales reconocidos en el bloque de constitucionalidad

Por consiguiente, cuando afirmamos que el procedimiento administrativo se erige en el cauce formal de la función administrativa mediante el cual se hace posible la concreta actuación del principio de buena administración, estamos mentando una Administración que actúa con arreglo a la tríada basal material del derecho administrativo en el Estado constitucional, esto es, *una Administración que asume como punto axial de la gestión el compromiso con la dignidad de la persona humana, la protección de los derechos fundamentales que le son inherentes y una actuación formal y material invariablemente desplegada con según el principio pro persona.*

6.3.3 El procedimiento administrativo como elemento esencial del acto administrativo

A la vez, con arreglo al art. 7º, inciso d de la LNPA reformada, el "procedimiento" en cuanto *elemento esencial* del acto se muestra como el *conjunto de trámites, diligencias y actuaciones que se deben cumplir en la faz preparatoria del acto administrativo según lo establece —expresa e implícitamente— el bloque de juridicidad al que se sujeta la Administración en el Estado constitucional.*

Cabe recordar que, en el Estado constitucional vigente en la república,⁶⁵ el *bloque de juridicidad* al que está sometido el proceso de elaboración del acto administrativo reposa en la Constitución Nacional reformada en 1994; los principios preestatales que ella reconoce y despliega; las garantías reconocidas en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22, CN), sin olvidar la imprescindible guía que, al respecto, brindan las sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH; los tratados, las leyes, los principios

65 Fallos: 329:5266.

propios del derecho administrativo reconocidos por las leyes y a los reglamentos, generales y singulares.

7. Las funciones del procedimiento administrativo

7.1 La doble funcionalidad del procedimiento administrativo

Transcurrida la etapa que considero el procedimiento administrativo como institución de efectos puramente internos o *ad intra* (Ponce Solé, 2001, pp. 51-53) de la Administración, la doctrina especializada y la jurisprudencia subrayan su incuestionable *doble funcionalidad*.

En ese orden, el procedimiento administrativo opera como garantía de los derechos e intereses de los particulares y, a la vez, contribuye al acierto y eficacia de las resoluciones administrativas (Garrido Falla, 2002, p. 612).⁶⁶ En este último aspecto, no cabe duda de que el procedimiento coadyuva a la adopción de decisiones administrativas que tengan en cuenta todos los elementos de juicio que el ordenamiento considera necesarios para emitir un acto (Beladiez Rojo, 1994, p. 95). Ello, claro está, con miras a satisfacer el interés público concretado en la legalidad (Garrido Falla, 2002; González Pérez, 1977).

Como *garantía defensiva*, el procedimiento administrativo estuvo asociado, en su faz inicial, a la reacción contra actos administrativos ya emitidos —recursos administrativos tendentes a transitar las vías administrativas previas a su impugnación judicial—. Mas luego, a la impronta reaccional, se le añadió la relativa a la formación o elaboración del acto. Ambas variables están plasmadas en el artículo 7º, inciso d, de la LNPA en su actual redacción, el cual, es dable señalar, expresamente incluye —como núcleo vital del elemento procedimiento— el deber de respetar el haz de garantías incluidas en el principio fundamental a una tutela administrativa efectiva: derecho a ser oído *antes* de la emisión del acto que concierna a los derechos o intereses jurídicamente protegidos del interesado; derecho a interponer recursos; derecho a *ofrecer y producir prueba* y controlar su producción; el derecho a una *decisión fundada*; y el derecho a que el procedimiento concluya dentro de un *plazo razonable*.⁶⁷

El procedimiento, en tanto cauce formal de la función administrativa, constituye

66 En la nota al pie, este autor señala pone de relieve nuevamente esa doble finalidad: garantía de los derechos individuales y garantía de orden en la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones.

67 La jurisprudencia del alto tribunal federal subraya que el procedimiento administrativo no solo constituye el ámbito a través del cual se debe procurar —con justicia— la satisfacción del interés público; en paralelo, es también una *instancia para la defensa de los derechos e intereses de los particulares*, sujeta —inexcusablemente— a los principios de legalidad, debido proceso adjetivo y sustantivo —o razonabilidad—. Fallos: 344:1013 (*Roa Restrepo, Henry*), voto del juez Rosatti, cons. 6.

una *garantía de la legalidad administrativa* (Beladiez Rojo, 1994, p. 108).⁶⁸ Por cierto, el nexo entre el interés público y el procedimiento administrativo adquiere particular y decisiva gravitación en el ejercicio de poderes discrecionales atribuidos normativamente a los órganos que despliegan la función administrativa.⁶⁹

El procedimiento, como requisito esencial del acto administrativo, está llamado a garantizar *la plena juridificación de la función administrativa*. Tiene la misión primordial de asegurar que, antes de la emisión del acto que habrá de modificar de manera directa la situación jurídica del particular, se cumplan los trámites y diligencias establecidos por las *reglas y principios* que conforman el bloque de juridicidad del Estado constitucional vigente en la república.

No podemos soslayar, sin embargo, que el procedimiento administrativo se erige, además, en presupuesto de admisibilidad de la pretensión impugnatoria (conf. art. 23, inciso a, sub incisos (i) y (ii), LNPA).

7.2 El procedimiento como "cauce primario" de protección de los derechos sociales

El procedimiento administrativo en el Estado constitucional social y democrático de derecho tiene asignado un rol protagónico al servicio del sistema de derechos sociales reconocidos en el bloque de constitucionalidad. A la Administración le asiste el deber de garantizar, con sencillez y celeridad, la concretización de los *encargos positivos de protección social* que reconoce la Ley Fundamental (verdaderos mandatos de protección social a los poderes públicos, conf. art. 75, incisos 19, 22 y 23 de la CN) e implementan, mediante las normas infraconstitucionales, las leyes del Congreso o las decisiones del Poder Ejecutivo.

En efecto, en función de garantizar el respeto y la protección de los derechos e intereses jurídicamente protegidos, el procedimiento administrativo no está solo al servicio de los derechos de defensa (denominados "derechos de no interferencia o

68 Al respecto, la PTN sostiene que tal principio se lo extrae razonadamente de los artículos 14, 16, 17, 18 y 19 de la Constitución Nacional. La idea de que la Administración se halla sometida ("condicionada jurídicamente") a la ley, afirma el órgano asesor, debe ser entendida en sentido en *sentido lato*. Según la PTN el principio de legalidad conlleva la sujeción a la Constitución, de los Tratados, las leyes e incluso a los actos de alcance general emanados del propio poder administrador. En ese sentido se puntualiza que, por un lado, el principio de legalidad habilita a la Administración a actuar en determinadas esferas según la competencia asignada; por el otro, le impone límites a ese accionar, los que, de ser traspasados, darán lugar a la invalidación de lo actuado (PTN, Dictámenes: 322:597).

69 En tal sentido, García Luengo (2016, p. 25) destaca, acertadamente, que el procedimiento viene a ofrecer, en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales, una compensación por la falta de suficientes criterios materiales que rijan la toma de decisión en el asunto concreto.

no injerencia”) y de participación (conf. art. 1 bis a, tercer párrafo y 8 bis, LNPA, modificado por Ley 27742). El procedimiento administrativo es una pieza indispensable para asegurar la efectivización de los *derechos de sociales o de protección*. En el Estado constitucional social y democrático de derecho, el procedimiento administrativo cumple, además, la relevante misión de actuar como *cauce primario de protección de los derechos sociales*. Constituye la herramienta jurídica apta que posibilita la actuación del principio de *interdicción de la insensibilidad* frente a situaciones de vulnerabilidad social. Es el ámbito a través del cual se satisface el mínimo indispensable o existencial que le corresponde a toda persona humana.

Cabe recordar que, según lo enfatiza la CSJN, la *justicia social* traduce la *justicia en su más alta expresión*.⁷⁰ Esta no tiene otro norte que alcanzar el “bienestar”, esto es, “las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad”.⁷¹

En definitiva, el procedimiento administrativo no circunscribe ni agota su finalidad en la participación defensiva de los portadores de intereses particulares.

Con igual intensidad y diferentes modalidades, en tanto está llamado a asegurar el mínimo vital o existencial de la persona humana, el procedimiento administrativo se erige en cauce formal primario de satisfacción *in natura* de los derechos sociales fundamentales.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, reafirmamos que el procedimiento administrativo debe ser entendido como el *conjunto de trámites y actuaciones dirigidos a preparar la actividad de los órganos, entes y personas jurídicas que desarrollan la actividad materialmente administrativa en función de servir, de manera directa e inmediata, a las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática, según los vínculos jurídicos fundamentales establecidos en el bloque de juridicidad del Estado constitucional*.

7.3 El procedimiento administrativo como presupuesto de admisibilidad de la pretensión procesal administrativa y sus excepciones

Como correlato del elenco de poderes y prerrogativas conferidos por el ordenamiento jurídico a la Administración para gestionar el interés general, el talante *defensivo* marcó la impronta inicial del procedimiento administrativo.

El perfil defensivo del procedimiento administrativo pervive nítida y vitalmente en la impronta invalidante del sistema impugnatorio, devenido, además, en presupuesto procesal obligatorio de admisibilidad de la pretensión contencioso administrativa (arts. 23 y 24, LNPA, modificada por Ley 27742). En relación con el acto

70 Fallos: 336:672 y sus citas.

71 Ídem.

definitivo (o que impida totalmente la tramitación de la pretensión), el art. 23 LNPA, en su actual redacción, mantiene el agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la pretensión procesal administrativa. Sin embargo, el actual art. 23, inciso b incorpora expresamente salvedades al tránsito de la vía administrativa previa. Una de ellas atañe al *amparo*. La introducción de una pretensión de amparo (o de "otra" pretensión "urgente") es una de las excepciones expresamente contempladas al agotamiento de la vía administrativa (art. 23, inciso b, ap. iii, LNPA).

La salvedad introducida por la Ley 27742 en el (art. 23, inciso b, ap. Iii) —en tanto excepciona a la pretensión de amparo del previo agotamiento de la vía administrativa— guarda congruencia con el principio de accesibilidad inmediata establecido en el art. 43, CN.

8. El derecho a la tutela administrativa efectiva

8.1 Tutela administrativa efectiva: fundamento constitucional y convencional

En el Estado constitucional vigente en la República, el prístino carácter defensivo del procedimiento administrativo se potencia a través del reconocimiento de la tutela administrativa efectiva como garantía connatural al debido proceso legal

Con arreglo a las previsiones legales vigentes (artículos 1 bis, inciso a, y 7^o, inciso d, de la LNPA reformada) y a la doctrina jurisprudencial labrada por la CSJN y los tribunales anteriores, la tutela administrativa efectiva se erige en derecho fundamental ínsito en el bloque de constitucionalidad.⁷² El texto vigente de la LNPA le reconoce la condición de *principio fundamental* del procedimiento administrativo.

Asumir que el derecho fundamental a una tutela administrativa efectiva es un *principio*, tal como lo enuncia el art. 1 bis, inciso a, LNPA, acarrea consecuencias jurídicas relevantes por cuanto se le asigna a aquélla el carácter de mandato de optimización⁷³.

Desde esta atalaya, el *haz de garantías* que conforman el principio fundamental a una tutela administrativa efectiva se erige en un mandato de optimización que debe

72 Conf. Fallos: 327:4185, cons. 6^o.

73 La doctrina especializada distingue la construcción de los derechos fundamentales ora como reglas, ora como principios. Las reglas, se señala, son mandatos definitivos. Obligan, prohíben o mandan en forma definitiva. Su modo de aplicación es la subsunción. Los principios, en cambio, son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible. Son mandatos de optimización que se caracterizan por el hecho de que pueden cumplirse en diferentes grados. La medida de su cumplimiento depende no solo de las posibilidades fácticas, sino también de las jurídicas. Estas se determinan por reglas y, esencialmente, por principios opuestos. En tal sentido, se sostiene que la determinación de la medida del cumplimiento del principio es la ponderación (Alexy, 2002, pp. 82 y ss., 2012, pp. 20 y ss., De Fazio, 2021, pp. 23 y ss.).

ser realizado en la mayor medida posible. Sin embargo, desde otro miraje, se señala que no todos los principios generales son mandatos de optimización. Así sucede con el principio de la judicial administrativa efectiva. En éste, se señala, no hay optimización posible porque lo óptimo es la realización plena del principio (Cassagne, 2021, pp. 76 y ss.).

En puridad, la tutela administrativa efectiva es un derecho a la garantía, o, mejor dicho, es un *derecho fundamental a un haz de garantías* en el procedimiento administrativo que no se agota en las cuatro parcelas que vertebran el art. 1 bis, inciso a, LNPA.

Las garantías, subraya Luigi Ferrajoli (2004, p. 23), son técnicas previstas para reducir la distancia estructural entre la normatividad y la efectividad; posibilitan la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia la Constitución.

En efecto: *las garantías* posibilitan la *concreta efectividad de los derechos fundamentales* reconocidos en el bloque de constitucionalidad. Precisamente, brindar efectividad a los derechos fundamentales constituye la finalidad inmediata del procedimiento administrativo constitucional como garantía connatural al principio de tutela administrativa efectiva.

La doctrina jurisprudencial desplegada por alto tribunal en *Astorga Bracht*⁷⁴ hace reposar el fundamento de la tutela administrativa efectiva en el art. 18 de la Constitución Nacional (*debido proceso adjetivo*) y en diferentes previsiones normativas referidas al *debido proceso legal* contenidas en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, CN); artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 2º, inc. 3º, apartados a) y b), y 14, inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁷⁵

Según se desprende de la doctrina jurisprudencial, la tutela judicial y administrativa efectiva exhibe fundamentos constitucionales y convencionales comunes.

En este sentido, no quedan dudas de que los artículos 1 bis, inciso a), 7º, inciso d, y 14, inciso b, ap. iv de la LNPA reformada, referidos al derecho a la tutela administrativa efectiva, constituyen una *reglamentación parcial* de los art. 18 de la CN y 75, inciso 22.⁷⁶

74 Fallos: 327:4185 (*Astorga Bracht, Sergio y otro v. Comisión Federal de Radiodifusión s/amparo*). El considerando 7º puntualiza que la tutela judicial y administrativa es una *garantía* que “supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia — a lo que cabe agregar ante las autoridades administrativas competentes— y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes (Fallos: 310:276 y 937; 311:208) y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso —o procedimiento— conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia —o decisión— fundada (Fallos: 310:1819).

75 Fallos: 327:4185, considerandos 6 y 7.

76 Fallos: 327:4185; 346:12.

8.2 La tutela administrativa efectiva en la jurisprudencia de la CSJN

Según se desprende del considerando 7º de *Astorga Bracht*, el contenido esencial de la tutela administrativa efectiva se abastece de la *posibilidad de ocurrir* ante las autoridades administrativas competentes para acceder a un *procedimiento administrativo conducido en legal forma*, de manera tal que se garantice una *decisión administrativa fundada en derecho* que, en la práctica, resulte *útil* para asegurar la oportuna protección de los derechos e intereses jurídicos de las personas.

En *Astorga Bracht*, la idea rectora que sustenta teleológicamente el derecho a la tutela administrativa efectiva reside en que *no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle*.

Un análisis sistemático del considerando 7º del pronunciamiento dictado por la CSJN en *Astorga Bracht* permite distinguir diferentes fases de la tutela administrativa efectiva.

(i) El primer estadio de la tutela administrativa atañe al derecho de acceder y participar en el procedimiento administrativo sin valladares ni obstáculos ilegítimos o arbitrarios que puedan impedir o limitar la protección adecuada y oportuna de derechos o intereses jurídicos del interesado.

Este primer segmento o momento de la tutela administrativa efectiva concierne específicamente a la posibilidad de ocurrir (acudir, concurrir) y peticionar ante la autoridad administrativa competente y ser admitido en el procedimiento sin limitaciones indebidas. Va de suyo que en esta primera parcela está contemplado el derecho de acceso al expediente, como también el reconocimiento de una legitimación que concierne no solo a los titulares de derechos subjetivos, sino también a los portadores de intereses jurídicamente protegidos dentro de los cuales quedan incluidos los derechos de incidencia colectiva en la doble formulación establecida en el precedente *Halabi*.⁷⁷

Por consiguiente, todo valladar legal o reglamentario que limite, condicione indebidamente o impida el acceso o la participación del interesado en el procedimiento vulnera la *posibilidad de ocurrir* ante las autoridades administrativas competentes para acceder al *procedimiento administrativo*, es decir, ocluye garantía de libre accesibilidad al procedimiento administrativo.

Así, habrá infracción al primer momento de la tutela administrativa efectiva cuando, mediante una disposición reglamentaria, se estableciera que los interesados en participar en una licitación o concurso tienen, como condición de admisibilidad, la obligación de desistir de manera total e incondicionada a los recursos administrativos o acciones judiciales presentados contra actos administrativos dictados por de-

77 Fallos: 332:111.

terminados órganos del Estado.⁷⁸ O cuando se estableciera como obligatorio el pago previo de una sanción pecuniaria como recaudo de admisibilidad de su impugnación. A la vez, resultaría contraria a este segmento de la tutela administrativa una norma que lisa y llanamente impidiera impugnar, ora mediante recurso, ora mediante reclamo impropio, un acto desfavorable, lesivo de su esfera de indemnidad.

(ii) El segundo momento de la tutela administrativa efectiva incumbe al derecho a un procedimiento administrativo *conducido en legal forma*. Esta garantía remite a la concreta y efectiva observancia del *debido procedimiento administrativo previo*.⁷⁹

Este segmento de la tutela administrativa efectiva se integra con otras múltiples garantías:

(a) el *debido proceso legal*,⁸⁰ en cuyo núcleo se aloja el *derecho a ser oído antes del dictado del acto administrativo* que pudiera tener efectos desfavorables o, como lo indicó la CSJN en *Flores*, con remisión al dictamen de la Procuración Fiscal, el *derecho a una instancia de participación previa al dictado de un acto administrativo de gravamen*;⁸¹

(b) el derecho a una *decisión fundada* —esto es, justificada en los hechos, en la ley y en el derecho—. En efecto, la decisión debe exhibir *fundamentación* o *motivación suficiente*,⁸² garantía ínsita en el debido proceso legal; y

78 Fallos: 327:4185 (*Astorga Bracht*, cons. 5º y ss., de 14/10/2004).

79 Armando Canosa puntualizaba que el debido procedimiento previo es el núcleo central de la tutela administrativa efectiva (Canosa, 2014, p. 77). En línea con Fiorini (1970), Julio Rodolfo Comadira (2005, p. 955) señalaba que no hay razón para dejar de plantear el debido procedimiento previo como requisito esencial de validez para el dictado de los actos pertinentes.

80 La *traslación* de las garantías judiciales al procedimiento administrativo aparece con toda claridad en los párrafos 124 y siguientes del caso *Baena*, de 2 de febrero de 2001. En esa sentencia, la Corte IDH sostiene que, si bien el artículo 8º de la convención americana se titula “garantías judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos *ante cualquier tipo de acto del estado* que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. En el párrafo siguiente, señala que, en virtud del amplio alcance del debido proceso, “el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes”.

En *Ivcher Bronstein* (Corte IDH, sentencia del 6 de febrero de 2001, v. párrafos 104, 105 y 110), el Tribunal enfatizó que el art. 8.1 de la CADH —en tanto reconoce el derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente— *es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública no judicial afecte la determinación de sus derechos*. El mismo criterio se adoptó en *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (sentencia del 29 de marzo de 2006, v. párrafos 81 y 82). En este caso, el Tribunal interamericano reiteró que el debido proceso legal debe respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas. En la misma línea se inscriben los precedentes *Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*, sentencia de 3 de mayo de 2016; *Petro Urrego vs. Colombia*, sentencia de 8 de julio de 2020; *Urrutia Laubreaux*, de 27 de agosto de 2020; Corte IDH, *Caso Exembajadores del Organismo Judicial vs. Guatemala*, sentencia de 17/11/2021.

81 Fallos: 346:12 (*Flores, María José cl EN-M Público de la Defensa sl Amparo ley 16.986*, 2023).

82 Fallos: 331:735 (*Schneiderman*, 2008); Fallos: 342:1393 (Scarpa, 2019); Fallos: 347:737 (Reta, Miguel

(c) el derecho a que la Administración se pronuncie en tiempo oportuno, esto es, dentro de un *plazo razonable*.

En esta segunda parcela de la garantía fundamental a una tutela administrativa efectiva se refugian, con las pertinentes modulaciones, las garantías judiciales que, en función del *debido proceso legal*, reconoce el art. 8º de la CADH.⁸³ Naturalmente, a este respecto también son predicables las interpretaciones que realiza la Corte IDH en torno al art. 8º de la CADH, como aquella que incluye la motivación dentro del debido proceso legal. En efecto, en la sentencia dictada en *Chocrón Chocrón*, párrafo 118, el tribunal interamericano sostuvo que el deber de motivación es una de las "debidas garantías" incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso.

Cabe recordar que, según lo señala la jurisprudencia interamericana que actúa como guía de interpretación de la CADH, las garantías que, en función del debido proceso legal,⁸⁴ reconoce el art. 8º de la CADH deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.⁸⁵

(iii) Según el esquema jurisprudencial, el tercer momento de la tutela administrativa efectiva se vincula con el derecho subjetivo del particular de exigir no solo una decisión fundada (en la ley y el derecho), sino también una *decisión administrativa útil*. Ello significa que el acto terminal del procedimiento se debe efectivizar en su propia naturaleza (*in natura*) e integridad, no mediante prestaciones sustitutivas, en tiempo oportuno.

El tercer momento, relativo a la efectividad *in natura* y *tiempo oportuno* de la decisión que se adopte en sede administrativa lleva ínsito el *derecho a una tutela cautelar administrativa efectiva*, esto es, la facultad de solicitar, sin valladares formales, y el deber de la Administración de expedirse y, de ser procedente, otorgar *medidas asegurativas de protección cautelar* en sede administrativa. Naturalmente la petición de la cautelar administrativa debe ser idónea o adecuada para garantizar el efectivo cumplimiento *in natura* de lo decidido en el procedimiento administrativo.

Ángel, de 2024), entre otros.

83 Las garantías establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana suponen que las víctimas deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los procesos respectivos, de manera que puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que éstos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades *antes* de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones (conf. Corte IDH, *Caso Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala*, sentencia de 17 de noviembre de 2021, párrafo 70).

84 Corte IDH *Caso Baena Ricardo Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 137.

85 Corte IDH, *Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*, sentencia de 3 de mayo de 2016; *Petro Urrego vs. Colombia*, sentencia de 8 de julio de 2020; *Urrutia Laubreaux*, de 27 de agosto de 2020; *Caso Exembajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala*, sentencia de 17 de noviembre de 2021.

8.3 La tutela administrativa efectiva según el art. 1 bis, inciso a), de la LNPA reformada por la Ley Bases (27742)

Según el art. 1 bis, inciso a de la LNPA modificada por la Ley 27742, la *tutela administrativa efectiva* comprende el derecho a ser oído *antes* de la emisión del acto que refieran a sus derechos o intereses jurídicamente protegidos; el derecho a interponer recursos y al patrocinio y representación profesional; el derecho a *ofrecer y producir prueba*, lo cual conlleva el derecho a controlar la producción de la prueba; derecho a una *decisión fundada*, debiéndose considerar los principales argumentos y cuestiones propuestas; derecho a que el procedimiento tramite y concluya dentro de un *plazo razonable*.

En primer lugar, es posible comprobar que la versión legal de la *tutela administrativa efectiva* (art. 1 bis, LNPA reformada) *mantiene, en su núcleo, la garantía al debido proceso adjetivo* tal como estuvo regulada en el art. 1º, inciso f de la LNPA, texto originario.

El esquema legal de ordenación vigente le asigna a la tutela administrativa efectiva el siguiente haz de garantías:

(i) Derecho a ser oído *antes* de la emisión del acto que pueda afectar derechos e intereses jurídicamente protegidos.

(ii) *Derecho a ofrecer y producir pruebas*. El legislador ha puntualizado que lo relativo a la producción de la prueba deberá contar con el oportuno control de los interesados y sus profesionales.

(iii) *Derecho a una decisión fundada*. El art. 1 bis, inciso a, ap. (iii) de la LNPA, —en congruencia con el art. 1 bis, inciso a), ap. (i) segundo párrafo, y 8 bis de la misma ley— establece dentro del deber de fundamentación que la decisión deberá considerar los principales argumentos y cuestiones propuestas, entre ellas, la prueba conducente para la solución del caso. En puridad, este subinciso impone el deber de adecuada y suficiente motivación del acto.

(iv) *Derecho a un plazo razonable*. El ap. (iv) establece que los procedimientos deben tramitar y concluir en un plazo razonable por decisión escrita y expresa. De este modo, el legislador plasma en la LNPA el criterio adoptado por la CSJN en *Losicer*⁸⁶ y *Bonder Aron*,⁸⁷ entre otros precedentes. Al respecto, cabe recordar que la Carta Europea de los Derechos Fundamentales incluye, en el derecho a una buena administración, el derecho a que los asuntos se traten dentro de un plazo razonable. Por cierto, el derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías, “dentro de un plazo razonable” es una de las garantías judiciales reconocidas por el art. 8º de la CADH, que, merced a la interpretación mutativa por adición realizada por la Corte IDH y la CSJN, resultan aplicables también al procedimiento administrativo.⁸⁸

86 Fallos: 335:1126 (2012).

87 Fallos: 336:2184 (2013).

88 Fallos: 335:1126; Fallos: 336:2184 (2013).

En definitiva, la reforma introducida por la Ley 27742 a la LNPA erige el derecho fundamental a una tutela administrativa efectiva⁸⁹ en el "principio fundamental" del procedimiento.

- Según el art. 1 bis a), apartados i a iv de la LNPA reformada, la tutela administrativa efectiva comprende, básicamente, un complejo haz de garantías: (i) el derecho a ser oído antes de la emisión del acto de contenido desfavorable; (ii) el derecho a ofrecer y producir prueba; (iii) el derecho a una decisión fundada; (iv) el derecho a un plazo razonable.
- De los cuatro sub incisos o apartados del art. 1 bis inciso a), LNPA reformada, solo el último, referido al plazo razonable, es una novedad legislativa. Los apartados (i), (ii) y (iii) del art. 1 bis de la LNPA mantienen, con alguna modulación, la redacción del texto originario de la LNPA. El derecho a ser oído antes de la emisión del acto que pudiera afectar derechos o intereses jurídicamente protegidos; el derecho a ofrecer y producir prueba y a obtener una decisión fundada (en derecho) ya existían en el Decreto 19549/72. Constituían el contenido (legal) del derecho al *debido proceso adjetivo*, entendido como la reglamentación del art. 18 de la CN en el procedimiento administrativo.
- Si comparamos la redacción originaria de la LNPA con la vigente, posterior a las modificaciones introducidas por la Ley 27742, advertiremos que ésta incluye en el texto dos garantías:
 - Por un lado, se plasma el derecho del particular a exigir que los procedimientos administrativos tramiten y concluyan dentro un *plazo razonable* (en el art. 1 bis, inciso a, ap. iv). La incorporación de esta garantía positiviza la doctrina tallada por la CSJN en los casos *Losicer*⁹⁰ y *Bonder Aron*,⁹¹ pronunciamientos que, a la vez, son tributarios de las garantías reconocidas en el derecho interamericano de los derechos humanos (art. 8.1, CADH) y de la jurisprudencia desplegada por la Corte IDH en torno a ellas.
 - Por el otro, se hace ingresar, en el apartado relativo al derecho a ser oído (art. 1 bis inciso a, ap. i, LNPA), el *derecho a participar en la audiencia pública* junto con el derecho a exigir de las autoridades administrativas la *consideración de las principales cuestiones conducentes* planteadas en aquélla. Sobre este punto nos apuramos a señalar que el tercer párrafo del art. 1 bis, inciso a, ap. i de la LNPA, en cuanto faculta a la autoridad administrativa a *sustituir* la audiencia pública —establecida por norma especial de rango legal— por un mecanismo de consulta pública que, según la autoridad resulte, técnica

89 Fallos: 327:4185 (*Astorga Bracht*, 2004).

90 Fallos: 335:1126.

91 Fallos: 336:2184.

o jurídicamente más “idóneo”, produce una supresión inconstitucional del derecho de participación en la audiencia pública.⁹²

8.4 La vulneración del derecho a la tutela administrativa efectiva y sus consecuencias

(i) El haz de garantías que sustentan el derecho a la tutela administrativa efectiva tiene su correlato en un catálogo bien definido de *deberes jurídicos fundamentales* de los órganos y entes que desarrollan la función administrativa.

Los *deberes jurídicos fundamentales* que emanan del artículo 1 bis de la LNPA reformada conforman el ámbito *irreductible de mandatos de actuación y prohibición que deben ser respetados en el procedimiento administrativo*.

Ciertamente, esos deberes jurídicos fundamentales se insertan en el bloque de juridicidad al que está sometido el esquema sistemático de ordenación del acto administrativo: el Título III de la LNPA.

En efecto, el art. 7º, inciso d de la LNPA reformada erige el derecho a la tutela administrativa efectiva en *pieza indispensable* del acto administrativo. La mencionada previsión normativa incluye el *respeto a la tutela administrativa efectiva* como recaudo visceral del requisito esencial del *procedimiento*.

Concretamente: el elenco de *garantías* que abastecen a la tutela administrativa efectiva (conf. artículo 1 bis, inciso a, LNPA reformada y considerandos 6 y 7 de *Astorga Bracht*) constituyen una porción vital, ineludible, inexcusable del elemento esencial “procedimiento” (conf. art. 7º, inciso d, LNPA reformada).

(ii) El acto administrativo emitido con grave inobservancia de los deberes jurídicos fundamentales que impone el derecho a la tutela administrativa efectiva (conf. artículos 1º bis, inciso a, y 7º inciso d, LNPA; y doctrina jurisprudencial labrada en *Astorga Bracht*, considerando 7º), esto es, mediando supresión o severa limitación del ámbito de protección de algunas de las garantías que conforman el núcleo irreductible del elemento procedimiento, se lo debe considerar *irregular* (conf. art. 17, primer párrafo, LNPA reformada). En efecto, la ablación, o su equivalente funcional, de alguna de las garantías que conforman la tutela administrativa efectiva nos pone

92 Hemos planteado nuestro reparo a la constitucionalidad al párrafo tercero del art. 1º bis, inciso a, ap. (i) de la LNPA reformada, en Sammartino (2025, pp. 565 y ss.). Es evidente que una disposición legal de carácter general, como es el art. 1º bis, inciso a, ap. (i) de la LNPA reformada no guardan preeminencia sobre normas legales especiales como, v. gr., las contenidas en los marcos regulatorios de servicios públicos o las relativas a la protección del ambiente. En este entendimiento, consideramos que la potestad discrecional conferida de manera general por la LNPA (art. 1º bis, inciso a, ap. (i), tercer párrafo) a la autoridad administrativa para “sustituir” la realización de la audiencia pública establecida como norma especial de rango legal por el mecanismo de consulta que, a juicio del órgano administrativo, resulte técnica o jurídicamente más idóneo, deviene inconstitucional.

en presencia de un *vicio en el elemento procedimiento determinante de nulidad absoluta*. En tal supuesto, el defecto se subsume en la vaporosa tipificación consagrada en el art. 14, inciso b, ap. iv, segunda parte de la LNPA reformada: *grave violación del procedimiento aplicable*. Sin embargo, el art. 14, inciso b, ap. iv de la LNPA reformada tipifica con lograda precisión el acto desfavorable dictado con *omisión de la audiencia previa* del interesado. La concurrencia de este vicio determina la nulidad absoluta del acto.

La supresión de la audiencia previa del interesado, junto con su equivalente funcional, la grave inobservancia del haz de garantías que conforman la tutela administrativa efectiva, nos pone en presencia de vicios constitucionales y convencionales del acto administrativo. En este supuesto estamos frente a una *infracción estructural genética u originaria formal directa de la Constitución Nacional convencionalizada* (volveremos sobre esta cuestión en 9.2.3.1).

Naturalmente, el acto que padece vicios constitucionales o convencionales, en tanto acto administrativo irregular (art. 17, primer párrafo, LNPA), no es susceptible de saneamiento.

En este plano, es dable reconocer que existe grave vulneración del derecho a la tutela administrativa efectiva (art. 14, inciso b, ap. iv, LNPA) cuando: el acto administrativo de gravamen se emite sin la participación defensiva previa del afectado;⁹³ o se dicta un acto desfavorable sin motivación⁹⁴ o con fundamentación insuficiente (en tanto en cuanto no permite al interesado ejercer adecuadamente el derecho de defensa); o cuando el acto emanado de la Administración se dicta sin que al interesado tenga la oportunidad de producir su prueba de descargo, o no se hubiesen examinado los argumentos desarrollados por el impugnante, o cuando el acto se dicta sin proveer el ofrecimiento de prueba.⁹⁵ Por cierto, lesiona el derecho a la tutela administrativa efectiva el acto que exige a los interesados desistir los recursos administrativos y las pretensiones judiciales como condición para participar de un concurso público.⁹⁶ Como se indicó, las situaciones descritas son supuestos de actos administrativos *irregulares* por cuanto que vulneran gravemente alguno de los deberes jurídicos fundamentales incluidos que impone el principio de tutela administrativa efectiva. En

93 Fallos: 324:1403 cons. 3º, *in fine* (Copa); Fallos: 346:12 (Flores).

94 Fallos: 331:735 (Schneiderman, 2008); Fallos: 342:1393 (Scarpa, 2019); Fallos: 347:737 (Reta, Miguel Ángel, de 2024).

95 CNCAF, Uromar, 20/12/1999.

96 Fallos: 327:4185 (Astorga Bracht, Sergio y otro v. Comisión Federal de Radiodifusión s/amparo). El considerando 7º puntualiza que la tutela judicial y administrativa es una *garantía* que "supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia —a lo que cabe agregar ante las autoridades administrativas competentes— y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes (Fallos: 310:276 y 937; 311:208) y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso —o procedimiento— conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia —o decisión— fundada" (Fallos: 310:1819).

tanto actos gravemente ilegítimos, tales actos deben ser invalidados y removidos por la propia Administración (conf. art. 17, LNPA).

8.5 Recapitulando

(i) El art. 1 bis, inciso a, ap. (i) a (iv) de la LNPA reformada incluye, expresamente, el primer momento de la tutela administrativa efectiva: el derecho de toda persona de ocurrir o acceder, sin valladares ni obstáculos indebidos, al procedimiento administrativo. Si bien el art. 1º bis, inciso a) ap. (i) de la LNPA prevé el derecho al recurso, la previsión normativa no indica que la impugnación en sede administrativa se podrá articular sin condicionamientos ni obstáculos que la interfieran.

(ii) El texto legal vigente tampoco considera el tercer momento de la tutela administrativa labrada en *Astorga Bracht*. Nos referimos al derecho a una decisión *útil*, susceptible de ser efectivizada en tiempo oportuno y en su propia naturaleza.

(iii) El derecho a una decisión útil lleva ínsito la posibilidad de acceder a medidas instrumentales de protección cautelar (ora conservativas, ora innovativas) en sede administrativa.

(iv) En contraste con la Ley 26854 de Medidas Cautelares, en la que se regulan diferentes clases de medidas tendentes a garantizar el resultado práctico del proceso judicial (artículos 13 a 17)—, la reforma a la LNPA no tuvo en cuenta el derecho a la protección cautelar en sede administrativa. Mantuvo la suspensión de los efectos del acto administrativo (art. 12, LNPA), agravando sus requisitos, con inocultable prescindencia de las medidas de no innovar y positiva.

(v) La ablación del derecho a la protección cautelar efectiva en el procedimiento administrativo contrasta con la energización de la fuerza ejecutoria del acto administrativo plasmada en la nueva redacción del art. 12, segundo párrafo de la LNPA reformada.

(vi) En definitiva, el esquema legal de tutela administrativa efectiva es más comprimido que el desplegado por la jurisprudencia. Concretamente: el art. 1 bis, inciso a) de la LNPA modificada por Ley 27742 no atiende el primer y tercer momento tal como lo prevén los considerandos 6º y 7º de la sentencia dictada por la CSJN en *Astorga Bracht*.

(vii) La tutela administrativa efectiva es una *pieza indispensable* del acto administrativo. El art. 7º, inciso d de la LNPA la incluye como parte vital del elemento esencial “procedimiento”

(viii) En los actos administrativos de gravamen, la omisión del derecho a una audiencia previa del interesado, en tanto implica la ablación del derecho a ser oído previsto en el art. 1 bis, inciso a, ap. (i) de la LNPA (derecho de exponer las razones de

sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos) acarrea la nulidad absoluta e insanable del acto administrativo (art. 14, inciso b, ap. iv primera parte, LNPA).

(ix) A la vez, la inobservancia grave de alguno de los demás deberes jurídicos fundamentales que conforman el haz de garantías que componen la tutela administrativa efectiva (conf. artículo 1 bis, inciso a, apartados ii a iv y los previstos en el considerando 7º de *Astorga Bracht*) determinan la nulidad absoluta del acto administrativo por incurrir en “otra grave violación del procedimiento aplicable” (art. 14, inciso b, ap. iv, segunda parte, LNPA).

(x) En suma: la supresión, o grave inobservancia, de alguno de los deberes jurídicos fundamentales que impone el principio de tutela administrativa efectiva (conf. artículos 1º bis, inciso a, y 7º, inciso d, LNPA; y doctrina jurisprudencial labrada en *Astorga Bracht*, considerandos 6 y 7) nos coloca frente a un defecto o infracción estructural genética u originaria *formal* directa de la Constitución convencionalizada, determinante de nulidad absoluta e insanable (art. 14, inciso b, ap. iv, LNPA reformada).

9. El “procedimiento administrativo constitucional” como garantía de los derechos fundamentales ínsita en el derecho a la “tutela administrativa efectiva”

9.1 La interacción de los principios de tutela administrativa efectiva y buena administración

De acuerdo con el artículo 1º bis, inciso a, LNPA reformada, la tutela administrativa efectiva se abastece del haz de garantías comprendidas en el *debido proceso adjetivo* en sede administrativa (conf. art. 1º ap. f, LNPA, texto originario), al que se añaden los derechos a un plazo razonable y de participar en la audiencia pública. En alguna medida, se puede sostener que, en el derecho administrativo argentino actual, el debido proceso adjetivo aparece colonizado por el derecho a la tutela administrativa efectiva.

Ahora bien, como vimos en parágrafos anteriores, según se extrae de la doctrina labrada por la CSJN, el *ámbito de protección* de la tutela administrativa efectiva que se desprende de *Astorga Bracht*⁹⁷ (ver *ut supra* 9.3) tiene *contenido constitucional y convencional más amplio que el plasmado en el art. 1º bis, inciso a de la LNPA reformada*.

A la vez, esa mayor extensión de la garantía se robustece y consolida cuando la tutela administrativa interactúa con el principio de *buena administración*

En efecto, la *interacción* de los principios de *buena administración* —consustanciando la *triada basal material* del derecho administrativo en el Estado constitucional: dignidad de la persona humana, derechos fundamentales que le son inherentes y

97 Fallos: 327:4185, considerandos 6 y 7.

principio pro persona— y *tutela administrativa efectiva* favorece al desarrollo de *técnicas administrativas de protección efectiva* de los derechos y garantías fundamentales en sede administrativa.

Por cierto, una *interacción débil* entre ambos “principios fundamentales del procedimiento administrativo” circunscribe el alcance de la tutela administrativa efectiva a un contenido mínimo, tal como surge del art. 1 bis, inciso a, de la LNPA reformada.

En cambio, una *interacción fuerte* entre aquellos desarrolla los fundamentos *constitucionales y convencionales* de la tutela administrativa efectiva brindados por la CSJN en *Astorga Bracht*⁹⁸ hacia una *protección sustantiva, útil y oportuna de los derechos fundamentales —individuales o de incidencia colectiva— en sede administrativa*.

Ciertamente, la adecuada y efectiva protección de los derechos fundamentales de la persona humana *en sede administrativa* es uno de los modos de *servir a las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática*.

Las técnicas de tutela de derechos fundamentales en sede administrativa se pueden encauzar a través de tres variables especiales del procedimiento administrativo: (i) el *procedimiento administrativo constitucional*; (ii) el *procedimiento administrativo colectivo*; y (iii) el *procedimiento administrativo urgente*.

En este trabajo nos referiremos solamente al *procedimiento administrativo constitucional-convencional*.

9.2 El procedimiento administrativo constitucional-convencional y sus dos modalidades

9.2.1 Precisiones iniciales

La tutela administrativa efectiva no se reduce al elenco de garantías enumeradas en el art. 1 bis, inciso a, LNPA reformada. Esta previsión establece su umbral mínimo, mas no agota el haz de garantías que la conforman.

La tutela administrativa efectiva se completa con los estándares desplegados por la jurisprudencia de la CSJN, en especial en *Astorga Bracht*, dentro de los cuales sobresale el derecho a una decisión (administrativa) *útil*. Ésta comporta el derecho a un procedimiento administrativo previo consustanciado con la naturaleza de los derechos que pone en juego la relación jus administrativa. En este orden, el procedimiento administrativo constitucional, en sus dos variables, se erige en una derivación secuencial necesaria del derecho a una decisión (administrativa) *útil* en tanto se

98 Artículos 18 y 75, inciso, 22 de la CN: artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 2º, inc. 3º, apartados a) y b), y 14, inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (conf. Fallos: 327:4185, *Astorga Bracht*).

encuentra anudado a la protección, en tiempo oportuno e *in natura*, de los derechos fundamentales reconocidos en el bloque de constitucionalidad.

El *procedimiento administrativo constitucional* (en puridad, procedimiento administrativo constitucional convencional) se presenta, por un lado, como *cauce formal de protección de los derechos fundamentales en sede administrativa* (o "cauce especial de tutela administrativa sustantiva efectiva"); por otro, como *técnica de protección de derechos fundamentales dentro del procedimiento administrativo común*.

Ambas modalidades son expresión de los compromisos jurídicos fundamentales que impone el bloque de juridicidad en el Estado constitucional.

9.2.1.1 *El procedimiento administrativo constitucional como cauce formal de tutela sustantiva efectiva*

En su primera formulación, el procedimiento administrativo constitucional se presenta como un cauce instrumental de ordenación, desprovisto de formalidades que obstaculicen su finalidad tuitiva, mediante el cual tramitan impugnaciones o reclamaciones tendentes a salvaguardar y proteger, de manera inmediata, los derechos y garantías fundamentales de la persona humana *en sede administrativa*.

Desde una perspectiva teleológica, es dable puntualizar que los fines que inspiran el procedimiento administrativo constitucional guardan analogía los del amparo constitucional e interamericano.

9.2.1.2 *El procedimiento administrativo constitucional como conjunto de técnicas particulares de protección de los derechos fundamentales dentro del procedimiento administrativo común*

La segunda variable del procedimiento administrativo constitucional-convencional se conforma con un *conjunto de técnicas particulares de protección* de los derechos fundamentales dentro del procedimiento administrativo común.

En este supuesto, el procedimiento administrativo constitucional-convencional se abastece de *técnicas diferenciadas* de tutela administrativa destinadas a encauzar aquellas postulaciones administrativas — recursivas, reclamativas, cautelares administrativas, entre otras — que conciernen a situaciones que ponen en juego, de manera *directa, el contenido esencial de los derechos fundamentales*⁹⁹ reconocidos en el bloque de constitucionalidad.

99 El concepto de contenido esencial de los derechos fundamentales aparece consagrado en el art. 19.2 de la Ley Fundamental alemana. Esa previsión constitucional se refiere a *límite de las restricciones* que los poderes públicos les pueden imponer a los derechos fundamentales. En ese sentido, la norma establece que *en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial*. Con una inteligencia similar, el art. 53.1 de la Constitución de España contempla la susodicha garantía, junto con la reserva de ley. Dice la norma: "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)". En Argentina, la Constitución Nacional no considera expresamente el contenido esencial como límite a los límites del derecho fundamental. Sin embargo, el art. 28 dispone que los derechos reconocidos en la parte dogmática del texto constitucional *no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*. En torno al artículo 28 CN, la jurisprudencia

9.2.1.3 *El procedimiento administrativo constitucional es un resultado congenial a los compromisos jurídicos fundamentales del Estado constitucional en el ámbito de la función administrativa*

El procedimiento administrativo constitucional-convencional (ora como esquema o instrumento sistemático de ordenación especial, ora como conjunto o haz de garantías dispersas instituidas para asegurar la efectividad de los derechos humanos frente a los órganos y entes que despliegan la función administrativa) está fuertemente anudado a los *vínculos jurídicos fundamentales* que reconoce el bloque de juridicidad en el Estado constitucional social y democrático de derecho. Concretamente, el procedimiento administrativo constitucional-convencional, en sus diferentes modalidades, está consustanciado con la *supremacía de la Constitución* y de su *fuerza normativa*;¹⁰⁰ el respeto por la *dignidad esencial de la persona humana*, los *derechos fundamentales* que le son inherentes y los principios *pro persona* y *favor libertatis*; la *vocación de efectividad de los derechos fundamentales* reconocidos en el bloque de constitucionalidad; el *corpus iuris de los derechos humanos*; los *principios preestatales reconocidos en la Constitución, tratados y leyes*; la dimensión sustancial del *principio democrático* (art. 36 de la CN); la *separación de poderes como garantía de libertad*; la *armonización de las potestades administrativas con los derechos humanos*.

9.2.2 Procedimiento administrativo constitucional-convencional como cauce formal de protección de los derechos fundamentales en sede administrativa

En su primera formulación, el procedimiento administrativo constitucional-convencional tiene un tronco común con el amparo constitucional (art. 43, párrafos primero y segundo, CN) e interamericano (art. 25, CADH).

En efecto,

9.2.2.1 Si bien el artículo 1° bis, inciso a, LNPA reformada, *no incorpora explícita-*

dencia ha labrado la garantía de razonabilidad, también denominada *garantía de inalterabilidad* de los derechos constitucionales. El antedicho art. 28, CN, tiene su fuente directa en el Proyecto de Constitución de Alberdi, de mitad del siglo XIX. Este proyecto establecía que “el Congreso no podrá dar ley que con ocasión de reglamentar u organización su ejercicio —de las garantías constitucionales— las disminuya, restrinja o adultere en su esencia”. Algunas sentencias de la CSJN remiten al criterio rector del contenido esencial mediante locuciones o sintagmas análogos. Así, el alto tribunal alude a la *esencia o sustancia* del derecho fundamental o *esencia del derecho adquirido* (Fallos: 313:1529); al *contenido mínimo de los derechos* (Fallos: 329:4741); al *contenido sustancial de los derechos y libertades constitucionalmente protegidos* (Fallos: 339:1077) y también a la *garantía mínima indispensable* (Fallos: 335:45).

100 La plenitud del principio de supremacía, sostiene Bidart Campos (1995, p. 117), incita a repetir que toda la constitución necesita desplegar la fuerza normativa en todas sus partes para lograr lo que el principio de supremacía ha pretendido señalar: el cumplimiento, la eficacia, la aplicación de la constitución y la fidelidad a ella mediante su acatamiento.

mente la cauces singulares y específicos de tutela administrativa de los derechos humanos —exhibiendo de ese modo *neutralidad e indiferencia* ajena a los principios, valores y reglas que emanan de la Constitución Nacional convencionalizada—, no dudamos en reconocer que los fundamentos constitucionales y convencionales invocados por la CSJN en *Astorga Bracht*,¹⁰¹ junto a la plausible decisión legislativa de erigir a la tutela administrativa efectiva en *principio fundamental* del procedimiento administrativo, constituyen una *guía de interpretación* del alcance que corresponde asignarle a la tutela administrativa en la LNPA reformada.

9.2.2.2 Como se indicó (*ut supra* 4.3) los artículos 23 y 24 de la LNPA reformada, al dispensar el agotamiento de la vía administrativa previa, no solo reglamentan el carácter expedito del amparo. De ambas previsiones normativas insertas en la ley administrativa se extrae una regla general que se proyecta sobre el derecho de la función administrativa: *toda persona tiene el derecho a solicitar directamente a la autoridad administrativa competente el inmediato cese de toda interferencia indebida sobre contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos en el bloque de constitucionalidad*.

Este *derecho a una prestación positiva de protección jurídica* por parte de la Administración tiene como correlato *el deber jurídico fundamental de ésta de expedirse sin dilaciones, ora para prevenir, ora para remover, todo acto (u omisión) que lesione el contenido esencial de un derecho fundamental*.

En esa inteligencia, es posible afirmar que, en relación con el contenido esencial de los derechos fundamentales, la tutela administrativa será verdaderamente efectiva si es *diferenciada* del procedimiento administrativo común.

Por cierto, la *tutela diferenciada* de los derechos humanos en sede administrativa es otro de los corolarios que se extrae de la *tríada basal material* del derecho administrativo en el Estado constitucional.

9.2.2.3 La ausencia de regulación legal no impide reconocer que esta modalidad del procedimiento administrativo constitucional resulta connatural al *principio fundamental* de una tutela administrativa efectiva.¹⁰² Cabe recordar que la condición de *principio* que la LNPA le asigna a la tutela administrativa efectiva erige a este derecho fundamental en un *mandato de optimización*, en tanto está llamado a ser realizado en la mayor medida posible. A tal efecto, el haz de garantías que conforman el *principio fundamental* a la tutela administrativa efectiva se deberá ser interpretado y desarrollado según los fundamentos constitucionales y convencionales invocados por la CSJN en *Astorga Bracht*: artículos 18 y 75, inciso 22, de la CN; artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 2º,

101 Fallos: 327:4185.

102 Conf. art. 1 bis, LNPA reformada.

inc. 3º, apartados a) y b), y 14, inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹⁰³

9.2.2.4 Desde otro vértice, no tenemos dudas de que los fundamentos que dieron origen al amparo constitucional en Argentina se trasladan y militan a favor del reconocimiento de esta vertiente del procedimiento administrativo constitucional.

Sostiene el alto tribunal:

Esta Corte ha dicho que *donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido*; principio del que ha nacido la acción de amparo, *pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias*, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías...¹⁰⁴

En definitiva:

- El procedimiento administrativo constitucional, en tanto *cauce formal especial de tutela sustantiva efectiva*, está llamado a garantizar la concreta aplicación de normas (principios y reglas) que conforman el bloque de juridicidad en función de brindar protección efectiva e inmediata a los derechos fundamentales en el ámbito de la función administrativa.
- Aun frente a la falta de reconocimiento legislativo, el *procedimiento administrativo constitucional-convencional* se erige en garantía de los derechos fundamentales connatural al principio de tutela administrativa efectiva (art. 1 bis, a LNPA reformada), *interpretado constitucional y convencionalmente* (conf. Astorga Bracht,¹⁰⁵ cons. 6 y 7).
- Este procedimiento especial, sin formalidades que puedan obstaculizar su finalidad tuitiva, está llamado a proteger, con celeridad, sencillez, eficacia y eficiencia burocrática en los trámites (art. 1 bis, incisos c y d, LNPA), el contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos en el bloque de constitucionalidad¹⁰⁶ con arreglo a las pautas y directrices trazadas por la jurisprudencia de la CSJN y de acuerdo con los estándares interamericanos de derechos humanos desplegados por la jurisprudencia de la Corte IDH.
- Desde este enfoque, el procedimiento administrativo constitucional exhibe se-

103 Conf. Fallos: 327:4185, cons. 6 y 7 (Astorga Bracht).

104 Fallos: 332:111, considerando 12, cuarto párrafo (énfasis agregado).

105 Fallos: 327:4185.

106 Los derechos que conforman el *bloque de constitucionalidad* son aquellos que expresa e implícitamente reconoce la Constitución Nacional juntamente con los reconocidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados en el art. 75, inciso 22 de la CN (conf. Fallos: 342:584, Espíndola, 2019; 342:2298, Fleitas, entre otros).

mejanza con los *finés* que inspiran el amparo constitucional e interamericano (artículos 43, CN, y 25, CADH). En efecto, si examinamos los fundamentos constitucionales y convencionales brindados por CSJN en *Astorga Bracht* a la tutela judicial y administrativa efectiva advertiremos que, en ambos supuestos, el alto tribunal invoca, además de los artículos 18 de la CN (debido proceso adjetivo) y 8º de la CADH (debido proceso legal), el art. 25 de la CADH (amparo interamericano).

- El art. 25 de la CADH reconoce el derecho de toda persona "a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo [...] que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención [...]". Esta previsión normativa, como se indicó, consagra el *amparo interamericano*. Si bien el art. 25 de la CADH alude al recurso efectivo postulado ante "los jueces o tribunales competentes", en la especie opera la expansión — con las necesarias modulaciones — de esa garantía judicial al ámbito de la función administrativa en términos similares a la traslación de las garantías judiciales reconocidas en el art. 8º de la CADH¹⁰⁷ al procedimiento administrativo.
- Por cierto, la confluencia de *finés* entre el procedimiento administrativo constitucional y el amparo no impide reconocer sus significativas disimilitudes. En efecto:
 - El procedimiento administrativo constitucional, como el amparo, se erige en garantía indispensable para brindar plena efectividad a los derechos esenciales. En puridad, ambas garantías, en el respectivo ámbito de la función administrativa y judicial, tienen en común la finalidad de salvaguardar, de inmediato, los derechos fundamentales frente a los actos u omisiones de los órganos y entes que, en ejercicio de la función administrativa, supriman o limiten gravemente su contenido.
 - Sin embargo, dentro de las clásicas diferencias entre proceso judicial y procedimiento administrativo es dable enfatizar que el procedimiento administrativo constitucional tiene por finalidad inmediata *servir a las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática*, esto es, el *interés general* comprometido con la efectiva e inmediata protección de los derechos fundamentales inherentes a la dignidad de la persona humana. El amparo, en cambio, en tanto garantía fundamental expresamente reconocida en la Constitución (art. 43, CN) y en la CADH (art. 25) se erige en un proceso

107 La *traslación* de las garantías judiciales al procedimiento administrativo aparece en los párrafos 124 y siguientes del caso *Baena*, de 2 de febrero de 2001; *Ivcher Bronstein* (Corte IDH, sentencia del 6 de febrero de 2001, ver párrafos 104, 105 y 110); *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* (sentencia del 29 de marzo de 2006, ver párrafos 81 y 82); *Maldonado Ordóñez vs. Guatemala* (sentencia de 3 de mayo de 2016); *Petro Urrego vs. Colombia* (sentencia de 8 de julio de 2020); *Urrutia Laubreaux* (de 27 de agosto de 2020); Corte IDH, *Caso Exembajadores del Organismo Judicial vs. Guatemala* (sentencia de 17/11/2021), entre otros.

- constitucional, urgente y de control que tiene por finalidad inmediata la salvaguarda de los derechos individuales y de incidencia colectiva.
- Mientras que el amparo constitucional consagrado en el art. 43 de la CN establece como requisito de procedencia la ilegitimidad “manifiesta”, el procedimiento administrativo constitucional tiene en miras remover actos u omisiones “gravemente” ilegítimos, lesivas del contenido esencial de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en el bloque de constitucionalidad, extramuros del carácter manifiesto o visible de la antijuridicidad.
 - Naturalmente, al procedimiento administrativo constitucional tampoco le es predicable el requisito que lo relega a la existencia de otro medio “judicial” más idóneo (art. 43, CN).
 - En el proceso de amparo, la pretensión se postula ante un tribunal judicial, independiente e imparcial, esto es, frente a un tercero ajeno a la controversia, que tiene el deber constitucional de dirimir, de manera rápida y expedita, un conflicto que atañe a derechos y garantías fundamentales. El procedimiento administrativo constitucional, si bien tiene fines comunes al amparo constitucional e interamericano, se diferencia de ambos por cuanto los planteos se realizan frente a la misma Administración que, de modo actual o inminente, produce la lesión al derecho fundamental.
 - La admisibilidad y procedencia de la pretensión de amparo está sujeta a la existencia de un caso (art. 116, CN). Naturalmente, este presupuesto no es requerido en el procedimiento administrativo.
- De manera análoga a lo que sucede con los procesos urgentes, en el procedimiento administrativo constitucional-convencional los plazos para la realización de trámites se reducen significativamente. Frente a estas situaciones, resulta inadecuado el plazo general de diez días, como surge de los artículos 1 bis, incisos d y g, iv de la LNPA reformada.
 - En suma, esta modalidad de procedimiento administrativo constitucional constituye un *cauce formal de tutela administrativa sustantiva efectiva* especialmente concebido para proteger, con *inmediatez e in natura*, el contenido esencial de los derechos fundamentales *en sede administrativa*.

9.2.2.5 *Los presupuestos funcionales del procedimiento administrativo constitucional: los principios de objetividad, imparcialidad e independencia*

Ciertamente, la proyección y desarrollo del procedimiento administrativo constitucional reposa en el *principio de objetividad*.

En efecto, el principio de objetividad establece que las personas al servicio de la Administración pública deberán abstenerse de toda actuación arbitraria, debiendo obrar *siempre en función del servicio objetivo al interés general*, esto es, con arreglo a las *justas exigencias del bien común en una sociedad democrática*.

El principio de objetividad constituye el fundamento los *principios de imparcialidad e independencia*.¹⁰⁸

Al respecto, el art. 41.1 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales incluye como garantía propia de la *buena administración* el derecho de toda persona a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión *traten sus asuntos imparcial y equitativamente*.

Por su parte, el art. 25 de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública incluye dentro del derecho fundamental a la buena administración el derecho a exigir que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con objetividad e imparcialidad.

9.2.3 El procedimiento administrativo constitucional como conjunto de técnicas de protección de los derechos fundamentales en el procedimiento administrativo común

El procedimiento administrativo constitucional, en su segunda modalidad, se abastece de un *catálogo de técnicas o procedimientos llamados a realizar los derechos fundamentales reconocidos en el bloque de constitucionalidad en el procedimiento administrativo común*.

Las técnicas que conforman esta variable del procedimiento administrativo constitucional son tributarias de la *tríada basal material* del derecho administrativo en el Estado constitucional (*dignidad de la persona humana, derechos fundamentales que le son inherentes*¹⁰⁹ *y principio pro persona*).¹¹⁰ Como la anterior, esta modalidad tuitiva procura satisfacer el derecho de la persona humana, sujeto de *preferente tutela constitucional*,¹¹¹ a una *vida digna*.¹¹²

Seguidamente examinaremos solo algunas técnicas que abastecen a este segundo hontanar del procedimiento administrativo constitucional: los "vicios constitucio-

108 Conf. art. 18, Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública.

109 La dignidad intrínseca o inherente al ser humano se erige en el "centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y del orden internacional" (Fallos: 336:672, *Asociación Trabajadores del Estado*; 330:1989, *Madorrán*; 327:3753, *Aquino*; 314:424).

110 La corte federal destaca que el principio pro persona exhibe dos manifestaciones principales en materia de hermenéutica jurídica. Primeramente, exige adoptar pautas amplias para determinar el alcance de los derechos, libertades y garantías. En segundo lugar, impone obrar en sentido inverso, vale decir, restrictivo, si de lo que se trata es de medir limitaciones a los mentados derechos, libertades y garantías o la capacidad para imponerlas. El tribunal sintetiza el principio pro persona como técnica llamada a "escoger el resultado que proteja en mayor medida al ser humano, dentro de lo que las normas aplicables posibiliten" (Fallos: 335:672, considerando 10).

111 Fallos: 335:672.

112 Conf. los arts.7.a.ii del PIDESC, 23.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

nales” del acto administrativo; el control “administrativo” de convencionalidad; los principios de no regresividad y progresividad en la tutela administrativa de los derechos sociales y su proyección sobre la estabilidad de ciertos actos administrativos; el alcance del principio pro persona) y su presupuesto: el principio de objetividad.

9.2.3.1 Los “vicios constitucionales” del acto administrativo

1. Vicios puramente administrativos y vicios constitucionales

La distinción entre *vicios pura o predominantemente administrativos* y *vicios constitucionales* del acto administrativo es una de las técnicas más fecundas que abastecen el derecho administrativo en el Estado constitucional, esto es, el derecho administrativo entendido como derecho constitucional y convencional en continuo y concreto desarrollo.

Los actos administrativos irregulares afectados por vicios constitucionales incurren en tres tipos básicos de antijuridicidad:

(i) *infracción estructural genética u originaria formal directa de la Constitucional Nacional convencionalizada* (v. gr., actos de gravamen emitidos sin la audiencia previa del interesado, lo cual coloca al particular en estado de indefensión violatorio del art. 18 de la CN, del debido proceso legal reconocido en el art. 8º de la CADH y del derecho fundamental a una tutela administrativa efectiva (art. 1 bis inciso a, ap. i);

(ii) *infracción estructural genética u originaria material directa de la Constitucional Nacional convencionalizada* (v. gr., actos administrativos emitidos en ejercicio de facultades discrecionales cuyo contenido deviene desproporcionado en tanto vulnera el límite infranqueable que imponen los derechos fundamentales, lesionando su contenido esencial);

(iii) *infracción estructural genética u originaria formal-material directa de la Constitucional Nacional convencionalizada* (v. gr., acto administrativo sustentado en un antecedente de derecho —“causa”— que carece de presunción de constitucionalidad por establecer discriminaciones prohibidas en razón de la raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social).¹¹³

Cabe señalar que el art. 47, inciso 1º, ap. a de la Ley 39/15, de España, expresamente sanciona con la nulidad de pleno derecho a los actos administrativos que “lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”. Sin embargo, la Ley de Procedimiento Administrativo Común (LPAC) de España no prevé un procedimiento diferenciado para restablecer de inmediato e *in natura* el derecho o libertad agraviada por la Administración.

113 Desarrollamos en extenso este punto en Sammartino (2025, pp. 307 y ss.).

2. Características comunes de los vicios administrativos y constitucionales o convencionales

Los actos portadores de vicios constitucionales tienen características comunes con los actos afectados por vicios puramente administrativos, pero también tienen cualidades propias. Examinaremos los primeros.

2.1 Características comunes de los actos irregulares afectados por vicios puramente administrativos y vicios constitucionales

(i) Deber de remoción del acto administrativo irregular.

El nuevo texto del art. 17 de la LNPA, reformado por Ley 27742, establece que el acto administrativo de alcance particular afectado de nulidad absoluta se considera irregular y *debe* ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad en sede administrativa.

En coincidencia con el esquema de ordenación anterior, la primera parte del primer párrafo del art. 17 d de la LNPA reformada dispone: (i) que el principio de juridicidad no tolera ni tutela la pervivencia de un acto administrativo gravemente ilegítimo; (ii) por consiguiente, el acto irregular debe ser expulsado, retirado, removido del mundo jurídico por razones de ilegitimidad; (iii) como regla, el ejercicio de la potestad tendente a *restaurar* el principio de juridicidad está atribuida a la Administración.

Al respecto, la jurisprudencia subraya que, en este supuesto, el ejercicio de la potestad revocatoria (por razones de ilegitimidad) de la Administración es un principio general. En tal sentido se enfatiza que, frente al acto irregular, el ejercicio de la potestad anulatoria resulta inexcusable, salvo que concurra la excepción prevista en el art. 17 segunda parte de la LNPA. Se afirma, a la vez, que el ejercicio de la susodicha potestad encuentra suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad, comprometida por la existencia de un acto afectado de nulidad absoluta. Con fundamento en el art. 17, primera parte, la jurisprudencia de la CSJN afirma, sin ambages, que existe una *obligación* (deber) de la Administración pública de *revocar en sede administrativa sus actos irregulares*.

Las modificaciones introducidas por la Ley 27742 a la LNPA limitó el ejercicio de las potestades administrativas de revisión y anulación de oficio del acto administrativo. En puridad, la reforma estableció supuestos de *estabilidad plena, mas no absoluta* de ciertos actos favorables (artículo 17 párrafos primero —segunda parte— y tercero). De este modo, los actos regulares e irregulares dotados de esta característica resultan *inalterables*, en sede administrativa, en función de mantener intangibles los derechos subjetivos nacidos del acto. Por ende, los actos investidos de estabilidad no pueden ser revocados por razones de ilegitimidad ni tampoco podrán ser suspendidos sus efectos en sede administrativa.

Estos nuevos límites —propiciados con anterioridad por un sector de la doctrina vernácula— están llamados a fortalecer las garantías que emanan de los actos administrativos que, si bien han sido considerados irregulares por la Administración, están dotados de una excepcional estabilidad.

(ii) El acto administrativo irregular, en tanto carece de condiciones esenciales de validez, no es susceptible de saneamiento.

En virtud de la magnitud de la antijuridicidad —y consiguiente lesión a los bienes jurídicos que protege el interés general comprometido— los actos irregulares, esto es, los actos afectados por vicios determinantes de nulidad absoluta según lo determinan los artículos 14 y 23, inciso b. ap. (iv)— *no son susceptibles de saneamiento o convalidación* (conf. art. 20, LNPA, a contrario sensu).

Sin embargo, no podemos ignorar que el nuevo art. 22 de la LNPA reformada establece que “el plazo de prescripción para solicitar la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo de alcance particular será de diez (10) años”. De este modo, la reforma eliminó el carácter imprescriptible de la nulidad absoluta.

Por consiguiente, el acto administrativo irregular no puede sanearse por vía de ratificación o confirmación. Aunque, transcurridos diez años desde la notificación del acto irregular, no podrá demandarse su nulidad. Esta situación contrasta con el régimen de los actos jurídicos nulos. El art. 387, *in fine* del Código Civil y Comercial (CCC) establece que la nulidad absoluta del acto jurídico no puede sanearse por confirmación ni por la prescripción.

(iii) El plazo de impugnación judicial del acto irregular por el particular interesado y por la Administración.

La pretensión procesal impugnatoria del acto ilegítimo debe postularse dentro del plazo de caducidad fijado por el art. 25 de la LNPA. Al respecto, la Ley 27742 amplió el plazo para postular una pretensión procesal administrativa de 90 a 180 días hábiles a partir de la notificación del acto.

A la vez, según lo establece expresamente el art. 27 de la LNPA, la pretensión de nulidad planteada por el Estado contra sus propios actos (la denominada “acción de lesividad” no estará sujeta a los plazos de caducidad previstos en los artículos 25. A tales fines, como se indicó, el art. 22 de la ley introduce un plazo de prescripción de diez años.

(iv) La suspensión de los efectos del acto irregular.

Los actos administrativos irregulares son susceptibles de suspensión en la medida en que concurra alguna de las causales *alternativas* previstas en el art. 12 de la LNPA reformada por la Ley 27742. Esta norma expresamente establece que el *alegato fundado de nulidad absoluta y ostensible* es uno de los supuestos alternativos que habilitan a la Administración a disponer, de oficio o a pedido de parte, la paralización provisional de la eficacia del acto.

Al respecto, es necesario puntualizar que la estabilidad plena, pero no absoluta, que consagra el texto actual del art. 17 de la LNPA impide a la Administración suspender los efectos del acto considerado irregular cuando éste estuviere notificado, hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo o se hubiere cumplido totalmente su objeto y no concurra algunas de las salvedades previstas en el art. 17, cuarto párrafo; entre ellas, la acreditación de dolo del particular.

(v) El efecto repristinatorio de la anulación del acto irregular y su excepción.

En tanto el vicio o defecto del acto es originario, los efectos de la declaración de nulidad deberán ser iniciales y, por tanto, deben tener carácter retroactivo (*ex tunc*). En tal sentido, el último párrafo del art. 14 de la LNPA reformada consagra aquello que la doctrina italiana denomina *efecto repristinatorio*, esto es, la eliminación de los efectos que el acto pudiera haber producido en el pasado y la reposición de las cosas a una situación idéntica o equivalente a la que hubiera existido de no haberse dictado el acto.

El *efecto repristinatorio* establecido como regla en el art. 14, último párrafo de la LNPA reformada por la Ley 27742 tiene una *excepción* que limita el alcance de los efectos retroactivos. El mismo artículo 14, *in fine* de la LNPA reformada autoriza a disponer lo contrario (esto es, efecto no retroactivo) "por razones de equidad, siempre que el interesado a quien el acto beneficiaba no hubiere incurrido en dolo".

Por cierto, este criterio, si bien está previsto para ser aplicado en sede judicial, es predicable en supuestos de anulación en sede administrativa de un acto administrativo favorable afectado de un vicio determinante de nulidad absoluta. En efecto, si el excepcional carácter *ex nunc* de los efectos de la anulación del acto irregular está previsto para el supuesto de una "sentencia que declare la nulidad absoluta", no cabe duda de que el mismo criterio se proyecta en sede administrativa, siempre que se reúnan los recaudos fijados en el art. 14 *in fine* de LNPA: razones de equidad

2.2 Características particulares de los actos irregulares portadores vicios constitucionales o convencionales

(i) *Anulación judicial del oficio*

Los actos administrativos irregulares afectados por vicios constitucionales y convencionales *comprometen la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución*.

En virtud de ello, y con arreglo a la doctrina desplegada por la CSJN durante los cuatro últimos lustros en relación con las fuentes públicas de derechos y obligaciones —en especial nos referimos a los reglamentos y las leyes— consideramos que los tres subtipos de actos irregulares afectados por vicios constitucionales y convencionales son susceptibles de ser controlados y declarados *judicialmente* nulos e inconstitucionales (o inconventionales) *de oficio*.

(ii) *Anulación y restablecimiento in natura del derecho fundamental lesionado por el acto administrativo irregular portador de un vicio constitucional o convencional*

La anulación del acto administrativo irregular afectado por vicios constitucionales o convencionales está llamada restablecer la *fuerza normativa* de la Constitución *convencionalizada*.

A diferencia de lo que sucede en el régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo labrado bajo el Estado formal y democrático de derecho, la anulación —ora administrativa, ora judicial— del acto irregular portador de un vicio constitucional o convencional *no es una mera restauración de la legalidad formal*.

Antes bien, la anulación del acto administrativo portador de un vicio de la naturaleza indicada (constitucional o convencional), amén de su correspondiente remoción —total o parcial— del mundo jurídico, está acompañada del pleno restablecimiento de la fuerza normativa de la Constitución convencionalizada mediante *la restitución o reposición in natura del derecho fundamental lesionado*.

(iii) *Estándares de interpretación*

La naturaleza de los bienes jurídicos afectados por los vicios constitucionales y convencionales reclama una tutela administrativa efectiva informada de estándares jurídicos diferenciados. Ello obliga a la Administración a adecuar la interpretación de los hechos y el derecho aplicable de acuerdo con los compromisos jurídicos fundamentales consustanciados con la *tríada basal material* del derecho administrativo en el Estado constitucional: *dignidad de la persona humana, derechos humanos fundamentales que le son inherentes y principios pro persona y favor libertatis*.

(iv) *Deber de suspensión de los efectos del acto administrativo afectado por un vicio constitucional o convencional*

Los actos irregulares portadores de una infracción estructural material o formal-material directa de la Constitución convencionalizada (esto es, actos irregulares que lesionan derechos fundamentales) están sometido a un procedimiento diferenciado, pues deben *ser revisados y revocados*, por razones de ilegitimidad, de *manera inmediata*. Ínterin, hasta tanto se adopte la decisión, la Administración tiene el *deber de disponer la inmediata suspensión de los efectos del acto inconstitucional o inconvencional* (conf. art. 12 de la LNPA reformada por la Ley 27742).

(v) *Acto administrativo inconvencional y control de convencionalidad en sede administrativa*

Frente a los actos irregulares portadores de una infracción al derecho interamericano de los derechos humanos, la *Administración* —por iniciativa propia o a pedido del interesado— está obligada a revisar *el acto administrativo inconvencional*.

De suyo, frente al acto administrativo de gravamen que afecta directamente los derechos humanos protegidos por la CADH, *el particular tiene el derecho subjetivo de exigir de la Administración el pertinente el control de convencionalidad* (esto es, el derecho a una acción positiva, un hacer) y, como correlato, la Administración tiene, a la vez, el deber de adoptar medidas, ora adecuando la emisión del acto al orden convencional de los derechos humanos, ora revisando, controlando y anulando sus actos administrativos violatorios de los estándares interamericanos de derechos humanos. Este control administrativo de convencionalidad viene a garantizar el efecto útil de los instrumentos interamericanos de derechos humanos (conf. art. 75, inciso 22, CN; artículos 1.1, 2 y 29, CADH).

Volveremos sobre este tema en el punto siguiente.

(vi) *Acto afectado por vicios constitucionales y convencionales y amparo*

El acto administrativo irregular *desfavorable*, o de *gravamen*, portador de un vicio o infracción formal, material o formal-material *directa* de la Constitución convencionalizada, en tanto acarrea la lesión de un derecho o garantía fundamental reconocido en el bloque de constitucionalidad, es susceptible de ser impugnado *directamente* a través del amparo (art. 43, CN). La reforma de la LNPA autoriza la *impugnación directa* de actos administrativos y disposiciones generales (abstractas o concretas). Por consiguiente, en la actualidad, el acceso a la jurisdicción constitucional mediante el amparo no requiere el previo agotamiento de la vía administrativa (conf. artículos 23, inciso b, ap. (iii) y 24, inciso a), LNPA).

9.2.3.2 Control "administrativo" de convencionalidad

Ciertamente, el procedimiento administrativo constitucional reconoce pautas tendientes a *prevenir* el ilícito convencional, esto es, abstenerse de emitir actos administrativos que, a despecho de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22, CN), suprimen o lesionan gravemente el ámbito de protección de los derechos humanos.

En este sentido, los dos hontanares del procedimiento administrativo constitucional habilitan a la Administración a realizar un *control de convencionalidad* básicamente armonizante (conf. art. 2° de la CADH y Corte IDH en *Gelman*, 2011; *García Ibarra*, 2015; *Petro Urrego*, 2020, entre otros), y excepcionalmente correctivo, con arreglo a sus propias competencias y procedimientos.

En efecto, el control administrativo de convencionalidad —por el cual se brinda efectividad al *deber de adecuación*, establecido en el art. 2° CADH— se puede realizar a través diferentes cauces: (i) *mediante la interpretación* del bloque interno de legitimidad administrativa *con perspectiva de derechos fundamentales de la persona humana*, en congruencia con la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH; (ii) a través del dictado de disposiciones reglamentarias y de alcance general no normativo conducentes a la observancia de los derechos y libertades consagrados en la CADH;¹¹⁴ (iii) por conducto de la derogación de disposiciones reglamentarias (ora generales, ora sin-

114 Tal es lo que ocurriría, si, v. gr., el Poder Ejecutivo decidiera reglamentar la Ley de Procedimientos Administrativos con perspectiva de derechos humanos y, en congruencia con la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, estableciera un régimen jurídico específico de recursos para cuestiones que pongan en juego de manera directa derechos humanos. En este supuesto, el deber de adecuación se satisface con la *expedición* de un cuerpo normativo reglamentario del procedimiento administrativo para atender cuestiones que conciernen *directamente* al respeto y la protección de los derechos fundamentales de la persona humana. Otro de los modos por el cual se concretiza el deber de adecuación es mediante la consagración, ya sea por vía legal de un *procedimiento administrativo constitucional y convencional* dentro del cual se incluya un mecanismo procedimental específico, el

gulares) y de actos generales no normativos *inconvenionales*; (iv) excepcionalmente, a través de la inaplicación razonada del derecho interno inconvenional.

En todos estos supuestos, la función de ese mecanismo procedimental específico es *garantizar la plenitud de los derechos reconocidos en el bloque de convencionalidad*

Aun así, en relación con el acto administrativo, *el ejercicio de control administrativo de convencionalidad es, en puridad, un procedimiento administrativo implícito en el ordenamiento jurídico*, tal como lo contempla el art. 7º inciso d, LNPA. Este procedimiento esencial, implícito en el art. 7º inciso d de la LNPA reformada, está destinado a *prevenir el ilícito convencional* o, en su caso, a removerlo mediante el correspondiente acto administrativo extintivo.

Ciertamente, el control *administrativo* de convencionalidad por vía interpretativa es una competencia de ejercicio obligatorio para todos los órganos que despliegan la función administrativa. Se sustenta en el art. 2º de la CADH y en la jurisprudencia de su intérprete último, la Corte IDH. A la vez, es necesario recordar que el CCC establece que “la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta [...] las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos” (art. 2º).

El control *administrativo* de convencionalidad exhibe dos modalidades. Por un lado, procura, por vía de argumentación o interpretación, la armonización de la norma aplicable con el derecho internacional de los derechos humanos. Por el otro, el control administrativo de convencionalidad tiene una segunda modalidad, ciertamente excepcional, a través de la decisión razonada de inaplicar de manera concreta y singular el derecho interno inconvenional.

A la vez, ambas modalidades de control *administrativo* de convencionalidad tienen dos variables: la *preventiva* —del ilícito convencional— y la *revisora* —v. gr., la revisión de oficio del acto administrativo irregular afectado de una infracción estructural genética de los deberes jurídicos fundamentales establecidos por los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Por cierto, en ambos supuestos, el control administrativo de convencionalidad se podrá realizar *a pedido de parte o de oficio*.

En suma:

- El procedimiento administrativo constitucional-convencional se abastece del control *administrativo* de convencionalidad como garantía de respeto y protección a los derechos humanos.
- Según lo sostiene reiteradamente la Corte IDH, el control de convencionalidad es una *obligación* de toda autoridad pública que debe realizarse en el marco de sus competencias y procedimientos.
- El control *administrativo* de convencionalidad está llamado a satisfacer el *deber de garantía*, consistente en asegurar el respeto y ejercicio de los derechos humanos (conf. los artículos 1 y 2º de la CADH).

- El *deber de garantía*, tendente a asegurar la protección y respeto de los derechos humanos, se plasma y concretiza en el *deber de adecuación*.
- Ese control conlleva, por un lado, el deber de *prevenir* violaciones a los derechos humanos.¹¹⁵ Por otro, acarrea el deber de *solucionar* las violaciones a los derechos humanos cuando "ya hayan ocurrido", tomando en consideración las interpretaciones de la Corte IDH.¹¹⁶
- El deber de adecuar el derecho interno a las disposiciones de la Convención exhibe dos vertientes principales: la supresión de normas y prácticas violatorias a las garantías reconocidas en la CADH y la expedición de normas y desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.¹¹⁷
- A los criterios precedentes la doctrina especializada añade que las *medidas de otro carácter* (art. 2º, CADH) incluyen tanto las *interpretaciones conformes* de la normatividad nacional con la CADH como también *dejar de aplicar las disposiciones internas* cuando sean completamente incompatibles con dicho instrumento internacional (Ferrer Mac-Gregor y Pelayo Moller, 2014, p. 98).
- Para cumplir el deber de adecuación, en sus diferentes variables, y satisfacer los fines de la CADH, los órganos que desarrollan la función administrativa están dotados de competencias expresas e implícitas —y, dentro de *éstas, de* las facultades *expresamente implícitas consagradas en el art. 2º de la CADH*— para adoptar *medidas internas de otro carácter* que resulten necesarias, eficaces, tendentes a cumplir el susodicho deber de adecuación.
- La presencia de un antecedente de derecho ("causa" de un acto administrativo conforme el art. 7º, inciso b, y 14, inciso b, ap. II de la LNPA reformada) portador de presunción de invalidez o ilegitimidad por exhibir supuestos de discriminación por las razones señaladas en el art. 1º, segunda parte, de la CADH, habilita (obliga) a la Administración a realizar un control administrativo de tendente a *adecuar* el antecedente de derecho interno, aplicable al acto, a la CADH —y a los demás los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22)— según la jurisprudencia labrada por la Corte IDH.
- Frente a un antecedente de derecho ("causa") *prima facie* inconvencional, la Administración, está obligada a ejercer su competencia material y, en tal supuesto, deberá realizar un *control preventivo de juridicidad convencional* con la finalidad de *armonizar* el derecho interno con los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (conf. artículos 75 incisos 22, CN y 1º y 2º del CCC) según la interpretación que emana de la Corte IDH.

115 Corte IDH, *Urrutia Laubreaux*, de 27/08/2020, párr. 93.

116 Ídem.

117 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano*, sentencia de 26/09/2006, párr. 118; *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, sentencia de 06/05/2008, párr. 122.

- El *control preventivo de convencionalidad* de naturaleza armonizante está llamado a evitar la emisión de actos administrativos inconvencionales.
- La facultad de adoptar medidas administrativas tendentes a *prevenir el ilícito convencional* constituye una *competencia implícita* de la Administración que es dable extraer del art. 2º de la CADH, cuyo ejercicio se respalda en los artículos 99, inciso 1º y 2º; 100, inciso 1º y 75.22; artículos 1º y concordantes, de la Constitución Nacional.
- En situaciones verdaderamente excepcionales, la Administración podrá realizar un control preventivo de juridicidad convencional absteniéndose de aplicar, de manera concreta y singular, normas portadoras de presunción de invalidez por incurrir en supuestos de discriminación prohibida (art. 1.1. y 23 CADH).
- Mientras el control administrativo preventivo de convencionalidad evita la emisión de actos administrativos inconvencionales —presentándose como un supuesto de prevención del ilícito convencional—, la *revisión del acto administrativo inconvencional* está llamada a “solucionar” (Corte IDH, *Urrutia*, p. 93) la susodicha ilegitimidad mediante la *remoción* o *retiro* de ese acto.
- En este marco, la *revisión de oficio —o a pedido de parte— del acto inconvencional* opera como un procedimiento de tipo correctivo (o reparador) llamado a enmendar la grave antijuridicidad que afecta a este tipo de acto irregular. En estos supuestos, el acto revocatorio, al tiempo que restablece la juridicidad convencional, produce la salvaguarda y restitución *in natura* del derecho humano afectado por el acto inconvencional.

9.2.3.3 Los principios de no regresividad y progresividad y la tutela administrativa de los derechos sociales. Proyecciones sobre el área de estabilidad del acto administrativo

En las cuestiones que conciernen a derechos sociales el desarrollo del procedimiento administrativo constitucional se encuentra gobernado por los principios de *no regresividad* y *progresividad* en la efectividad de los derechos humanos.¹¹⁸

Los derechos sociales están llamados a asegurar condiciones básicas, indispensables, de vida digna a la persona humana. Son una *prórroga congenial de la dignidad de la persona humana*, valor supremo y rector de nuestro orden institucional. Al respecto, el alto tribunal nacional nos recuerda que la *justicia social* traduce la *justicia en su más alta expresión*.¹¹⁹ Esta no tiene otro norte que alcanzar el “bienestar”, esto es, “las

118 Fallos: 333:2306, Álvarez, Maximiliano y otros v. Cencosud SA s/acción de amparo, y su cita, art. 2.1 del PIDESC.

119 Fallos: 336:672 y sus citas.

condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad".¹²⁰

El procedimiento administrativo constitucional, del que damos cuenta en este trabajo, se presenta como técnica idónea para garantizar la efectividad de los derechos sociales en sede administrativa. Sin dudas, en el Estado constitucional social y democrático de derecho, el *procedimiento administrativo constitucional se erige en cauce primario de tutela de los derechos sociales*.

En Argentina, los derechos sociales están expresamente reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22, CN).¹²¹ En puridad, los derechos sociales fundamentales integran el bloque de constitucionalidad. Son *compromisos jurídicos esenciales con vocación de efectividad* que deben ser respetados por todas las autoridades públicas, cualquiera sea la función estatal que desarrollen.

La reforma constitucional de 1994 reforzó la tutela de los derechos sociales, estableciendo un trato diferenciado a las situaciones de vulnerabilidad e hipervulnerabilidad (art. 75, incisos 22 y 23, CN).¹²²

La concreta protección de la persona frente al hambre, la desnutrición, la enfermedad, la *falta* de vivienda digna, de educación, de agua potable necesita de la actividad práctica y permanente de la función administrativa. Ello requiere un proce-

120 Ídem.

121 Así, el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos —que en Argentina tiene jerarquía constitucional— le reconoce a toda persona el derecho "a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios [...]".

El art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece que los Estados parte se comprometen a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos. El protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador de 17/11/1988— coloca en un mismo plano —y, por tanto, equipara— los derechos civiles y políticos con los derechos sociales. En tal sentido, establece que tanto los derechos individuales como los sociales "constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su plena vigencia sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros".

En ese orden, el art. 11 del PIDESC establece que los Estados parte del Pacto "reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia". Esta previsión normativa, además de consagrar el principio de progresividad en la realización de los derechos sociales, expresamente reconoce "el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre" (*énfasis agregado*).

122 El art. 75, inciso 23 de la CN establece que le corresponde al Congreso "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".

dimiento administrativo consustanciado con uno de los corolarios de la tríada basal material del derecho administrativo en el Estado constitucional: *la interdicción de la insensibilidad* frente a la persona humana que carece del mínimo vital o existencial que le corresponde en su condición de tal.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos, como el PIDESC o la CADH, que en Argentina tienen jerarquía constitucional (conf. art. 75, inciso 22, CN), fortalecen la vigencia material del *principio de interdicción de la insensibilidad* —frente a situaciones de vulnerabilidad e hipervulnerabilidad social— a través de los principios de *progresividad* y *no regresividad*.

En tal sentido, el art. 2º del PIDESC establece el deber de los Estados parte de *adoptar medidas para lograr progresivamente* la efectividad de los derechos económicos sociales y culturales reconocidos en el Pacto.

Ciertamente, las “medidas” que los Estados están llamados a adoptar pueden ser legislativas como administrativas (ora, a través de reglamentos, ora mediante actos administrativos que brinden concreta efectividad a los derechos sociales). La inadecuada o insuficiente protección de los derechos sociales habilita poner en movimiento las técnicas que abastecen el procedimiento administrativo constitucional para encauzar reclamaciones que permitan a la Administración adoptar medidas concretas tendentes a satisfacer el mínimo existencial.

En el mismo sentido, el art. 11 del PIDESC, en cuanto dispone, como regla, la *mejora continua de las condiciones de vida* reafirma el *deber* de brindar *progresividad* a la realización efectiva de los derechos sociales, lo cual lleva ínsito el *deber de abstenerse de consagrar medidas regresivas*.

En ese orden, la Corte IDH sostiene que

la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante *de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad* de dicho derecho, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. Asimismo, se impone la *obligación de no regresividad* frente a la realización de los derechos alcanzados. (Corte IDH, OC 27/21, párr. 117)¹²³

La regresividad, afirma la CSJN, “contraría los postulados y el espíritu del *corpus juris* de los derechos humanos”.¹²⁴

Es indudable que las cuestiones relativas al reconocimiento y la satisfacción, en sede administrativa, de las necesidades básicas, del mínimo vital o existencial, no pueden estar sujetas a las mismas reglas del procedimiento administrativo común regulado por la LNPA.

123 Énfasis agregado.

124 Fallos: 335:672.

Como venimos señalando, las técnicas instrumentales insertas en el "procedimiento administrativo constitucional" se erigen en garantías idóneas de efectivización de los derechos sociales en el ámbito de la función administrativa.

El principio de no regresividad puede tener fecundas proyecciones sobre el régimen jurídico de la estabilidad del acto administrativo.

Frente a los dos hontanares clásicos que abastecen el área de estabilidad (por un lado, acto regular, notificado, que genera derechos subjetivos —art. 17, tercer párrafo—; por el otro, acto irregular, notificado, generador de derechos subjetivos que se están cumpliendo o se han cumplido, sin que en uno u otro supuesto se demuestra la existencia de dolo —art. 17, primer párrafo, segunda parte— es dable reconocer un tercer hontanar de la estabilidad: el acto administrativo cuyo objeto satisface un *derecho fundamental indisponible*.¹²⁵

La *estabilidad plena* que le reconocemos a esta clase de actos administrativos —extramuros de su calificación como regular o irregular— procura brindar intangibilidad, en sede administrativa, a las *situaciones jurídicas activas que resultan vitales para la persona humana* (conf. art. 11, PIDESC). Tal es lo que sucede con los derechos de naturaleza alimentaria.

Este tercer hontanar de la estabilidad —con requisitos bien diferentes a los previstos en el art. 17, LNPA— trata de asegurar lo que en el derecho comparado se denomina el *mínimo existencial* y que en la Constitución convencionalizada en 1994 se manifiesta en el derecho de toda persona de acceder y conservar un *nivel de vida adecuado para sí y su familia* (art. 75. 22 CN, conforme al art. 11 PIDESC y concordantes).

9.2.3.4 Interpretación conforme el principio pro persona

El procedimiento administrativo constitucional reafirma el principio *pro persona* como criterio de apreciación del derecho aplicable (esto es la causa del acto administrativo). A la vez, ese mismo principio debe ser considerado el *estándar de interpretación de las competencias administrativas* (art. 7, inciso a, LNPA reformada) cuando las actuaciones conciernen a derechos fundamentales.

El principio *pro persona*, ordinariamente denominado *pro homine*, es consustancial a los documentos internacionales sobre derechos humanos. Dicho principio, sostuvo el alto tribunal, determina que el intérprete deba *escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana*.¹²⁶

125 Una de las variables del derecho fundamental indisponible la constituye el contenido esencial, intocable, de los derechos que integran el bloque de constitucionalidad.

En ese sentido, el alto tribunal ha señalado que "todos los individuos tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo para que puedan desplegar plenamente su valor eminente como agentes morales autónomos, que constituyen la base de la dignidad humana, y que esta Corte debe proteger" (Fallos: 328:566, voto Dr. Lorenzetti).

126 Fallos: 330:1989, cons. 8º; Fallos: 333:2306, cons. 6º.

En concreto, en cuestiones que atañen *directamente* al contenido esencial de los derechos fundamentales o a la protección del mínimo existencial que le corresponde a la persona humana por el hecho de serlo, la Administración deberá escoger, dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana.

Este principio se complementa con otros dos: el principio *in dubio pro ser humano*¹²⁷ —el intérprete debe elegir la norma que ampare de modo amplio los derechos humanos— y el principio *favor libertatis*.

10. Conclusiones

- En paralelo con el derecho a una *tutela judicial efectiva*, el derecho administrativo en el Estado constitucional vigente en la República¹²⁸ alumbró¹²⁹ y desarrolló la *tutela administrativa efectiva* como principio,¹³⁰ derecho¹³¹ y deber.¹³²
- En Argentina, la tutela administrativa efectiva se abastece de un complejo *haz de garantías esenciales* conformado por el derecho a ser oído *antes* de la emisión del acto que pueda afectar de modo desfavorable al interesado; el derecho a *ofrecer y producir prueba*; derecho a una *decisión fundada* en los hechos y en ley y en el Derecho; derecho a un *plazo razonable* en la tramitación y conclusión del procedimiento; el derecho de acceder u *ocurrir sin restricciones indebidas* al procedimiento administrativo; el derecho a una *decisión útil*, (conf. art. 1 bis, inciso a, LNPA reformada por Ley 27742 y doctrina jurisprudencial labrada por la CSJN en *Astorga Bracht*¹³³, considerandos 6 y 7).
- La tutela administrativa efectiva es un recaudo visceral de legitimidad del acto administrativo, toda vez que el haz de garantías esenciales que la componen constituye *el núcleo vital del requisito esencial "procedimiento"* (conf. art. 7º, inciso d, LNPA reformada).
 - En el Estado constitucional, el procedimiento administrativo no es neutral ni indiferente a las exigencias que imponen las justas exigencias del bien

127 “El ser humano es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo — más allá de su naturaleza trascendente— su dignidad intrínseca e igual es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental” (Fallos: 333:2306, cons. 10).

128 Fallos: 329:5266, cons. 7º.

129 Fallos: 327:4185, cons. 6 y 7º (“Astorga Bracht”).

130 Art. 1 bis primer párrafo, LNPA reformada por Ley 27742.

131 Art. 1 bis, inciso a) apartados (i) a (iv), LNPA reformada por Ley 27742

132 Art. 7 inciso d, y 14, inciso b, ap. (iv), LNPA reformada por Ley 27742.

133 Fallos: 327:4185.

común en una sociedad democrática. En ese modelo de Estado, la efectiva protección de los derechos fundamentales inherentes a la dignidad de la persona humana se erige en un *compromiso jurídico fundamental* para la Administración.

- En el marco de los principios basilares que sustentan el Estado constitucional es posible reconocer, como *garantía connatural* al principio fundamental a la tutela administrativa efectiva, técnicas específicas de protección sustantiva y oportuna de las garantías y derechos fundamentales en sede administrativa. Tal es el caso del *procedimiento administrativo constitucional* (en puridad, procedimiento administrativo constitucional-convencional).
- El procedimiento administrativo constitucional aspira a la concreta y efectiva realización de los derechos fundamentales en el ámbito de la función administrativa.¹³⁴
- El procedimiento administrativo constitucional exhibe dos modalidades:

Por un lado, refiere a un cauce formal de tutela concebido especialmente para proteger, con inmediatez, el contenido esencial de los derechos (y garantías) fundamentales en sede administrativa.

El procedimiento administrativo constitucional, en una segunda variable, se erige en un "conjunto de técnicas sustantivas diferenciadas" llamadas tutelar, en sede administrativa, el contenido esencial de los derechos y garantías fundamentales.

- Las dos variables del procedimiento administrativo constitucional concretizan al principio de buena administración anudado a la tríada basal del derecho administrativo en el Estado constitucional: dignidad de la persona humana, derechos fundamentales que le son inherentes y principio pro persona.
 - La tutela administrativa efectiva no se reduce al elenco de garantías enumeradas en el art. 1 bis, inciso a, LNPA reformada. Esta previsión establece su umbral mínimo, mas no agota el haz de garantías que la conforman. La tutela administrativa efectiva se completa con los estándares desplegados por la jurisprudencia de la CSJN, en especial en *Astorga Bracht*, dentro de los cuales sobresale el derecho a una decisión (administrativa) *útil*. Ésta comporta el derecho a un procedimiento administrativo previo consustanciado con la naturaleza de los derechos que pone en juego la relación jus administrativa. En este orden, el procedimiento administrativo constitucional, en sus dos modalidades, se erige en una derivación secuencial necesaria del derecho a una decisión (administrativa) *útil*, en tanto en cuanto se encuentra anudado a la protección en tiempo oportuno e *in natura* de los derechos fundamentales reconocidos en el bloque de constitucionalidad.

134 Conf. Art. 1º, LNPA reformada por Ley 27742.

Bibliografía

- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2010). *La construcción de los derechos fundamentales*. Ad-Hoc.
- Beladiez Rojo, M. (1994). *Validez y eficacia de los actos administrativos*. Marcial Pons.
- Bidart Campos, G. J. (1995). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Ediar.
- Bidart Campos, G. J. (2003). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino* (nueva ed., Tomo II-A), Ediar.
- Bocanegra Sierra, R. (2006). *Lecciones sobre acto administrativo* (3ª ed.). Thomson-Civitas.
- Böckenförde, E. W. (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trotta.
- Boquera Oliver, J. M. (1996). *Derecho Administrativo* (10ª ed., Vol. I). Civitas.
- Canosa, A. (2014). *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos* (2ª ed.). Astrea.
- Cassagne, J. C. (2016). *Curso de Derecho Administrativo* (Tomo II). La Ley.
- Cassagne, J. C. (2021). *Los grandes principios del derecho público* (2ª ed.). Rubinzal Culzoni.
- Comadira, J. R. (2003). *Derecho Administrativo* (2ª ed.). Abeledo.
- Comadira, J. R. (2005). Las bases constitucionales del procedimiento administrativo. En *Elementos de derecho administrativo*. La Ley.
- De Fazio, F. (Coord.). (2021). *Principios y Proporcionalidad Revisitados*. Instituto de Estudios Constitucionales.
- Entrena Cuesta, R. (1983). *Curso de Derecho Administrativo* (8ª ed.). Tecnos.
- Escola, H. (1973). *Teoría General del Procedimiento Administrativo*. Depalma.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil* (4ª ed.). Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris* (Tomo II, Teoría de la democracia). Trotta.
- Ferrer Mac-Gregor, E. y Pelayo Moller, C. M. (2014). Comentario al art. 2º de la CADH. En Alonso Regueira, E. M. (Dir.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Konrad Adenauer/Eudeba.
- Fiorini, B. (1970). *Procedimiento Administrativo y recurso jerárquico* (2ª ed.). Abeledo Perrot.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (1995). *Curso de Derecho administrativo* (Tomo II). Civitas.
- García Luengo, J. (2016). *Las infracciones formales como causa de invalidez del Acto Administrativo*. Iustel.
- Garrido Falla, F. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte general* (13ª ed.). Tecnos.
- González Pérez, J. (1977). *Comentario a la ley de Procedimientos Administrativos*. Civitas.
- González Pérez, J. (1999). *Justicia Administrativa. Legislación y Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional*. Civitas.
- Häberle, P. (2018). El constitucionalismo como proyecto científico. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, (29). https://www.ugr.es/~redce/REDCE29/articulos/04_HABERLE.htm
- Linares, J. F. (1989). *Razonabilidad de las leyes* (2ª ed. actualizada). Astrea
- Manili, P. (2003). *El bloque de constitucionalidad*. La Ley.
- Muñoz Machado, S. (2011). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general* (Tomo IV). Iustel.
- Parada, R. (1998). *Derecho Administrativo* (10ª ed.). Marcial Pons.
- Ponce Solé, J. (2001). *Deber de Buena Administración y Derecho al procedimiento debido*. Lex Nova.

- Sagüés, N. P. (2017). *Derecho constitucional* (Tomo 3). Astrea.
- Sammartino, P. M. E. (2025). *Amparo y Administración* (Tomo I). Thomson Reuters.
- Santamaría Pastor, J. A. (1999). *Principios de derecho administrativo* (Vol. II). IUSTEL.
- Sayagués Laso, E. (1953). *Tratado de Derecho Administrativo* (Tomo I). Martín Bianchi Altuna.
- Schmidt Assmann, E. (2008). Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos europeos en el derecho alemán, europeo e internacional. En Schmidt-Assmann, E. y Barnés Vázquez, J. (Coords.), *La transformación del procedimiento administrativo* (pp. 71-112). Global law press-editorial Derecho Global.
- Schmidt Assmann, E. (2003). *El derecho administrativo como sistema*. Marcial Pons.
- Schneider, J. P. (2008). La evolución del procedimiento tipo de la Ley de Procedimiento Administrativo Alemana de 1976: hacia un modelo integral y comprensivo. En Schmidt-Assmann, E. y Barnés Vázquez, J. (Coords.), *La transformación del procedimiento administrativo* (pp. 369-418). Global law press-editorial Derecho Global.

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

El derecho administrativo sancionador en Latinoamérica: estructura y tendencias contemporáneas¹

Administrative Sanctioning Law in Latin America: Structure and Contemporary Trends

Juan Carlos Morón Urbina²

Pontificia Universidad Católica del Perú

Sumario

1. Anotaciones previas.
2. Estrategias de abordaje jurídico de la potestad sancionadora de la Administración pública
3. Coexistencia del derecho administrativo sancionador común y el derecho administrativo sancionador especial o sectorial
4. Los regímenes jurídicos sin codificación del DASC
5. Regímenes con normas sancionadoras comunes y unitarias
6. Temas que conforman el DASC en las codificaciones en Latinoamérica
- 6.1 La delimitación del ámbito material del DASC

-
- 1 El presente es el texto revisado de la conferencia inaugural impartida bajo el nombre “Las bases del derecho administrativo sancionador y su regulación en Latinoamérica” en el Diplomado en Derecho Administrativo Sancionador y Magister en Derecho Administrativo (2025) de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Agradezco al respetado colega Dr. Eduardo Cordero por tan amable invitación.
 - 2 Doctor en Derecho por la Universidad de La Coruña (2020) y maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo, miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA), de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER), de la Red Iberoamericana de Contratación Pública y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA). Profesor de diversos cursos de derecho administrativo a nivel de pregrado y maestrías en las facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad de Piura y en la Universidad de San Martín de Porres. Ejerce profesionalmente en el Estudio Echeopar, firma de la cual es socio.
jcmoronu@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-5297-8639>

- 6.2 Los principios que orientan, regulan y sirven para controlar el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración pública
- 6.3 Límites temporales a la potestad sancionadora
- 6.4 El diseño de un procedimiento administrativo sancionador tipo
- 6.5 Beneficios premiales al infractor
- 6.6 Reglas sobre concursos ideales
- 6.7 Las causales de exención: un tema preocupación de los regímenes sancionadores del sector público
- 7. La interamericanización del derecho administrativo sancionador Latinoamericanos. El rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- 8. Conclusiones

Recibido: 26/02/2026

Aceptado: 17/03/2026

<https://doi.org/10.26422/daec.2026.0100.urb>

Resumen

El presente ensayo presenta la evolución del derecho administrativo sancionador latinoamericano desde su aparición dentro del denominado “poder de policía” hasta su posterior individualización y desarrollo como objetivo de estudio propio. Analiza los modelos existentes en la región de Estados sin derecho administrativo sancionador propiamente dicho, los Estados que solo poseen un derecho administrativo sancionador sectorializado o especial y aquellos que tienen tanto el derecho administrativo sancionador general como el especial. Plantea, además, las principales singularidades existentes en la regulación de los países con un derecho administrativo general y sugiere que los ordenamientos regionales están en proceso de interamericanizarse a partir de la influencia de la labor del Sistema de Derechos Humanos.

Palabras clave: derecho administrativo, derecho administrativo sancionador, sanciones administrativas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, derecho administrativo sancionador general, derecho administrativo sancionador especial.

Abstract

This essay sets forth the evolution of Latin American administrative sanctioning law from its emergence within the so-called police power (*poder de policía*) to its subsequent individualization and development as an autonomous field of legal study. It examines the existing models in the region, distinguishing between States lacking a proper system of administrative sanctioning law, those possessing only a sectoral or special regime of administrative sanctions, and those that have developed both a general and a special framework of administrative sanctioning law. Furthermore, it identifies the principal distinctive features in the regulation of countries that have adopted a general administrative sanctioning regime and suggests that regional legal systems are undergoing a process of inter-Americanization, driven by the influence of the Inter-American Human Rights System.

Key words: administrative law, administrative sanctioning law, administrative sanctions, Inter-American Court of Human Rights.

1. Anotaciones previas

El panorama del derecho administrativo sancionador (en adelante, DAS) en Latinoamérica evidencia una notable expansión y consolidación durante la última década, si bien con niveles asimétricos significativos de evolución entre países. En términos generales, la región ha transitado de un modelo caracterizado por una amplia discrecionalidad administrativa en materia de sanciones a uno más garantista y constitucionalizado, influido tanto por los estándares de derechos humanos como por el derecho comparado europeo.

Es preciso señalar que, si el derecho administrativo se considera una disciplina joven, el DAS lo es aún más. No obstante su desarrollo contemporáneo, es indispensable recordar que, desde los albores del constitucionalismo, ha estado presente la preocupación del derecho público por proscribir el ejercicio arbitrario de la potestad punitiva estatal. No es fortuito que la Carta Magna inglesa (1215) considere esencial que “ningún hombre libre podrá ser multado por una pequeña falta, sino según el grado de la falta”,³ y el Bill of Rights (1689) proclamaba “que no se deben exigir fianzas exageradas, ni imponerse multas excesivas ni aplicarse castigos crueles ni desacostumbrados”.

Hasta época reciente, la doctrina especializada abordaba la temática sancionadora de modo fragmentada por los distintos sectores o materias en los que aparecía la policía administrativa. Así, se abordaban estos contenidos sin mucha profundización ni visión homogénea, disgregados en la policía de seguridad, orden público, de transporte, minería, electricidad, salud, comercio, urbanismo, medioambiental, educación, espectáculos, de la moral, entre otros. Allí se describían las sanciones que se podían aplicar, los derechos que se les conferían a los ciudadanos, los procedimientos a seguir y las exigencias mínimas que se imponían al poder sancionador, entre otros.

Sin embargo, se advirtió que la actividad sancionadora estatal trascendía la esfera de la policía administrativa, manifestándose también en servicios públicos, en el régimen de fomento, en la contratación estatal, etc. Con ello, fue gradualmente abriéndose paso la necesidad de estudiar el fenómeno punitivo de la Administración pública de modo sistémico y especializado, tal como ya sucedía en Europa.

En ese marco, se propone el presente estudio dedicado a describir el estado del derecho administrativo sancionador en Latinoamérica y sus principales líneas de tendencia.

3 “XX. Ningún hombre libre podrá ser multado por una pequeña falta, sino según el grado de la falta; y por un gran crimen, en proporción a la gravedad de él; salvo las cosas que posee juntamente con el fundo que tiene; y si fuere comerciante, salvo su mercadería. Y un villano podrá ser multado de la misma manera, salvo su aparejo de carro, si cayere bajo nuestra clemencia; y ninguna de las dichas multas será adjudicada sino por el juramento de hombres buenos del vecindario (por un jurado)”.

2. Estrategias de abordaje jurídico de la potestad sancionadora de la Administración pública

La regulación de la potestad sancionadora administrativa siempre ha estado presente en el derecho administrativo, al ser una de las expresiones más incisivas de riesgo para los derechos y el patrimonio de los ciudadanos. Lo que diferencia a los Estados han sido las distintas estrategias empleadas para su ordenación. Ninguna es intrínsecamente superior, sino que reflejan la evolución del derecho en esta materia.

Una visión panorámica de las estrategias estatales para regular la potestad sancionadora nos revela tres modelos que no son excluyentes, sino acumulativos entre sí:

- I. Regulación a través de las normas del derecho administrativo general.
- II. Regulación complementaria mediante diversas normas sectoriales que conforman el derecho administrativo sancionador especial (en adelante, DASE).
- III. Regulación mediante un derecho administrativo sancionador c (en adelante, DASC).

El *modelo i*) consistió básicamente en confiar en las normas administrativas vigentes para actos administrativos de gravamen, los procedimientos administrativos de oficio, los recursos administrativos y los principios comunes para toda actividad administrativa. Como se puede apreciar, este es el modelo primigenio de la regulación de la potestad sancionadora, dado que, ciertamente, en la visión de los redactores de los reglamentos o leyes de procedimiento administrativo, siempre tuvieron a la sanción administrativa como un objetivo, aunque no como el único fenómeno objeto de regulación.

Aquí podemos encontrar un abanico de posibilidades normativas. Por un lado, tenemos los ordenamientos que consagran principios como la reserva de ley (por ejemplo, Honduras, Venezuela, Costa Rica), el debido proceso adjetivo (por ejemplo, Argentina, Uruguay, Brasil) y el derecho de defensa (por ejemplo, Costa Rica y Brasil), aplicables a diversos actos administrativos de gravamen y que, por su carácter general, comprenden a las sanciones. Otros ordenamientos consagran reglas específicas sobre la potestad sancionadora, pero sin una visión orgánica ni unitaria, como por ejemplo incluir la exigencia de proporcionalidad, la revisión en cualquier tiempo de las sanciones impuestas y la prohibición de concurrencia de sanciones (por ejemplo, Brasil). En este mismo grupo ubicamos el caso del Decreto 500/991 de Uruguay, que regula conjuntamente el procedimiento administrativo común y el procedimiento disciplinario contra funcionarios públicos de la administración central, por lo que incluye una serie de reglas propias para esta última, como el diseño del procedimiento disciplinario sumario, garantías específicas como la presunción de inocencia, el debido proceso, el derecho a los descargos, la prescripción, el *non bis in idem*, la reserva del procedimiento, etcétera.

En todos estos casos, la regulación posee un déficit importante de especificidad y concreción, toda vez que las mismas normas que rigen la dación de licencias o permisos, la determinación de impuestos, la anulación de subvenciones o la revocación de licencias aplican también para disciplinar el ejercicio de la potestad punitiva.

En términos generales, el principal problema de este modelo es que no se establecen reglas específicas para el ejercicio del poder punitivo de la Administración, no se reconoce la identidad propia del derecho administrativo sancionador y queda afecto a un déficit de garantías. Esto ocurre porque, para regular esta potestad, es necesario un conjunto de principios y reglas garantistas que el derecho administrativo común no las posee o que, aun compartiendo el mismo principio, necesita de precisiones y especificidades propias para limitar eficazmente al poder punitivo. Así, por ejemplo, los principios de legalidad o de razonabilidad poseen contenidos específicos, al tratarse de la potestad sancionadora, distintos a cuando se refiere a otros actos de la Administración.

El *modelo ii)* consistió lógicamente en un paso adicional: establecer normas propias sobre principios sancionadores, procedimientos sancionadores específicos y sanciones administrativas dentro de las materias especiales en donde eran necesarias. Así, las sanciones tributarias aparecían en el Código Tributario, las sanciones ambientales en la Ley General del Ambiente, las mineras en el Código de Minería. Esta estrategia no llegaba a comprender las distintas expresiones de la potestad sancionadora como una unidad, sino más bien era entendida como un complemento de refuerzo para el cumplimiento de las disposiciones sectoriales, como las tributarias, ambientales o mineras. Así, predominaba la especialidad de cada sector, y las multas ambientales, tributarias, mineras eran concebidas como de naturaleza diferente. Como habíamos advertido antes, este modelo no excluye al modelo i), sino que lo complementa, de tal suerte que el marco regulador de las sanciones ambientales queda conformado por la norma especial, pero subordinado también a la norma administrativa general que regula los actos administrativos.

El *modelo iii)* consiste en la regulación adicional por medio de la creación de un derecho administrativo sancionador común (DASC) para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. Esta etapa posterior se sobrepone a la tendencia anterior que priorizaba la especialidad sectorial y, por el contrario, pasa a sustentar que existe un núcleo común de principios, procedimientos y sanciones administrativas que merece unificarse y regularse comúnmente, dejando un mínimo de aspectos para diferenciarse debido a la especialidad de la materia. El DASC comúnmente aparece como una sección, apartado o capítulo en las leyes de procedimientos o de la administración pública de los Estados, no habiendo llegado a consolidarse en la región una ley única e independiente para la potestad sancionadora.

3. Coexistencia del derecho administrativo sancionador común y el derecho administrativo sancionador especial o sectorial

Contemporáneamente, dentro del DAS debemos reconocer y diferenciar sus dos componentes: el DASC y el DASE.

Por un lado, tenemos el conjunto de principios, normas y garantías generales que regulan el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración pública, aplicables de manera transversal a todas las entidades administrativas cuando imponen castigos a personas naturales o jurídicas por la comisión de infracciones administrativas. El DASC es “común” porque no aplica solo a un sector específico, sino que establece reglas generales aplicables a todo el sistema sancionador administrativo de un Estado (involucrando los ámbitos ambiental, tributario, municipal, de competencia, transporte, servicios públicos, fomento, educativo, etc.), como sucede en Colombia, Ecuador, Perú e incluso en los Estados federales, en relación con los entes federados (por ejemplo, México).

Por su lado, el DASE es el conjunto de normas y reglas específicas que regulan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración pública en determinados ámbitos materiales de intervención estatal, reconociendo las particularidades, características y finalidades regulatorias de cada sector. A diferencia del DASC, que contiene principios generales aplicables a toda la actividad sancionadora del Estado, el DASE se caracteriza por regular ámbitos específicos de actividad administrativa cuya regulación se justifica en la necesidad objetiva de contar con normas propias e incluso, en algunos casos, distintas de las vigentes en el régimen general. La diferencia principal es que el derecho administrativo sancionador común regula las infracciones y sanciones de carácter general aplicables a toda la administración pública, mientras que el derecho administrativo sancionador especial se aplica en sectores específicos (como el tributario, el ambiental, el de competencia, etc.) con reglas y procedimientos propios adaptados a cada ámbito.

¿Cuáles son las materias propias del DASE? La tipificación de las conductas ilícitas atendiendo a las particularidades de las materias, la graduación de las infracciones (distinguiendo entre muy graves, graves, leves), la asignación de los sanciones aplicables para cada infracción, la distribución de competencias entre las entidades u órganos para realizar las investigaciones preventivas y la sustanciación del procedimiento sancionador, algunas especificidades técnicas dentro del procedimiento sancionador diseñado como general (por ejemplo, medios probatorios), las autorizaciones para el empleo de medidas complementarias permitidas (correctivas, de seguridad, preventivas, etc.), la incorporación de algún principio propio de la materia que tenga influencia sobre la materia sancionadora (por ejemplo, el principio precautorio en lo ambiental).

La existencia de regímenes sectoriales solo se justifica cuando las característi-

cas del ámbito regulado hacen insuficiente la aplicación de las reglas generales del DASC. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando el sector presenta altos niveles de complejidad técnica, riesgos significativos para bienes jurídicos colectivos o la necesidad de respuestas administrativas particularmente rápidas. Así, contamos con el derecho administrativo sancionador ambiental, el derecho administrativo sancionador tributario, el derecho administrativo sancionador de competencia económica y el derecho administrativo sancionador municipal.

En la mayoría de los ordenamientos, el DASC cumple además una función supletoria respecto del DASE, de modo que los vacíos de los regímenes sectoriales se integran mediante los principios y reglas del régimen general.

La clave de la relación entre ambas es que conserven una relación de complementariedad, porque el DASE no sustituye al DASC, sino que lo complementa, ya que ambos comparten principios y valores constitucionales, así como responden a la idea de garantizar los derechos de los ciudadanos frente al ejercicio arbitrario de la administración.⁴ No obstante, la proliferación de regímenes sancionadores sectoriales también puede generar riesgos de fragmentación del sistema sancionador administrativo, produciendo divergencias injustificadas en materia de garantías, tipificación de infracciones o criterios de graduación de sanciones.

No obstante, la experiencia indica que entre ambas partes del derecho administrativo sancionador se presentan algunas dinámicas o tensiones particulares. En este contexto, surge una cuestión central: ¿hasta qué punto puede un régimen especial apartarse de los principios generales sin vulnerar garantías? Como explica el maestro Nieto (2005), existe una problemática unidad en el derecho administrativo sancionador, entre otros, por la disgregación imparable proveniente de los sectores con aspiración a mayores niveles de autonomía (sea porque la tuvieron antes o por su preponderancia pública). Así, este autor da testimonio respecto a la realidad española, que es igualmente predicable para Latinoamérica:

Este proceso dislocador se corona y potencia exponencialmente con una nueva fractura de orden material (...). Porque es el caso que, dentro de cada uno de los ordenamientos territoriales, las normas se diversifican por materias estable-

4 Por ejemplo, el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General expresa al respecto:

“Artículo 247.- Ámbito de aplicación de este capítulo

“247.2. Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales, incluyendo los tributarios, los que deben observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 248, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador.

Los procedimientos especiales no pueden imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo”.

ciéndose regulaciones tan distantes como las que van desde el medio ambiente, a los transportes de viajeros, desde la venta de fármacos al urbanismo. Con la advertencia de que cada una de estas regulaciones no se limita a describir unos tipos propios (lo que parece lógico aceptando para lo demás el régimen general común, sino que casi todas aspiran a crear un ordenamiento completo, y a ser posible autónomo, que nada deja escapar: las condiciones de autoría y culpabilidad, la responsabilidad, la prescripción y, por supuesto, el procedimiento. (Nieto, 2005, p. 187)

La primera dinámica es la tensión entre unidad y especialidad, en la que el DASC busca uniformidad en principios y procedimientos para toda la administración, mientras que el DASE introduce reglas particulares adaptadas a sectores específicos en atención a sus particularidades (por ejemplo, plazos distintos o más breves para impugnar una sanción). Así, la tensión consiste en definir si debe primar la homogeneidad del sistema o la flexibilidad sectorial.

La segunda se refiere a los principios comunes vs. autonomía normativa. Mientras que el DASC establece principios generales (legalidad, tipicidad, proporcionalidad), el DASE aspira a modularlos o incluso sustituirlos según las necesidades del sector (por ejemplo, en el ámbito tributario, con presunciones en contra del contribuyente, debilitando la presunción de inocencia).

La tercera se refiere a la tensión entre las garantías del administrado vs. determinados intereses o valores estatales (no necesariamente públicos). Por lo general, el DASC protege al ciudadano con procedimientos, derechos y principio garantistas, mientras que el DASE, impulsado con frecuencia por las propias autoridades locales, suelen priorizar valores institucionales o estatocéntricas, como la eficacia, rapidez, recaudación, lucha contra conductas ilegales (por ejemplo, sanciones ambientales inmediatas para evitar daños irreversibles, mecanismos que dificulten la impugnación de las sanciones o el acceso a la revisión judicial, condicionar el recurso o el acceso a la justicia a tener que garantizar o pagar la deuda). En este contexto, el control judicial adquiere una función decisiva para garantizar que las particularidades sectoriales no se traduzcan en una erosión injustificada de los principios generales del derecho sancionador administrativo.

Finalmente, una relación particular que se da entre ambos es que el DASE tiene como función servir de fuente para la incorporación de algunas de sus reglas en el DASC, vía su generalización hacia todo el resto de la administración sancionadora. En el DASE aparecen figuras, reglas e instituciones singulares que se evalúan, demuestran su utilidad y posteriormente se extienden a las demás entidades por considerarlas útiles y convenientes.

Esos ámbitos especiales en los que se desarrolla el DASE constituyen espacios relevantes para actualizar y configurar el DASC. Por ejemplo, en Perú, el ámbito de

los regímenes sancionadores de los organismos reguladores ha servido para el desarrollo de reglas como los beneficios premiales, criterios de graduación de sanciones, causales de eximencia y el procedimiento sancionador, entre otras, que luego han sido acogidas por el DASC.⁵

En consecuencia, la coexistencia del DASC y el DASE no debe entenderse como una relación de competencia, sino como una estructura de articulación normativa en la que los regímenes sectoriales desarrollan respuestas regulatorias específicas sin perder de vista el marco garantista común del sistema sancionador administrativo.

4. Los regímenes jurídicos sin codificación del DASC

En Latinoamérica, existe un grupo de países que no cuenta con regímenes jurídicos que hayan codificado positivamente su DASC. Es el caso de aquellos con un alto y clásico desarrollo del derecho administrativo común, como Argentina, Chile, Venezuela, Uruguay, Brasil.⁶ Ello no significa que en estos países no exista, a nivel doctrinario o jurisprudencial, conciencia acerca de la necesidad de contar con DASC y hasta acaso cierto consenso sobre su contenido, sino que, al no contar con su positivización propia, es mayor la labor de la doctrina y la jurisprudencia, como fuentes jurídicas indirectas, para sustentarlo, deslindarlo de otras disciplinas y crear reglas propias, entre otros.⁷

5 En Chile, se afirma que los ámbitos sancionadores especiales —como sanitario, tributario, educativo, mercados financieros— han servido para ir configurando diversos elementos para una teoría general de las sanciones, pese a que aún no se consagra una ley común para esta potestad (Cordero Vega, 2020).

6 Brasil carece de normas que regulen la potestad sancionadora de manera general a nivel federal, pero sí existen normas que lo hacen a nivel estatal. Es el caso de la Ley 10177, del 30 de diciembre de 1998, que regula el proceso administrativo dentro de la Administración pública del estado de San Pablo, que contiene el CAPÍTULO III Procedimientos en Especie, dentro del cual está la Sección III del Procedimiento de Sanción (arts. 67-69). Lo propio sucede con la Ley 12209 de 20/04/2011, que establece el proceso administrativo, dentro del ámbito de la Administración directa y las entidades de la Administración indirecta, regidas por el derecho público del estado de Bahía y otras disposiciones. Dicha norma regula el Proceso de Sanción (arts. 101-124).

7 Lo comprobamos cuando apreciamos que en estos países se han desarrollado muy importantes trabajos de investigación sobre la materia que son referentes en la disciplina pese a la ausencia de una fuente directa legal.

En Chile, por ejemplo, destacamos el colectivo Arancibia Mattar y (2014), Cordero Quinzacara (2014) y la profesora Gómez González (2021). En Venezuela resaltamos a Chiossone (1973) y a Peña Solís (2005). En Brasil, a Medina Osório (2015). En Argentina contamos con los trabajos pioneros de Fiorini (1957) y de Cassagne (1994), en el que se aborda la temática sancionadora de manera unitaria como parte del poder de policía, y el de Majlar (2004, pp. 90-91). Luego tenemos importantes trabajos de los profesores Juan Carlos Cassagne, Agustín Gordillo, Miriam Ivanega y Héctor Mairal. Y, por último, la publicación reciente que aborda el tema específicamente de Gusman (2022). En Uruguay contamos con el pionero ensayo “Las sanciones administrativas” publicado por Aparicio

Estos regímenes están caracterizados por tres notas esenciales:

- La carencia de normas jurídicas positivas que disciplinen transversalmente las distintas manifestaciones de la potestad sancionadora de la Administración pública, aunque pueda haber cierto consenso académico y/o jurisprudencial sobre las reglas y principios que lo conforman. Como bien afirma Cordero (2014),

en definitiva, la ausencia de una ley que establezca los principios y normas generales a los cuales deben someterse los procedimientos sancionadores, no implica que se carezca de un procedimiento administrativo sancionador común con principios y normas que se han establecido a partir de las normas constitucionales y legales junto a la jurisprudencia constitucional, judicial y administrativa. (p. 293)

- La regulación positiva queda fundamentalmente sujeta a la aplicación supletoria de normas generales previstas para los procedimientos y actos administrativos.
- El derecho positivo sancionador radica en la regulación de principios, procedimientos, plazos, recursos, medios de prueba, tipos de sanciones sectoriales, creando especies particulares según cada materia (servicios públicos, migración, aguas, medicamentos, competencia, patentes, etc.) a las cuales la doctrina denomina “sectores de referencia”.

Como se puede apreciar en este modelo, los regímenes sancionadores suelen ser diversos en sus principios, en la estructura del procedimiento sancionador, en los plazos, en los medios probatorios, en los recursos aplicables, etc., por lo que el derecho positivo sancionador se desarrolla mayormente en normas reglamentarias, y solo un número reducido de reglas se encuentran en leyes, lo cual puede atenuar la sujeción de la Administración pública al principio de legalidad, porque deja mayores márgenes de discrecionalidad para la administración y reduce la existencia de los límites normativos claros.

La ausencia de una identidad propia a nivel normativo del DASC hace que sus contornos sean imprecisos y poco reconocibles en su aplicación, por lo que para la doctrina resulta una labor cotidiana estudiar y proponer los límites con el derecho penal y con otras subespecies dentro del derecho administrativo sancionador. De este modo, la doctrina dedica tiempo para diferenciar las reglas del derecho penal y de los matices con los que estos trasladan al DASC la infracción administrativa respecto del delito, la sanción administrativa respecto de la pena y los principios aplicables a uno y otro. Con el mismo propósito, la doctrina y la jurisprudencia tam-

Méndez (1940) y el libro de Lorenzo (1996). Con posterioridad, encontramos referentes importantes en Carlos Delpiazzo, Juan Pablo Cajarville Peluffo, Augusto Duran, Graciela Ruocco, Miguel Pezzutti, Mariella Saettone Montero, Cristina Vázquez y Adrián A. Gutiérrez.

bién se abocan a analizar lo común y lo distinto entre el DASC y las reglas aplicables a la Administración pública como empleador de sus agentes, en lo que se denomina “derecho administrativo disciplinario”.

En ese estado de cosas, la doctrina y la jurisprudencia son las llamadas a desarrollar lo común de la potestad sancionadora y a definir sus límites a partir de principios generales o derechos fundamentales (por ejemplo, debido proceso, legalidad, interdicción de la arbitrariedad) reconocidos en la constitución o en tratados internacionales e incluso a importarlos desde el derecho penal a través de la analogía o de la regla de la traslación con matices al derecho administrativo (para otros principios como tipicidad, culpabilidad, etc.). En esta labor pretoriana, cumplen una labor sobresaliente y primaria las cortes constitucionales y las cortes supremas, cuyas decisiones son citadas con frecuencia, a falta de una norma legal expresa.

En estos sistemas pueden apreciarse como aspectos positivos su flexibilidad normativa en los sectores, el respeto a la especialidad, la mayor inmediatez de la respuesta sancionadora y su adaptación a la realidad. Por la flexibilidad normativa, cada sector puede diseñar su propio régimen sancionador adaptado a sus necesidades específicas (por ejemplo, tránsito, medioambiente, telecomunicaciones). Por el resguardo de la especialización, las autoridades sectoriales cuentan con reglas hechas a la medida de los problemas que enfrentan, lo que permite sanciones más eficaces y ajustadas a la realidad de cada ámbito, ya que, al no depender de un procedimiento único y rígido, se pueden establecer procedimientos sumarios o simplificados en sectores donde la urgencia es clave. Finalmente, por la adaptación dinámica, resulta más sencillo modificar normas sectoriales frente a cambios tecnológicos o sociales, sin necesidad de reformar un código general.

Por el contrario, estos modelos poseen como principal desventaja la inseguridad jurídica, porque cada sector aplica reglas distintas, no siempre de corte garantista, sino con riesgo de arbitrariedad, ya que la ausencia de principios comunes claros abre la posibilidad a un ánimo punitivo en afectación a los derechos fundamentales. Además, es frecuente que en este ámbito las materias estén reguladas mayormente por normas sublegales emitidas o propuestas por las propias autoridades sancionadoras y con escasas leyes formales, que suelen ser de corte habilitadoras del poder punitivo. Todo lo cual ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

5. Regímenes con normas sancionadoras comunes y unitarias

Bajo la influencia del modelo español,⁸ un grupo considerable de países latinoamericanos han desarrollado una codificación legal de las reglas del DASC.⁹ Este proceso ha permitido positivizar normas largamente reclamadas por la doctrina y la jurisprudencia en Ecuador, Perú, Bolivia, Colombia, México, Cuba, El Salvador, Paraguay, y República Dominicana.¹⁰

En estos regímenes, las normas comunes abarcan principios, garantías, procedimiento tipo, así como reglas conexas que estructuran el DASC. Generalmente, el legislador integra estas disposiciones en secciones exclusivas dentro de los cuerpos normativos más amplios de la Administración pública (ley de procedimiento, código de la administración, etc.), pues no existe en la región ningún país que cuente con una ley propia para el derecho administrativo sancionador como se plantea en otros países (Cano Campos, 2024). La finalidad de este marco común es disciplinar el ejercicio y control bajo una visión garantista; no obstante, su mayor valor reside en la institucionalización de la potestad sancionadora como un fenómeno autónomo y diferenciado de la potestad penal a cargo del Poder Judicial.

Tras la entrada en vigor de estos regímenes, la validez de las normas sectoriales

8 Esa influencia se origina en la consagración constitucional de la potestad sancionadora en la Constitución Española de 1978 y en su posterior desarrollo en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Este marco creó un régimen sancionador uniforme en cuanto a principios y reglas, complementado con el RD No. 1398/1993, que fijó un procedimiento común para todas las administraciones.

9 Es preciso distinguir entre la codificación del procedimiento administrativo general y la regulación específica de la potestad sancionadora. Países como Panamá, Brasil, Honduras y Costa Rica, a pesar de contar con codificaciones procesales destacadas, mantienen solo un derecho administrativo sancionador fundamentalmente sectorial o especial.

10 Si bien el derecho administrativo sancionador en Latinoamérica se adscribe a la tradición continental europea —especialmente la española—, resulta evidente una creciente influencia del modelo anglosajón en ciertos aspectos institucionales y procedimentales. Durante los últimos años, hemos presenciado una importante y progresiva influencia del derecho anglosajón en materia administrativa sancionadora. Primero fue apareciendo en las normas de los órganos reguladores de servicios públicos y de agencias gubernamentales de competencia. En ese proceso, dichas entidades desarrollaron una visión sancionadora con peculiaridades anglosajonas, incorporando la visión económica y el sentido utilitario de ese derecho. Luego, algunas de estas manifestaciones de la influencia han transitado del DASE hacia el DASC, que las acoge armonizándolas con el régimen originario. Dicha influencia se aprecia particularmente en el diseño de mecanismos de *enforcement*, en la incorporación de estrategias de cumplimiento empresarial (*compliance*), en que las sanciones administrativas se conciben no solo como castigos, sino también como instrumentos de incentivación negativa y, a su vez, promoviendo la obediencia y la cooperación voluntaria por parte de los administrados mediante otros incentivos positivos, el efecto disuasivo de las sanciones, el análisis económico para las sanciones (por ejemplo, metodologías de multas), el enfoque responsivo, la idea de la teoría de las sanciones óptimas, los criterios relevantes para graduar la cuantía de la sanción como la probabilidad de detección, el ingreso generado por la actividad, el daño generado, etc., la incorporación de beneficios premiales a los infractores que corrigen o enmiendan, entre otros.

queda supeditada a su encuadre dentro del esquema común. Asimismo, la jurisprudencia, en su rol de fuente indirecta, se asienta sobre esta regulación general para interpretarla, explicarla, desarrollarla y asegurar su correcta aplicación.

Los beneficios de contar con una codificación de las reglas del DASC radican en la certeza que otorga seguridad jurídica, uniformización de criterios para todas las entidades, garantismo, coherencia, soporte a la tarea judicial y la coercibilidad que poseen las normas positivas por sobre la doctrina y la jurisprudencia.

Por esta codificación se gana en seguridad jurídica, porque los ciudadanos y las autoridades tienen una aproximación y comprensión mayor a las reglas, principios, fases aplicables, evitando contradicciones entre normas sectoriales. Se homogenizan principios, con lo que se garantiza el respeto transversal a criterios básicos como legalidad, tipicidad, proporcionalidad, prescripción, *non bis in idem*, etc. La tendencia al garantismo es innegable porque, al existir un marco común, se refuerzan las garantías del debido proceso y se reduce el riesgo de arbitrariedad. Las entidades se muestran más coherentes entre sí, ya que las distintas oficinas administrativas aplican procedimientos homogéneos, lo que facilita la coordinación y reduce conflictos de competencias. Finalmente, los tribunales cuentan con un marco más claro para revisar sanciones administrativas, lo que disminuye la litigiosidad y agiliza la resolución de casos.

En suma, ganamos en estabilidad normativa, dado que una codificación general evita que cada sector tenga que reinventar reglas básicas o ceda a la tendencia de la especialidad, permitiendo que las normas sectoriales se concentren en aspectos técnicos específicos.

Pese a sus beneficios, la codificación del DASC no debe exceder al conjunto de normas necesarias y razonables que sean necesarias para dar uniformidad. Una regulación exhaustiva podría inmovilizar a la especialidad. Si se llegara al detalle de regular el contenido exhaustivo de los medios probatorios aplicables en los distintos procedimientos sancionadores, dificultaría la labor en algunos sectores que aplican medios probatorios muy tecnológicos. Por eso, la uniformidad normativa que produce la codificación debe ser razonable para no producir un desajuste sectorial, ya que las reglas generales pueden no captar las particularidades técnicas de ciertos sectores, generando vacíos o soluciones poco prácticas.

6. Temas que conforman el DASC en las codificaciones en Latinoamérica

Como se ha manifestado, el DASC ha experimentado un proceso de positivización progresiva en Latinoamérica. Este fenómeno se manifiesta en las siguientes codificaciones, enumeradas en orden cronológico: México (1994),¹¹ Perú (2001),¹² Bolivia

11 Ley Federal de Procedimiento Administrativo, arts. 70 y ss.

12 Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley 27444 (Texto único ordenado), artículos 247 y ss.

(2002),¹³ Colombia (2012),¹⁴ República Dominicana (2013),¹⁵ Ecuador (2018),¹⁶ El Salvador (2019),¹⁷ Paraguay (2021)¹⁸ y Cuba (2024).¹⁹

Las normas de estos Estados regulan los aspectos comunes y generales aplicables a la potestad sancionadora de la Administración pública cualquiera sea la materia o el sector en el que se ejerza. El DASC tiene un propósito dual muy relevante. En principio, perfeccionar el carácter sublegal de la capacidad normativa de la Administración. Al establecer un marco de rango legal, se confina a las entidades sancionadoras a su rol de aplicadores de esas normas legales mediante actos administrativos, delimitando de mejor manera el espacio jurídico que le queda de discrecionalidad reglamentaria a la misma autoridad. Lo que está regulado en la ley (salvo alguna habilitación que esta misma norma contenga) no podrá ser transgredido por la autoridad. Por otro lado, el DASC establece los límites a la normativa sancionadora sectorial porque ésta no podrá transgredir ese mínimo común de temas que la codificación impone. Así, por ejemplo, los principios, procedimientos y demás reglas comunes no podrán ser normados de modo diverso por las normas sancionadoras especiales. La única excepción será —por criterio de temporalidad normativa— que la propia ley lo autorice u otra ley posterior regule de manera distinta el ámbito sectorial.

A continuación, exponemos las tendencias de temas y su regulación, que surgen de un análisis comparativo entre las normas de los países antes señalados que conforman el DASC.

Una revisión conjunta de estas normas muestra que existe la tendencia en la región de incluir en el derecho administrativo sancionador común los diez temas esenciales de la materia:

- Delimitación del ámbito material: definición de los supuestos y autoridades alcanzados por la norma común.
- Principios uniformes: consagración de las bases sustantivas para el ejercicio de la potestad punitiva.
- Procedimiento administrativo sancionador tipo: diseño de una estructura adjetiva estándar (fases de instrucción y sanción).
- Límites temporales: regulación de la prescripción de la infracción y de la sanción, así como de la caducidad y los plazos máximos de tramitación.

13 Ley 234, Ley de Procedimiento Administrativo, promulgada el 23 de abril de 2002, arts. 71 y ss.

14 Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con vigencia desde el 2 de julio de 2012, arts. 47 y ss.

15 Ley 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, arts. 35 y ss.

16 Código Orgánico Administrativo (COA), en vigor desde el 7 de julio de 2018, art. 244.

17 Decreto 856 de Procedimientos Administrativos de 2019, art. 139.

18 Ley 6715 de Procedimientos Administrativos, del 29 de septiembre de 2021, arts. 70 y ss.

19 Ley 169/2024 de Procedimiento Administrativo, art. 230.

- Beneficios premiales: mecanismos de incentivo para el infractor (v. gr., reducción de multas por pronto pago o reconocimiento de responsabilidad).
- Concurso de infracciones: reglas para resolver la pluralidad de ilícitos o de normas aplicables (concurso ideal).
- Exenciones de responsabilidad: determinación de las causales que excluyen la culpabilidad o la antijuridicidad de la conducta.

6.1 La delimitación del ámbito material del DASC

En primer término, las legislaciones contemporáneas reafirman la identidad sustantiva del derecho administrativo sancionador, desvinculándolo de cualquier asimilación automática con los principios, las reglas y las instituciones del derecho penal. Tradicionalmente, la doctrina y las jurisprudencias mantuvieron intentos ingeniosos de crear una tercera vía bajo diversos nombres. Se hablaba de la existencia de un “derecho penal administrativo”,²⁰ de un “derecho administrativo penal”, de un subsistema sancionador punitivo administrativo ubicado en el derecho penal —o compartido entre este y el derecho administrativo— y muchos debates sobre si para su ejercicio deberían seguirse los principios básicos del derecho penal (Román Cordero, 2020, p. 158). La codificación actual resuelve esta dicotomía al reconocer al DASC como una rama autónoma. Si bien ambas esferas comparten la matriz del *ius puniendi* único del Estado, el DASC se rige por principios propios que se aplican con matices específicos adaptados a la naturaleza de la infracción administrativa.

A la vez, estos ordenamientos determinan el alcance del DASC frente a otros fenómenos punitivos a cargo de la Administración pública sobre colectivos distintos. Es lo que encontramos en los ordenamientos de Perú (art. 247), Colombia (art. 47) y Cuba (art. 370), que distinguen al DASC del ejercicio de otras potestades de la Administración, como la disciplinaria sobre el personal a su servicio y el contractual público.

Así, el ámbito del DASC y el DASE queda reservado únicamente para aquellos casos en los que la Administración pública ejerce su potestad sobre personas naturales y jurídicas en ejercicio de sus libertades y derechos, pues se trata de respaldar el cumplimiento de deberes legales que les impone la ley. Cuando se trata del ejercicio del poder punitivo público sobre personas naturales o jurídicas que tienen vínculos contractuales previos e internos con la propia Administración, estaremos frente al derecho disciplinario o al derecho de contrataciones estatales regulados por sus propias normas. Particularmente, es relevante insistir en la distinción frente a las sanciones disciplinarias (cualquier sea la carrera en la que se encuentren) porque

20 Cfr. Goldschmidt (2010) y el clásico texto de Aftalión (1955).

en ellas los sujetos pasivos actúan bajo relaciones de sujeción especial, con base en vínculo interno, jerárquico o prestacional, por lo que se trata de sanciones de auto-protección que buscan garantizar su propia eficiencia operativa y el cumplimiento de fines institucionales específicos.

6.2 Los principios que orientan, regulan y sirven para controlar el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración pública

Con el objeto de identificar cuáles son los valores fundamentales que, a título de principios, deben ser comúnmente respetados por el legislador al normar la potestad sancionadora y por las entidades administrativas al momento de aplicarla concretamente sobre los administrados, son aislados aquellos que son considerados estrictamente indispensables para racionalizar su ejercicio, pero sin imposibilitar su emprendimiento, en resguardo del interés público que titulariza la Administración. Todos ellos cumplen, con respecto a la potestad sancionadora, una triple función: la fundante (preceder a la existencia de las reglas mismas de la potestad sancionadora), la interpretativa (servir de criterio hermenéutico para absolver cualquier duda sobre el sentido y alcance de las reglas de la potestad sancionadora) y la integradora (servir de fuente de integración para las lagunas jurídicas que puedan identificarse en la aplicación de las normas sancionadoras).

6.2.1 Principio de legalidad o reserva de ley de la asignación de competencia sancionadora y de las sanciones posibles

Por este principio, únicamente una norma con rango de ley puede atribuirle a alguna entidad tanto la potestad sancionadora como habilitar las sanciones aplicables al infractor, sin que entre ellas pueda permitir, de manera directa o indirecta, la privación de libertad. Como se puede apreciar, nos encontramos frente a una regla de reserva de competencia para dos aspectos de la potestad sancionadora: para la atribución de la competencia sancionadora a una entidad pública y para la identificación del gravamen con el que pueden ser afectados los infractores. Conforme a ella, ambos aspectos de la materia sancionadora solo pueden ser abordados mediante “normas con rango de ley”, como pueden serlo una ley formal, una ley orgánica, un decreto legislativo o un decreto ley. Es como se establece en Perú (art. 248), México (art. 70), Colombia (art. 3), El Salvador (art. 139.1), Paraguay (arts. 70, 71 y 72) y República Dominicana (arts. 35 y 38).

No obstante, se aprecia que, en algunos países, debilitando el principio, los legisladores admiten cierto matiz en la medida que emplea como fórmula jurídica que el

principio es cumplido cuando se apruebe “norma expresa” y no solo leyes formales o materiales, admitiendo que los reglamentos pueden participar en la conformación de la competencia sancionadora o de la sanción (Bolivia, art. 72; Paraguay, art. 71; Cuba, art. 382.1).

6.2.2 Principio de debido procedimiento administrativo

Como primer punto, la incorporación del principio tiene por efecto rechazar la posibilidad que se produzcan sanciones *inaudita pars* (sanción de plano) sin haber seguido un procedimiento previo donde participe el administrado concernido, o que se emplee el procedimiento específicamente diseñado para su producción válida, esto es, el procedimiento sancionador. Vale decir que tanto las sanciones de plano como las sanciones producidas al interior de un procedimiento distinto al sancionador (por ejemplo, un procedimiento inspectivo o trilateral) estarán impedidas por este principio. Con ello se reconoce la formalización garantista que este procedimiento le otorga conscientemente al administrado y se rechaza la tesis por la que la recurrencia al acto de sanción es el inicio del procedimiento administrativo.

Ahora bien, la aplicación del principio no se agota con este efecto, sino que se proyecta al necesario y escrupuloso cumplimiento de las garantías que al interior del procedimiento sancionador se han diseñado específicamente para proteger al administrado de cualquier arbitrariedad. La incorporación de debido proceso al procedimiento sancionador conlleva asumir el más amplio sistema de garantías inherentes a la dignidad de las personas, en orden a obtener decisiones justas. Se trata de un principio marco del cual se derivan muchos más, tal como sucede con el debido proceso en el ámbito jurisdiccional.

El mencionado principio ha sido acogido expresamente por el derecho positivo en materia sancionadora (Perú, art. 248; Bolivia, art. 76; Ecuador, art. 248.2), aunque, de ordinario, consideramos que no es indispensable incluirlo en la materia sancionadora porque suele estar reconocido como un principio aplicable a todo procedimiento administrativo, lo cual incluye a los sancionadores (por ejemplo, Perú). Es importante recordar que una de las más flagrantes violaciones de este principio son las sanciones de plano o sin procedimiento. Para ello, por ejemplo, el ordenamiento cubano contempla expresamente que “son nulas las sanciones que se impongan sin que se haya tramitado el correspondiente procedimiento” (Cuba, art. 382.1).

En algunos modelos, la técnica legislativa se ha inclinado por establecer directamente derechos específicos del infractor en el procedimiento, sin aludir al principio amplio del debido procedimiento. Así, se establece:

En el procedimiento sancionatorio, además de los derechos reconocidos en otras disposiciones de esta Ley, el presunto infractor tendrá los siguientes derechos: A ser informado de los términos de la imputación, incluyendo los hechos que se le atribuyen, las infracciones que tales hechos puedan constituir y las sanciones que, en su caso, se le pudieran imponer; así como de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia; A formular alegaciones, presentar prueba de descargo y utilizar todos los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico, que resulten procedentes; y, a no declarar contra sí mismo. (El Salvador, art. 140)

De modo similar se establecen como elenco de derechos: a) recibir la comunicación de su imputación en forma previa y detallada, así como disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en libre comunicación; b) ofrecer, practicar, controlar e impugnar pruebas; c) acceder, por sí o por intermedio de su defensor, a las actuaciones del procedimiento, las cuales en ningún caso podrán ser secretas para él; d) a abstenerse de declarar o a no declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o contra la persona con quien está unida ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad inclusive; y e) a que no se le opongan pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas (Paraguay, art. 73).

Un poco más parco es el ordenamiento cubano, para el que las personas tienen derecho a “que se les presuma inocentes hasta tanto se dicte resolución firme en su contra, a no declarar contra sí mismas; y a ser informadas sobre la imputación en su contra” (art. 382.1).

6.2.3 Principio de razonabilidad y/o proporcionalidad y criterios de gradualidad para elegir la sanción aplicable

La relevancia del principio de razonabilidad para el derecho administrativo nacional por la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad hace indispensable que se encuentre presente en la base del DASC. Implica que la facultad sancionadora se ejerce dentro de los límites de la facultad atribuida, se mantenga en proporción entre los medios a ampliar (el contenido del acto sancionador) y los fines públicos que deba tutelar y que la medida responda a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido para no producir el vicio del exceso de punición. En este sentido, la administración no cuenta con plena discrecionalidad para elegir la medida sancionadora entre el elenco que le puede habilitar la normativa, sino que debe elegir aquella que mantenga de mejor manera la proporción con la finalidad pública que persigue la medida (desalentar la comisión del ilícito administrativo) y que la conculcación

del derecho del administrado sea en lo estrictamente necesario para satisfacer el interés público perseguido.

La normativa de la región no es ajena a ello y consagra expresamente que, en la imposición de sanciones, se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de infracción y la sanción aplicada y prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas (Perú, art. 248; Bolivia, art. 75; El Salvador, art. 139; Paraguay, art. 74; República Dominicana, art. 38).

Para observar dicho principio, los ordenamientos se dedican también a señalar los criterios de graduación de la sanción (componente de la razonabilidad, atenuantes y agravantes). En Perú, los criterios de graduación aprobados son: el beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción, la probabilidad de detección de la infracción, la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, el perjuicio económico causado, la reincidencia, las circunstancias de la comisión de la infracción; y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor (art. 248.3).

En el caso mexicano, se consideran como criterios de graduación la reincidencia, los daños que se hubieran producido o puedan producirse; el carácter intencional o no de la acción u omisión constitutiva de la infracción, la gravedad de la infracción; y la reincidencia del infractor (art. 73).

En Colombia, los criterios para graduar la sanción uniformes son: el daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados, el beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero, la reincidencia en la comisión de la infracción, la resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión, la utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos, el grado de prudencia y diligencia con la que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes, la renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente, el reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas (art. 50).

En Paraguay, son criterios de proporcionalidad: la existencia de un daño y su dimensión, la naturaleza de la infracción en función de su materialidad o gravedad; el reconocimiento oportuno de los hechos que hayan configurado la infracción, la subsanación de la infracción por iniciativa propia sin previo requerimiento de la Administración; y la reincidencia o conducta anterior, atendiendo a las sanciones que le hubieran sido impuestas durante los últimos cinco años (art. 74).

En República Dominicana son: la existencia de intencionalidad o reiteración, la naturaleza de los perjuicios causados y la reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme (art. 38).

6.2.4 Principio de tipicidad de lo ilícito

La doctrina reconoce que este principio exige el cumplimiento de tres aspectos concurrentes: i) la reserva de ley para la descripción de aquellas conductas pasibles de sanción por la administración; ii) la exigencia de certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de la conducta sancionable constitutiva de infracción administrativa; iii) la interdicción de la analogía y la interpretación extensiva en la aplicación de los supuestos descritos como ilícitos.

Por el primer elemento, la norma establece la garantía formal de la reserva en favor de las normas con rango de ley para que sean las únicas que puedan calificar conductas sancionables administrativamente, de tal suerte que se impida que tal función sea ocupada por normas reglamentarias provenientes de la propia Administración pública. Por el segundo, la norma tipificadora debe describir específica y taxativamente todos los elementos de la conducta sancionable, reduciendo la vaguedad del enunciado, de modo que tanto el administrado común como la Administración prevean con suficiente grado de certeza (*lex certa*) lo que constituye el ilícito.

El principio es recogido en los ordenamientos de la región, para los que solo constituyen conductas sancionables las infracciones previstas expresamente de manera clara, precisa e inequívoca en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, con la finalidad de su correcta y adecuada identificación, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente ni alterar la naturaleza o límites fijados por la ley (Perú, art. 248; El Salvador, art. 139.2; República Dominicana, art. 36). Existe también regulación excepcional en el sentido de que permite la tipificación reglamentaria propia si está habilitada por ley previa y expresa (Bolivia, art. 73; Perú, art. 248) y, en algunos casos, la exigencia de tipificación se cumple si la acción u omisión constitutiva de infracción es descrita expresamente en “leyes y disposiciones reglamentarias”, flexibilizando la exigencia (Paraguay, art. 72).

Algunos regímenes desean darle un énfasis mayor a uno de los elementos del principio y disponen que las leyes de tipificación “no son susceptibles de aplicación analógica, tampoco de interpretación extensiva” (Ecuador, art. 29) o que “se prohíbe la aplicación de la analogía para crear contravenciones infracciones o sanciones administrativas que no están tipificadas en las disposiciones normativas vigentes” (Cuba, art. 382.1).

Es curioso advertir que, atendiendo los excesos en los que puede incurrirse en el proceso de tipificación, algunos ordenamientos han advertido la necesidad de reforzar su contenido dándole pautas al legislador futuro sobre aquella que no puede incluir el dentro de lo ilícito. Así, por ejemplo, acogiendo ciertas tendencias doctrinarias importantes, el ordenamiento de El Salvador (art. 141) establece que la conducta

consumada puede ser calificada de ilícito del modo siguiente: “Únicamente serán punibles las infracciones consumadas. No se sancionarán la conspiración, la proposición, ni la provocación para cometer infracciones. Tampoco se sancionará la apología de la infracción”. En la misma línea, el ordenamiento peruano agrega dos pautas adicionales al futuro tipificador (art. 248.4). Por un lado, no es posible tipificar como sancionable aquello que otra norma anterior ha calificado como ilícito. Es decir, la tipificación no es una actividad para crear ilícitos, sino para recogerlos de otras normas y tipificarlos para reforzar su cumplimiento. La norma indica lo siguiente: “A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda”. En esa línea, el mismo ordenamiento establece —algo obvio, pero incumplido constantemente— que el tipificador administrativo no puede considerar indebido en su ámbito lo mismo que ya está tipificado como delito, falta penal u otra norma administrativa. La norma expresa lo siguiente:

En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras. (Art. 248.4)

6.2.5 El principio de la norma sancionadora previa y el juicio de favorabilidad de la norma posterior

Los ordenamientos de la región acogen dos supuestos de aplicación temporal de las normas del derecho sancionador y que operan a favor del administrado: 1) el principio de irretroactividad, que garantiza que la atribución de la potestad sancionadora sólo será válida para la aplicación de disposiciones de tipificación de ilícitos y previsoras de sanciones cuando hayan entrado en vigor con anterioridad al hecho y estén vigentes al momento de su calificación por la autoridad; y 2) la aplicación de las normas sancionadoras posteriores a la comisión del ilícito siempre que beneficien al administrado.

Existen regímenes en los que solo admiten como principio la irretroactividad, de modo que proscriben la irretroactividad de las normas posteriores de modo absoluto (Bolivia, art. 77; Paraguay, art. 75). Pero la mayoría opta por que solo podrán aplicarse las infracciones y sanciones vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa, salvo que luego entren en vigor disposiciones sancionadoras más beneficiosas, que tendrán efecto retroactivo (Perú, art. 248; El Salvador, art. 139.3; Ecuador, art. 30; República Dominicana, art. 36; Cuba,

art. 382.1). A fin de precisar los efectos de la retroactividad benigna sobre las infracciones y sanciones anteriores, se incluye en el ordenamiento alguna precisión como

si en virtud de una nueva disposición normativa, una conducta tipificada deja de constituir contravención o infracción administrativa, la sanción que por ella se haya impuesto y sus efectos se extinguen de pleno derecho, si esta no se ha ejecutado, si solo se ha ejecutado parcialmente, se extingue el resto de la sanción por cumplir. (Cuba, art. 382)

6.2.6 La causalidad o personalidad de las sanciones

Los ordenamientos regionales exigen el principio de personalidad de las sanciones, entendido como que la asunción de la responsabilidad debe corresponderle a quien incurrió en la conducta prohibida por la ley y, por tanto, no podrá ser sancionado por hechos cometidos por otros (por ejemplo, la responsabilidad por un subordinado o imputarle responsabilidad a un integrante del cuerpo colectivo que no votó o salvó su voto) o por las denominadas “responsabilidades en cascada” aplicables a todos quienes participan en una proceso decisional. Por ello, en principio, la Administración no puede hacer responsable a una persona por un hecho ajeno, sino solo por los propios. Conforme a este principio, resultará condición indispensable para la aplicación de cualquier sanción a un administrado que su conducta satisfaga una relación de causa adecuada al efecto, esto es, la configuración del hecho previsto en el tipo como sancionable. Hacer responsable y sancionable a un administrado es algo más que simplemente hacer calzar los hechos en los tipos previamente determinados por la ley sin ninguna valoración adicional.

Este principio es acogido en diversos ordenamientos regionales, por el que solo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas individuales o colectivas que los hayan cometido, mientras que la responsabilidad solidaria es excepcional y tasada legalmente (Perú, art. 248; Bolivia, art. 78; El Salvador, art. 142). La personalidad de la responsabilidad conlleva, además, algunas definiciones, como, por ejemplo, la posibilidad de sancionar a quienes son cómplices o cooperantes o incumplen un deber de cautela o cuidado respecto de la persona que comete la infracción, así como la posición sobre la posibilidad de sancionar por la misma infracción a la persona jurídica y a las personas físicas que las representan. Sobre estas cuestiones es posible encontrar posiciones legales específicas. Así, serán considerados como autores de la infracción las personas naturales o jurídicas “que realicen el hecho tipificado como infracción por sí solas, conjuntamente o por medio de otra de la que se sirvan como instrumento”, “las personas que cooperen a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado” y “las

personas que incumplan el deber, impuesto por una norma de rango legal, de prevenir que otra persona cometa una infracción” (El Salvador, art. 142). En similares términos, otro ordenamiento establece que se entiende por “autor” a “la persona, natural o jurídica, que realiza el hecho tipificado en las disposiciones normativas correspondientes como contravención o infracción por sí mismo, conjuntamente con otra u otras personas; o por medio de otra persona”, así como que “también se considera autor la persona que coopera en la ejecución del hecho constitutivo de contravención o infracción administrativa mediante actos sin los cuales no hubiera podido cometerse” (Cuba, art. 371).

Por otro lado, también se regula que

cuando la eventual responsable sea una persona jurídica, el juicio de culpabilidad se hará respecto de la persona o personas físicas que hayan formado la voluntad de aquella en la concreta actuación u omisión que se pretenda sancionar. En estos casos, no se podrá sancionar por la misma infracción a dichas personas físicas. (El Salvador, art. 142)

También se prevé la responsabilidad solidaria en la asunción de la sanción, pero únicamente a título excepcional cuando varias personas incurran en una misma infracción administrativa o en los casos de incumplimiento del deber de prevenir la comisión de infracciones administrativas (República Dominicana, art. 37; Perú, art. XX).

Es posible ubicar responsabilidades administrativas especiales para el caso del jefe de núcleo familiar, familia, tutores, capitanes de barcos o aeronaves y similares. Por ejemplo, en la legislación cubana se establece que

Los titulares de la responsabilidad parental, tutores u otras personas, según corresponda, que tengan a su guarda y cuidado menores de dieciséis (16) años de edad o mayores de dieciséis (16) años de edad en situación de discapacidad, responden por estos únicamente en lo que se refiere a la responsabilidad civil derivada de la comisión de una contravención o infracción administrativa.

El jefe del núcleo familiar es responsable de las infracciones cometidas dentro de su vivienda o en relación con ella, cuando no se pueda determinar cuál de los convivientes cometió la infracción, siempre que dicho jefe haya incumplido su deber de prevenirla o impedirla.

El capitán de un barco o aeronave, o, en su caso, la persona designada para conducir embarcaciones y ejercer el mando de las mismas, responde por las contravenciones cometidas a bordo o mediante el barco o aeronave que dirige, cuando no pueda determinarse cuál de los tripulantes o pasajeros cometió la contravención. (Cuba, arts. 372-374)

Una exigencia adicional prevista en algunos ordenamientos es acreditar la culpabilidad para poder sancionar. Conforme a ello, solo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción las personas naturales y jurídicas que resulten responsables a título de dolo o culpa debidamente acreditado (Perú, art. 248; El Salvador, art. 139).

6.2.7 Presunción de licitud o de inocencia

Conforme a esta presunción de inocencia, de corrección o de licitud, las autoridades deben presumir durante el tránsito del procedimiento sancionador que los administrados han actuado apegados a sus deberes y en ejercicio lícito de sus derechos y libertades, mientras no cuenten con evidencia en contrario y así sea declarada mediante resolución administrativa firme. Dicha presunción cubre al imputado durante el procedimiento sancionador y se desvanece a medida que la actividad probatoria se va desarrollando, para finalmente definirse mediante el acto administrativo final del procedimiento.

La presunción sólo cederá si la entidad puede acopiar evidencia suficiente sobre los hechos y su autoría, tener seguridad que se han producido todos los elementos integrantes del tipo previsto, sigue un razonamiento lógico suficiente que articule todos estos elementos formando convicción y exista un acto administrativo firme que resuelva lo contrario. Está acogida expresamente en Perú (art. 248), Bolivia (art. 74), Ecuador (art. 248.4), El Salvador (art. 139), Colombia (art. 3), Paraguay (art. 73) y República Dominicana (art. 42).

Conceptualmente, esta presunción significa un estado de certeza provisional por la que el imputado adquiere los siguientes atributos a ser respetados por todos durante el procedimiento:

- I. A no ser sancionado sino en virtud de pruebas que generen convicción sobre la responsabilidad del administrado y siempre que hayan sido obtenidas legítimamente.
- II. A que no se le imponga la carga de probar su propia inocencia, ya que corresponde la actividad probatoria a la Administración.
- III. A un tratamiento como inocente a lo largo del procedimiento sancionador, por lo que a los imputados deben ser respetados en todos sus derechos subjetivos, como son al honor, la buena reputación, la dignidad, etcétera.
- IV. A la absolución en caso de insuficiencia probatoria o duda razonable sobre su culpabilidad.

Conviene resaltar la regla ratificatoria de la prueba por la que se establece que “la administración pública no exigirá de la persona interesada la demostración de

hechos negativos, la ausencia de responsabilidad, su inocencia o cualquier otra forma de prueba ilógica o físicamente imposible” (Ecuador, 195). En términos análogos, otro ordenamiento indica que “no puede exigirse que el interesado pruebe hechos negativos o imposibles de probar objetivamente, ni la ausencia de responsabilidad o su inocencia” (Cuba, art. 307).

6.2.8 La identificación de las sanciones administrativas aplicables y la prohibición de afectar la libertad personal

Un aspecto de permanente reflexión de los legisladores es sobre la conveniencia o necesidad de identificar los gravámenes que las autoridades pueden aplicar a los infractores. Aquí se vuelve a apreciar la tensión que habíamos adelantado sobre la especialidad y generalización, porque los procedimientos especiales plantean que no se pueden extinguir las variadas necesidades de cada sector, como, por ejemplo, prohibir el ingreso a estadios o a determinados lugares, la obligación de hacer trabajos comunitarios, publicar los nombres de los infractores, etc. La mayoría ha preferido dejar ese tema fuera del ámbito del DASC, limitándose a exigir que las sanciones sean calificadas solo por el legislador y dejar solo la exigencia de que aquello con lo que la autoridad quiera sancionar lo califique el legislador. Donde ha alcanzado consenso es en definir claramente que ninguna sanción administrativa puede conducir de manera directa o indirecta a la libertad física, que se deja solo bajo responsabilidad de los jueces (Perú, art. 248; México, art. 70; Colombia, art. 3; El Salvador, 139.1; Paraguay, arts. 70, 71 y 72; República Dominicana, arts. 35 y 38).

Cabe tener presente que la decisión ha sido distinta en México, que ha optado por incluir en el DASC la enumeración de las sanciones aplicables por todas las entidades, pero incluyendo un número abierto que le permite al legislador —e incluso a los reglamentos— completar la relación de sanciones posibles. En este ordenamiento, se enumeran como sanciones aplicables por la Administración: la amonestación con apercibimiento, la multa, la multa adicional por cada día que persista la infracción, la clausura temporal o permanente, parcial o total, e incluyen la atípica y excepcional figura del arresto administrativo hasta por 36 horas (México, art. 70).²¹ Esta medida

21 La señalada atribución posee basamento constitucional:

“Artículo 21. La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.

(...)

Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa, *arresto hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad*; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, *se permutará esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas*” (énfasis agregado).

consiste en un “confinamiento en espacios especiales (...) en lugar distinto de aquel destinado para el cumplimiento de las sanciones penales privativas de libertad” (Estrada Cuevas y Lucero Espinoza, 2025, p. 190).

Esta decisión inusual en el derecho comparado está principalmente relacionada con infracciones al orden público o la convivencia social y refleja una continuidad histórica del modelo de poder de policía heredado del periodo colonial y supérstite en los primeros años de las nuevas repúblicas independientes. Como se puede inferir, en todos los demás países esa capacidad ha sido suprimida.

6.2.9 La prohibición de concurrencia de sanciones, doble sanción o *non bis in idem*

Con la incorporación de este principio, se busca proteger la seguridad jurídica de los administrados para que sus conductas solo puedan ser imputadas, procesadas y, por ende, sancionadas —sucesiva o independientemente— una sola vez. Proscribe la duplicidad de imputaciones, procesamientos y sanciones para parte de la Administración integralmente considerada. En la región, identificamos el principio en los ordenamientos de Perú (art. 248), Ecuador (art. 259), Colombia (art. 3), El Salvador (art. 139) y República Dominicana (art. 40).

Si bien es deseable que las competencias administrativas sancionadoras estén perfectamente determinadas, de modo que ante una sola infracción solo pueda asumir competencia material una sola entidad y que esta lo haga solo una vez, la existencia de este principio reconoce la realidad. Existen competencias concurrentes y hasta difusas en diversas entidades administrativas (por competencia sectorial o por el nivel de gobierno) para aplicar sanciones sobre los administrados con motivo de los ilícitos cometidos. Precisamente, este principio intenta resolver la concurrencia de poderes punitivos o sancionadores mediante la exclusión de la posibilidad de inculpar, sobre la base de los mismos hechos, dos veces al mismo administrado. En todos los casos, los presupuestos de operatividad para la exclusión de la segunda pretensión sancionadora son tres: la identidad subjetiva, la identidad objetiva y la identidad causal o de fundamento.

La aplicación de este principio posee como mayor punto discutible la labor de determinar si existe identidad de fundamento entre dos o más autoridades. De ordinario es un tema discutible que se resuelve con la decisión de la autoridad debidamente motivada. Para ayudar a solucionar esta indefinición de la identidad de fundamento, el ordenamiento salvadoreño aporta algunas reglas interesantes: i) que la infracción penal o administrativa que se castiga con la pena o sanción precedente proteja el bien jurídico frente al riesgo que la infracción que se esté considerando; ii) que existiendo ciertas diferencias entre los bienes jurídicos protegidos o los riesgos

contemplados, estas no tengan la entidad suficiente como para justificar la doble punición por referirse a aspectos cuya protección no requiere la segunda sanción; iii) cuando, aun no dándose identidad de fundamento, existiesen puntos en común entre los bienes jurídicos protegidos o los riesgos considerados, de tal manera que la sanción o pena impuesta precedentemente sirviese en parte al fin protector de la infracción que se va a sancionar, en cuyo caso se tendrá en cuenta la sanción o pena precedente para graduar en sentido atenuante la sanción posterior; y iv) si así lo exigiera el principio de proporcionalidad, se impondrán sanciones correspondientes a infracciones o categorías de infracciones de menor gravedad, y excepcionalmente en supuestos en los que la sanción o pena precedente fuese especialmente grave podrá compensarse la sanción posterior sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción (El Salvador, art. 145).

La regulación ecuatoriana aporta la importante regla de la irrelevancia de las denominaciones que se emplean, dado que los distintos órdenes suelen utilizar tipificaciones diferentes con el fin de salvar la prohibición de no repetición. A dicho efecto, se indica que

[n]adie puede ser sancionado administrativamente dos veces, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, objeto y causa. Para la aplicación del principio previsto en el párrafo precedente es irrelevante la denominación que se emplee para el procedimiento, hecho o norma que se estima es aplicable al caso. (Ecuador, art. 259)

En modo similar, otra precisión que encontramos es la siguiente: “Nadie puede ser sancionado dos veces por la misma contravención o infracción, con independencia de la jurisdicción o la denominación que se emplee para el procedimiento, hecho o disposición normativa que se considere aplicable” (Cuba, art. 382).

6.2.10 La prohibición de reforma peyorativa

Como se sabe, la prohibición de la *reformatio in peius* en el ámbito administrativo significa la limitación a que la condición o el estatus jurídico del recurrente resulte desmejorado o empeorado a consecuencia exclusivamente de la revisión producida por su impugnación. En síntesis, es la reforma del acto administrativo en perjuicio del recurrente, quien ve agravada su situación o estatus obtenido por la primera resolución, que ha sido objeto de su propio recurso. La mencionada regla se fundamenta en el necesario contradictorio que debe respetarse en todo procedimiento recursal, de tal modo que, de no haber este límite, el recurrente no tendría oportunidad de aducir argumentos para impedir la imposición de una sanción más grave a la recurrida.

Como se puede apreciar, para su configuración resulta necesario, por un lado, de una sanción administrativa recurrida ante la misma autoridad (reconsideración) o superior jerárquico (apelación), quien va a revisar el objeto y alcances de dicho acto de gravamen, y, por otro lado, que el efecto de la decisión revisora perjudique al recurrente en relación con el contenido de la resolución impugnada (por ejemplo, agravando el *quantum* de la sanción, modificándola por una más grave, agregándole una sanción accesoria, etc.). Ahora bien, un supuesto particular es la denominada “reforma peyorativa indirecta”, que le prohíbe a la autoridad instructora agravar la situación del administrado cuando su primera decisión ha sido anulada por razones estrictamente formales o procedimentales (por ejemplo, vicios en el procedimiento) y no por exceso de defecto de ponderación de los hechos o ínfima sanción. Encontramos este principio en los ordenamientos de Perú (art. 237) y Colombia (art. 3).

6.3 Límites temporales a la potestad sancionadora

Una preocupación relevante en la conformación del DASC en la región es ponerle límite temporal al ejercicio de la potestad sancionadora de modo que no sea un instrumento de inseguridad permanente para los ciudadanos. Sea que la potestad no haya sido ejercida, sea que haya sido impuesta la medida —pero no ejecutada— o sea que el expediente se mantenga abierto indefinidamente, siempre es de interés ponerle fin a la latencia.

Por ello, en la región aparecen reguladas la prescripción de la competencia sancionadora, la prescripción de la ejecución de la sanción impuesta y la caducidad del procedimiento sancionador. La idea central es ponerle coto a la incertidumbre y a la arbitrariedad que implica tener que pasar por investigaciones, interrogatorios y audiencias, sufrir daño a la reputación, estrés, gastos legales y presión social sin que la autoridad defina la situación, pese a que se debe presumir inocente a la persona. Incluso si el caso termina finalmente sin ninguna sanción, ya padeció esas consecuencias.

6.3.1 La prescripción de la competencia sancionadora

La prescripción de la competencia sancionadora de las entidades delimita el tiempo con el que cuenta la Administración para imponer una sanción contra una persona o empresa que habría cometido una infracción. A dicho efecto, recibe distinto trato si el procedimiento no hubiese iniciado o si, habiéndose iniciado, la autoridad incurre en negligencia en su tramitación. Existe una disparidad de términos legislados para que opere la prescripción del ejercicio de la competencia sancionador que os-

cilan entre 6 meses y 5 años, y para distinguir se suele acudir a la gravedad con la que el ordenamiento ha calificado la infracción (leve, grave o muy grave). En cuanto al cómputo del plazo establecido, las normas lo inician a partir del día siguiente de la consumación de la infracción, salvo que sean infracciones continuadas (en el caso de Perú, se agrega la categoría atípica de las “infracciones permanentes”), en cuyo caso, el cómputo se inicia al día siguiente del cese de la conducta típica (Perú, Ecuador). También es común regular que la prescripción se interrumpe con la notificación del cargo y puede reanudarse cuando ese procedimiento se paraliza por más de 30 días por razones no imputables al infractor (República Dominicana, art. 39; Perú, art. 252).

Un grupo de ordenamientos optan por considerar un solo plazo para todas las infracciones, sin diferenciar su gravedad. En Bolivia, prescriben en el término de 2 años desde su comisión (art. 79); en México, prescriben en 5 años (art. 79). En el caso de Paraguay, la prescripción se produce a los dos años (art. 77). En el caso de Perú, ocurre a los 4 años de su comisión sin discriminar la gravedad de la conducta o sus efectos (art. 252).

Otros ordenamientos discriminan la clase de infracción para adecuar un plazo de prescripción distinto. En República Dominicana, las infracciones muy graves prescriben a los 5 años; las graves, a los 3 años; y las leves, al año (República Dominicana, art. 39). En El Salvador, las infracciones muy graves prescriben a los 3 años; las graves, a los 2 años; y las leves, a los 6 meses, pero incluye una regla supletoria para el caso de que la normativa especial no distinga entre infracciones leves, graves y muy graves ni establezca plazos de prescripción. En dicho caso, el plazo de prescripción tanto de las infracciones como de las sanciones será únicamente de 2 años (art. 148).

En Ecuador existen plazos de prescripción diferenciados en función de la clase de infracción cometida, que van desde 1 a 5 años (art. 245). Así, prescriben al año las infracciones leves y las sanciones que por ellas se impongan; a los tres años para las infracciones graves y las sanciones que por ellas se impongan; y a los cinco años para las infracciones muy graves y las sanciones que por ellas se impongan. Una regla inusual en el derecho comparado es el tratamiento de la prescripción para lo que llama “infracción oculta”, en cuyo caso se dispone que se contará “desde el día siguiente a aquel en que la administración pública tenga conocimiento de los hechos”.

Un régimen singular de cómputo de prescripción es el cubano, en el que el plazo opera de manera distinta según tres supuestos: 1) en el plazo de 2 años de haberse cometido la infracción; 2) a los 180 días naturales de haberse puesto en conocimiento del órgano o autoridad competente; o 3) si, tratándose de infracciones detectadas por la autoridad inspectora, en un plazo máximo de 10 días el inspector no lo pone en conocimiento del órgano o autoridad competente a los efectos de iniciar el procedimiento (Cuba, art. 380).

6.3.2 La prescripción de la exigibilidad de las sanciones impuestas

Un segundo límite que el DASC impone a la potestad sancionadora es la prescripción de la competencia para concretar o ejecutar una sanción ya impuesta administrativamente, pero no ejecutada. Es claro el propósito de imprimirle celeridad a la Administración en la ejecución de las sanciones ya determinadas en vez de dejarla en latencia por mucho tiempo.

En Bolivia, las sanciones impuestas se extinguen en el término de 1 año (art. 79). En Perú, la facultad para exigir por la vía de ejecución forzosa el pago de las multas acaba al término de 2 años de impuesta (art. 253). En Ecuador, el plazo para la prescripción de sanciones ya impuestas es diferenciado entre 1 a 5 años (arts. 246-7). En Colombia, “la sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria” (art. 52). En El Salvador, “las sanciones impuestas por infracciones muy graves prescribirán a los tres años; las impuestas por infracciones graves, a los dos años y las impuestas por infracciones leves, al año” (art. 148). En Cuba se establece que las sanciones prescriben transcurrido 1 año contado a partir de la notificación sin haberse ejecutado (art. 381).

6.3.3 La caducidad del procedimiento administrativo sancionador iniciado

La caducidad del procedimiento administrativo sancionador implica que, si no se ha emitido la decisión del caso al vencimiento del término previsto para su sustanciación o, en su defecto, en el plazo legal que la misma caducidad fije, la autoridad debe proceder al archivo del caso, con responsabilidad por el incumplimiento incurrido. Como es un efecto meramente procesal, la autoridad puede reiniciar el procedimiento nuevamente en tanto no haya incurrido en prescripción de la infracción. En algunos ordenamientos, la caducidad implica un modo indirecto de colocarle un plazo legal a la autoridad para resolver los procedimientos sancionadores cuando carecen de ello.

En Perú, el plazo es de 9 meses contados desde la fecha de notificación de la imputación de cargos, ampliable de manera excepcional como máximo a 3 meses más bajo sanción de archivamiento (art. 259). En Ecuador, el plazo máximo para la tramitación del procedimiento sancionador es de 6 meses, luego de lo cual se produce la caducidad (arts. 179, 208 y 244). En Colombia, el plazo máximo con el que cuentan las autoridades para imponer sanciones es de 3 años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiese ocasionarlas (art. 52). En El Salvador, una vez vencido el plazo, se produce el archivamiento del caso (art. 114). En todo caso, lo que es importante tener en cuenta es que la declaración de caducidad del procedimiento administrativo sancionador produce que este sea tenido como inexistente a efectos del cómputo de la prescripción (Paraguay, art. 80).

Es curioso el caso del ordenamiento de Paraguay porque regula el acaecimiento de la caducidad no desde su iniciación, sino más bien si transcurren “tres meses desde la fecha de la última actuación idónea para impulsar el procedimiento” sin que la autoridad lo impulse. Con ello, la figura se aproxima más al abandono o inercia que a la caducidad propiamente dicha (art. 80).

Finalmente, una regla singular para fortalecer la seguridad jurídica que la caducidad está llamada a producir es la que incorpora Ecuador, en el sentido de que “transcurrido el plazo de caducidad, el órgano competente emitirá, a solicitud del inculpado, una certificación en la que conste que ha caducado la potestad y se ha procedido al archivo de las actuaciones” (art. 244).

A falta de determinación de un plazo máximo uniforme para la tramitación del procedimiento administrativo sancionador y de acoger la caducidad del procedimiento, el ordenamiento paraguayo tiene una interesante propuesta para atender el derecho al plazo razonable del ciudadano. Nos referimos al tratamiento diferenciado para este mismo tema que se establece en el art. 81, que crea la regla del “plazo razonable de sustanciación del procedimiento sancionador”. Esta opción consiste en:

- Establecer que la tramitación del procedimiento debe desarrollarse en un plazo de tiempo razonable, teniendo en cuenta la complejidad del asunto, la actividad procesal de la sumariada y la afectación generada en la situación jurídica de esta.
- A falta de norma especial, la autoridad debe dictar las medidas necesarias para procurar que la substanciación del procedimiento no exceda los 4 meses en total desde la emisión de la resolución que ordena la instrucción hasta la notificación de la providencia final y 30 días adicionales para dictar la resolución conclusiva.
- Si durante el transcurso del procedimiento por circunstancias imprevistas o extraordinarias por la complejidad del asunto el volumen de las pruebas ofrecidas o por dificultades en la producción integral de las pruebas admitidas la autoridad no pudiese substanciar el procedimiento a su cargo, podrá, mediante decisión motivada, prorrogar dicho plazo hasta el doble del establecido.
- El incumplimiento de los plazos establecidos en el presente artículo para la substanciación del procedimiento sumarial no tendrá por sí mismo ningún efecto sobre el procedimiento, sino solo responsabilidad grave del instructor.

6.4 El diseño de un procedimiento administrativo sancionador tipo

Otra de las preocupaciones del legislador es darle un tratamiento uniforme al modo en el que las entidades ejercerán procesalmente la potestad sancionadora. No se trata del planteamiento formalista de fijar una estructura homogénea, sino de darle un enfoque garantista propio del debido procedimiento y la presunción de inocencia del imputado.

Por ello, los ordenamientos sancionadores de Latinoamérica se preocupan por diseñarlo con etapas, diligencias preliminares o previas al sancionador mismo, condiciones legales para realizar denuncias, las exigencias para el contenido del cargo con la imputación, el plazo para presentar los descargos, la separación entre la instancia instructora y sancionadora, las reglas sobre la carga estatal de la prueba, los medios de prueba admisibles, la valoración de la pruebas producidas durante la fiscalización, la motivación rigurosa del acto sancionador, el contenido indispensable de la resolución sancionadora, el derecho del administrado a tener la palabra final mediante su alegato, los recursos que caben contra la sanción y su efecto suspensivo sobre la sanción de primera instancia (Perú, arts. 254-255; Bolivia, arts. 80-84; Ecuador, arts. 248-260; México, arts. 72, 74 y 75; Colombia, arts. 47-49; El Salvador, arts. 30, 127 y 150; Paraguay, arts. 79 y 84; Cuba, art. 273). No es usual que los ordenamientos establezcan fases al interior del procedimiento sancionador o que permitan a la autoridad prescindir de este. Excepcionalmente, encontramos esas previsiones en el ordenamiento paraguayo, que establece que “necesariamente, deberán ser observadas las siguientes etapas: etapas de actuaciones previas al inicio sumarial, etapa inicial, etapa de tramitación y etapa final o conclusiva” y que “será innecesaria la apertura de procedimientos sancionatorios, cuando la persona imputada acepte, la falta y cumpla voluntariamente con la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico regulatorio” (art. 79).

Un primer aspecto que resalta a la vista es la sujeción al principio de legalidad de los principales elementos del procedimiento sancionador. Es más bien singular que la ley delegue a un reglamento posterior el diseño del procedimiento dándole solo algunas pautas particulares, como separación de instancia instructora, garantía de notificación previa y uso de medios de defensa, entre otros (República Dominicana, art. 42).

Otro aspecto interesante de la regulación regional es que, habiendo dado el régimen unificado del procedimiento administrativo sancionador, se prohíbe expresamente que las entidades puedan regular un procedimiento sancionador distinto o especial con menos garantías que el diseñado en la ley común (Perú, art. 247) o darse una tramitación abreviada incluso alegando interés público (Ecuador, art. 163). Es excepcional aceptar la coexistencia de un procedimiento sancionador abreviado o simplificado explícito para determinados supuestos. El Salvador crea, adicionalmente al ordinario, uno abreviado a elegir por el órgano competente si cuando, al iniciar el procedimiento, considerara que “existen elementos de juicio suficientes para calificar la infracción de leve, cuando los hechos estén determinados por constar suficientemente en actuaciones administrativas o cuando el interés público así lo requiera” (art. 158). Cabe tener en cuenta que, en este supuesto, queda establecido que, antes de dictar la resolución final, puede trasladar el expediente al proceso ordinario

si apreciase que han dejado de concurrir los extremos que justifican el procedimiento simplificado o a la vista de la complejidad de las infracciones o, en su caso, de las alegaciones de los interesados, el órgano competente podrá resolver que continúe la instrucción por los trámites del procedimiento ordinario. (El Salvador, art. 158)

Uno de los aspectos que llama la atención en la región es que, reconociendo el derecho al debido proceso y el derecho de defensa, exista amplia diferencia de plazos para presentar descargos. En Colombia es de 15 días (art. 47), al igual que en Bolivia (art. 87). En Ecuador es de 10 días (art. 255), similar plazo que en Cuba (art. 386.1). El plazo más exiguo es el fijado en el Perú, sobre todo por la técnica legislativa empleada, ya que la norma expresamente solo señala un mínimo (“no podrá ser inferior a cinco días hábiles”), por lo que en la práctica las entidades solo conceden ese término (art. 255.3).

El inicio del procedimiento sancionador por medio de la notificación del cargo ha sido uno de los temas de preocupación del DASC. El caso peruano es el que regula de manera más acotada las exigencias de contenido del cargo a notificarle al imputado. Solo exigen que contenga

los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia. (Perú, art. 254.3)

Por su lado, otros ordenamientos presentan niveles de exigencia, como por ejemplo

la identificación de la persona o personas denunciantes, si hubiere, la identificación de la persona o personas presuntamente responsables, una relación sucinta de los hechos que motivan el inicio del procedimiento, así como de los elementos que haya recabado la Administración Pública y que hayan motivado la emisión de tal resolución, la calificación preliminar de la infracción administrativa, así como de la sanción correspondiente; y, la indicación del derecho del imputado a formular alegaciones y presentar prueba de descargo. (El Salvador, art. 151)

En otro caso, el acto administrativo de inicio tiene como contenido mínimo la identificación de la persona o personas presuntamente responsables o el modo de identificación, sea en referencia al establecimiento, objeto u objetos relacionados con la infracción o cualquier otro medio disponible, la relación de los hechos, sucintamente expuestos, que motivan el inicio del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que puedan corresponder, el detalle de los informes y documentos

que se consideren necesarios para el esclarecimiento del hecho, la determinación del órgano competente para la resolución del caso y la norma que le atribuya tal competencia (Ecuador, art. 251).

Si como consecuencia de la instrucción del procedimiento resulta modificada la determinación inicial de los hechos, de su posible calificación, de las sanciones imponibles o de las responsabilidades susceptibles de sanción, se notificará todo ello al inculpado en el dictamen. En este supuesto, el instructor expedirá nuevo acto de inicio, dispondrá la reproducción íntegra de las actuaciones efectuadas y ordenará el archivo del procedimiento que le precede (Ecuador, art. 258). En términos similares, Cuba le da un tratamiento a la misma circunstancia. El ordenamiento de ese país indica:

Si durante la tramitación de la instrucción del procedimiento aparecen nuevos elementos vinculados al hecho imputado que permitan suponer que deban responder de él personas contra quienes no se ha incoado el procedimiento o que alteren sustancialmente el hecho imputado de manera que influya en la calificación legal o implique alguna nueva responsabilidad relacionada con el hecho mismo atribuida al imputado, el instructor da cuenta al órgano o autoridad competente para resolver, el que, de comprobar estas circunstancias, expide nuevo acto de inicio, disponiendo la reproducción íntegra de las actuaciones efectuadas y ordena el archivo del procedimiento que le precede. (Cuba, art. 388)

Un aspecto singular en el derecho sancionador de Latinoamérica es el silencio positivo en caso de impugnar una sanción administrativa que acoge el régimen de Colombia cuando no son resueltos dentro del término de 1 año de interpuestos. Ahí se establece que “si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver” (Colombia, art. 52).

Sobre la participación de sujetos en el procedimiento administrativo sancionador, hay posiciones contrapuestas en la región. Por un lado, el ordenamiento colombiano considera su participación como parte en los siguientes términos: “Los terceros podrán intervenir en las actuaciones administrativas con los mismos derechos, deberes y responsabilidades de quienes son parte interesada, (...) cuando hayan promovido la actuación administrativa sancionatoria en calidad de denunciantes” (art. 38). Pero, por otro lado, el ordenamiento peruano, más tradicional en ese sentido, sostiene la posición de que el denunciante no es parte del procedimiento sancionador general (art. 116.3).

Finalmente, respecto de la conclusión del procedimiento sancionador, dos aspectos resaltan en la regulación: el contenido necesario de la resolución sancionadora y la prohibición de que en la decisión se incluyan hechos o pruebas distintas a los ex-

puestos en el cargo. En relación con el contenido necesario de la resolución sancionadora, existe consenso en que debe comprender: a) los hechos que se consideren probados y su calificación jurídica; b) las personas responsables; c) la valoración de las pruebas practicadas, en especial aquellas que constituyan los fundamentos básicos de la decisión; e) las medidas provisionales que, en su caso, se hubieran adoptado; y f) la sanción que se propone a cada uno de los responsables y la responsabilidad civil, en su caso (Cuba, art. 389.1).

6.5 Beneficios premiales al infractor

Proveniente del DASE y de la influencia del derecho anglosajón, aparecen en el derecho administrativo común distintos mecanismos legales que premian o incentivan la colaboración del infractor con la autoridad administrativa por medio de la reducción o eliminación de las sanciones cuando el infractor coopera, corrige la infracción o aporta información relevante. Claramente, estas son estrategias de acción que buscan superar el formalismo punitivo de la administración en aras de lograr objetivos mejores y más adecuados al interés público, como son: promover el cumplimiento voluntario de la normativa, reducir costos y tiempo del procedimiento administrativo, fomentar la colaboración con la administración y descongestionar la actividad sancionadora del Estado.

Así, en la región, se reconocen beneficios “si la o el infractor reconoce su responsabilidad”, “en caso de que la o el inculpado corrija su conducta y acredite este hecho en el expediente” y en caso de que se produzca “el cumplimiento voluntario de la sanción por parte de la o del inculpado, en cualquier momento anterior a la resolución” (Ecuador, art. 253). Por otro lado, en el régimen peruano se consideran como tales: la subsanación voluntaria (art. 257) y el reconocimiento de su responsabilidad de forma expresa y por escrito (257.2). En varios regímenes se consideran como merecimiento de reducción de sanción “si iniciado un procedimiento sancionador, el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito” (El Salvador, art. 156) (también en Paraguay, art. 82). Además, es considerado como merecedor de beneficio si el infractor acepta y cumple la sanción una vez impuesta, sin impugnarla, en lo que se conoce como el “beneficio de pronto pago” (Paraguay, art. 83).

El principio de oportunidad en materia sancionadora administrativa es un criterio que le permite a la Administración pública decidir no iniciar, suspender o terminar un procedimiento sancionador, aun cuando exista una infracción, cuando hacerlo resulte más conveniente para el interés público o para la eficiencia del sistema sancionador.

Son medidas alternativas a la imposición de una sanción. Aunque de ordinario es una posibilidad que se ubica en determinados procedimientos sancionadores espe-

ciales, se puede encontrar en algún ordenamiento regional bajo la característica de una competencia excepcional que necesita de una ley autoritativa previa. Con ello,

el órgano sancionador podrá, previa audiencia de los interesados y teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos, si se aprecia una disminución en la culpabilidad o si el supuesto infractor ha regularizado de forma diligente la situación que dio lugar a la infracción, no acordar la apertura del procedimiento sancionador y, en su lugar, apercebir al sujeto responsable a fin de que, en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que en cada caso resultasen pertinentes, siempre que concurran los siguientes presupuestos: 1. Que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve; y, 2. Que el infractor no hubiese sido sancionado o apercebido con anterioridad. Si el apercebimiento no fuera atendido en el plazo que el órgano sancionador hubiera determinado, procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por la presunta infracción cometida. (El Salvador, art. 157)

De modo semejante otro ordenamiento indica que

la autoridad competente puede abstenerse de imponer la sanción administrativa cuando la contravención o infracción cometida no tenga consecuencias leves de consideración y los antecedentes de conducta del infractor sean favorables. En caso de proceder de este modo, la autoridad apercebe al infractor de que debe hacer cesar los efectos de la infracción dentro del plazo que le señale y que de no hacerlo le será impuesta la sanción correspondiente. (Cuba, art. 378)

6.6 Reglas sobre concursos ideales

Una de las situaciones que se suelen presentar al momento de determinar la sanción aplicable es el denominado “concurso aparente de normas sancionadoras administrativas”. Es el caso de que una misma conducta parece ser subsumida por varias normas sancionadoras (de la misma materia u alguna otra) al mismo tiempo, pero en realidad solo debe aplicarse una de ellas. A dicho efecto, es importante la precisión que realiza el ordenamiento salvadoreño (art. 143) en este sentido: que las tipificaciones deben cubrir la totalidad del significado antijurídico de la conducta, ya sea porque todos ellos protegen el mismo bien jurídico frente al mismo riesgo o porque, aun habiendo diferencias a este respecto, se entiende que no hay fundamento suficiente como para concluir la existencia de varias infracciones en atención a la poca importancia de tales diferencias y a la escasa reprochabilidad del hecho.

Para ello, el propio derecho administrativo sancionador debe incluir reglas para elegir solo una y evitar castigar dos veces el mismo hecho. En la región existen varias opcio-

nes. Por una parte, una primera alternativa es que cuando una misma conducta califique como más de una infracción, se debe aplicar la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad (Perú, art. 248.6). Otra opción distinta a la anterior, pero más completa, es la de adoptar cuatro criterios sucesivos para resolver el conflicto: i) el precepto especial se aplicará con preferencia al general; ii) el precepto subsidiario se aplicará solo en defecto del principal, ya sea que se declare expresamente dicha subsidiariedad o que resulte tácitamente deducible; iii) el precepto más amplio o complejo absorberá a los que sancionen las infracciones consumidas en él; y iv) en defecto de los criterios anteriores, el precepto que tipifique la infracción penada con sanción más grave excluirá a los que tipifiquen infracciones penadas con sanción menor (El Salvador, art. 143).

6.7 Las causas de exención: un tema preocupación de los regímenes sancionadores del sector público

En el régimen peruano se opta por una disposición enumerativa que incluye: el caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada, obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa, la incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente, la orden obligatoria de autoridad competente expedida en ejercicio de sus funciones, el error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal y la subsanación voluntaria (art. 257). Otro modelo alternativo es el que sigue El Salvador, que opta por establecer a modo de referencia “que se aplicarán los supuestos previstos en el Código Penal, siempre que sean compatibles con la naturaleza y finalidad de la infracción concreta y de la regulación material sectorial de que se trate”.

7. La interamericanización del derecho administrativo sancionador latinoamericano. El rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La evolución contemporánea del DASC en Latinoamérica no puede comprenderse sin entender la influencia transversal que han tenido los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre la potestad sancionadora de la administración. Los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), sus decisiones e interpretaciones han influenciado y transformado cuantitativamente en el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, impulsando lo que se denomina la “interamericanización del derecho administrativo sancionador”. Este proceso consiste en la irradiación progresiva de los estándares interamericanos sobre la labor de jueces, legisladores y autoridades administrativas nacionales (Huapaya Tapia, 2022).

Asimismo, ha implicado construir un conjunto de estándares, criterios y pautas interpretativas fundamentalmente a partir del desarrollo jurisprudencial de dos de sus reglas más importantes de la Convención.²² Aunque originalmente estos preceptos se proyectaban sobre el proceso penal y procesos judiciales en general, la jurisprudencia interamericana ha consolidado la tesis de que el debido proceso debe regir íntegramente el ejercicio de poder punitivo estatal, sin importar los nombres de la especialidad o el gravamen que se pretenda imponerle al ciudadano. De este modo, las garantías propias del debido proceso se extienden también al ejercicio del poder sancionador estatal entendido integralmente, incluyendo los procedimientos administrativos sancionadores (multas, inhabilitaciones, sanciones disciplinarias, etc.) y limitando las atribuciones estatales en favor de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Las maneras en que estas pautas se incorporan en el derecho administrativo sancionador de Latinoamérica son diversas. Lo más frecuente es que lo sean por medio de la legislación de la materia (acogiéndolos en normas de desarrollo interno) por medio de la jurisprudencia constitucional o judicial ordinaria propia del contencioso-administrativo (considerados como criterios para la interpretación de las reglas nacionales o ante vacíos, interpretación conforme a la Convención) y, en menor medida, por medio de la aplicación directa por parte de la propia Administración (como fuente de derecho directamente aplicable).

El reconocimiento de los límites al poder público en sede administrativa alcanzó un punto de inflexión en el caso *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Es el *leading case* emblemático de la expansión de los límites del poder público desde la sede judicial hacia la sede administrativa. Ahí se expresó con claridad:

106. En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuen-

22 “Artículo 8. Garantías Judiciales

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulado contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

ta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas.

Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita.²³

Como consecuencia de esta interamericanización del derecho administrativo sancionador, la jurisprudencia supranacional ha dado lugar a diversas reglas que no pueden ser desconocidas en nuestro DASC, aproximándolas, aunque no igualándolas, a las garantías propias del derecho penal. El juez Ferrer Mac-Gregor expresó al respecto que

[e]n principio la regulación de las sanciones administrativas [u otras] ha de estar inspirada en los principios propios y característicos del Derecho Penal.

Cualquier debilitamiento de los principios penales cuando se transportan al ámbito sancionador de otra materia es excepcional, y justificarlo recae sobre quien pretende hacerlo valer, por lo general, la Administración.

Si bien es admisible que excepcionalmente los principios penales sean restringidos, relajados o pierdan virtualidad al trasladarse a un ámbito diferente, su inserción en éste debe consistir en una adaptación, nunca una supresión, debiendo mantenerse su contenido esencial.

El grado con que podrán atemperarse dichos principios penales en su transposición a otra materia, depende de una ponderación basada primordialmente en la importancia que en abstracto tenga el bien jurídico afectado a la persona y la intensidad con que se menoscabe.²⁴

Aunque gran parte de la casuística interamericana ha tenido como origen la materia disciplinaria y no propiamente sancionadora,²⁵ han decantado en un catálogo de garantías mínimas que hoy constituyen el “núcleo duro” del DASC regional. El repertorio comprende: la legalidad de la infracción, la legalidad de la sanción, la tipicidad, la irretroactividad de la norma sancionadora y la retroactividad de la san-

23 Caso *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, Sentencia de 2 de febrero de 2001.

24 Voto razonado del magistrado Eduardo Ferrer Mac-Gregor en la sentencia del caso *Maldonado Ordoñez Vs. Guatemala*, sentencia de 3 de mayo de 2016.

25 Los más resaltante en materia sancionadora son los casos *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, C No. 293, de 22 de junio de 2015 y *Vélez Loo vs. Panamá*, así como *Loo vs. Panamá*, C No. 218, de 23 de noviembre de 2010.

cionadora benigna, el derecho a un procedimiento administrativo sancionador (excluyendo sanciones de plano bajo cualquier argumento), a ser oído, a ser procesado por una autoridad imparcial e independiente, a la más amplia defensa, a igualdad de armas, a tiempo adecuado para preparar la defensa, a la comunicación previa y detallada de la acusación, a ofrecer, producir y practicar prueba, a la presunción de inocencia, a guardar silencio y a no declarar en su contra, la prohibición de concurrencia de sanciones o *non bis in idem*, la motivación suficiente de la sanción, al plazo razonable del procedimiento sancionador, a la publicidad del procedimiento (no actividades clandestinas) y al acceder al control judicial mediante recursos eficaces y sencillos (Hernández-Mendible, 2019).

8. Conclusiones

1. Sobre las estrategias de abordaje y la transición de modelos

La investigación confirma que Latinoamérica ha superado la etapa de la materia sancionadora asociada a la “policía administrativa” para darle paso a un derecho administrativo sancionador (DAS) con sustantividad propia. Se identifica que el paso de modelos basados en la simple gestión pública a sistemas punitivos estructurados no es solo un cambio normativo, sino una respuesta a la necesidad de controlar la discrecionalidad de la administración en esta materia.

2. Sobre la dialéctica entre el régimen común (DASC) y los especiales (DASE)

La coexistencia entre el derecho administrativo sancionador común y los regímenes sectoriales (ambiental, financiero, telecomunicaciones) revela una tensión constante entre especialidad y unidad. Se concluye que el DASC debe atraer y disciplinar a las normas especiales. Los regímenes sectoriales no pueden ser “zonas exentas” de los principios generales o inmunes a las garantías; por el contrario, su validez depende de su capacidad para armonizar las necesidades de regulación técnica con el estándar mínimo de protección definido por el régimen común.

3. Sobre la precariedad de los sistemas sin codificación

En los ordenamientos donde el DASC carece de un cuerpo legal unitario, se advierte una fragmentación que delega en la jurisprudencia y la doctrina la creación de límites al poder sancionador. Esta “codificación judicial”, si bien ha sido valiosa para humanizar la sanción administrativa, resulta insuficiente frente a la exigencia de seguridad jurídica. La ausencia de una norma de cabecera genera una aplicación asimétrica de principios como la tipicidad o la culpabilidad, dependiendo del sector o la autoridad de turno.

4. Sobre la consolidación de los regímenes codificados

Por el contrario, la experiencia de los países con leyes generales de procedimiento demuestra que la codificación es un modo eficaz para la profesionalización de la función sancionadora. Estas normas no solo unifican criterios, sino que también operan como un “bloque de legalidad administrativa”, recibiendo valores constitucionales y supranacionales, impiden la dispersión normativa y facilitan el control jurisdiccional, permitiendo que el administrado conozca de antemano las reglas de juego de la potestad punitiva estatal.

5. Sobre el “núcleo duro” del derecho administrativo general

El análisis realizado permite afirmar que existe un núcleo duro intrínseco que debe ser objeto del DASC compuesto por los siguientes temas: i) delimitación del ámbito material; ii) principios uniformes; iii) diseño de un procedimiento administrativo sancionador tipo; iv) límites temporales al ejercicio de esta facultad; v) beneficios premiales; vi) tratamiento del concurso de infracciones; y vii) exenciones de responsabilidad.

6. Sobre la interamericanización como cierre del sistema

Finalmente, el fenómeno de la interamericanización del derecho administrativo sancionador se erige como la clave de bóveda del sistema sancionador regional. La jurisprudencia de la Corte IDH ha forzado una convergencia hacia arriba, obligando a los Estados a aplicar los estándares de los artículos 8 y 9 de la Convención Americana a toda actuación administrativa sancionadora, asegurando que, más allá de las diferencias legislativas entre países, exista un estándar mínimo de humanidad y justicia que ninguna administración nacional puede ignorar, consolidando un modelo latinoamericano de DAS esencialmente garantista.

Bibliografía

- Aftalión, E. (1955). *Derecho penal administrativo*. Arayú.
- Arancibia Mattar, J. y Alarcón Jaña, P. A. (Eds.). (2014). *Sanciones administrativas: X Jornadas de Derecho Administrativo*. Legal Publishing,
- Baena Carrillo, Samuel (2024) El derecho administrativo sancionador latinoamericano: otro capítulo en la construcción del *Ius Publicum Commune*. En Salas, J. F. y Gómez González, (Eds.), *Derecho Administrativo Sancionador Iberoamericano. Primer congreso de la Red Iberoamericana de Derecho Administrativo Sancionador* (pp. 295-321). Tirant Lo Blanch.
- Cassagne, J. C. (1994). *La intervención administrativa* (2ª ed). Abeledo-Perrot.
- Chiossone, T. (1973). *Sanciones en derecho administrativo*. Universidad Central de Venezuela.

- Cano Campos, T. (2024). La expansión de las sanciones administrativas y la necesidad de una ley general. En Salas, J. F. y Gómez González, (Eds.), *Derecho Administrativo Sancionador Iberoamericano. Primer congreso de la Red Iberoamericana de Derecho Administrativo Sancionador* (pp. 129-154). Tirant Lo Blanch.
- Cordero Quinzacara, E. (2014). *Derecho Administrativo Sancionador: Bases y principios en el Derecho chileno*. Legal Publishing/Thomson Reuters.
- Cordero Vega, L. (2020). El derecho administrativo sancionador y los sectores de referencia en el sistema institucional chileno. *Revista Ius et Praxis*, 26(1), 240-265
- Estrada Cuevas, J. A. y Lucero Espinoza, M. (2025). *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*. Tirant lo Blanch.
- Fiorini, B. A. (1957). *Poder de policía*. Editorial Alfa.
- García Pulles, F. (2025). *Principios del derecho administrativo sancionador* (2ª ed.). Thomson Reuters/Abeledo Perrot.
- Goldschmidt, J. (2010). *Derecho, Derecho Penal y Proceso I. Problemas Fundamentales Del Derecho*. Marcial Pons.
- Gómez González, R. D. (2021). *Infracciones y sanciones administrativas*. Ediciones DER.
- Gusman, A. S. (2022). *Las sanciones administrativas* (1ª ed.). Ad-Hoc.
- Hernández-Mendible, V. R. (2019). Los criterios de convencionalidad como límite de la potestad sancionatoria. En Hernández-Mendible, V. R. (Coord.), *Derecho Administrativo Sancionador* (pp. 147-196). Centro para la Integración y el Derecho Público/Centro de Estudios de Regulación Económica, Universidad Monteávila.
- Huapaya Tapia, R. (2022). La influencia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la delimitación de principios constitucionales comunes en materia de derecho administrativo sancionador para América Latina. En Von Bogdandy, A., Morales Antoniazzi, M., Sánchez Sánchez, Z. y Covilla, J. C. (Coords.), *La interamericanización del derecho administrativo en América Latina. Hacia un Ius Commune* (pp. 159-198). Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público/Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México.
- Ivanega, M. (2014). Potestades Públicas. Reflexiones acerca de las potestades sancionadora y disciplinaria. En Brewer Carías, A., Parejo Alfonso, L. y Rodríguez Rodríguez, L. (Coords.), *La protección de los derechos frente al poder de la administración. Libro Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* (pp. 802-818). Temis/Tirant lo Blanch/Ediciones Jurídica Venezolana.
- Lorenzo, S. (1996). *Sanciones administrativas*. BdeF.
- Majlar, D. (2004). *El Derecho Administrativo Sancionador*. Ad-Hoc.
- Medina Osório, F. (2015). *Direito Administrativo Sancionador*. Revista dos Tribunais (5ª ed.).
- Méndez, A. (1940). Las sanciones administrativas. *La Justicia Uruguaya*, 1(1), 7-17.
- Nieto, A. (2005). *Derecho administrativo sancionador* (4ª ed.). Tecnos.
- Peña Solís, J. (2005). *La potestad sancionatoria de la Administración Pública venezolana*. Tribunal Supremo de Justicia.
- Rincón Córdova, J. (2022). El Derecho Administrativo sancionatorio en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Anuario de la Función Pública*, (6), 61-93.

Román Cordero, C. (2020). Derecho administrativo sancionador en Chile: Ubicación y límites. *Derecho y Sociedad*, (54).

Vázquez, C. (2013). (Coord.). *Derecho Administrativo Sancionador. En Homenaje al Prof. Carlos Labaure Aliseris*. Instituto de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de la República.

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

Crisis pandémica y paradigma de las responsabilidades intergeneracionales¹

Pandemic Crisis and the Paradigm of Intergenerational Responsibilities

Pasquale Pantalone²

Universidad de Milán

Sumario

1. La crisis pandémica como problema intergeneracional que presenta los mismos rasgos que otras crisis que impactan sobre las generaciones futuras
2. La crisis pandémica como crisis no imprevisible e interconectada con los demás problemas intergeneracionales
3. La crisis pandémica sitúa en el centro el cumplimiento de deberes de solidaridad, en lugar del ejercicio exclusivo de derechos “a cualquier coste”
4. El fundamento del paradigma de las responsabilidades intergeneracionales: el principio de desarrollo sostenible “más allá del ambiente”
5. La crisis pandémica y el derecho (de las responsabilidades intergeneracionales)
6. Reflexiones conclusivas
 - 6.1 Crisis pandémica y libertades individuales
 - 6.2 Crisis pandémica y niveles del ordenamiento
 - 6.3 Crisis pandémica y formas de cumplimiento de los deberes
 - 6.4 La exigencia de evitar el “salto de crisis”

-
- 1 El presente trabajo retoma los temas analizados en *La crisis pandémica dal punto di vista dei doveri. Diagnosi, prognosi e terapia dei problemi intergenerazionali secondo il diritto amministrativo* (Pantalone, 2023) y en *Crisi pandemica e paradigma delle responsabilità intergenerazionali* (Pantalone, 2025).
 - 2 Profesor asociado de Derecho Administrativo en la Universidad de Milán, habilitado para funciones de catedrático. Imparte docencia en cursos universitarios, escuelas de doctorado, másteres y programas de formación en derecho administrativo, ambiental, de contratación pública y justicia administrativa. Abogado especializado en derecho administrativo, habilitado para ejercer ante las jurisdicciones superiores. Es autor de aproximadamente 70 publicaciones, entre monografías, ensayos, artículos y obras colectivas editadas.
pasquale.pantalone@unimi.it

Recibido: 02/03/26

Aceptado: 17/03/26

<https://doi.org/10.26422/daec.2026.0100.pan>

Resumen

Los grandes problemas de la modernidad y de la globalización que impactan sobre las generaciones futuras comprenden no solo las crisis ambientales, sino también las económico-financieras, las migratorias, el incremento demográfico, las crisis alimentarias, las tecnológicas, las energéticas y, en lo que más interesa a nuestros fines, las crisis pandémicas.

Estas “crisis” comparten con el problema ambiental los mismos rasgos, que son propios de todo el espectro de las temáticas intergeneracionales: globalidad, variedad de concausas, desconexión espacial y temporal entre causa y efecto, carácter difuso del daño, dificultad para cuantificar los perjuicios, pluralidad de agresores y de víctimas, incertidumbre de la ciencia, asimetrías informativas, entrelazamiento con la ética, relevancia de la innovación tecnológica, dificultad para identificar los centros decisorios más apropiados, necesidad de articular respuestas multiescalares y diferenciadas y de elaborar complejas estrategias con horizontes temporales no inmediatos, así como un notable impacto sobre las cuentas públicas.

Ante las crisis intergeneracionales (como la reciente crisis pandémica determinada por la difusión del COVID-19), el jurista no puede permanecer indiferente, porque su gestión incide de manera significativa también sobre cuestiones de equidad y de justicia.

Es necesario, por tanto, proporcionarles a los decisores públicos, situados en los diversos grados de los distintos niveles del ordenamiento, un instrumental jurídico homogéneo que refleje la complejidad de estos problemas y la peculiar profundidad temporal de las decisiones estratégicas que deben adoptarse, también y sobre todo, a efectos de su control jurisdiccional. He aquí, entonces, la emergencia de un sector naciente y autónomo del derecho que tiene por objeto las responsabilidades y las relaciones intergeneracionales, susceptible de aplicarse a las grandes crisis de la globalización y de la modernidad. El centro de gravedad de este sector del derecho está constituido — como sucede en el sector ambiental — por el deber. Su fundamento es el principio de desarrollo sostenible dispuesto por el art. 9 de la Constitución italiana, que expresa un canon de responsabilidad intergeneracional “también más allá del ambiente”. Su estatuto jurídico está integrado por un conjunto de principios generales, que nacen en el derecho ambiental, son expresión de deberes de solidaridad y constituyen el reflejo y la aplicación del principio de desarrollo sostenible, con el que comparten el vínculo de protección de las generaciones futuras y la particular aptitud expansiva más allá del sector ambiental.

Palabras clave: crisis pandémica, principio de desarrollo sostenible, deberes de solidaridad, generaciones futuras.

Abstract

The major problems of modernity and globalization that impact future generations encom-

pass not only environmental crises but also economic-financial crises, migration crises, population growth, food crises, technological crises, energy crises, and, most relevant to our purpose, pandemic crises.

These “crises” share with the environmental issue the same characteristics, which are typical of the entire spectrum of intergenerational issues: globality, variety of co-causes, spatial and temporal disconnection between cause and effect, widespread nature of the harm, difficulty in quantifying prejudices, plurality of aggressors and victims, uncertainty of science, informational asymmetries, entanglement with ethics, relevance of technological innovation, difficulty in identifying the most appropriate decision-making centers, the need to prepare multi-scalar and differentiated responses, and to elaborate complex strategies with non-immediate time horizons, with a significant impact on public finances.

In the face of intergenerational crises (such as the recent pandemic crisis caused by the spread of Covid-19), legal scholars cannot remain indifferent, as their management significantly impacts issues of equity and justice.

Therefore, it is necessary to provide public decision-makers with a uniform legal toolkit that reflects the complexity of these problems and the peculiar temporal depth of the strategic choices to be made, also and especially for the purpose of their judicial review.

Thus, we witness the emergence of an emerging and autonomous field of law concerning intergenerational responsibilities and relationships, which can be applied to the major crises of globalization and modernity. The center of gravity of this field of law is constituted (as in the environmental sector) by duty. Its foundation is the principle of sustainable development, as expressed in Article 9 of the Constitution, which embodies a standard of intergenerational responsibility “even beyond the environment”. Its legal statute is made up of a set of general principles, originating in environmental law, which express duties of solidarity and constitute the reflection and application of the principle of sustainable development, sharing with it the obligation to protect future generations and the particular expansive tendency beyond the environmental sector.

Key words: pandemic crisis, sustainable development principle, duties of solidarity, future generations.

1. La crisis pandémica como problema intergeneracional que presenta los mismos rasgos que otras crisis que impactan sobre las generaciones futuras

Los grandes problemas de la globalización y de la modernidad que inciden sobre las generaciones futuras —las crisis ambientales, las económico-financieras, la inmigración, la cuestión de las cuentas públicas, la corrupción, las crisis alimentarias, el incremento demográfico, las crisis “digitales”, las energéticas y, en lo que más interesa en esta sede, las sanitarias— presentan rasgos comunes que, aun cuando originariamente se refieran solo a los problemas ambientales, parecen en realidad

propios de todo el espectro de las temáticas intergeneracionales: globalidad, carácter difuso del daño, incertidumbre de la técnica, pluralidad de agresores y de víctimas, variedad de concausas, desconexión espacial y temporal entre causa y efecto, asimetrías informativas, dificultad para cuantificar los perjuicios, entrelazamiento con la ética, relevancia de la innovación tecnológica, dificultad para identificar los centros decisorios más apropiados, necesidad de articular respuestas multiescalares y diferenciadas y de elaborar complejas estrategias con horizontes temporales no inmediatos, así como un notable impacto sobre las cuentas públicas.

Baste al respecto considerar, a título ejemplificativo, la crisis pandémica dramáticamente vivida en época reciente.

Esta tiene naturaleza y dimensión globales. Está determinada por múltiples concausas difícilmente mensurables en términos temporales y espaciales. Los efectos pueden tener, en su origen, una manifestación territorialmente circunscrita —con la aparición de “focos epidémicos”, surgidos de un aumento repentino del número de infecciones dentro de una pequeña comunidad o de una región—, pero que hoy, también como consecuencia de la globalización, del progreso tecnológico y de la expansión demográfica, pueden extenderse rápidamente a todo el planeta con modalidades de agresión que varían según el nivel de resiliencia alcanzado por el “blanco”.

Conductas activas u omisivas llevadas a cabo por una pluralidad de personas físicas o jurídicas en determinadas áreas del planeta o en un tiempo distinto del presente pueden incidir sobre sujetos aún no existentes o que viven en lugares muy distantes entre sí. De ahí la dificultad para identificar a los responsables y a quienes podrían sufrir un perjuicio, también a causa del carácter difuso del daño.

A veces, además, los agresores son a su vez víctimas de conductas realizadas por otros sujetos, a lo largo de una cadena temporal de acontecimientos que no resulta en absoluto fácil reconstruir retrospectivamente; incluso cuando ello fuera posible, no es ciertamente al “paciente cero” a quien puede imputarse la responsabilidad de crisis de este tipo, que, como se ha visto, están determinadas por una pluralidad indefinida de factores causales no fácilmente identificables en el tiempo y en el espacio.

Al igual que en el sector ambiental, también el fenómeno pandémico ha confirmado que la ciencia, pese a su indudable y objetiva relevancia para la superación de la crisis o de las crisis —piénsese en la cuestión de las vacunas—, no puede ofrecer certezas absolutas. Además, el necesario diálogo entre saberes técnicos y jurídicos, así como el amplio empleo de la tecnología, imponen “leer” y afrontar las cuestiones intergeneracionales en clave interdisciplinaria, involucrando a la ética, la sociología y la política.

Las crisis intergeneracionales tienen también un impacto significativo sobre las cuentas públicas: ello resultó particularmente evidente durante la emergencia sanitaria. En efecto, para hacer frente a los efectos adversos inmediatos causados sobre la economía y el mercado de trabajo por las más severas medidas de contención y

contraste de la pandemia, a lo largo de 2020 se registró un elevado nivel de endeudamiento neto (9,5% del PIB) y un significativo aumento de la deuda pública con respecto al PIB (del 134,1% en 2019 a aproximadamente el 154,9% en 2020), con un gasto público total de alrededor de 100.000 millones de euros. Ello, sin contar la extraordinaria cantidad de recursos financieros (750.000 millones de euros, de los cuales 209 fueron destinados a Italia) empleada por la Unión Europea mediante el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

La referencia al nivel supranacional (y, en particular, al europeo) permite volver a la cuestión de la dificultad de identificar los centros decisorios más apropiados en razón de la dimensión no exclusivamente nacional de los problemas intergeneracionales. Sobre todo en lo que respecta a las medidas de profilaxis, la respuesta al COVID-19 se produjo, por lo demás, esencialmente en el plano nacional, con notables diferenciaciones entre los Estados.

En todos los casos, por último, se generan injusticias o resultan afectados los más débiles. Piénsese en los efectos negativos, desde el punto de vista social y económico, derivados de la interrupción de determinadas actividades y prestaciones laborales en la fase más dura del confinamiento, o en la ya mencionada cuestión de la brecha digital y la de la inclusión escolar, o también en el acceso a los tratamientos, sin olvidar las condiciones de extrema vulnerabilidad y de elevado riesgo sanitario en el que se encontraron las personas de mayor edad y los sujetos clínicamente más frágiles durante el período de emergencia.

2. La crisis pandémica como crisis no imprevisible e interconectada con los demás problemas intergeneracionales

Además de presentar características comunes, los problemas intergeneracionales de la modernidad parecen interconectados y no imprevisibles.

La historia nos ha enseñado —y esto es particularmente evidente en el caso de las pandemias— que las crisis se repiten según ciclos temporales y a menudo están conectadas entre sí, de modo que la referencia a la modernidad podría no resultar del todo apropiada. Basta recordar, por ejemplo, el cólera producido en la década de 1930 y la pandemia gripal del bienio 1918-1920, que presentan significativas analogías con la más reciente crisis pandémica.

Es cierto que los problemas intergeneracionales no constituyen novedades, pero debe tenerse en cuenta que aquellos propios de la modernidad —esto es, las crisis que se pretenden situar ejemplificativamente en el arco temporal de los últimos veinte años—, a diferencia del pasado, se repiten con mayor frecuencia e intensidad a causa del progreso tecnológico, de la explosión demográfica y de la globalización, lo que vuelve al planeta más vulnerable.

En lo que más interesa a nuestros fines, además, las crisis sanitarias están íntimamente conectadas con la crisis ambiental.

En efecto, se ha constatado que las epidemias vienen determinadas frecuentemente por la difusión de una enfermedad infecciosa zoonótica y, por tanto, de origen animal. Por “zoonosis”, en particular, se entiende la transmisión de un agente patógeno (virus, bacteria u otro microorganismo) desde un animal (el denominado “huésped reservorio”) a un ser humano (el llamado “salto de especie” o *spillover*), provocando en algunos casos, precisamente, la enfermedad o incluso la muerte.

Este fenómeno está condicionado de diversas formas por las características biológicas, ecológicas y evolutivas de los agentes patógenos y de los “huéspedes reservorio”, así como por factores ambientales. Según algunos estudios, aproximadamente el 75% de las enfermedades infecciosas emergentes deriva de zoonosis de origen silvestre que, no casualmente, tienen en su mayoría origen en aquellos lugares del mundo en los que el contacto entre animales salvajes, vectores del agente patógeno (como los mosquitos o los animales de cría) y seres humanos es más promiscuo.

La crisis ecológica y la alteración del equilibrio de los ecosistemas —en especial a través de las extendidas prácticas de deforestación—, el cambio climático, la innovación tecnológica (vinculada, por ejemplo, a la intensificación de las actividades agrícolas y de la ganadería industrial), la globalización, la explosión demográfica de los últimos dos siglos (que ha conducido a una urbanización incontrolada y a una significativa densidad habitacional, frecuentemente asociada a deficientes condiciones higiénico-sanitarias) son fenómenos que amplifican el riesgo de que se produzcan —y se propaguen rápidamente— pandemias y, por ende, crisis sanitarias globales. En relación con el COVID-19, además, se ha hipotetizado que la mayor contaminación atmosférica en algunas áreas territoriales habría actuado tanto como vector de transporte del virus como factor que propicia una difusión más virulenta del contagio.

También debe considerarse que el exceso de natalidad en algunas áreas del mundo, originado asimismo por la reducida esperanza de vida en la infancia a causa de la difusión de enfermedades infecciosas letales, ha alimentado no solo una creciente urbanización y una alta densidad habitacional en terrenos tradicionalmente reservados a la producción alimentaria —aumentando ulteriormente el impacto antrópico sobre el ambiente y, por consiguiente, el surgimiento y la difusión de nuevas enfermedades infecciosas—, sino también flujos migratorios incontrolados desde el sur hacia el norte del mundo.

Por el contrario, en los países donde las condiciones económicas, sociales e higiénico-sanitarias —gracias también al más fácil acceso de la población a medicamentos y vacunas— resultan adecuadas, la drástica reducción de la tasa de mortalidad prematura debido a enfermedades infecciosas va acompañada, en el medio y largo plazo, de un descenso de la natalidad y del progresivo envejecimiento de la población.

Este último, sin embargo, junto con las peores condiciones de salud determinadas por la crisis ecológica en ciertos territorios —piénsese en la contaminación atmosférica— y el frecuente abuso de antibióticos, sobre todo en relación con los animales destinados a la producción alimentaria (lo que incrementa los niveles de resistencia antimicrobiana en las bacterias, favoreciendo la selección de cepas cada vez más resistentes), hace a los seres humanos más sensibles y vulnerables a los efectos de las pandemias.

Frente a la mayor probabilidad, en comparación con el pasado, de una rápida difusión de enfermedades infecciosas y en ausencia de una adecuada planificación del riesgo sanitario, los decisores públicos pueden verse obligados a adoptar gravosas medidas de profilaxis que, sin embargo —como se ha visto *supra*—, repercuten negativamente sobre las economías nacionales, comportando la asunción de una ingente deuda pública para aliviar los efectos de las restricciones. Todo ello, además de impactar sobre las generaciones futuras, puede también favorecer fenómenos de ilegalidad y corrupción, en consideración al ingente volumen de dinero que debe gestionarse en tiempos brevísimos y al debilitamiento fisiológico de los controles.

3. La crisis pandémica sitúa en el centro el cumplimiento de deberes de solidaridad en lugar del ejercicio exclusivo de derechos “a cualquier coste”

La gestión de las crisis intergeneracionales —incluida la relativa a la crisis pandémica objeto de análisis— se funda en el cumplimiento de deberes de solidaridad antes que en el ejercicio exclusivo de derechos “a cualquier coste”.

Como en experiencias análogas del pasado, frente al perjuicio potencialmente irreversible que una crisis pandémica puede ocasionar a la propia existencia de un ordenamiento jurídico y de la comunidad política y social que lo integra, la reducción temporal de las facultades vinculadas al ejercicio de situaciones jurídicas activas constitucionalmente protegidas fue acompañada por un simétrico incremento de posiciones pasivas de responsabilidad individuales y colectivas, a fin de asegurar la consistencia global del sistema y evitar la disolución del pacto fundacional de la comunidad.

Por otra parte, especialmente en la fase inicial del avance incontrolado y veloz de un enemigo desconocido e invisible como el COVID-19, fue posible (re)descubrir la función originaria que cumple toda forma de organización sociopolítica, esto es, la garantía de supervivencia de sus miembros. Esto exigió no solo imputarle al Estado-aparato la responsabilidad originaria de asegurar la supervivencia de la colectividad, sino también involucrar al Estado-comunidad en una perspectiva de solidaridad horizontal, en la cual los ciudadanos fueron responsablemente “llamados a las armas” para la realización del objetivo común que se impuso como prioritario respecto de la protección de otros valores.

En efecto, las decisiones institucionales adoptadas para hacer frente a la emergencia sanitaria, especialmente en la fase más aguda, fueron tomadas conforme a una escala descendente de intereses a preservar, en cuyo ápice se situaron, indudablemente, la vida y la salud de las personas.

La juridicidad del deber, la responsabilidad y la solidaridad son dimensiones que resonaron constantemente en el análisis del panorama normativo y administrativo que acompañó todo el arco temporal de la más reciente emergencia pandémica. Ello, tanto del lado de quienes tenían la responsabilidad de adoptar las medidas de emergencia como del lado de los destinatarios de tales medidas.

En cabeza de las autoridades políticas competentes, en particular, además del deber de preservar de manera tempestiva y eficaz los derechos de los ciudadanos en condiciones de dificultad mediante la garantía de la continuidad e inderogabilidad de los servicios públicos esenciales, recayó, frente a la emergencia y a la incertidumbre científica, la carga de asumir responsablemente decisiones de distribución de riesgos dentro de marcos decisorios guiados por principios y criterios jurídicos — como la precaución y la prevención — que facilitarían la búsqueda de un equilibrio entre intereses y valores no siempre coincidentes.

Desde la perspectiva de los destinatarios del poder, por el contrario, se asistió a una progresiva variedad temporal, espacial, subjetiva y objetiva de las posiciones pasivas de responsabilidad: así, por ejemplo, a los deberes negativos de hacer — piénsese, entre todos, en las restricciones a la libertad de circulación —, modulados en el espacio y en el tiempo sobre la base de parámetros predeterminados (escenario epidemiológico, nivel de riesgo, presión sobre las estructuras sanitarias), se añadieron deberes positivos de hacer (como la obligación de usar mascarilla sanitaria), a veces más gravosos para ciertas categorías de sujetos en relación con la actividad profesional desarrollada (piénsese en el deber de vacunación establecido inicialmente para el personal sanitario y luego progresivamente extendido a otras categorías de sujetos).

También cambió la intensidad del vínculo. Fuera de los deberes en sentido estricto, en efecto, ciertamente no faltaron las cargas — considérese nuevamente la cuestión de las vacunas — y otras posiciones subjetivas pasivas dotadas de un menor grado de condicionamiento. En todo caso, debe señalarse que el ámbito de la juridicidad del deber no se agotó — ni, por lo demás, puede agotarse — con las “prestaciones impuestas”, sino que abarcó un territorio mucho más amplio revestido de solidaridad, en un íntimo e indisoluble entrelazamiento entre libertad y responsabilidad.

Al producirse una crisis “de rasgos absolutamente peculiares” (Corte Constitucional italiana, 12 marzo 2021, n. 37), pareció razonable poner en valor la fuerza preceptiva del deber de fidelidad a la República (ex art. 54 de la Constitución italiana), en la medida en que se le impuso al ciudadano actuar como miembro y parte de la República, incluso en ausencia de un vínculo coactivo: lo que exigió, por un lado,

un particular rigor en el cumplimiento de los deberes ya fijados por la ley y por las demás fuentes; por otro lado, el deber de fidelidad cumplió una función integradora del deber de obediencia a los mandatos del ordenamiento. Desde esta óptica, no habría sido descabellado diseñar las medidas gubernamentales de contención también como una invitación a respetarlas apelando al sentido de responsabilidad (ex arts. 2 y 54 de la Constitución italiana) más que únicamente como una minuciosa indicación de “concesiones” en un contexto de prohibición general.

Pues bien, la referencia a la solidaridad como matriz común de los deberes de los destinatarios y de los titulares de las medidas de emergencia tiene el mérito de iluminar esa necesaria “visión de conjunto” de la vicisitud pandémica sobre cuyo reflejo —como se anticipó— se recortó una escala jerárquica de valores (vida y salud, en primer lugar) que debían protegerse.

También la jurisdicción y, en particular, el juez administrativo —que en la crisis sanitaria se erigió en “juez de la emergencia” y en “guardián de los deberes” más que en rígido garante de derechos incompressibles— parece haber puesto en valor la misma escala descendente de intereses antes recordada.

En efecto, fueron numerosas las resoluciones que, aun dentro del inevitable juicio de ponderación concreta de los intereses en juego, confirmaron una tendencia común, a saber: que “en el contexto de una emergencia epidemiológica global sin precedentes” las “limitaciones excepcionales de las libertades constitucionales para contener el riesgo de difusión del virus” permanecieron “fieles al Estado de Derecho porque eran temporales y expresivas del tejido conectivo de los valores de solidaridad nacional” (Consejo de Estado, Sección Tercera, 9 abril 2021, n. 1865). Tales limitaciones, en particular, se inspiraron en el “principio de máxima precaución” y en la “cogente necesidad de tutelar el bien público más sensible durante un estado de pandemia, esto es, la salud de toda la colectividad”, encontrando fundamento en los arts. 16, apdo. 1, y 32, apdo. 2 de la Constitución italiana, pero también en el art. 2 (Tribunal Administrativo Regional Lazio, 17 junio 2022, n. 8140; 27 junio 2022, n. 8652; 28 junio 2022, n. 8788 y 8831; 8 agosto 2022, n. 11080).

4. El fundamento del paradigma de las responsabilidades intergeneracionales: el principio de desarrollo sostenible “más allá del ambiente”

A la luz del análisis realizado hasta ahora, puede constatar que la crisis sanitaria estuvo significativamente caracterizada por el cumplimiento de deberes de solidaridad, presentó rasgos comunes a los problemas intergeneracionales de la modernidad, no podía considerarse del todo imprevisible (al menos en cuanto a su ocurrencia) y se hallaba íntimamente conectada con las otras crisis que impactan sobre las

generaciones futuras. La suma de estos elementos es suficiente para encuadrar el problema objeto del presente análisis dentro del derecho (objetivo) de las responsabilidades intergeneracionales.

Tal paradigma encuentra su fundamento en el art. 9 de la Constitución italiana, donde se imprime un vínculo de protección intergeneracional a cargo de la República gracias a la referencia implícita al principio de desarrollo sostenible.

Nacido y desarrollado en el derecho ambiental para poner un límite al uso no vigilado de los recursos naturales a fin de garantizar, en última instancia, la supervivencia de la especie humana a lo largo del tiempo, dicho principio ha dado origen y fundamento a otros principios jurídicos relevantes (precaución, prevención, corrección prioritariamente en la fuente del daño, “quien contamina paga”), caracterizados por matrices comunes de deber y solidaridad, fuertemente anclados al derecho positivo interno y supranacional, objeto de numerosos estudios doctrinales, así como ampliamente utilizados por la administración como criterios de acción y por la jurisprudencia como parámetros interpretativos de disciplinas normativas más específicas.

Sin reconstruir aquí su evolución y significado, a nuestros fines basta observar que el desarrollo sostenible y el canon de responsabilidad intergeneracional que encarna no parecen relegados exclusivamente al sector ambiental, mostrando una marcada e indudable aptitud expansiva.

Ante todo, al ambiente se vincula el paisaje, ámbito en el cual el principio de sostenibilidad se encuentra fuertemente arraigado, del mismo modo que múltiples referencias normativas y jurisprudenciales al principio en examen pueden encontrarse en el campo de la cultura. Tampoco es en absoluto ajeno el concepto de sostenibilidad a los sectores de la bioética, de la educación y de la prevención de la corrupción.

Ya antes de la reforma de 2022 del art. 9 de la Constitución italiana, bien mirado, la sostenibilidad encontraba un fundamento constitucional expreso en los arts. 81 y 97 (según la redacción introducida por la Ley constitucional n. 1, de 20 de abril de 2012), en materia de equilibrio presupuestario y sostenibilidad de la deuda pública, abarcando asimismo la contigua esfera de las prestaciones de previsión social.

No es casual que la jurisprudencia constitucional haya estigmatizado en varias ocasiones la tendencia a perpetuar el déficit estructural y el endeudamiento para gasto corriente mediante políticas “de corto aliento”, difícilmente compatibles tanto con el principio de equidad intrageneracional — que exige una gestión prudente de los recursos a fin de no gravar más intensamente sobre los sectores débiles de la población — como con el principio de equidad intergeneracional, que comporta “la necesidad de no gravar de manera desproporcionada sobre las oportunidades de crecimiento de las generaciones futuras, garantizándoles recursos suficientes para un desarrollo equilibrado” (entre otras, v. Corte Constitucional de Italia, 14 de febrero de 2019, n. 18).

La clara capacidad expansiva y transversal del principio de desarrollo sostenible queda sin duda demostrada por la Agenda 2030 de la ONU, que, atribuyendo relevancia a las relaciones norte-sur del mundo, comienza con el compromiso de “transformar nuestro mundo” y desarrolla detalladamente diecisiete objetivos de desarrollo sostenible, que abarcan desde el ambiente hasta la pobreza, desde la salud hasta la educación, desde la seguridad alimentaria hasta el respeto de los derechos humanos, desde la inclusión social hasta la igualdad de género.

Con referencia a la salud en particular, se fijó el compromiso general de acelerar los progresos realizados en la lucha contra toda enfermedad transmisible y epidémica, así como de reforzar la resistencia antimicrobiana. En el marco del objetivo n. 3 (“Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades”) se previó, entre otras cosas, poner fin, antes de 2030, a las epidemias de sida, tuberculosis, malaria y enfermedades tropicales desatendidas, así como combatir la hepatitis, las enfermedades de origen hídrico y otras enfermedades transmisibles. Asimismo, se puso el acento en el apoyo a la investigación y al desarrollo de vacunas y medicamentos para las enfermedades transmisibles y no transmisibles que afectan sobre todo a los países en vías de desarrollo, así como en la necesidad de proporcionar acceso a medicamentos y vacunas esenciales y asequibles; sobre todo, se exigió reforzar la capacidad de todos los países, especialmente aquellos en desarrollo, “para alertar tempranamente, reducir y gestionar los riesgos para la salud, tanto a nivel nacional como mundial”.

Análoga fuerza expansiva del concepto de sostenibilidad se expresa, a nivel europeo, en el Reglamento (UE) n. 241, de 12 de febrero de 2021, que, a raíz de la crisis sanitaria y en el ámbito del programa elocuentemente denominado Next Generation EU, instituyó el ya mencionado Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. Este se compone de seis pilares, de los que emerge con nitidez la exigencia de tener en cuenta los intereses de las generaciones futuras en las decisiones estratégicas más relevantes de los próximos años: transición ecológica; transformación digital; crecimiento inteligente, sostenible e inclusivo, que comprende cohesión económica, empleo, productividad, competitividad, investigación, desarrollo e innovación, y un mercado interior que funcione correctamente con pymes fuertes; cohesión social y territorial; salud y resiliencia económica, social e institucional, a fin, entre otras cosas, de reforzar la capacidad de respuesta ante las crisis y la preparación frente a ellas; políticas para la próxima generación, la infancia y la juventud, como la educación y las competencias.

La repercusión directa de Next Generation EU en el derecho interno está representada por el Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia (PNRR), que naturalmente refleja la misma dimensión transversal de la sostenibilidad. En efecto, esta extiende su radio de acción de modo omnicompreensivo a la deuda pública, a las inversiones públicas y privadas, a la energía, a la movilidad, a la cadena agroalimen-

taria, a la salud, al patrimonio cultural, a las ciudades y los territorios, a las políticas de vivienda, a los derechos sociales, al turismo, a los centros de transferencia tecnológica y así sucesivamente.

En definitiva, puede sostenerse que el principio de desarrollo sostenible es capaz de incidir en toda decisión estratégica que afecte el uso de los recursos y que tenga un impacto sobre el futuro del ser humano, añadiendo que no puede dirigirse exclusivamente a la satisfacción de los intereses de las generaciones aún no existentes, sino que opera también respecto de las generaciones actuales más débiles o desfavorecidas (esto es, solidaridad intra e intergeneracional). En efecto, resultaría difícilmente justificable, a la luz de un canon de razonabilidad y proporcionalidad, configurar un deber respecto de las generaciones futuras sin considerar al mismo tiempo el interés de las generaciones actualmente en dificultad.

5. La crisis pandémica y el derecho (de las responsabilidades intergeneracionales)

Al hallarse desvinculado —y a condición de desvincularlo— del necesario referente al problema ambiental, el principio de desarrollo sostenible está en condiciones de extender la aplicación de su esquema conceptual y jurídico también a las demás “crisis” que impactan sobre las generaciones futuras.

Así como ocurre con el problema ambiental, también los demás problemas intergeneracionales —que comparten con aquel los mismos rasgos y en los que resuenan nítidamente las dimensiones del deber y de la solidaridad— requieren elaborar complejos protocolos y estrategias de acción con un horizonte temporal de medio y largo plazo, alternando períodos de ordinaria “gestión” con momentos de carácter emergencial.

En efecto, insistiendo todavía en los “tiempos” de las crisis, no resulta impropio subrayar cómo en todos los sectores indicados se verifica un peculiar fenómeno, también jurídico, que es el de la “transición” (término que, de hecho, se adjetiva como digital, energética, ecológica, etc.): existe, en efecto, un objetivo intergeneracional que alcanzar. Además, como ya se ha recordado, al emerger con más frecuencia e intensidad que en el pasado, no aparecen como imprevisibles y están destinadas a estar cada vez más interconectadas, poniendo a dura prueba —y el caso de la pandemia lo ha demostrado— la resiliencia de los vulnerables sistemas sociales, económicos e institucionales.

De ahí la necesidad y la urgencia, también a la luz de las enseñanzas del pasado, de actuar *hic et nunc* para estar suficientemente preparados para resistir, reaccionar y adaptarse a las perturbaciones provocadas por potenciales —pero ineludibles— eventos críticos repetidos. Estos últimos, si no son adecuadamente gestionados y

gobernados, también fuera de los paréntesis emergenciales mediante decisiones prudentes que miren más allá de las estrechas fronteras de los mandatos electorales, corren el riesgo de poner en serio peligro la “durabilidad” —para retomar la eficaz traducción francesa de desarrollo sostenible: *développement durable*— del modelo de desarrollo conocido hasta ahora y, por ende, en definitiva, el futuro de la humanidad.

Dado que la gestión de estos problemas y el haz de decisiones estratégicas que comportan interceptan relevantes cuestiones de equidad y justicia, la tarea del iuspublicista es la de proporcionar, en favor de los decisores públicos situados en los distintos grados de los diversos niveles del ordenamiento, un instrumental jurídico homogéneo que refleje la complejidad de estos problemas y la peculiar profundidad temporal de las decisiones estratégicas que deben adoptarse, también y sobre todo, a efectos de su control jurisdiccional.

El estatuto jurídico del derecho de las responsabilidades intergeneracionales se modela sobre algunos principios generales, nacidos en el derecho ambiental, expresión de deberes de solidaridad y reflejo y aplicación del principio de desarrollo sostenible, con el cual comparten el vínculo de protección de las generaciones futuras y la particular aptitud expansiva más allá del sector ambiental.

Tales principios atribuyen una relevancia particular al papel de los decisores —y, por tanto, de los poderes— públicos situados en el plano legislativo y administrativo, así como al de la Corte Constitucional y de los jueces —en primer lugar, los administrativos—, que deberán tener debidamente en cuenta la correcta aplicación y ponderación de aquellos principios en el ejercicio de su control.

Recurriendo a un enfoque metodológico de tipo sistémico, dichos principios deben ser considerados en su conjunto y no aisladamente, porque lo que los “cose” es la particular declinación solidarista que asumen cuando se encargan, según una gradualidad creciente de posiciones de responsabilidad cada vez más “próximas” al daño, de guiar las decisiones estratégicas que impactan sobre las generaciones futuras.

Tómese como referencia ejemplificativa el denominado “deber de vacunación” al que se recurrió en la reciente experiencia pandémica. En el contexto de emergencia y sin disponer de todos los conocimientos científicos necesarios siquiera para una cumplida valoración de la relación riesgo/beneficio a largo plazo, la introducción del “deber de vacunación” se inspiró en una lógica de tipo precautorio.

En estos casos, según la jurisprudencia administrativa, la precaución operó de manera “inversa y, por así decir, conraintuitiva”: en lugar de impedir una decisión pública (esto es, el deber de vacunación) supuestamente riesgosa para la salud del individuo por basarse en datos no del todo completos, la convirtió en obligada, en razón de que el riesgo de un potencial perjuicio para la salud individual a causa de la administración de la vacuna habría sido enormemente inferior al que podría haber corrido la colectividad sin su utilización (Consejo de Estado, Sección III, sentencia de 20 de octubre de 2021, n. 7045).

Frente al avance del contagio y a la urgencia de intervenir para contenerlo, también con el fin de proteger la vida y la salud, sobre todo de los pacientes de mayor edad y de los sujetos más frágiles, apareció como recesiva la lectura “unidireccional” e “intuitiva” de la precaución. En efecto, sobre la base de un análisis riesgo/beneficio fundado en los conocimientos científicos disponibles y teniendo en cuenta el elevado nivel de tutela de la salud pública que las autoridades competentes deben asegurar, la protección del individuo frente a un mínimo riesgo sanitario individual habría podido comprometer la eficacia de la medida para gobernar ese mismo riesgo proyectado sobre el plano colectivo.

Aun admitiendo que pueda hablarse propiamente de una operatividad “intuitiva” o “contraintuitiva” del principio de precaución, la lectura ofrecida por la jurisprudencia administrativa arriba recordada resulta coherente con el paradigma de las responsabilidades intergeneracionales, que, en situaciones de crisis, se ocupa de ordenar los intereses atribuyendo un relieve específico a los deberes de solidaridad, también en relación con el contexto y con la naturaleza de los sujetos implicados.

En otros términos, la dimensión de solidaridad —sobre todo, en este caso, de tipo intrageneracional— que irrigó una declarada crisis intergeneracional como la sanitaria, confirió y justificó un “sentido” diverso a la precaución, evitando que la reivindicación incontrolada de derechos individuales pudiera perjudicar la eficacia de la profilaxis vacunal y, por tanto, según las previsiones de la ciencia médica, prolongar la duración de la emergencia con un balance notablemente superior de víctimas.

La gradación subjetiva del deber y la legitimidad constitucional de las consiguientes decisiones (legislativas y administrativas) adoptadas —también porque a menudo fueron positivamente examinadas por la autoridad jurisdiccional— pueden explicarse debidamente aplicando de manera sistemática y progresiva los principios del derecho de las responsabilidades intergeneracionales: precaución, prevención, corrección prioritariamente en la fuente del daño y responsabilidad común pero diferenciada, unidos funcional e indisolublemente por el principio de solidaridad.

De este modo, el paradigma en examen lograría no solo explicar el “sentido” de la medida precautoria del “deber de vacunación”, sino también las modalidades —graduadas y diferenciadas— en las que esta se configura.

Además, ante el derecho de las responsabilidades intergeneracionales y sus principios, las medidas —como la aquí descrita a título ejemplificativo— que se inscriben en el espectro de las decisiones intergeneracionales serían susceptibles de control en virtud del art. 9 de la Constitución italiana, siempre que se lo tome “seriamente” en consideración en su potencial aptitud expansiva.

6. Reflexiones conclusivas

6.1 Crisis pandémica y libertades individuales

Como ya se ha recordado más arriba, el “trabajo” permanente del derecho de las responsabilidades intergeneracionales no implica que este opere siempre con la misma intensidad.

Los deberes de solidaridad no florecen con tal intensidad y número cuando el ordenamiento no vive un “punto de ruptura” que ponga en peligro su existencia y la de la comunidad que lo compone. Por tanto, se justifican, en su forma más intensa, únicamente en caso de grave e inminente peligro para la consistencia global del sistema y cuando sea preciso responder a una apremiante demanda de solidaridad, como ocurrió durante la crisis sanitaria.

Para volver a la medida precautoria del “deber de vacunación”, si se adoptara fuera de un período de crisis como el dramáticamente vivido en el trienio pandémico, probablemente podría apoyarse en fundamentos de legitimidad menos sólidos que los consolidados durante el período más duro de difusión incontenible del contagio.

Frente a una hipotética situación ordinaria y con un riesgo sanitario controlable, en efecto, la incompletitud de los datos científicos sobre la relación riesgo/beneficio de la vacuna a largo plazo podría legítimamente conducir al decisor público a asumir la lectura “unidireccional” e “intuitiva” de la precaución, inclinándose por una valoración más amplia de la libertad de autodeterminación y, por consiguiente, sugiriendo recurrir a instrumentos menos invasivos que el “deber” de vacunación.

Esto no aparecería en tensión ni con el art. 32 ni con el art. 9 de la Constitución italiana (y con los principios del derecho de las responsabilidades intergeneracionales de él deducidos). Ello, porque la declinación colectiva y solidarista de la salud no se revelaría idónea para cambiar el “sentido” de la precaución cuando la medida concretamente adoptada no desborde el ámbito normal de las relaciones y no pueda, por tanto, incluirse en el abanico de decisiones estratégicas en tiempo de crisis que impactan sobre otras generaciones.

Sin perder el horizonte temporal delineado por el art. 9 de la Constitución italiana, en situaciones ordinarias y en ausencia de una muestra de datos científicos tal que permita un análisis riesgo/beneficio también a largo plazo, el instrumento del “deber de vacunación” podría, pues, no ser conforme con los principios antes recordados. Por lo demás, la tendencial jerarquización de intereses que se entrevé en situaciones de crisis no puede justificarse fuera de las circunstancias excepcionales y temporales evocadas reiteradamente. En estos casos, los deberes de solidaridad retroceden en favor de la reexpansión de las libertades individuales.

6.2 Crisis pandémica y niveles del ordenamiento

Desde el punto de vista metodológico, el derecho de las responsabilidades intergeneracionales impulsa a operar una integración entre distintos niveles del ordenamiento (internacional, europeo, nacional, local), de los cuales es preciso medir el campo de aplicación, las relaciones jerárquicas, el grado de permeabilidad y la capacidad de penetración en los demás sistemas, así como la interdisciplinarietà de los saberes que, a diverso título, concurren a su formación y sedimentación.

Se trata, por tanto, de un sector autónomo del derecho multinivel, escalar y diferenciado que no se sitúa (únicamente) en la misma línea de investigación propuesta por el derecho público global y por los principios generales que este expresa.

Aunque ciertamente sea relevante, en efecto, el sistema jurídico global plasmado por tribunales y reguladores ultraestatales permitiría captar solo parcialmente la complejidad de los problemas intergeneracionales de la modernidad (como, precisamente, la crisis sanitaria). Frente a tales problemas, que conciernen a fenómenos de naturaleza y dimensiones globales, la respuesta del derecho no está —ni puede estar— localizada exclusivamente en ese nivel del ordenamiento. Las crisis intergeneracionales, en efecto, tienen específicas repercusiones concretas y jurídicas también en otros niveles (europeo, nacional y local), por lo que deberían ser gobernadas mediante soluciones multiescalares y diferenciadas que tengan en cuenta también —pero no solo— los principios del derecho global; la presencia de múltiples dimensiones y matrices normativas adicionales (desde las normas internas locales hasta el derecho estatal) hace mucho más ardua la labor del jurista y del operador jurídico.

Por otra parte, las dimensiones del deber y de la solidaridad, juntamente con la época de las “transiciones”, sugieren una compleja y diferenciada trama de acciones en devenir llevadas a cabo mediante instrumentos jurídicos multinivel y en el marco de decisiones estratégicas calibradas sobre horizontes temporales no inmediatos. Por ello, difícilmente podrían ser gobernadas mediante soluciones uniformadoras y generalizadas ni pueden traducirse en cambios inmediatos y radicales.

6.3 Crisis pandémica y formas de cumplimiento de los deberes

El vínculo funcional a la tutela del interés de las generaciones futuras no “autoriza” la entrada de lecturas totalizantes, poco razonables y no conformes con el principio de proporcionalidad. La referencia a la conjunción “también”, significativamente incorporada en el art. 9 de la Constitución italiana, es, a este respecto, digna de relieve porque excluye la posibilidad de proteger exclusivamente el interés de quienes actualmente no existen sin preocuparse por el, igualmente apremiante, de las generaciones presentes más débiles o desfavorecidas.

En efecto, sin perjuicio de la extrema relevancia atribuida por la Agenda 2030 de la ONU y por el derecho europeo a los compromisos del norte respecto del sur del mundo, la atención no solo a la solidaridad intergeneracional, sino también a la solidaridad intrageneracional, ha aflorado con toda evidencia en el plano del derecho interno en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con respecto, por ejemplo, a las cuestiones de las cuentas públicas y de las prestaciones previsionales.

En relación con la crisis pandémica, considérese, por ejemplo, el conflicto que podría surgir entre la exigencia de contención del gasto público en interés de las generaciones futuras y, por otro lado, la de supervivencia —también económica— de las generaciones actuales más desfavorecidas frente a los efectos socioeconómicos negativos derivados de la observancia de las medidas de contención del virus durante la fase más crítica de la emergencia sanitaria.

Aunque de “signo” opuesto, ambas decisiones tienen repercusiones intergeneracionales y, por tanto, están sometidas al mismo estatuto jurídico modelado por el paradigma en análisis. De ello se sigue que el significativo impacto sobre las cuentas públicas producido durante la crisis pandémica puede reconducirse al mismo esquema conceptual y jurídico evocado por el art. 9 de la Constitución italiana. El derecho de las responsabilidades intergeneracionales, en efecto, no impone una única forma de cumplimiento de los deberes, pues ello depende del contexto (una crisis manifiesta, en el caso de autos) y de la naturaleza de los sujetos implicados, de modo que la responsabilidad, el deber y la solidaridad, que son dimensiones constitutivas de este sector del derecho, deben adaptarse y recalibrarse, sufren momentos de crisis y de detención, aun manteniendo firme el objetivo final (esto es, la huella de la “transición”).

6.4 La exigencia de evitar el “salto de crisis”

El paradigma de las responsabilidades intergeneracionales funciona, por último, como una “red de contención” para reducir la probabilidad de *spillover* de una crisis a otra (por utilizar una metáfora particularmente evocadora a los fines de esta contribución).

Precisamente porque de la gestión inadecuada de una crisis intergeneracional de la modernidad pueden derivarse otras, a la luz de su estrecha interconexión (desde la crisis ambiental a la sanitaria hasta llegar a la cuestión de las cuentas públicas, y así sucesivamente), es necesario evitar el “salto de crisis” mediante una red de reglas y principios jurídicos que contengan la difusión del “contagio”.

El uso combinado y progresivo de los principios de precaución, prevención, corrección prioritariamente en la fuente del daño y responsabilidad común pero diferenciada sugiere una implementación más amplia del *risk management* como criterio general y constante de acción.

A este respecto, los instrumentos de planificación y programación, junto con una

mayor participación, transparencia, tempestividad e integridad de la información, aparecen particularmente significativos; no debe olvidarse, sin embargo, que se requiere un monitoreo continuo y una actualización periódica de las medidas adoptadas en relación con el contexto de referencia y con los conocimientos científicos disponibles, impulsando a los decisores públicos —en primer lugar, a la política— a no ceder ante lógicas de corto plazo y a asumir un enfoque adaptativo, sistémico y resiliente para el gobierno de los problemas intergeneracionales de la modernidad, como el que se invoca emblemáticamente para la gestión de la crisis ambiental.

La conciencia del sentido del límite, la extrema fragilidad de nuestra sociedad y la responsabilidad frente a las generaciones futuras deberían, además, inducir a los *policy makers* a simplificar el sistema administrativo, haciéndolo más resiliente y menos indolente.

También los principios de integración, resiliencia y no regresión insisten en la valorización de una gestión sistémica de los riesgos y, en lo que más interesa a nuestros fines, de los riesgos sanitarios. Piénsese, a este respecto, en el enfoque One Health, que puede considerarse ejemplificativo de las modalidades de afrontar también otras crisis. Este, por lo demás, aflora en la trama legislativa y parece ciertamente reconducible al paradigma del art. 9 de la Constitución italiana, sin por ello desnaturalizar su valencia antropocéntrica. Con base en dicho enfoque, es necesario “cuidar” la salud desde una perspectiva global y holística, articulando una tutela integrada de la salud humana, ambiental y animal.

Frente a la toma de conciencia de riesgos de “contagio” entre crisis intergeneracionales cada vez más frecuentes, intensas e interconectadas, este sector autónomo del derecho puede guiar las decisiones estratégicas (legislativas y administrativas) que impactan sobre otras generaciones y ofrecer a los sujetos institucionalmente llamados a su control un criterio para el enjuiciamiento de tales decisiones.

El paradigma de las responsabilidades intergeneracionales podría así contribuir a incrementar los niveles de resiliencia de los sistemas institucionales, sociales y económicos, a lo largo de un itinerario —para retomar un motivo al que se ha aludido repetidamente— de “transición” que no es inmediato, que exige continuos “ajustes” y un modulable y diferenciado cumplimiento de deberes de solidaridad. Solo de este modo parece posible sentar los presupuestos necesarios para una consecución equilibrada del objetivo constitucional de la sostenibilidad (art. 9 de la Constitución italiana) y, por tanto, para asegurar la continuidad de la especie humana en el planeta.

Quizá, de manera más realista, dicho paradigma puede aspirar a proporcionar a quienes tienen la responsabilidad de decidir algunos instrumentos mínimos que permitan afrontar de manera suficientemente equitativa las frecuentes crisis que han caracterizado y caracterizan la existencia y la historia del ser humano, con la esperanza de poder contener ese efecto “contagio” tan pernicioso en la época en que vivimos.

Bibliografia

- Angeles, L. (2010). Demographic Transitions. Analyzing the Effects of Mortality on Fertility. *Journal of Population Economics*, XXIII(I), 99-120.
- Aperio Bella, F. (Ed.). (2022). *One Health: La tutela della salute oltre i confini nazionali e disciplinari. Per un approccio olistico alla salute umana, animale e ambientale*. Editoriale Scientifica.
- Auby, J. B. (2021). La decisione pubblica tra scienza e crisi. *Istituzioni del Federalismo*, (4), 919-927.
- Barone, A. (2013). *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*. Cacucci.
- Barone, A. (2020). *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*. Osservatorio emergenza Covid-19. federalismi.it
- Bascherini, G. (2018). La doverosa solidarietà costituzionale e la relazione tra libertà e responsabilità. *Diritto Pubblico*, (2), 245-274.
- Cafagno, M. (2007). *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*. Giappichelli.
- Cafagno, M., D'Orsogna, M. y Fracchia, F. (2015). Nozione giuridica di ambiente e visione sistemica. En Urbani Ulivi. L. (Dir.), *Strutture di mondo. Il pensiero sistemico come specchio di una realtà complessa* (pp. 713-760). Il Mulino.
- Cartei, G. F. (Dir.). (2008). *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*. Il Mulino.
- Cassese, S. (2006). *Oltre lo Stato*. Laterza.
- Cassese, S. (2009). *Diritto amministrativo globale*. Einaudi.
- Cerri, A. (1989). Voce "Fedeltà (dovere di)". *Enciclopedia Giuridica*, XIV. Treccani.
- Del Corona, L. (2022). *Libertà della scienza e politica*. Giuffrè.
- Di Lascio, F. (2021). Il sistema nazionale di istruzione di fronte all'emergenza sanitaria. *federalismi.it*, (4), 90-117.
- Esposito, C. (1958). *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*. Giuffrè.
- Fracchia, F. (2009). *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*. Editoriale Scientifica.
- Fracchia, F. (2013). *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi, concetti, istituti*. Editoriale Scientifica.
- Fracchia, F. (2019). Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima? *Il Diritto Dell'Economia*, (3), 577-588.
- Fracchia, F. (2023). Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme. *Il Diritto Dell'Economia*, (2), 247-304.
- Fracchia, F. y Pantalone, P. (2022). *Decider(ci) per la morte: crisi, sostenibilità, energie rinnovabili e semplificazioni procedurali. Interpretare il presente con il paradigma delle relazioni intergenerazionali nutrite di solidarietà*. Editoriale Scientifica.
- Fracchia, F. y Vernile, S. (2022). Lo sviluppo sostenibile oltre il diritto ambientale. *Le Regioni*, (1-2), 15-45.
- Goisis, F. (2021). La giustizia amministrativa nell'emergenza pandemica, tra incisività dei poteri e self restraint. *Diritto Processuale Amministrativo*, (4), 853-871.
- Hart, H. (1961). *The concept of law*. Oxford University Press.
- Heyvaert, V. (2022). Governing Intersystemic Systemic Risks: Lessons from Covid and Climate Change. *The Modern Law Review*, 85(4), 938-967.

- Kalemi-Ozcan, S. (2012). AIDS Reversal of the Demographic Transition and Economic Development. Evidence from Africa. *Journal of Population Economics*, XXV(3), 871-897.
- Lawler, O. K., Allan, H. L., Baxte, P. W. J., Castagnino, R., Tor, M. C., Dann, L. E., Hungerford, J., Karmacharya, D., Lloyd, T. J., López-Jara, M. J., Massie, G. N., Novera J., Rogers, A. M., Kark, S. (2021). The Covid-19 pandemic is intricately linked to biodiversity loss and ecosystem health. *The Lancet Planetary Health*, 5(11), 840-850.
- Lombardi, G. (1968). Voce "Fedeltà" (dir. cost.). *Enciclopedia del Diritto*, XVII.
- Lombardi, P. (2021). La lotta alla corruzione come obiettivo di sviluppo sostenibile: nuove prospettive anche alla luce del PNRR. *federalismi.it*, (29), 215-230.
- Manziona, A. (2022). I giudici e la pandemia. *federalismi.it*, (12), 2-30.
- Mattarella, B. G. (2002). *Controllo della corruzione amministrativa e regole di etica pubblica*. *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1029-1053.
- Mazzamuto, M. (2022). Riflettendo sull'ordinanza n. 38/2022 del CGARS, 19 febbraio 2022. Il difetto di una visione d'insieme della vicenda pandemica. *Nuove Autonomie*, (n. speciale 1), 117-122.
- Morelli, A. (2007). Il dovere di fedeltà alla Repubblica. En Balduzzi, R., Cavino, M., Grosso, E. y Luther, J. (Dirs.), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*. *Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006* (pp. 140-205). Giappichelli.
- Morelli, A. (2013). *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*. Giuffrè.
- Pantalone, P. (2023). *La crisi pandemica dal punto di vista dei doveri. Diagnosi, prognosi e terapia dei problemi intergenerazionali secondo il diritto amministrativo*. Editoriale Scientifica.
- Pantalone, P. (2025). Crisi pandemica e paradigma delle responsabilità intergenerazionali. *Il diritto dell'economia*, 71(116), 89-115.
- Patroni Griffi, F. (12 de abril de 2021). *Il giudice amministrativo come giudice dell'emergenza*. Webinar Fondazione Occorsio. Giustizia Amministrativa.
- Quammen, D. (2017). *Spillover* (Trad. Civalleri). Adelphi.
- Rossi, G. (2014). Pubblico e privato nell'economia semiglobalizzata. L'impresa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione. En *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1-43.
- Salerno, G. M. (2019). La fedeltà alla Repubblica: alla ricerca dei caratteri essenziali. *Diritto costituzionale*, (2), 85-113.
- Sandulli, M. A. (21 de abril de 2021). *Il giudice amministrativo come giudice dell'emergenza*. Diritto e processo amministrativo.
- Simonati, A. (2022). Le Regioni alle prese con l'inclusione sociale: fenomenologia della terza dimensione della sostenibilità. *Le Regioni*, (1-2), 47-103.
- Thaler, R. H. y Sunstein, C. R. (2008). *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness*. Penguin Books.
- Valenti, V. (2013). *Diritto alla pensione e questione intergenerazionale. Modello costituzionale e decisioni politiche*. Giappichelli.
- Videtta, C. (2018). *Cultura e sviluppo sostenibile. Alla ricerca del IV pilastro*. Giappichelli.
- Violini, L. (Dir.). (2023). *One Health. Dal paradigma alle implicazioni giuridiche*. Giappichelli.
- Watts, S. J. (1997). *Epidemics and History: Disease, Power and Imperialism*. Yale University Press.
- Wu, X., Nethery, R. C., Sabath, M. B., Braun, D. y Dominici, F. (2020). Air pollution and COVID-19 mortality in the United States: Strengths and limitations of an ecological regression analysis. *Science advances*, 6(45), p.eabd4049.

Zito, A. (2021). *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*. Editoriale Scientifica.

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

La noción de *jurisdicción administrativa* en Agustín Gordillo. Breves reflexiones sobre las trampas de los falsos amigos y las virtudes de los amigos sinceros

The Notion of *Jurisdicción Administrativa* in Agustín Gordillo's Works. Brief Reflections about the Tricks of False Friends and the Virtues of Sincere Friends

Fabio Francario¹

Università degli Studi di Siena

Piergiuseppe Otranto²

Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Sumario

1. *Jurisdicción administrativa* falsos amigos y confusiones terminológicas. El aporte de Agustín Gordillo
2. La distinción entre función administrativa de resolución de conflictos y función jurisdiccional

-
- 1 Catedrático de Derecho Administrativo en el Departamento de Ciencias Políticas e Internacionales de la Universidad de Siena. Es autor de numerosas monografías y ensayos, ponente en congresos nacionales e internacionales y miembro de los comités directivos de revistas científicas de derecho administrativo y derecho procesal administrativo.
fabio.francario@unisi.it
<https://orcid.org/0000-0003-4670-3062>
 - 2 PhD en Derecho Público de la Economía. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Bari Aldo Moro. Es autor de tres monografías y de numerosos ensayos en revistas italianas y extranjeras. Ha sido ponente en congresos nacionales e internacionales sobre diversos temas de derecho administrativo sustantivo y procesal.
piergiuseppe.otranto@uniba.it
<https://orcid.org/0000-0003-4194-2339>

3. Buscando amigos sinceros. El *sistema de justicia administrativa* italiano: garantía de tutela jurisdiccional y *función administrativa judicial*

Recibido: 09/03/2026

Aceptado: 18/03/2026

<https://doi.org/10.26422/daec.2026.0100.fra>

Resumen

El artículo examina la noción de “jurisdicción administrativa” en la obra de Agustín Gordillo, identificando las confusiones terminológicas que, en el derecho argentino, genera esta expresión contradictoria. Se analiza la distinción fundamental entre la función administrativa de resolución de conflictos y la función jurisdiccional propia de órganos imparciales e independientes, demostrando que la Administración no puede ejercer verdadera jurisdicción sin que sea garantizada una revisión judicial plena. Finalmente, se propone adoptar del ordenamiento italiano la noción de *funzione amministrativa giustiziale* para superar las ambigüedades lingüísticas y conceptuales señaladas.

Palabras clave: resolución de conflictos, función jurisdiccional, función administrativa, jurisdicción administrativa.

Abstract

The essay examines the notion of “administrative jurisdiction” in the work of Agustín Gordillo, identifying the terminological confusions that this contradictory expression generates in Argentine law. It analyzes the fundamental distinction between the administrative function of conflict resolution and the jurisdictional function proper to impartial and independent bodies, demonstrating that the Administration cannot exercise true “jurisdiction” without guaranteeing full judicial review. Finally, it proposes adopting from the Italian legal system the notion of *funzione amministrativa giustiziale* to overcome the aforementioned linguistic and conceptual ambiguities.

Key words: conflict resolution, jurisdictional function, administrative function, administrative jurisdiction.

1. *Jurisdicción administrativa, falsos amigos y confusiones terminológicas.* El aporte de Agustín Gordillo

Como es sabido, en la jerga lingüística la expresión “falso amigo” indica una palabra (o una frase) que, en dos idiomas distintos, presenta una grafía o un sonido muy parecido, pero que tiene significado diferente a pesar de esa similitud morfológica o fonética.

Acudiendo a la jurisprudencia y a la doctrina argentinas, hemos encontrado varias reflexiones sobre la noción de *jurisdicción administrativa* y enseguida nos hemos preguntado: *jurisdicción administrativa* y *giurisdizione amministrativa* ¿son amigos sinceros o falsos?

Para contestar el interrogante, resulta prioritario esclarecer el significado que la locución *jurisdicción administrativa* tiene en el sistema argentino, para después compararlo con la (aparentemente) homóloga noción italiana de *giurisdizione amministrativa*.

La obra de Agustín Gordillo nos ayuda a resolver la primera parte del dilema, pues permite aclarar la noción de jurisdicción administrativa en el país latinoamericano.

En su estudio “Las funciones del poder”, Gordillo (2017) analiza el problema a partir del concepto orgánico-material de función jurisdiccional³ y de la consideración por la cual “en ciertos casos el Poder Ejecutivo está facultado por la ley para decidir con fuerza de verdad legal algunas controversias entre particulares, o entre ella misma y los particulares” (p. 12). En esos casos se habla frecuentemente de *jurisdicción administrativa*, aunque, en la opinión del autor, “lo que allí ocurre es sólo que la actividad desarrollada por el Poder Ejecutivo es *semejante*, materialmente, a la actividad jurisdiccional, sin tener en cambio igual régimen jurídico que ésta” (p. 12).⁴

Podemos decir, entonces, como punto de partida de nuestro razonamiento, que en el ordenamiento argentino la expresión *jurisdicción administrativa* indica la función ejercida por un aparato administrativo que resuelve controversias entre partes privadas o entre una parte pública y un particular.

Pero enseguida Gordillo (2017, p. 13) nos advierte que, en esos casos, la función ejercida por el Poder Ejecutivo no se puede considerar jurisdiccional *stricto sensu*, a juzgar por lo que disponen los arts. 18 y 109 de la Constitución argentina de 1994 y los arts. 8, inc. 1, y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Convención IDH).

El art. 18 de la carta argentina presenta relevancia en la parte donde establece que “es inviolable la defensa *en juicio* de la persona y de los derechos”.⁵

Por su parte, el art. 109 de la Constitución Nacional, en cuanto le prohíbe al Poder Ejecutivo “ejercer *funciones judiciales*, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”,⁶ presupone que existe una distinción entre funciones judiciales y funciones (confiadas al Poder Ejecutivo) administrativas (Gordillo, 2017, p. 35).

3 “Definimos entonces a la función jurisdiccional como ‘la decisión de controversias entre partes con fuerza de verdad legal, hecha por un órgano imparcial e independiente’. Esta definición comprende dos elementos: Uno material (u objetivo) que se refiere a lo que la función es en su contenido (decisión de controversias entre partes con fuerza de verdad legal) y uno orgánico (o subjetivo, formal), que se refiere al órgano o poder que realiza la función (los jueces, órganos imparciales e independientes)” (Gordillo, 2017, p. 15) (cursiva en el texto original).

4 La cursiva se encuentra en el texto original.

5 Cursivas agregadas. Cabe recordar que, a partir del caso *Fernández Arias* (1960), el recurso extraordinario ante la Corte Suprema contra un acto administrativo se aparta del concepto de “revisión judicial” previsto por el art. 18 de la Constitución. El recurso extraordinario, en efecto, no es un medio para controlar la legitimidad del acto en general, sino sólo su constitucionalidad, claro está, limitado por las restricciones legales y jurisprudenciales existentes. Cfr. CSJN, 19 de septiembre de 1960, fallo *Fernández Arias*, Fallos: 247:646.

6 Cursivas agregadas.

En esa dirección, es interesante también observar que “el *Poder Judicial* de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación” (art. 108 de la Constitución Nacional).⁷

La Constitución, entonces, garantiza el derecho de toda persona a accionar *en juicio* frente a órganos que pertenecen al *Poder Judicial*, sin que las correspondientes *funciones judiciales* puedan ser ejercidas por órganos del Poder Ejecutivo.

Así que, para el autor, bajo las reglas de los arts. 18 y 109 de la carta magna, sería inconstitucional atribuirle a la Administración la facultad de decidir controversias entre particulares en forma definitiva, sin que se prevea la posibilidad de que éstos recurran a la justicia. La actividad con la cual la Administración resuelve controversias, entonces, aunque se asemejen a la actividad jurisdiccional, no tiene el mismo régimen jurídico que ésta y, por lo tanto, no puede ser jurídicamente definida como *función jurisdiccional*.⁸

En el análisis de Gordillo (2017), el régimen jurídico de la función jurisdiccional solo se aplica a los actos que sean “materialmente jurisdiccionales” y que, al mismo tiempo, sean “realizados por órganos jurisdiccionales” (p. 14).

De sus enseñanzas se aprecian entonces dos elementos que caracterizan a la función jurisdiccional: uno material (u objetivo) y otro orgánico (o subjetivo).

Esto implica que con la sola presencia del elemento material (el decidir una contienda entre particulares con fuerza de verdad legal) no se puede decir que se esté desarrollando una actividad expresión de la *función jurisdiccional* ya que, para que esta última exista, se necesita que la decisión sea adoptada por un órgano imparcial e independiente.⁹

Pero Gordillo también nos advierte que la afirmación según la cual la Administración no ejerce facultades jurisdiccionales no es pacífica en Argentina; esto, a raíz de diferencias que parecen, por lo general, más lexicales que de fondo. Lo cual vuelve a complicar el discurso sobre la noción de *jurisdicción administrativa*.

Enseguida, el autor se aparta de una disputa de tipo terminológico para enfocarse en la esencia del problema: la cuestión reside en saber si existe algún ámbito de la Administración cuya revisión judicial resulte excluida o limitada por alguna razón;

7 Cursivas agregadas.

8 En *contra*, Bielsa (1950), para el cual el Poder Ejecutivo tiene “funciones jurisdiccionales y no judiciales, porque éstas se las prohíbe la Constitución (art. 95.)” (p. 321). A propósito, Gordillo (2012) advierte que “las disidencias son tal vez más de tipo terminológico que de fondo; y una forma de evitarlas es tal vez la de distinguir entre el concepto *material* y el total o mixto de función jurisdiccional” (p. 7, nota 16) (cursivas en el original).

9 “Concluimos así en que la administración activa, organizada jerárquicamente o a través de entes descentralizados con igual jerarquía interna, no ejerce en ningún caso función jurisdiccional, en tanto no se instituyan en el sistema tribunales administrativos realmente imparciales e independientes” (Gordillo, 2017, p. 14).

en otras palabras, si existe alguna decisión —expresión de la función administrativa de solución de disputas— que no esté sujeta a revisión por parte de un juez independiente e imparcial.

La respuesta al interrogante es negativa. Para Gordillo (2017, p. 17), aun cuando la Administración haya adoptado actos mediante los cuales resolvió disputas, también ellos resultan merecedores de una revisión judicial que sea suficiente, adecuada y sin limitaciones.

Dentro de esta concepción, existen en doctrina y jurisprudencia dos posturas que, de todos modos, parecen fundamentadas en cuestiones más lexicales que sustanciales. Por un lado, hay quienes niegan totalmente que pueda existir una actividad jurisdiccional de la Administración; por el otro, una parte de la doctrina afirma que, si bien existe una actividad jurisdiccional de la Administración, esa actividad no justifica una limitación o exclusión de la revisión judicial.

A pesar de las disputas lexicales, los artículos 18 y 109 de la Constitución argentina parecen impedir que la Administración pudiera ejercer actividad jurisdiccional que excluya o limite el control de los jueces.

Pero ese “criterio clásico” —que Gordillo (2017) fundamenta acudiendo a autorizados estudios de la doctrina argentina—¹⁰ “cedió ante la presión cesarista de los últimos gobiernos de facto y también de algunos elegidos democráticamente” (p. 17), ya que se han introducido en el ordenamiento argentino leyes que, con el aval de la Corte Suprema, le otorgan facultades (aparentemente) jurisdiccionales a la Administración.

Y en este pasaje encontramos un importante eje del pensamiento del autor, quien, analizando el problema estrictamente jurídico a la luz de la situación política e histórica de su país, concluye que “cada sentencia judicial que limita su propio control de un supuesto ‘acto administrativo jurisdiccional’ es (...) pilar del cesarismo autocrático del que tradicionalmente padecemos” (Gordillo, 2017, p. 17, nota 5).

De hecho, buena parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema había (aparentemente) admitido la constitucionalidad del otorgamiento de funciones jurisdiccionales a la Administración, aunque el fallo *Ángel Estrada* en 2005 modificó radicalmente esa interpretación.¹¹

Observa Gordillo (2017) que los casos en los que la Corte federal había negado la revisión judicial de una (así llamada) decisión “jurisdiccional administrativa” eran excepcionales, a punto tal de poder considerarlos “inexistentes a los efectos prácticos” (p. 19, nota 62).¹²

10 El autor hace referencia, entre otros, a Argañarás (1955, p. 51 y ss.) y a Bullrich (1929, p. 80 y ss.).

11 CSJN, 5 de abril de 2005, fallo *Ángel Estrada*, Fallos: 328:651. Sobre el fallo, ver Gordillo (2005) y otros trabajos en ese mismo número especial.

12 Sobre esa jurisprudencia, véase Monti (2005, p. 1130).

Con la constante tensión hacia un análisis de los fenómenos jurídicos que tenga en cuenta los equilibrios de la sociedad y con el pragmatismo propio de su método, Gordillo nos advierte cómo el tema de la jurisdicción administrativa tiene relevantes consecuencias prácticas.

En efecto, la circunstancia de aceptar que la Administración pueda ejercer una actividad jurisdiccional podría llevar a considerar legítima la limitación o la exclusión de la revisión judicial de esa actividad.¹³ Por el contrario, rechazar tal perspectiva fortalecería la necesidad de una revisión jurisdiccional posterior que sea plena y que no sufra ningún tipo de limitación.

Y esta es la tesis que el autor sostiene: la Administración, como principio general, no puede ejercer atribuciones jurisdiccionales propiamente dichas. Cuando la ley lo admite, contra los actos (administrativos) que son expresión de (la así llamada) *jurisdicción administrativa*, el legislador contempla un remedio ante la justicia, al que llama “recurso de apelación”. En esos casos, dice Gordillo, la noción de “recurso” habrá que interpretarla de acuerdo con la Constitución, es decir, como “acción” jurisdiccional y no como medio de apelación de un acto administrativo que —por más que defina una contienda— sigue teniendo naturaleza *no jurisdiccional*.

Ya en *Fernández Arias*¹⁴ la Corte federal había dicho que un sistema de protección de los derechos del particular garantiza un control judicial conforme al art. 18 de la Constitución Nacional cuando les reconoce a los litigantes el derecho de interponer recurso ante órganos del poder jurisdiccional (que en Argentina sería el juez ordinario)¹⁵ para la discusión tanto del derecho cuanto de los hechos controvertidos, salvo el caso en el que, existiendo opción legal, los interesados elijan la vía administrativa (por medio de “tribunales administrativos”), privándose voluntariamente de la judicial.

13 “En el planteamiento más extremo de la cuestión, otorgar atribuciones jurisdiccionales a la administración significa no dar al particular afectado acción judicial posterior para atacar la decisión administrativa y reconocerle, tan sólo, el recurso extraordinario ante la Corte Suprema, en los casos de inconstitucionalidad y tal como ocurre con respecto a todas las sentencias judiciales definitivas (...) En un planteo menos extremo, pero de igual orientación, el reconocimiento de atribuciones jurisdiccionales a la administración implica la limitación o reducción de la revisión judicial, pero sin llevar exclusivamente al recurso extraordinario” (Gordillo, 2017, p. 21).

14 Fallos: 247:646, 1960.

15 Y acá los juristas italianos se encuentran con otro “falso amigo” del idioma español: en el ordenamiento italiano, el “juez ordinario” (también llamado “juez civil”) es el que tiene jurisdicción sobre la lesión de derechos subjetivos, aun cuando el derecho haya sido afectado por un acto o una conducta de una Administración pública (art. 113 de la Constitución); por el contrario, el “juez administrativo” (que está integrado por los “tribunales administrativos regionales” y por el Consejo de Estado) tiene jurisdicción en todo caso de lesión de un interés legítimo (y, solo en algunas materias establecidas por ley, de un derecho subjetivo) del particular (arts. 103 y 113 de la Constitución). En cambio, en el derecho argentino, el “juez ordinario” es el que ejerce función jurisdiccional, mientras que los llamados “tribunales administrativos” son órganos de la Administración pública que no pertenecen al Poder Judicial, aun cuando ejerzan la función de resolver litigios (*jurisdicción administrativa*).

Pero recuerda Gordillo (2017) que la Corte, en el considerando 12 del fallo *Ángel Estrada*, no negó la posibilidad de que existan organismos de la Administración dotados de jurisdicción, siempre, claro está, que ellos

hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente. (p. 27)

Entonces, el sistema tutelar se presentaría compatible con la Constitución federal si fuera integrado por “tribunales” administrativos imparciales e independientes,¹⁶ cuya decisión —que mantiene naturaleza de decisión administrativa sin llegar a poder ser considerada como decisión jurisdiccional— esté sujeta a control (¡esto sí!) judicial, suficiente y adecuado.

El objetivo del autor no es hallar una definición de “función jurisdiccional”, sino indagar si resulta legítimo limitar la revisión judicial de los actos administrativos adoptados en un supuesto “ejercicio administrativo de actividad jurisdiccional”.

La pregunta que cabe responder es: ¿puede la Administración legítimamente ejercer atribuciones de tal característica resultando constitucionalmente legítima una limitación o una exclusión de una revisión judicial suficiente?

Observa Gordillo que el sistemático rechazo por parte de la Corte Suprema de recursos extraordinarios contra actos administrativos decisorios —fundamentado en que en las situaciones consideradas no existía ejercicio (administrativo) de funciones jurisdiccionales— demuestra que, en realidad, la protección de los derechos del particular brindada por la decisión administrativa no cumplía con los requisitos de la tutela jurisdiccional plena y de un control judicial suficiente.¹⁷

El autor, mediante el análisis de la jurisprudencia de la Corte federal, ha aclarado que la garantía constitucional de la defensa en juicio de la persona y de sus derechos exige que el particular tenga tanto la acción judicial ordinaria (contra el acto administrativo) como también el recurso extraordinario a la CSJN (contra la sentencia definitiva que dicte el juez). Aun cuando hizo lugar a un recurso extraordinario contra una decisión administrativa que resultaba irrevisable judicialmente, la Corte en realidad lo hizo para declarar que dicha irreversibilidad era violatoria del art. 18

16 Sobre el rol de tribunales administrativos en la organización de la función administrativa, ver Gordillo (2005, pp. 955 y ss., 2009, pp. 699 y ss.).

17 Es del caso recordar, en el sentido dispuesto por el art. 14 de la Ley 48, que el recurso extraordinario ante la Corte Suprema resulta admisible solo contra sentencias definitivas dictadas por los Superiores Tribunales de provincia y tiene por finalidad principal asegurar la supremacía de la Constitución nacional y la preeminencia del orden federal.

de la Constitución, pues le desconocía al particular su derecho a la defensa en juicio (Gordillo, 2017, pp. 29-32).¹⁸

También por esto nos permitimos observar —coincidiendo con lo expresado por el maestro argentino— que la noción de *jurisdicción administrativa* (o *función jurisdiccional* de la Administración) no es precisa y que solo genera confusión.

La expresión *jurisdicción administrativa*, de hecho, implica una contradicción, ya que, si hay jurisdicción, no hay Administración, y si se pretende aclarar que indica una “‘jurisdicción sobre materia administrativa’, hay una impropiedad lingüística” (Gordillo, 2017, p. 35).

Por una parte, “hablar de *jurisdicción judicial* es una redundancia (pues *judicial* significa lo relativo a la judicatura, esto es, a los jueces: Los órganos que ejercen la función jurisdiccional; luego, y según ya vimos, la jurisdicción es siempre judicial)”; por otro lado, hacer referencias a la noción de *jurisdicción administrativa* es “una contradicción (pues si hay jurisdicción no hay administración, y viceversa)” (Gordillo, 2012, pp. 4 y ss.).¹⁹

Pero si con la noción de *jurisdicción administrativa* queremos referirnos a la actividad de protección de los derechos brindada por los jueces frente a las actuaciones y a los actos de la Administración pública, es necesario hacer alguna aclaración para no incurrir en la mencionada “impropiedad lingüística”.

Si la función jurisdiccional es aquella reservada a los jueces —y que consiste en la decisión definitiva con fuerza de verdad legal en controversias entre partes—, cuando hacemos referencia a la protección brindada por el juez ordinario en favor del particular contra actos o actuaciones de la Administración pública, deberíamos más bien hablar de *jurisdicción sobre materia administrativa*. Claro está que, al opuesto, en ese caso puede generar confusión recurrir a la noción de *jurisdicción administrativa*, ya que esta última muchas veces se utiliza para indicar la función de resolución de controversias confiada a la Administración.

Puede ser esta la razón por la que, en determinadas jurisdicciones argentinas, y a la usanza del viejo derecho español,²⁰ la jurisdicción ordinaria especializada en

18 Cfr. CSJN, 24 de febrero de 1961, fallo *Montagna*, en Fallos: 249:181, 1961.

19 Cfr. también Gordillo (2017), donde se observa: “Si hacemos la dicotomía ‘jurisdicción judicial’ y ‘jurisdicción administrativa’, ello no sólo implicará una contradicción lógica insuperable, sino que será otro de los términos que arrojará siempre dudas innecesarias sobre la naturaleza de la revisión judicial. Si, a pesar de todo, leemos en los fallos una mención a tales supuestas ‘facultades jurisdiccionales de la administración’, tendremos que hacerlo con la reserva mental de que *no se confunden ni sustituyen a la función propia de los jueces*; no se trata de especies de un mismo género, ni son intercambiables; *la necesaria intervención judicial* exigida por la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con la Constitución, *no se salva con la intervención de un organismo administrativo*, llámense como se llamen las atribuciones que en el caso ejerza” (p. 37) (cursivas en el original).

20 La inspiración en el derecho español del derecho procesal administrativo argentino ha sido señalada, entre otros, por Bielsa (1954).

juzgar el ejercicio de la función administrativa sea reconocida como *jurisdicción contencioso-administrativa*.²¹

Para aclarar las dudas conceptuales que parecen generarse de las ya reclamadas confusiones terminológicas, quizás la actividad mediante la cual la Administración resuelve controversias (y que, según Gordillo, solo se asemeja a la actividad jurisdiccional) podría más claramente considerarse expresión de una función *cuasi jurisdiccional* o *para jurisdiccional*.

2. La distinción entre función administrativa de resolución de conflictos y función jurisdiccional

La distinción entre la protección dispensada al particular en sede administrativa y jurisdiccional a consecuencia de actos o hechos administrativos que lo afectan está explicada, por ejemplo, en las palabras que Gordillo (2016) les dedica a los recursos administrativos, es decir, a los remedios impugnativos que se presentan ante las autoridades administrativas.²²

Tal distinción está claramente explicada por el autor (Gordillo, 2016, pp. 183-193) a través de algunas diferencias que existen entre los recursos jurisdiccionales y administrativos, por ejemplo, en cuanto a:

1. “autoridad que los decide” (p. 183);²³
2. “función que ejerce el que los decide” (p. 184);²⁴
3. “carácter en que actúa quien decide” (p. 185);²⁵

21 Cfr., *ex multis*, Andreozzi (1947) y Argañarás (1955).

22 Observa el autor: “Los recursos existentes contra la actividad administrativa se dividen pues en *a*) administrativos y *b*) judiciales (que a su vez cabe distinguir según sean acciones o ‘recursos directos’ y que pueden ser más o menos amplios según los distintos códigos procesal administrativos o ‘contenciosoadministrativos’). Los primeros se tramitan ante las autoridades administrativas (o autoridades no administrativas pero que ejerzan función administrativa); los segundos son los que se tramitan ante un tribunal de justicia, imparcial e independiente según el sistema constitucional argentino” (Gordillo, 2016, p. 180).

23 “En el caso del recurso jurisdiccional, la autoridad que resuelve es un juez unipersonal o un tribunal colegiado, pero siempre imparcial e independiente, un tercero desinteresado del proceso. En el recurso administrativo, quien resuelve es en principio un funcionario administrativo, aunque esto admite excepción en el caso de las actividades administrativas de la Justicia y del Congreso” (Gordillo, 2016, p. 183).

24 “En el recurso o acción jurisdiccional, el tribunal ejerce función jurisdiccional. En el administrativo, su resolución implica ejercicio de función administrativa, sea administrador, juez o legislador quien decide” (Gordillo, 2016, p. 184).

25 El que decide puede ser tercero imparcial ajeno a la contienda (en los recursos jurisdiccionales); o “parte” —en sentido amplio— de la contienda en cuanto órgano estructurado jerárquicamente en el marco de la administración, con consecuente falta de autonomía e independencia (en los recursos administrativos).

4. “extensión del control ejercido y legitimación” (p. 186);²⁶
5. “facultades procedimentales del órgano decidente” (p. 187);²⁷
6. “naturaleza del acto que decide el recurso”: sentencia (cautelar o definitiva) o acto administrativo (p. 188);
7. “estabilidad de la decisión” (p. 188);²⁸
8. “congruencia con los precedentes” (p. 189);
9. “recurribilidad de la decisión” (p. 189);²⁹
10. “unidad de acción, pluralidad de recursos” (p. 189);
11. “onerosidad o gratuidad” (respectivamente de los recursos jurisdiccionales o administrativos) (p. 191);
12. “intervención profesional requerida”, necesaria solo en las acciones judiciales (p. 191);
13. “dirección del proceso y del procedimiento”, más eficaz en el proceso —donde está en las manos de los jueces— que en el procedimiento (p. 192).

Una de las conclusiones a las que llega Gordillo (2017), entonces, es que “no es constitucional que la Administración, constituida por órganos estructurados jerárquicamente y *parte* en la contienda que resuelve, pueda decidir con atribución ‘jurisdiccional’ *irrevisable judicialmente salvo recurso extraordinario*, una determinada cuestión” (p. 36).³⁰

Pero dicha conclusión no termina de ser del todo clara, por cuanto se refiere a las contiendas en las que la Administración es “*parte*” (lo que implica falta de imparcialidad e independencia del órgano administrativo que decide), dejando abierta la puerta a un interrogante: cuando la Administración no es *parte* de la contienda y

26 En el caso de los recursos administrativos, “el control es de legitimidad y considera objetivamente la conformidad a todo el orden jurídico, incluso cuando no afecta los derechos del individuo o éste no los ha reclamado. Es también control de oportunidad”. En los recursos jurisdiccionales, “el control es sólo de legitimidad y tradicionalmente está destinado a restablecer el ordenamiento jurídico violado en cuanto infringe los derechos del individuo afectado y éste los ha reclamado; pero debe tenerse presente que esto se encuentra en vías de cambio” (Gordillo, 2016, p. 186), según perspectivas que recuerdan la temática de la relación entre juicio administrativo y protección del derecho objetivo.

27 Prevalencia del principio dispositivo en el proceso y, a lo opuesto, de la actuación de oficio en los procedimientos administrativos que conducen a la decisión de un recurso administrativo.

28 La sentencia del juez es vinculante para la administración, mientras que, en consecuencia de la decisión del recurso administrativo, “la administración sólo está parcialmente limitada y puede en ciertos casos pedir judicialmente su anulación en la acción de lesividad” (Gordillo, 2016, p. 188).

29 “La decisión del recurso administrativo, que como dijimos constituye un acto administrativo, es a su vez impugnabile por nuevos recursos administrativos y acciones jurisdiccionales. La decisión de la acción judicial, en cambio, sólo es susceptible de ser impugnada por otros recursos judiciales en el orden interno y luego por los remedios internacionales, tales como la Comisión IDH y la Corte IDH” (Gordillo, 2016, p. 189).

30 Cursivas en el original.

ejerce una función de resolución de conflictos, ¿se puede considerar que desenvuelve una *función jurisdiccional*?

La respuesta es negativa por las razones funcionales y estructurales a las que ya nos hemos referido.

Pero en sí, el hecho de que surjan dudas sobre la naturaleza de la función que la Administración ejerce cuando resuelve conflictos — a pesar de ser efecto de la ya reclamada impropiedad lingüística — nos motiva a hacer alguna referencia, aunque sea somera, a la experiencia italiana, tanto en el plano jurídico cuanto en el plano lingüístico y semántico.

3. Buscando amigos sinceros. El sistema de justicia administrativa italiano: garantía de tutela jurisdiccional y función administrativa judicial

Ya es sabido que la resolución de los conflictos mediante la aplicación de normas jurídicas es uno de los factores que, en la perspectiva de la teoría institucional,³¹ dan origen a un ordenamiento jurídico.

En el ordenamiento italiano, la Constitución (aprobada el 22 de diciembre de 1947) garantiza el derecho inviolable de accionar “en juicio” (arts. 24 y 113), frente al “juez natural previamente constituido por ley” (art. 25), que solo a la ley está sujeto (art. 101) y quien en nombre del pueblo — a quien pertenece la soberanía (art. 1) — ofrece justicia según las reglas del debido proceso (art. 111).

Desde el momento en que brinda la garantía del derecho a la acción jurisdiccional, la Constitución no excluye la posibilidad de que otros sujetos del ordenamiento puedan desenvolver esa función de resolver conflictos que es propia del poder jurisdiccional (y que originariamente era “monopolio” del Estado), siempre y cuando no se limite la tutela jurisdiccional.

Resulta pacífico en Italia, desde hace ya muchos años, que “justicia” y “jurisdicción” son palabras que indican conceptos distintos: la primera se refiere a la justa solución del conflicto; la segunda indica la función propia de jueces necesariamente independientes e imparciales: brindar justicia según la ley.

Esto implica que puede haber justicia por fuera de la jurisdicción y, de hecho, se está dando una verdadera “fuga de la jurisdicción” en la búsqueda de justicia. Es por esto que se habla de “justicia no jurisdiccional” o, en época más reciente, de “de-jurisdiccionalización”³² de la justicia.

31 Nos referimos acá a los estudios de Santi Romano, especialmente a *L'ordinamento giuridico*, publicado en 1917-1918, y después, con algunas notas, en 1946. También Calamandrei (1928, pp. 1 y ss.) identificaba como premisa sociológica de todo ordenamiento jurídico el interés colectivo a la composición de conflictos entre intereses individuales.

32 El “nacimiento” de esta nueva palabra — que aún no figura en la mayoría de los diccionarios de

En cuanto atañe a las controversias con la Administración pública, el art. 113 de la Constitución prevé la garantía de protección *jurisdiccional* contra todo acto de la Administración (inciso 1), sin excepción o limitación alguna (inciso 2), y establece que solo la ley puede fijar cuál órgano del poder jurisdiccional puede anular los actos de la Administración (inciso 3).³³

La garantía constitucional de la tutela jurisdiccional contra los actos de la Administración también se deduce del art. 24 de la Constitución italiana, que garantiza la acción *en juicio* para la protección no solo de los derechos subjetivos, sino también de la posición jurídica subjetiva propia del particular que se enfrenta con el poder de la Administración: el interés legítimo.³⁴ Por otro lado, el art. 103 aclara que el Consejo de Estado y otros órganos de justicia administrativa tienen *jurisdicción* para la protección de los intereses legítimos, y en algunos casos también de los derechos subjetivos, frente a la Administración pública.³⁵

Así que, en el ordenamiento italiano contemporáneo, existe una garantía de rango constitucional por la que debe siempre asegurarse al particular y, ante órganos que pertenecen al poder jurisdiccional, su protección contra todo acto administrativo.

Pero para entender el sistema contemporáneo, es necesario recordar que, en relación con las controversias con la Administración pública, históricamente la justicia no jurisdiccional anticipó la protección jurisdiccional de los intereses legítimos del particular.³⁶

En el Reino piamontés, ya desde 1831 el Consejo de Estado contribuía como órgano consultor del soberano (y puesto a sus directas dependencias) con el dictado de

lengua italiana, pero sí se encuentra en leyes recientes y en reflexiones doctrinarias— demuestra (una vez más) la necesidad de distinguir *justicia* y *jurisdicción*. Sobre la “dejurisdiccionalización” de los conflictos, cfr. Otranto (2023, pp. 21 y ss.).

33 Art. 113: “1. Contra todo acto de la administración pública siempre se dará *protección jurisdiccional* de derechos e intereses legítimos ante los órganos de *jurisdicción* ordinaria o administrativa”.

2. Esta *protección jurisdiccional* no puede excluirse ni limitarse a medios particulares de impugnación o para determinadas categorías de actos.

3. La ley determina qué órganos de *jurisdicción* pueden anular los actos de la administración pública en los casos y con los efectos previstos por la propia ley” (cursivas agregadas).

34 Art. 24, inciso 1: “Todos pueden actuar en juicio para proteger sus derechos e intereses legítimos”. En la doctrina italiana, sobre el interés legítimo, ver por lo menos Scoca (2017).

35 Art. 103, inciso 1: “El Consejo de Estado y los demás órganos de *justicia administrativa* tienen *jurisdicción* para la protección de los intereses legítimos frente a la administración pública y, en particulares materias establecidas por ley, también de los derechos subjetivos” (cursivas agregadas).

36 La Ley 2248, de 20 de marzo 1865, anexo E, determinó: i) la abolición de los tribunales especiales de contencioso administrativo que existían en los distintos Estados antes de la unificación del Reino de Italia (1861); ii) la devolución al “juez ordinario” de la competencia sobre la lesión de un “derecho civil o político” en consecuencia de actos de la administración pública; iii) la atribución de competencia a las “autoridades administrativas” sobre la totalidad de los “otros asuntos”.

opiniones sobre distintos asuntos. Pero fue a partir del 1859³⁷ que se legalizó su rol de ofrecer justicia, en cuanto órgano cuya opinión el rey debía adquirir al resolver los “recursos extraordinarios” que, como ya ocurría en los estados absolutos, los súbditos podían presentar en vía de “gracia y de justicia” al soberano.³⁸

En el nuevo Reino de Italia (1861), muy pronto se advirtió la necesidad de instituir una “verdadera magistratura”, un juez imparcial e independiente que pudiera brindarle protección al ciudadano frente a los posibles abusos del Poder Ejecutivo (Spaventa, 1880) y, por esto, se instituyó una nueva sección Consejo de Estado (la cuarta)³⁹ con una función (por primera vez) claramente jurisdiccional.

Esta doble función del Consejo de Estado —consultiva y jurisdiccional— está hoy expresamente receptada en la Constitución. Por un lado, el art. 100 —ubicado en el título III de la Carta, dedicado al gobierno, sección III, alusiva a los “órganos auxiliares” — aclara que “el Consejo de Estado es órgano de asesoramiento jurídico administrativo y de *protección de la justicia adentro de la administración*”;⁴⁰ por otro lado, como ya vimos, el art. 103 —en el título IV dedicado a la magistratura, sección I, “ordenamiento jurisdiccional” — establece que “el Consejo de Estado y los demás órganos de *justicia administrativa* tienen *jurisdicción* para la protección de los intereses legítimos frente a la administración pública y, en particulares materias establecidas por ley, también de los derechos subjetivos”.⁴¹

La “justicia administrativa” se compone, entonces, sea de remedios administrativos (recursos administrativos), que son opcionales y se dirigen a órganos administrativos (como en el caso del recurso jerárquico, dirigido a la autoridad superior de la organización), sea de la necesaria e irreductible tutela jurisdiccional, frente a órganos que pertenecen al Poder Judicial y que están sujetos únicamente a la ley.

La actividad desarrollada por órganos de la Administración pública en la solución de conflictos es claramente actividad administrativa y es expresión de una función que se denomina *funzione amministrativa giustiziale* (función administrativa justicial) (Calabró, 2012; Caputi Jambrenghi, 1991).

En esta, el órgano administrativo actúa exclusivamente para resolver el conflicto aplicando la ley (sin desbordar en actividad de Administración activa) y tiene la obligación de resolver el recurso en el respeto del contradictorio entre las partes y del principio dispositivo.

En Italia, con la noción de *función amministrativa justicial* parece disolverse la po-

37 Hacemos acá referencia a la Ley 3707, de 30 de octubre 1859.

38 Para una reconstrucción histórica del recurso extraordinario en el ordenamiento italiano, cfr. Consejo de Estado, sección I, opinión del 16 de julio de 2014, n. 2553. En la doctrina, *ex multis*, cfr. Romano (1932, pp. 1 ss.), Melis (2014) y las referencias bibliográficas allí citadas.

39 Ley 5992, de 31 de marzo de 1889.

40 Cursivas agregadas.

41 Cursivas agregadas.

sible confusión con respecto a la *función jurisdiccional* confiada a órganos judiciales (y no administrativos) autónomos e independientes: *función administrativa justicial* y *función jurisdiccional* son funciones distintas que, juntas, componen el *sistema de justicia administrativa*.

La locución *jurisdicción administrativa* indica en el ordenamiento (y en el idioma) italiano solo el ámbito de la competencia jurisdiccional del así llamado “juez administrativo” (Consejo de Estado y otros órganos jurisdiccionales) que resuelve controversias en relación con la lesión de intereses legítimos y, excepcionalmente (en algunas materias establecidas por ley), de derechos subjetivos.

La *jurisdicción administrativa*, entonces, es propia solo de los jueces (mejor dicho, de algunos jueces: Consejo de Estado y otros órganos jurisdiccionales establecidos por ley), mientras que, cuando órganos administrativos brindan justicia, se debe hablar propiamente de *función administrativa justicial* y no de *jurisdicción administrativa*.

Recurriendo a palabras y locuciones distintas, la doctrina italiana parece haber evitado la confusión determinada por la “impropiedad lingüística” denunciada por Gordillo.

Pero gracias a la límpida enseñanza del desaparecido maestro, podemos aclarar que también en el ordenamiento argentino no se puede propiamente hablar de *jurisdicción administrativa* (confiada a la Administración pública) o de *función administrativa jurisdiccional*.

Puede ser, quizás, propicio el momento para “pedir prestada”, de la experiencia italiana, la noción de *función administrativa justicial* y de superar juntos como verdaderos amigos — como lo son realmente los juristas argentinos e italianos— las trampas en las que, a veces, nos atraen los falsos amigos.

Bibliografía

- Andreozzi, M. (1947). *La materia contenciosoadministrativa*. TEA.
- Argañarás, M. J. (1955). *Tratado de lo contencioso-administrativo*. Tipográfica Editora Argentina.
- Bielsa, R. (1950). *Estudios de Derecho Público* (Tomo I). Depalma.
- Bielsa, R. (1954). *Sobre lo contencioso administrativo*. Depalma.
- Bullrich, R. (1929). *Curso de derecho administrativo* (Tomo I). Biblioteca Jurídica Argentina.
- Calabrò, M. (2012). *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*. Giappichelli.
- Calamandrei, P. (1928). Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti. *Rivista di diritto processuale civile*.
- Caputi Jambrenghi, V. (1991). *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*. Giuffrè.
- Gordillo, A. (2005). Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa. En *Organización administrativa, función pública y dominio público* (pp. 955-962). Ediciones Rap.

- Gordillo, A. (2009). Administrative procedure reform: The experience of the americas. *European Review of Public Law*, 21(2), 699-728.
- Gordillo, A. (2016 [1962]). Introducción al Derecho administrativo. En *Tratado de Derecho administrativo y obras selectas*. Fundación de Derecho Administrativo.
- Gordillo, A. (2016 [1964]). Los recursos administrativos. En *Tratado de Derecho administrativo y obras selectas. Tomo 4. El procedimiento administrativo*. Fundación de Derecho Administrativo.
- Gordillo, A. (2017 [1974]). Las funciones del poder. En *Tratado de Derecho administrativo y obras selectas, tomo 1, Parte general*. Fundación de Derecho Administrativo.
- Melis, G. (2014). Voce "Consiglio di Stato". *Treccani online*. <https://www.treccani.it/enciclopedia/ricerca/Consiglio%20di%20Stato/?search=Consiglio%20di%20Stato>
- Monti, L. (2005). El ejercicio de funciones jurisdiccionales por organismos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema (sistematización de jurisprudencia vinculada con el caso Ángel Estrada). *Jurisprudencia Argentina*, 2005-III.
- Otranto, P. (2023). *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico. L'esperienza dei dispute boards e del collegio consultivo tecnico*. Editoriale Scientifica.
- Romano S. (1917-1918). *L'ordinamento giuridico*.
- Romano, S. (1932). *La funzione e i caratteri del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario* (Vol. I). Istituto poligrafico dello Stato.
- Scoca, F.G. (2017). *L'interesse legittimo. Storia e teoria*. Giappichelli.
- Spaventa, S. (1880). *Giustizia nell'amministrazione*.

Roles de autoría y conflicto de intereses

Los autores manifiestan haber cumplido los siguientes roles de autoría: **Otranto, P.**: escritura, revisión y edición del párrafo 1; **Francario, F.**: escritura, revisión y edición de los párrafos 2 y 3. Ambos autores contribuyeron en la concepción de la idea, el diseño del estudio, el proceso de investigación, la recolección, el análisis e interpretación de los datos y la redacción del artículo.

Los autores declaran no poseer conflicto de interés alguno.

¿Aplica la regla *interpretatio contra proferentem* al contrato público?¹

Does the *Interpretatio Contra Proferentem* Rule Apply to Public Contracts?

Jorge I. Muratorio²

Universidad Austral

Sumario

1. La interpretación contractual y el contrato de adhesión
2. El contrato público y su régimen jurídico
3. La regla *contra proferentem* en nuestro derecho
 - 3.1 Contratos de adhesión y codificación civil y comercial
 - 3.2 Contratos administrativos y carga agravada del oferente
 - 3.3 Tipología contractual e interés público
4. Interés público, buena fe y deberes recíprocos
5. Conclusiones

Recibido: 07/04/2026

Aceptado: 09/04/2026

<https://doi.org/10.26422/daec.2026.0100.mur>

Resumen

El trabajo examina la aplicabilidad de la regla *interpretatio contra proferentem* en la contratación pública, tradicionalmente asociada a los contratos de adhesión del derecho privado. Si bien

1 Este artículo se encuentra publicado digitalmente en las páginas webs del Observatorio de la Contratación Pública de la Universidad Austral (<https://tinyurl.com/2sv5z4w5>) y del Centro de Información Jurídica (CIJUR) del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires (<https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/15296>).

2 Abogado por la Universidad Nacional de Buenos Aires. Magíster profesional en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Socio del Estudio O'Farrell. Director del Observatorio de la Contratación Pública de la Universidad Austral.
muratorioj@eof.com.ar

dicha regla encuentra similitudes con el modo en el que se estructuran los contratos públicos —frecuentemente basados en condiciones y cláusulas predispuestas por la Administración, no negociables y aceptadas por el oferente en el marco del sistema de contrataciones vigente—, la presencia de prerrogativas administrativas y la orientación necesaria a la satisfacción del interés público impiden su aplicación automática. A partir del análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial, se sostiene que su operatividad debe ser ponderada atendiendo al tipo contractual y a la intensidad del interés público comprometido. Se concluye que la regla no es ajena al contrato público, pero exige una hermenéutica prudente, compatible con la buena fe, la seguridad jurídica y la buena administración.

Palabras clave: contratación pública, interpretación contractual, regla *contra proferentem*, contratos de adhesión, interés público.

Abstract

This paper examines the applicability of the *interpretatio contra proferentem* rule in public procurement, a doctrine traditionally associated with contracts of adhesion in private law. Although the rule finds certain structural similarities in public contracts—which are frequently based on standard terms and conditions unilaterally drafted by the Administration, non-negotiable, and accepted by bidders within the framework of the applicable procurement system—the existence of administrative prerogatives and the necessary orientation toward the pursuit of the public interest preclude its automatic application. On the basis of a normative, doctrinal, and jurisprudential analysis, the paper argues that the rule’s operability must be assessed in light of the type of contract involved and the intensity of the public interest at stake. It concludes that the rule is not alien to public contracts, but requires a cautious hermeneutic approach consistent with good faith, legal certainty, and good administration.

Key words: public contracts, public procurement, contract interpretation, *interpretatio contra proferentem*, contracts of adhesion, public interest.

1. La interpretación contractual y el contrato de adhesión

La correcta interpretación de los diversos contratos celebrados por la Administración pública —administrativos, interadministrativos o regidos en parte por el derecho privado, todos ellos, “los contratos públicos” — constituye un elemento esencial para su adecuada ejecución y para la satisfacción de los fines públicos comprometidos en cada caso (Muratorio, 2025a). Determinar el verdadero sentido y alcance de lo convenido exige atender el íntegro texto contractual, la voluntad de las partes (relativizada en los contratos administrativos), el marco normativo aplicable (fundamentalmente la integración con el sistema de contrataciones públicas y normativa complementaria) y, especialmente, el interés público que justifica la contratación

estatal (Muratorio, 2025b). Así se establecerá el sentido de cada proposición jurídica, que es una creación decisional que conforma el contrato público.³

Por su parte, en materia contractual en general, la regla *contra proferentem* tiene una larga tradición histórica y se vincula estrechamente con los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas (Moisset de Espanés y Moisés, 2006, pp. 20 y ss.). En estos supuestos, una de las partes fija unilateralmente el contenido contractual, mientras que la otra se limita a aceptar o rechazar el esquema normativo propuesto.⁴

En este contexto, surge el interrogante acerca de la aplicabilidad, en el ámbito de la contratación pública, de la regla *interpretatio contra proferentem*, ampliamente reconocida en el derecho privado como criterio para resolver (en favor de la parte débil) ambigüedades contractuales en perjuicio de quien dispuso unilateralmente las cláusulas (la parte fuerte). La cuestión presenta particular complejidad cuando el predisponente es la Administración pública, cuya actuación se presume orientada a la tutela del interés general, y que, además, cuenta con la prerrogativa interpretativa en los contratos administrativos.⁵

La contratación pública se estructura, de manera general, sobre esta lógica. Los sistemas de contrataciones estatales establecen un conjunto de normas, pliegos y condiciones generales y particulares que el oferente debe aceptar *in totum* para contratar con la Administración. Ello permite afirmar que, en términos técnicos, gran parte de los contratos públicos son contratos de adhesión, pues, como sostienen Comadira y Escola, tal es la fórmula que prevalece en la contratación pública precisamente por el interés público y por la subordinación del cocontratante frente a la Administración (Comadira et al., 2012, pp. 778-779).

Sin embargo, esta constatación no resulta suficiente para trasladar sin más las reglas interpretativas del derecho privado al ámbito público, dado que la contratación pública se inserta en un régimen jurídico especial, presidido por el principio de juridicidad y orientado a la satisfacción del interés general.

3 Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), Dictámenes 304:291.

4 La parte débil no puede participar ni negociar para modificarlas, sino solo aceptar o rechazar la propuesta al respecto, quedando esta última en “disparidad económica” e “inferioridad psíquica” (Messineo, 1986, p. 440).

5 El art. 12, inc. a) del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, contenido en el Decreto 1023/01 (RCAN) establece que la autoridad administrativa tiene la prerrogativa de interpretar los contratos, lo cual incluye resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento mediante el dictado de actos administrativos.

2. El contrato público y su régimen jurídico

Conforme lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “... la noción de contrato es única, común al derecho público y al derecho privado, pues en ambos casos configura un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas...”.⁶ No obstante, todos los contratos celebrados por la Administración —sean administrativos, interadministrativos o regidos en parte por el derecho privado— se encuentran hoy sometidos a un sistema de contrataciones públicas de carácter predominantemente público (Cassagne, 2005, p. 34).

En estos regímenes se regulan, entre otros aspectos, los principios rectores de la contratación, el procedimiento de selección del contratista, la ejecución contractual y las prerrogativas administrativas. Entre estas últimas se destaca la potestad interpretativa, mediante la cual la Administración puede resolver las dudas que surjan durante la ejecución del contrato, a fin de evitar la paralización de la obra, el servicio o el suministro comprometido.⁷

Dicha prerrogativa, sin embargo, no es absoluta, se debe ajustar a las reglas de interpretación aplicables y su fundamento reside en la protección del interés público inmediato y directo, lo cual es propio del contrato administrativo y, a la vez, esto permite excluirla —o al menos atenuarla— en los contratos privados de la Administración (Cassagne, 2005, p. 47) y en ciertos regímenes especiales, como los contratos de participación público-privada y los contratos de concesión de obra, infraestructura y servicios públicos.⁸

3. La regla *contra proferentem* en nuestro derecho

3.1 Contratos de adhesión y codificación civil y comercial

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) regula expresamente los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas y consagra la regla *contra proferentem* para resolver ambigüedades imputables al predisponente.

6 CSJN, 03/03/1992, *Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ cobro de australes*, Fallos: 315:158.

7 Precisamente en esa línea ha sido receptada la prerrogativa interpretativa en la Ley 80 de Colombia, en la cual se prevé que, si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia (art. 15).

8 Las leyes 27328 y 17520 que regulan respectivamente dichos contratos excluyen la aplicación del RCAN, donde se encuentra regulada la prerrogativa interpretativa.

Así, el contrato por adhesión es “aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción”.⁹

Mientras que la regla *contra proferentem* consiste en que: “Las cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente”.¹⁰ Ello así, pues es razonable que la parte que ha redactado el texto contractual soporte las consecuencias de la ambigüedad, solo a ella atribuible y que hasta pudo haber sido intencionalmente propiciada (Verly, 2022).

3.2 Contratos administrativos y carga agravada del oferente

En el ámbito de los contratos administrativos, hasta el momento y mayormente nuestra jurisprudencia ha sido reticente a aplicar directamente la regla *contra proferentem*. En su lugar, ha consolidado una doctrina que le impone al oferente una carga agravada de diligencia, prudencia y previsión, obligándolo a formular oportunamente las consultas necesarias para despejar ambigüedades relevantes del pliego.

En ello, el precedente *Vicente Robles* (1993) de la Corte Suprema resulta paradigmático: allí se rechazó la aplicación de la regla *contra proferentem* y se afirmó que la falta de consulta oportuna por parte del oferente tornaba improcedente su reclamo posterior, aun frente a cláusulas ambiguas predisuestas por la Administración.¹¹

Esta orientación se funda en la idea de que el contratista actúa como colaborador de la Administración en la satisfacción de fines públicos y debe, por ello, asumir un estándar de diligencia superior al del contratante privado.

Sin embargo, pensamos que extremar únicamente el análisis en la diligencia y prudencia del oferente no resulta justo, frente a una Administración obligada a brindar seguridad jurídica, certeza y claridad normativa, lenguaje entendible (desde la lectura del particular), a la buena fe y confianza legítima y a la transparencia (más ampliamente a la *buena Administración*), máxime cuando es ella la que convoca a los particulares a contratar.

3.3 Tipología contractual e interés público

Siguiendo a Marienhoff (1989), es posible distinguir entre contratos administrativos

9 Art. 984 del CCyCN.

10 Art. 987 del CCyCN.

11 CSJN, 30/03/1993, *Vicente Robles SAMCICIF. C/ Estado Nacional (Servicio Nacional de Parques Nacionales) s/ nulidad de resoluciones*, Fallos: 316:382.

de colaboración y de atribución. En los primeros, donde el objeto contractual responde directamente a un interés público relevante (obra pública, servicio público), la interpretación debe orientarse prioritariamente a la satisfacción de dicho interés, lo que justifica restringir la aplicación de la regla *contra proferentem*.¹² En los segundos, donde predomina el interés particular del cocontratante, así como en los contratos privados de la Administración, resulta razonable admitir su aplicación.

4. Interés público, buena fe y deberes recíprocos

La primacía del interés público no equivale a una regla hermenéutica que defina automáticamente toda duda o ambigüedad en favor de la Administración. Interpretar conforme al interés público supone identificar, en cada caso, la solución que mejor garantice el cumplimiento del objeto contractual (no meramente darle la razón a la Administración contratante), la calidad de las prestaciones y la eficiencia administrativa, sin generar ventajas indebidas ni alterar el equilibrio prestacional.¹³

Este enfoque se articula con deberes recíprocos reforzados: la Administración debe asegurar certeza, claridad y previsibilidad normativa en los pliegos y documentos contractuales; el oferente, por su parte, debe actuar con diligencia y prudencia calificadas, formulando consultas y señalando oportunamente cualquier ambigüedad relevante.

En este marco, la regla *contra proferentem* no queda excluida del contrato público, pero su aplicación debe ser ponderada a la luz del tipo contractual, del interés comprometido y del comportamiento de las partes conforme a la buena fe y demás exigencias indicadas.

En efecto, si bien se afirma que la regla *contra proferentem* no aplicaría en los contratos administrativos, donde es predisponente la Administración, con fundamento en que el Estado se desenvuelve allí solo guiado por el interés público, desprovisto de una intención de lucro o ganancia —que es la ventaja que busca evitarse en derecho privado— (Canasi, 1984, p. 547), esto no significa que toda cláusula ambigua del pliego deba interpretarse automáticamente en favor de la Administración. Entendemos que la circunstancia de que esta no busque una ganancia económica en una cláusula ambigua no es suficiente para automáticamente interpretarla a su favor. En esta línea pueden mencionarse algunos precedentes que establecen una limitación dada para que el contrato administrativo de adhesión no se encuentre vi-

12 En jurisprudencia se ha reconocido el carácter de contrato de atribución al contrato de concesión de uso de un bien del Estado que integraba la infraestructura de un servicio público a cargo de una empresa estatal (dominio público) (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 19/11/98, *ENABIEF c/ Villegas González, Roberto Miguel s/proceso de ejecución*).

13 Ver Muratorio (2023, 2022).

ciado el consentimiento de los contratantes ni resulten violados el orden público, la moral o las buenas costumbres, la buena fe o que sus cláusulas no sean abusivas.¹⁴ Esto último es especialmente importante, aun cuando el abuso del derecho se ha considerado de aplicación restrictiva y excepcional en materia de contratos administrativos.¹⁵ Asimismo, se ha entendido que deberá buscarse el equilibrio de las prestaciones en toda su dimensión, no perdiendo de vista las limitaciones de bargaining power (poder de negociación) de la parte débil.¹⁶

En el derecho uruguayo (Vázquez, 2017)¹⁷ y en el español,¹⁸ por ejemplo, aparecen casos de contratos administrativos en los que se hizo aplicación lisa y llana de la regla *contra proferentem* del derecho privado.

5. Conclusiones

La regla *interpretatio contra proferentem* no puede ser trasladada mecánicamente del derecho privado al ámbito de la contratación pública. La presencia del interés público y la existencia de prerrogativas administrativas imponen una lectura matizada de su alcance.

En los contratos administrativos de colaboración, la doctrina y la jurisprudencia nacional han privilegiado la satisfacción del interés público y la carga agravada de diligencia del oferente, limitando la operatividad de la regla. Entendemos que en este análisis no ha de relegarse el deber de claridad normativa, buena fe y transparencia del actuar administrativo. En cambio, en los contratos administrativos de atribución y en los contratos privados de la Administración la aplicación de la regla hermenéutica en estudio resulta compatible con el sistema jurídico aplicable.

En definitiva, la *interpretatio contra proferentem* no es ajena al contrato público,

14 Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 09/08/2001, *Paredes Andrés S. c/ Ferrocarriles Metropolitanos SA s/ contrato administrativo*, con cita de Cámara Nacional de Apelaciones en lo comercial, Sala B, 6-12-00, *Servicio Electrónico de Pago S.A. c/Gran Delta S.A. y otro*, L.L. 25-6-01.

15 Esto, fundado en la idea de evitar que los jueces terminen por convertirse en contratantes, sustituyendo a las partes en el ejercicio de su libertad contractual, garantía amparada por la Constitución Nacional (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, 5/05/94, *Vialco S.A.C.I.C.I. y otro c/ D.N.V. s/ contrato de obra pública*; Sala II, 15/09/15, *Vaca Pampa S.A. c/ Enargas s/ art. 66 - 43 - 70 Ley 24.076 -Enargas*, con cita de CSJN, Fallos: 311:1337 y 316:2069; Sala II, 16/03/17, *Lambre Carlos Alberto c/Lotería Nacional SE y otro s/Contrato administrativo*, con cita de Fallos: 317:1684; 321:3493; 325:677).

16 Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, 13/02/96, *Losada, Cesáreo c/ Lotería Nacional s/ juicio de conocimiento*.

17 La autora cita allí la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, sentencia N° 115/007 por la cual se aplica el citado artículo 1304 del Código Civil a un contrato público.

18 Tribunal Supremo español, Sala del Contencioso-Administrativo, Sección 7ª del 3/2003, STS 615/2003.

pero su vigencia depende del tipo contractual, de la intensidad del interés público en juego y del equilibrio funcional entre prerrogativas estatales y protección de la contraparte. Su recepción exige una hermenéutica prudente, compatible con la buena administración, la seguridad jurídica y la transparencia en la contratación estatal.

Bibliografía

- Canasi, J. (1984). *Derecho Administrativo* (Vol. II). Depalma.
- Cassagne, J. C. (2005). *El contrato administrativo* (2ª ed.). Lexis Nexis/Abeledo-Perrot.
- Comadira, J. R., Escola, J. y Comadira, J. P. (2012). *Curso de Derecho Administrativo* (Tomo I). Abeledo Perrot.
- Marienhoff, M. S. (1989). *Tratado de Derecho Administrativo* (Tomo III-A). Abeledo-Perrot.
- Messineo, F. (1986). *Doctrina General del Contrato* (3ª ed., Tomo I). Ed. Jurídicas Europa-América.
- Moisset de Espanés, L. y Moisés, B. (9 de febrero de 2006). *La interpretación de los contratos en la República Argentina*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. <https://www.acaderc.org.ar/2006/02/09/la-interpretacion-de-los-contratos-en-la-republica-argentina/>
- Muratorio, J. I. (2022). Garantías de la ecuación contractual. En Gimeno Feliú, J. M. (Dir.), *Congreso Internacional: El desafío de la recuperación y el papel de la contratación pública* (pp. 247-277). Aranzadi.
- Muratorio, J. I. (2023). El interés público en la garantía de la ecuación contractual pública. *Revista de Derecho Administrativo*, (148).
- Muratorio, J. I. (2025a). Algunos aspectos de la interpretación del contrato administrativo. En Morón Urbina, J. C. (Dir.), *Contrataciones con el Estado* (pp. 51-72). Editorial Jurídica Thémis.
- Muratorio, J. I. (2025b). La relevancia del interés público en la interpretación del contrato administrativo. En Muratorio, J. I. (Dir.), *Temas de contratación pública* (pp. 11-29). La Ley/ Thomson Reuters.
- Vázquez, C. (2017). La interpretación de los Contratos de la Administración. *Revista de Derecho y Tribunales*, (32), 13-43.
- Verly, H. (2022). Interpretación contractual: El revés de la trama. *TR LALEY*, AR/DOC/781/2022.
- Ysern, E. (1971). *La interpretación del contrato administrativo*. Instituto García Oviedo.

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los siguientes roles de autoría del presente artículo: análisis formal, conceptualización, escritura-revisión y edición y declara no poseer conflicto de interés alguno.

Contratación pública: políticas públicas, planificación estratégica y ciencias del comportamiento

Public Procurement: Public Policies, Strategic Planning, and Behavioral Sciences

Marcos Sebastián Serrano¹

Universidad Austral

Sumario

1. Introducción
2. Planificación de las contrataciones públicas
 - 2.1 La planificación estratégica como instrumento de las políticas públicas
3. Ciencias del comportamiento y políticas públicas
 - 3.1 Antecedentes de la implementación de las ciencias del comportamiento
 - 3.2 Creación de la Unidad en Argentina
 - 3.3 Consideraciones preliminares de las ciencias del comportamiento
 - 3.4 Las ciencias del comporta
 - 3.5 Algunos sesgos cognitivos en las distintas etapas del procedimiento licitatorio
 - 3.6 Posibles intervenciones conductuales o nudges en el diseño de sistemas de contratación
4. Conclusión

1 Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho Administrativo y post magíster en Derecho Administrativo Profundizado por la Universidad Austral. Director de la Especialización en Contrataciones Públicas de la Universidad Austral. Profesor asociado de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de la Matanza. Profesor en la Universidad Austral, Universidad Nacional de Tres de Febrero y Universidad Católica de la Plata. Presidente del Centro de Investigación para la Contratación Administrativa y la Regulación Económica (CICARE). En el sector público, ejerció el cargo de subprocurador del Tesoro de la Nación. Fue gerente de Administración y Presupuesto del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA). Autor de numerosos artículos de su especialidad y expositor en diversos congresos nacionales e internacionales. Autor del libro *Contratación Pública en emergencia*, entre otros.
serranomarcos@yahoo.com
<https://orcid.org/0009-0003-7634-7799>

Recibido: 07/04/2026

Aceptado: 09/04/2026

<https://doi.org/10.26422/daec.2026.0100.ser>

Resumen

El presente artículo² aborda la contratación pública desde una perspectiva que supera el enfoque formalista tradicional del derecho administrativo para concebirla como un instrumento estratégico al servicio de las políticas públicas y el bienestar general.

Sobre esa base, el trabajo examina dos herramientas que se consideran relevantes para la modernización del sistema de contrataciones en Argentina y que, hasta el momento, han recibido una atención insuficiente en la práctica. La primera es la planificación estratégica: la capacidad del Estado de anticipar sus necesidades, programar sus procesos con inteligencia y evaluar sus resultados con rigor, convirtiendo el Plan Anual de Contrataciones en algo más que un formulario de cumplimiento formal. La eficiencia contractual no comienza con la publicación del pliego, sino con la anticipación de las necesidades, la programación presupuestaria y la definición de objetivos de gobierno.

La segunda es la incorporación de las ciencias del comportamiento al diseño de los sistemas de adquisición: el reconocimiento de que los funcionarios, oferentes y evaluadores no son agentes racionales en el sentido clásico de la economía, sino seres humanos sujetos a sesgos, rutinas y presiones que condicionan sus decisiones de maneras predecibles y, por tanto, modificables.

Un sistema de contrataciones públicas que ignore cómo planifica y cómo decide el ser humano real que lo opera, estará condenado a una brecha permanente entre su diseño normativo y su funcionamiento efectivo.

Palabras clave: contrataciones públicas, planificación estratégica, ciencias del comportamiento, políticas públicas, *nudges*, buena administración, contrataciones estratégicas.

Abstract

This article addresses public procurement from a perspective that transcends the traditional formalistic approach of administrative law, conceiving it instead as a strategic instrument serving public policy and the general welfare.

Based on this premise, the paper examines two tools considered relevant for modernizing the procurement system in Argentina, tools that, to date, have received insufficient attention in practice.

The first is strategic planning: the State's capacity to anticipate its needs, intelligently program its processes, and rigorously evaluate its results, transforming the Annual Procurement Plan into something more than a mere formality. Contractual efficiency does not begin with the

2 Este documento fue elaborado sobre la base de la contribución efectuada para el congreso asociado al XXV FIDA "Evaluación, Calidad y Buena Administración" a realizarse los días 23 a 25 de septiembre de 2026 en la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Perú.

publication of the tender documents but rather with anticipating needs, budget planning, and the definition of government objectives.

The second is the incorporation of behavioral science into the design of procurement systems: the recognition that officials, bidders, and evaluators are not rational agents in the classical economic sense, but rather human beings subject to biases, routines, and pressures that condition their decisions in predictable and, therefore, modifiable ways.

A public procurement system that ignores how the real human being who operates it plans and makes decisions will be doomed to a permanent gap between its regulatory design and its actual functioning.

Key words: public procurement, strategic planning, behavioral sciences, public policy, nudges, good governance, strategic procurement.

1. Introducción³

¿Cuánto le cuesta a la Argentina contratar o comprar mal? La pregunta, formulada en esos términos, no admite una respuesta sencilla, pero sí una certeza: cada vez que el Estado licita sin planificar, adjudica sin datos, ejecuta sin control y rinde cuentas sin transparencia, el costo recae sobre toda la sociedad. Y no es una afirmación en abstracto. Se traduce en obras que no se terminan, en medicamentos que llegan tarde, en bienes o servicios que se adquieren a sobrepuestos de mercado, en servicios que se contratan por urgencia autogenerada, cuando con planificación y previsión los habría obtenido a la mitad del precio y posiblemente con mejor calidad.

El Estado moderno no puede ser comprendido al margen de su capacidad de gestión. Entre las múltiples manifestaciones del poder público, pocas resultan tan

³ Abreviaturas utilizadas:

BAC: Sistema Buenos Aires Compras.

BID: Banco Interamericano de Desarrollo.

BIT: Behavioral Insights Team.

BM: Banco Mundial.

CONTRAT.AR: Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional.

COMPR.AR: Sistema de Compras Públicas de la República Argentina.

IA: inteligencia artificial.

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

ONC: Oficina Nacional de Contrataciones.

PAC: Plan Anual de Contrataciones.

PBAC: Sistema de compras electrónicas de la Provincia de Buenos Aires.

PIB: producto interno bruto.

SIPRO: Sistema de Información de Proveedores.

RRCAN: Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

TIC: tecnologías de la información y la comunicación.

UCCPP: Unidad de Ciencias del Comportamiento y Políticas Públicas.

UOC: unidades operativas de contrataciones.

reveladoras de la calidad institucional de un Gobierno como el modo en que éste gestiona sus contrataciones: cómo planifica sus necesidades, cómo selecciona a sus proveedores, cómo ejecuta sus compromisos y cómo rinde cuentas ante la sociedad. Las contrataciones públicas constituyen, en este sentido, una de las expresiones más concretas y tangibles del Estado en acción, un espejo en el que se reflejan tanto sus virtudes como sus deficiencias.

Durante décadas, la doctrina jurídica argentina abordó la contratación pública desde una perspectiva predominantemente formalista, centrada en el contrato administrativo, en el control de legalidad del procedimiento, en la tutela de los derechos subjetivos de los oferentes y en la preservación del erario frente al dispendio o la corrupción. Sin desconocer la trascendencia de esos enfoques —que siguen siendo pilares irrenunciables del sistema—, la evolución del derecho administrativo contemporáneo global impone una mirada más amplia y comprehensiva.⁴ La contratación pública ha dejado de ser concebida exclusivamente como un mecanismo de aprovisionamiento de bienes y servicios para convertirse en un poderoso instrumento de políticas públicas: un vector a través del cual el Estado puede promover la innovación, fomentar el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas, impulsar la igualdad de género, contribuir a la sustentabilidad ambiental y, en definitiva, orientar el mercado hacia objetivos de interés general.

Este cambio de paradigma no es un fenómeno exclusivamente argentino. En el ámbito latinoamericano, los últimos diez años han sido testigos de una profunda transformación de los sistemas de compras estatales (Delpiazzo, 2013), impulsada tanto por compromisos internacionales —entre los que se destacan los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas— como por la influencia de organismos multilaterales como el BM, el BID y la OCDE. Países como Chile, Colombia, Brasil, Ecuador y Perú, entre otros, han avanzado de manera significativa en la profesionalización de sus sistemas de adquisiciones, en la digitalización de los procesos licitatorios y en la adopción de marcos normativos que reconocen explícitamente la función estratégica de las compras públicas. Argentina, por su parte, ha transitado un camino propio, marcado por algunas modificaciones normativas relevantes, con la particularidad que mantiene una regulación a nivel nacional un tanto antigua,⁵ careciendo de una ley de contrataciones públicas y una diversidad de regulaciones en las distintas provincias.

4 Una visión muy completa y reciente puede consultarse en el libro colectivo *La contratación pública estratégica como puente entre América Latina y la Unión Europea* (Díaz Bravo y Figueroa Mendoza, 2026). En particular, ver el apartado 3 del trabajo “Hacia una nueva contratación pública ‘global’ sostenible alineada con la Buena Administración”, del profesor José María Jimeno Feliú.

5 Por Decreto delegado 1023 de fecha 13 de agosto de 2001, sus modificatorios y complementarios, se instituyó el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, y por Decreto 1030 de fecha 15 de septiembre de 2016, se aprobó el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

En el centro de este debate contemporáneo se encuentran dos cuestiones que este trabajo propone examinar con especial detenimiento. La primera es la planificación. La contratación pública eficiente no comienza con la publicación del pliego de bases y condiciones, sino mucho antes: en la identificación de necesidades, en la programación presupuestaria, en el análisis del mercado proveedor y en la definición de estrategias de contratación adecuadas a cada objeto contractual. La ausencia de planificación no solo genera ineficiencias económicas y fracturas en la continuidad de algunos contratos, sino que también constituye, en sí misma, un factor de riesgo institucional que alimenta la improvisación, la urgencia artificial o política y, en los casos más graves, la corrupción. Planificar en el campo de las contrataciones públicas es gestionar estratégicamente.

La segunda cuestión es, al mismo tiempo, más novedosa y disruptiva desde el punto de vista doctrinario: la incorporación de las ciencias del comportamiento —y en particular de la economía conductual y el término *nudge* desarrollado por el economista Richard H. Thaler y el jurista Cass R. Sunstein (2009)— como herramienta de diseño y mejora de los sistemas de adquisiciones estatales. El reconocimiento de que los agentes que intervienen en los procesos de contratación —funcionarios, oferentes, evaluadores, etc.— no actúan siempre de manera racional, sino que están sujetos a sesgos cognitivos, impulsos, emociones y presiones externas, abre una interesante línea de investigación y una posibilidad de reforma que genere valor agregado. Diseñar procedimientos que tengan en cuenta cómo las personas realmente deciden —y no solo cómo deberían hacerlo en abstracto— puede significar la diferencia entre un sistema de compras públicas que funciona en los expedientes y uno que genera valor real para la sociedad.

El presente artículo no pretende agotar ninguna de estas dimensiones, cuya complejidad excede con creces los límites de este trabajo individual. Su propósito es más modesto, pero no por ello menos necesario: trazar un mapa conceptual que articule las contrataciones públicas con las exigencias de la planificación estratégica y con los aportes que las ciencias del comportamiento pueden ofrecer al mundo de las contrataciones en el siglo XXI.

La convicción que subyace a estas páginas es que el derecho de las contrataciones públicas no es —ni puede ser— un sistema cerrado sobre sí mismo. Es, por el contrario, un campo de intersección entre el derecho, la economía y las políticas públicas, en el que la rigurosidad jurídica y la vocación transformadora no se excluyen, sino que se potencian mutuamente. En tiempos en que la legitimidad del Estado se juega, en buena medida, en su capacidad de dar respuestas eficientes, transparentes y equitativas a las necesidades sociales, pensar seriamente las contrataciones públicas es pensar seriamente el Estado que queremos tener.

2. Planificación de las contrataciones públicas

Según el *Diccionario de la lengua española* (Real Academia Española, s.f.), el término “planificación” significa: “Plan general, metódicamente organizado y frecuentemente de gran amplitud, para obtener un objetivo determinado...”. En este sentido, es preciso reflexionar sobre la importancia y la necesidad de incorporar la planificación en la gestión de las contrataciones públicas como una herramienta imprescindible en la ejecución de metas y objetivos previamente definidos.

Planear es pensar con antelación y programar de manera organizada los objetivos y las acciones necesarias para lograr fines previamente determinados de la manera más eficiente.

De ahí que una buena Administración pública (Rodríguez-Arana Muñoz, 2025)⁶ debe obligatoriamente planificar las compras de bienes y contrataciones de servicios, siendo primordial para el cumplimiento de los principios de transparencia, eficiencia y eficacia de las compras públicas. En sentido contrario, cuando los funcionarios o agentes públicos gestionan sin un plan o dirección determinada, se convierte en una sucesión de toma de decisiones reactivas a urgencias —en muchos casos, previsibles— que inevitablemente conducirán a una gestión oscura, poco transparente, con los costos institucionales, económicos y sociales que ello acarrea.

La planificación de contrataciones públicas se enmarca en un conjunto de principios rectores que orientan la acción del Estado: eficiencia, eficacia, transparencia, legalidad, equidad y sustentabilidad.

La práctica de la planificación en las compras públicas pretende corregir distorsiones administrativas, facilitar la gestión, modificar condiciones indeseables para la Administración, remover obstáculos institucionales y asegurar la viabilidad de propuestas estratégicas, objetivos a ser alcanzados y acciones a desarrollar (Rizzo Lopes Dos Santos, 2017).

La planificación exige mirar y pensar hacia el futuro, identificar de manera anticipada las necesidades y, con ello, programar los procesos de contratación con la suficiente antelación para garantizar el máximo grado de transparencia, concurrencia y competencia del mercado.

2.1 La planificación estratégica como instrumento de las políticas públicas

Ahora bien, la planificación estratégica, lejos de reducirse a un mero procedimiento o

6 Para profundizar sobre el tema, sugiero la lectura de esta obra colectiva (Rodríguez-Arana Muñoz, 2025), que es el resultado de las aportaciones efectuadas en las XIV Jornadas Prof. Meilán Gil de Derecho Administrativo Iberoamericano sobre “La buena administración para la realización de los derechos sociales fundamentales”.

paso administrativo, representa una herramienta de gestión esencial de gobierno. En este sentido, la Administración organiza, programa y define las compras y/o contrataciones en función de objetivos de gobierno, asegurando principalmente la asignación eficiente de los recursos y la satisfacción con calidad del interés general (Serrano, 2024).

Como sostuvimos anteriormente, las contrataciones públicas han dejado de ser un fin en sí mismas para constituirse como instrumentos al servicio de las políticas públicas —en gran medida porque representan una parte significativa del PIB, con estimaciones que sitúan el gasto en compras estatales cerca del 16% al 17% del PIB (De Michele y Pierri, 2020)—,⁷ lo que las convierte en un gran motor económico estratégico.

En términos operativos, la planificación estratégica se materializa —por lo menos en Argentina— con el PAC que constituye una actividad indispensable a fin de consolidar en un documento programático la totalidad de las contrataciones previstas por un organismo para un ejercicio fiscal determinado.

En este sentido, en lo que respecta a la regulación en el ámbito nacional, el artículo 6° del Decreto 1023/2001 se refiere a la programación de las contrataciones, estableciendo:

Cada jurisdicción o entidad formulará su programa de contrataciones ajustado a la naturaleza sus actividades y a los créditos asignados en Ley de Presupuesto de la Administración Nacional.

Asimismo, el artículo 8° del RRCAN —aprobado por el Decreto 1030/2016— se refiere expresamente al Plan Anual, estableciendo:

Plan Anual de Contrataciones. Las unidades operativas de contrataciones elaborarán el plan anual de contrataciones, de conformidad con los créditos asignados en la respectiva Ley de Presupuesto, el que será aprobado por el titular de las mismas o autoridad superior competente. A tales fines las unidades requirentes deberán brindar la información que les requiera la unidad operativa de contrataciones. Cuando la naturaleza de las actividades, las condiciones de comercialización u otras circunstancias lo hicieren necesario, se efectuará la programación por períodos mayores a UN (1) año. En estos casos, los planes se ajustarán a las previsiones del artículo 15 de la Ley N° 24.156 y sus modificaciones.

7 “Las compras públicas de bienes y servicios por parte de los países de América Latina y el Caribe alcanzó cerca 16.16 % del producto interno bruto (PIB) regional, monto equivalente a más de US\$ 1 billones de dólares al año. En el caso de Argentina, el foco de este estudio, las contrataciones públicas alcanzaron el 16.1 % del PIB” (p. 2). Cálculos de los autores basados en los datos del PIB de 2017 del Banco Mundial, medidos en USD corrientes. Ver en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Transparencia-y-gobierno-digital-El-impacto-de-COMPR.AR-en-Argentina.pdf>

La Oficina Nacional de Contrataciones centralizará la información resultante de los planes anuales de contrataciones y los difundirá en su sitio de internet o en el sitio de internet del sistema electrónico de contrataciones.

Por su parte, el inciso h) del artículo 115, capítulo único, título VII del citado Reglamento establece que

[e] Órgano Rector será la Oficina Nacional de Contrataciones el que tendrá por función, además de las competencias establecidas por el Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios y por otras disposiciones, las siguientes:

h) Establecer la forma, plazo y demás condiciones para confeccionar e informar el plan anual de contrataciones.

Por último, el artículo 3°, capítulo II del *Manual de procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional* aprobado por la Disposición 62/16 de la Oficina Nacional de Contrataciones expresa:

El plan anual de contrataciones, sus correcciones en base a ajustes originados en las modificaciones de crédito presupuestario, en la asignación de cuota presupuestaria u en otras razones, así como la ejecución de la programación, se deberán cargar en el formulario web habilitado al efecto en el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional "COMPR.AR". Los datos cargados serán difundidos en el sitio de internet del aludido sistema, cuando la autoridad competente los apruebe.

En términos generales, el Plan Anual de Contrataciones contiene: la identificación del organismo contratante, la descripción del objeto de la contratación o bien un detalle de los bienes o servicios a contratar, objeto del gasto, la cantidad, el presupuesto estimado, el método de contratación a emplearse, el trimestre del año en el que se estima que se llevará a cabo el procedimiento.

Esas programaciones a través de los PAC se consolidan en UOC con la información que proveen las unidades requirentes. Posteriormente, conforme lo establece la legislación, se carga en el sistema COMPR.AR.

No resulta suficiente elaborar un plan anual estático para plasmarlo en los papeles, es necesario tanto la elaboración como el monitoreo y la evaluación de dichos planes anuales de compras y contrataciones. Evaluar y monitorear las compras públicas es lo que permite pasar de una gestión basada en la intuición a una gestión basada en datos y evidencia.

En tal sentido, la planificación estratégica aplicada a las contrataciones públicas implica anteponerse a las necesidades, articular y poner en valor los recursos dispo-

nibles del gobierno, definir metas concretas a corto y mediano plazo, cronogramas realistas e instancias de replanteos de metas, aplicar mecanismos que permitan la observación permanente a fin de la mejora continua del proceso y desarrollo del plan estratégico.

Para ello, los funcionarios y agentes públicos que se dedican a la gestión de las compras y contrataciones públicas necesitan contar con las herramientas adecuadas para mejorar la planificación, la gestión, el monitoreo y la evaluación. No tenemos duda de que un país que se jacte de una buena administración o gobernanza destinará e invertirá gran cantidad de fondos para mejorar el sistema de compras y contrataciones, desde la profesionalización de los funcionarios, la compra de nuevas TIC o la implementación de las ciencias del comportamiento a los procesos para auxiliar a los funcionarios que se ocupan de la contratación pública como tarea habitual.

3. Ciencias del comportamiento y políticas públicas

3.1 Antecedentes de la implementación de las ciencias del comportamiento

La incorporación de los factores sobre el comportamiento en el diseño e implementación de políticas públicas ha adquirido creciente relevancia a escala global durante las últimas décadas. A nivel internacional, existen antecedentes de la introducción de las ciencias del comportamiento en la implementación de políticas públicas, tal como surge de los considerandos de la Resolución SAE N.º 28 del 20 de julio de 2021 (Poder Ejecutivo Nacional, 2021).

Así por ejemplo, en el Gobierno del Reino Unido, el entonces primer ministro David Cameron estableció en el año 2010 el “Equipo de Conocimiento de la Conducta” (Behavioral Insights Team). Su propósito fundacional era la aplicación sistemática de las ciencias del comportamiento para incrementar la eficiencia de los servicios públicos y promover conductas socialmente deseables. Esta unidad pionera fue popularmente conocida como “Nudge Unit”, denominación que alude al concepto central que inspiró su creación.

Por su parte, el Gobierno de Estados Unidos ha establecido, mediante una Orden Ejecutiva del 15 de septiembre de 2015, denominada Usando herramientas de las Ciencias del Comportamiento para servir mejor al pueblo americano (Order -Using Behavioral Science Insights to Better Serve the American People), la recomendación para que en todos los ámbitos del Gobierno federal se identifiquen las políticas públicas, programas y operaciones que, mediante el uso de las herramientas de las ciencias del comportamiento, puedan lograr mejoras sustanciales en el bienestar general, en sus resultados y ser más rentables (The White House. President Barack Obama, 2015).

Posteriormente, en junio de 2021, el secretario general de las Naciones Unidas emitió una nota orientativa mediante la cual instó a los organismos del sistema a explorar e integrar las ciencias del comportamiento tanto en el ámbito programático como en el administrativo, promoviendo asimismo la colaboración interinstitucional con miras a aprovechar su potencial en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (Naciones Unidas, 2021).⁸

Al presente existen más de 200 oficinas públicas de diversos niveles en los que se emplean estos mecanismos, ubicadas en países tan diversos como Australia, Canadá, Dinamarca, Francia, Alemania, Países Bajos, Singapur, Perú, Uruguay, entre otros (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2023). En esta línea, organismos internacionales como el Banco Interamericano de Desarrollo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, el Banco Mundial, la Unión Europea también han desarrollado unidades de estudio y aplicación de las ciencias conductuales.

3.2 Creación de la Unidad en Argentina

En el ámbito nacional, Argentina adoptó medidas concretas en esta dirección. Mediante la Resolución SAE N.º 28 del 20 de julio de 2021, y con el respaldo expreso de la Presidencia de la Nación y del Consejo Económico y Social, se constituyó en el seno de la Secretaría de Asuntos Estratégicos la UCCPP. Se le asignó como misión institucional la promoción de la aplicación de las ciencias del comportamiento al mejoramiento de las políticas públicas y a la toma de decisiones gubernamentales, con el propósito último de elevar la calidad de vida de la población.⁹

En cuanto a sus objetivos, la UCCPP fue concebida para explorar y comprender los procesos mediante los cuales los seres humanos adoptan decisiones, con el fin de orientar y optimizar el diseño de políticas públicas y sociales. Asimismo, desarrollar actividades de difusión, investigación, capacitación y formación en materia de ciencias del comportamiento aplicadas al contexto de las políticas públicas, consolidando así un espacio institucional de producción y transferencia de conocimiento especializado al servicio del Estado.

Precisamente, del artículo 2 de la citada resolución surgen las funciones de la

8 El secretario general del Organismo afirmó en esa oportunidad: “La ciencia del comportamiento es una herramienta fundamental para que la ONU avance en su mandato. Puede contribuir a combatir la pobreza, mejorar la salud y la seguridad públicas, promover la igualdad de género, fortalecer la consolidación de la paz y todos los ODS. Se recomienda encarecidamente a las entidades de la ONU que inviertan en la ciencia del comportamiento y trabajen en una comunidad interinstitucional conectada y colaborativa para darse cuenta de su tremendo potencial de impacto”.

9 Al respecto, me remito al trabajo Budassi et al (2024).

UCCPP, entre las que podemos destacar: promover los estudios y la investigación en materia de las ciencias del comportamiento; conformar redes de expertos para el intercambio de conocimiento tendientes a incorporar la dimensión del comportamiento en distintas actividades; coordinar estrategias de promoción de los análisis del comportamiento de los actores para mejorar las capacidades institucionales; fomentar la creación de áreas, programas y proyectos en las distintas jurisdicciones —nacional, provincial, municipal— basadas en las ciencias del comportamiento que mejoren la calidad de vida de los habitantes y la prestación de los servicios públicos, entre otras.

En el año 2022, la Unidad fue transferida al área del Ministerio de Economía, dentro de la Secretaría de Planificación del Desarrollo y la Competitividad Federal (Presidencia de la Nación. República Argentina, 2023).

Actualmente, con la última reestructuración del Ministerio de Economía no surge a qué dependencia estaría vinculada.

3.3 Consideraciones preliminares de las ciencias del comportamiento

Como sabemos, el derecho administrativo no es estático, por el contrario, se encuentra en constante movimiento y se interrelaciona de manera global e interdisciplinaria. Las exigencias y necesidades actuales provocan que el derecho deba transitar un camino de renovación que, sin abandonar sus categorías dogmáticas fundamentales, incorpore los aportes de disciplinas que hasta hace pocas décadas le resultaban ajenas. Entre ellas —tal como vimos en el punto anterior— las ciencias del comportamiento ocupan un lugar cada vez más relevante en el diseño, implementación y evaluación de programas y procedimientos en general y en particular en los sistemas de contratación pública.

Su contribución no es meramente teórica, se trata de un conjunto de herramientas empíricamente validadas que permiten comprender cómo deciden realmente los actores que intervienen en los procesos de adquisición estatal y, a partir de ese conocimiento, diseñar procedimientos más eficientes, más transparentes y orientados al interés general.

La premisa central que justifica esta incorporación es, al mismo tiempo, sencilla y profundamente disruptiva respecto del paradigma jurídico clásico: los seres humanos no deciden de manera plenamente racional. Funcionarios públicos, oferentes, evaluadores y contratistas están sujetos, como todo agente humano, a sesgos cognitivos, emociones, presiones externas y limitaciones de atención que condicionan sus decisiones de manera sistemática y predecible.

El término *nudge* —traducido habitualmente como “pequeño empujón”— fue introducido y difundido en el debate académico y de políticas públicas por el econo-

mista conductual Richard H. Thaler y el jurista Cass R. Sunstein en su obra *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness* (Thaler y Sunstein, 2009).

La tesis central de ambos autores sostiene que los Gobiernos pueden valerse de intervenciones de bajo costo y carácter no coercitivo para modificar de manera predecible el comportamiento de los individuos, preservando al mismo tiempo su libertad de elección.

El movimiento *nudge* supone un instrumento especialmente atractivo para quienes diseñan e implementan políticas públicas: por una parte, los *nudges* asumen qué es lo mejor para el individuo o para la sociedad, impone una función objetivo sin necesidad de que sus integrantes se la cuestionen y, si son efectivos, consiguen que los ciudadanos se comporten como se espera de ellos de forma subconsciente, sin que sea necesario anticipar cómo reaccionarán ante estos (Cabralés Goitia y Rey Biel, 2021).

3.4 Las ciencias del comportamiento aplicadas a las contrataciones públicas

La incorporación de las ciencias del comportamiento al diseño, planificación y gestión de las contrataciones públicas puede tener un efecto muy valioso. En definitiva, implica tener un conocimiento más preciso y real de los procesos, en tanto se puede obtener información sobre posibles sesgos y conocimiento de conductas de los distintos actores, lo que permitiría mejorar el sistema de contrataciones.

En este sentido, nuestro país presenta un terreno fértil para la aplicación de las ciencias del comportamiento a las contrataciones públicas, tanto por la complejidad y magnitud de su sistema de adquisiciones estatales como por el avance institucional en materia de conductual. Como sostuvimos anteriormente, Argentina creó la Unidad de Ciencias del Comportamiento y Políticas Públicas, que entre sus competencias explícitamente figura el desarrollo de aplicaciones conductuales en el ámbito de las políticas públicas. La articulación entre esta unidad —de verificarse que sigue en funcionamiento— y los organismos rectores del sistema de contrataciones representa una oportunidad institucional de singular valor para el desarrollo de intervenciones conductuales específicas, basadas en evidencia real y evaluadas con rigor metodológico, que eleven la calidad y la integridad del sistema de adquisiciones del Estado nacional.

Asimismo, la implementación de los sistemas electrónicos de compras y contrataciones en las distintas jurisdicciones, como el sistema COMPR.AR, el sistema BAC, el sistema PBAC, el sistema CONTRAT.AR y el SIPRO, entre otros, constituyen en sí mismos un andamiaje de información real e histórica sobre las compras y contrataciones de los organismos, que, complementada con la implementación y uso de la IA y la incorporación de las ciencias del conocimiento, podría identificar fricciones innecesarias que desalientan la participación de nuevos proveedores o que inducen

errores procedimentales evitables y proponer modificaciones de diseño orientadas a eliminarlas.

En síntesis, la incorporación de las ciencias del conocimiento en los procesos de contrataciones públicas podría: reducir los sesgos en la toma de decisiones, minimizar los errores administrativos, lograr planificaciones objetivas, potenciar la competencia real entre proveedores, mejorar el cumplimiento de los proveedores, mejorar la transparencia, disuadir la corrupción y mejorar el diseño de los pliegos y los contratos.

3.5 Algunos sesgos cognitivos en las distintas etapas del procedimiento licitatorio

Si analizamos históricamente algunas de las conductas que se llevan a cabo en los procesos de contrataciones, podemos identificar una serie de sesgos que se manifiestan en forma reiterada y con particular intensidad a lo largo del ciclo de vida de las contrataciones públicas.

Así, por ejemplo, en el ámbito de la elaboración de pliegos de bases y condiciones, la experiencia revela una tendencia recurrente a la reproducción de modelos históricos sin revisión crítica, fenómeno conocido como “para qué lo voy a cambiar si siempre se hizo así”; esto es directamente atribuible al sesgo de *statu quo*.

Este sesgo explica la tendencia de los agentes a mantener las decisiones previas y resistir los cambios, incluso cuando estos serían objetivamente beneficiosos. El resultado es un sistema que tiende a perpetuarse a sí mismo en lugar de mejorar.

Otro sesgo común por parte de los responsables de compras es subestimar las planificaciones. Existe una práctica reiterada de repetir el plan anual del año anterior, efectuándole algunas modificaciones de cosmética sin realizar un análisis crítico de las verdaderas necesidades del organismo, subestimando los costos, los tiempos y los riesgos de los proyectos.

Este sesgo genera en algunos casos un efecto de anclaje, provocando perjuicios en los procesos licitatorios y, en consecuencia, grandes costos en la gestión contractual pública. En efecto, el precio de referencia o presupuesto oficial establecido por el organismo contratante actúa frecuentemente como ancla para las ofertas de los proveedores, generando convergencia de precios que puede no reflejar el valor real de mercado y que, en algunos casos, puede ser deliberadamente utilizado para limitar la competencia y competencia efectiva. Es decir, si el primer dato es erróneo —para el caso, un mal presupuesto o deficiente valor de referencia— se transmitirá como un “efecto cascada” sobre las estimaciones, evaluaciones y decisiones subsiguientes.

Otro sesgo recurrente es la multiplicidad de normas regulatorias y la sobrecarga de información —en el entendimiento de “que más es mejor o mejor que sobre y no que falte”— que afecta tanto a los oferentes que deben interpretar y responder a

pliegos de condiciones de extensión y complejidad excesivas como a los evaluadores que deben procesar grandes volúmenes de documentación en plazos acotados. En ambos casos, la complejidad excesiva no solo genera ineficiencias, sino que también produce efectos negativos: desincentiva la participación de pequeñas y medianas empresas que no disponen de los recursos administrativos y económicos necesarios para afrontar la contratación de un equipo de profesionales, reduciendo así la competencia y deteriorando la calidad de los resultados, como también la exigencia de documentación de manera desproporcionada y reiterativa induce a errores administrativos o incumplimientos, que entorpecen el proceso licitatorio en el mejor de los escenarios o el fracaso de la compra o la contratación.

Por último, podemos mencionar otro sesgo conductual al momento de la evaluación de ofertas en licitaciones de alta complejidad técnica. Suele suceder que los evaluadores de las ofertas se dejan llevar por antecedentes o percepciones previas de los oferentes —como sería el caso de una marca reconocida con antecedentes históricos a nivel mundial— sin efectuar un análisis real o minimizar la información obrante en el expediente.

Este sesgo es especialmente problemático en los procesos de evaluación técnica, donde la subjetividad evaluadora puede operar de manera encubierta bajo la apariencia de criterios objetivos.

3.6 Posibles intervenciones conductuales o *nudges* en el diseño de sistemas de contratación

El reconocimiento de estos sesgos abre una agenda de soluciones o modificaciones de notable potencial práctico. Como explicamos anteriormente, las intervenciones conductuales o *nudges* son una posible herramienta de mejora, que no operan mediante la imposición de sanciones ni mediante incentivos económicos directos, sino a través de modificaciones en el entorno de decisión que aumentan la probabilidad de la elección más conveniente sin eliminar la discrecionalidad de quien decide.¹⁰

Así por ejemplo, en el sesgo de *statu quo*, la implementación de un sistema de “pliegos modelos” con revisión periódica obligatoria por parte de los agentes, acompañada de instancias de consulta al mercado— que están previstas en nuestra regulación— previas a la licitación, constituiría una intervención conductual para contrarrestar esta tendencia y actualizar las condiciones contractuales a las realidades del mercado. De nada sirve elaborar pliegos grandilocuentes si el mercado no puede cumplir con las especificaciones o salir con pliegos antiguos, desactualizados, que el mercado no pueda cumplir.

10 Vale la pena analizar el trabajo de investigación titulado *Diseño y Evaluación de “Nudges” para incentivar el ahorro en las Compras Públicas* (Celhay et al., 2022).

En la etapa de planificación, la incorporación de listas de verificación obligatorias (*checklists*) para la estimación de costos y tiempos, diseñadas para forzar la consideración explícita de escenarios adversos — como puede ser la inflación, la restricción de mercadería importada, etc. — ha demostrado ser eficaz para contrarrestar el sesgo conocido como: “sesgo de optimismo”.

En la etapa de elaboración de pliegos, donde se incorporan los requerimientos técnicos, administrativos y económicos, el diseño conductual sugiere la elaboración de documentos simples, estandarizados y con lenguaje claro que reduzcan la carga cognitiva de los oferentes y amplíen el universo de participantes potenciales. La simplificación de los requisitos para la presentación de la oferta y la reducción de la documentación exigida en la etapa inicial del proceso son intervenciones de bajo costo y alto impacto que varios sistemas avanzados de compras públicas han incorporado con resultados positivos verificables.

En la etapa de evaluación, la introducción de evaluaciones ciegas — en las que los evaluadores no conocen la identidad del oferente al calificar aspectos técnicos — y la utilización de planillas de evaluación con criterios de ponderación objetivos previamente preestablecidos contribuyen a limitar el sesgo de “falso conocimiento” o las evaluaciones subjetivas.

En este sentido, la ONC, como órgano rector, podría avanzar sobre la estandarización de criterios de evaluación que reduzcan la discrecionalidad evaluadora y externalicen el proceso de ponderación, haciéndolo más transparente, más auditable y menos pasible de la aleatoriedad del evaluador.

Por último, en la etapa de ejecución y gestión contractual, los recordatorios automáticos sobre hitos críticos, vencimientos y obligaciones actúan como *nudges* que reducen los incumplimientos derivados no de mala fe, sino de olvido o sobrecarga administrativa, un fenómeno que en la práctica tiene una incidencia significativa en los contratos de larga duración. Tal como lo mencionábamos anteriormente, esta recomendación se facilita con la implementación de los sistemas electrónicos de gestión de compras y contratos existentes y podría sumarse la utilización de la IA.

4. Conclusiones

A lo largo de este trabajo, se ha procurado demostrar que las contrataciones públicas constituyen mucho más que un conjunto de procedimientos administrativos sujetos al control de legalidad. Son, en su dimensión más profunda, el modo en que el Estado materializa su capacidad de gestionar con eficiencia, transparencia e integridad los recursos de la sociedad en búsqueda del bienestar general.

Dos conclusiones estructurales emergen del análisis desarrollado. La primera es que no hay buena contratación sin planificación. El Plan Anual de Contrataciones,

tal como existe hoy en el régimen nacional argentino, representa un avance normativo real, pero insuficiente. Su potencial solo se realizará cuando deje de ser un instrumento de registro para convertirse en un instrumento de gobierno: dinámico, monitoreable, evaluable y articulado con la política presupuestaria y los objetivos estratégicos de cada jurisdicción.

La segunda conclusión es que las ciencias del comportamiento ofrecen a las contrataciones públicas una oportunidad de mejora. La identificación de los sesgos cognitivos que operan en cada etapa del ciclo contractual —desde la elaboración del pliego hasta la gestión de la ejecución— no es un ejercicio teórico: es el primer paso para diseñar intervenciones concretas, de bajo costo y alto impacto, que mejoren la calidad de las decisiones. Los *nudges* no reemplazan a la ley, la complementan, haciendo que la ley funcione mejor en el mundo real de las personas que deben aplicarla.

Por último, podemos concluir que la Argentina tiene las condiciones institucionales para generar este cambio. La participación de académicos especialistas en ciencias del comportamiento y políticas públicas, la implementación de los sistemas electrónicos de contrataciones y la calidad de sus cuadros técnicos en gestión de compras públicas configuran un capital muy valioso que, articulado correctamente, puede producir resultados de alto impacto, bajo costo y conmensurable.

Mejorar el sistema de contrataciones de un país no es una simple reforma administrativa, es una política de Estado. Y como toda política de Estado, para que sea duradera, eficiente y eficaz, necesita primero ser pensada y planificada.

Bibliografía

- Budassi, I., Bertoni, J., Caccia, P., Elgier, A., Dottori, M., Rotsztein, R., Aragón Daud, A. y Torrente, F. (2024). Unidad de Ciencias del Comportamiento y Políticas Públicas del Gobierno de la Nación Argentina: Reseña de una experiencia (2021-2023). *Revista Argentina de Ciencias del Comportamiento*, 16(1), 4-17. <https://doi.org/10.32348/1852.4206.v16.n1.44605>
- Cabrales Goitia, A. y Rey Biel, P. (2021). Más allá de los nudges. Políticas públicas efectivas basadas en la evidencia de las ciencias del comportamiento. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, (25), 38-45. <https://doi.org/10.24965/gapp.i25.10864>
- Celhay, P., Gertler, P., Olivares, M. y Undurraga, R. (2022). *Diseño y Evaluación de “Nudges” para incentivar el ahorro en las Compras Públicas*. Centro de Sistemas Públicos, Departamento de Ingeniería Civil Industrial, Universidad de Chile. https://www.dipres.gob.cl/597/articulos-266611_r_ejecutivo_institucional.pdf
- De Michele, R. y Pierri, G. (2020). Transparencia y gobierno digital. El impacto de COMPR.AR en Argentina. Documento para discusión N° IDB-DP-767. Banco Interamericano de Desarrollo.
- Delpiazzo, C. E. (2013). Los tres Tránsitos de la Contratación Pública. *Revista de Derecho Público*, 22(44), 59-78.

- Díaz Bravo, E. y Figueroa Mendoza, M. (2026). *La contratación pública estratégica como puente entre América Latina y la Unión Europea*. Tirant Lo Blanch.
- Naciones Unidas. (2021). *Nota orientativa del Secretario General sobre las ciencias del comportamiento*. <https://www.un.org/es/content/behaviouralscience/>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2023). *Behavioural Insights Units*. <https://oecd-opsi.org/bi-units/>
- Poder Ejecutivo Nacional (Argentina). (2021). *Resolución SAE creación Programa "Unidad de Ciencias del Comportamiento y Políticas Públicas"*. https://www.argentina.gov.ar/sites/default/files/resolucion_sae_28_2021.pdf
- Presidencia de la Nación. República Argentina (2023). Secretaría de Asuntos Estratégicos: Resolución Conjunta 4/2023. *Boletín Oficial*. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/286632/20230517>
- Real Academia Española. (s.f.). Planificación. En *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/planificacion>
- Rizzo Lopes Dos Santos, L. (2017). La importancia del planeamiento en la Contratación Pública. *Revista de la Facultad de Derecho*, 8(1), 163-176. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/24478>
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. (Dir.). (2025). *La buena administración para la realización de los derechos sociales fundamentales en el derecho administrativo iberoamericano*. Colex.
- Serrano, M. S. (2024). *Contratación Pública en Emergencia*. Lajouane.
- Thaler, R. H. y Sunstein, C. R. (2009). *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. Penguin Books.
- The White House. President Barack Obama. (2015). Executive Order -- Using Behavioral Science Insights to Better Serve the American People. <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2015/09/15/executive-order-using-behavioral-science-insights-better-serve-american>

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

**Análisis,
crónicas y reseñas**

Ciber vía de hecho en el fallo *Cansat* de la Sala II del fuero contencioso administrativo federal¹

Ciber via de hecho in the *Cansat* Decision of Chamber II of the Federal Administrative Litigation Court

Fabián Canda²

Ministerio Público Fiscal de la Nación

Sumario

1. Planteo
 2. Ciber vía de hecho
 3. Conclusiones
- Anexo I

<https://doi.org/10.26422/daec.2026.0100.can>

1. Planteo

En el clásico de Lewis Carroll *Alicia en el país de las maravillas* (2016) hay un célebre diálogo entre la protagonista y Humpty Dumpty. Este sostiene —de manera muy arrogante— que las palabras significan lo que él quiere que signifiquen, pues el sig-

1 Agradezco al MDA Santiago Lauhirat la ayuda en la búsqueda de doctrina y jurisprudencia para la realización de este comentario.

2 Profesor de Derecho Administrativo de grado y posgrado en la Universidad de Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, Universidad Austral, Universidad Nacional del Nordeste, Universidad Nacional de Cuyo, Universidad Nacional de La Pampa y Universidad Nacional del Comahue, entre otras universidades públicas y privadas. Es autor de artículos y libro sobre temas de la especialidad. En la vida profesional, fue fiscal de Investigaciones Administrativas, secretario de Reglamentos del Consejo de la Magistratura de la Nación, jefe de Gabinete de la SIGEN, fiscal civil y comercial federal. En la actualidad se desempeña como fiscal federal en lo contencioso administrativo. facanda2@gmail.com

nificado — allende de lo que diga el diccionario— lo da quien manda. Es, en lenguaje jurídico, la fuerza normativa de lo fáctico.³

En *Cansat*,⁴ la sentencia de primera instancia concluyó: a) que la Administración demandada incurrió en una vía de hecho al no tratar adecuadamente un pedido de renovación de licencia para producir y vender cannabis medicinal; b) consecuentemente, ordenó a la Administración que en el plazo de veinte días *trate la petición y provea lo que corresponda*.

Ante ello, la Administración adoptó la posición de Humpty Dumpty y apeló sosteniendo: “Me ordenan *que otorgue una licencia*. ¡Eso está mal y es administrar!”.

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal,⁵ pacientemente, corrige: no es eso lo que la sentencia de primera instancia ordenó. Consecuentemente, el recurso es desestimado y el fallo del juez de grado, confirmado.⁶

2. Ciber vía de hecho

Para entender por qué la Justicia ordenó que en el plazo de veinte días la Administración trate la petición de renovación de la licencia para vender cannabis es preciso narrar mínimamente la saga. Es de imaginar el rostro del empleado de *Cansat* al pretender renovar digitalmente su licencia y toparse con la novedad: “Su usuario administrador ha sido bloqueado”. Confundido, intenta recuperar la contraseña, pero una nueva leyenda le hace saber que: “El usuario no se encuentra registrado”. Al borde de un ataque de nervios, envía un mail a la Administración, pero la contestación no es más alentadora: “... estamos trabajando para poder brindarles una respuesta en el menor tiempo posible”. Mientras tanto, “siga participando” pues — como regla— producir y vender cannabis, es un delito. De ahí que exista un procedimiento especial para la obtención de autorizaciones para la producción y venta de cannabis medicinal.

El actor había renovado *con asiduidad* su licencia para producir y vender. Es decir, podría verse comprometido el principio de *confianza legítima*, recientemente recepta-

3 Esta expresión pertenece a George Jellinek (2000, pp. 324-327) y refiere a la tendencia que tienen los seres humanos a transformar aquello que efectivamente sucede en un deber ser jurídico: la naturaleza humana “reproduce más fácilmente lo que ha sido ya fisiológica y psicológicamente realizado que lo que le es nuevo” (p. 324). En este sentido, afirma el jurista alemán, la conversión del poder del Estado, que en su origen es un mero hecho, en un poder jurídico “es una consecuencia de la representación de que estos hechos ya tienen un carácter normativo, de que deben ser tal como son” (p. 327).

4 CAF N° 10.675/2025, *Cansat L.S.A. c/ Instituto Nacional de Semillas s/ amparo ley 16.986*.

5 Esta Sala se encuentra integrada por los jueces Claudia Caputi, José Luis López Castiñeira y Luis María Márquez.

6 CNACAF, Sala II, sentencia del 09/10/25.

do por las modificaciones introducidas en la Ley Nacional 19549 de Procedimiento Administrativo.⁷

Demuestra así su *colaboración* con la Administración y haber actuado de manera diligente, en tanto cumplió los pasos esenciales del procedimiento de renovación. En suma, actuó de *buena fe*.

Adviértase que la confianza legítima, la colaboración y la buena fe del requirente (principios recientemente positivizados del procedimiento administrativo)⁸ merecieron de la Administración una respuesta digital “automática, genérica, abstracta y lacónica”. Esta constituyó una vía de hecho en su vertiente del art. 9, inc. c) de la LNPA:⁹ una *ciber vía de hecho*.

3. Conclusiones

La digitalización implica, muchas veces y en los hechos, un mecanismo de indefensión¹⁰ que torna aún más quimérica la idea de tutela administrativa efectiva.¹¹

Cuando el ciudadano se encuentra con respuestas digitalizadas y meramente estereotipadas y no cuenta con otras vías para plantear qué es lo que está sucediendo,

7 El principio de confianza legítima implica que el ciudadano espera que el Estado se conduzca con arreglo a las pautas con las que se ha manejado usualmente, es decir, generando en el ciudadano la legítima confianza de que va a actuar de un modo no intempestivo, previsible. En este sentido, el particular cuenta no con un derecho, sino con la expectativa de que la Administración pública se conducirá de una determinada manera, como lo ha venido haciendo. Para ampliar, puede verse Canda, (2025) y Coviello (2024).

8 El art. 1 bis de la Ley 19549 reformada establece: “Son principios fundamentales del procedimiento administrativo, la juridicidad, la razonabilidad, la proporcionalidad, la buena fe, la confianza legítima, la transparencia, la tutela administrativa efectiva, la simplificación administrativa y la buena administración...”.

9 El art. 9, inc. c) de la Ley 19549 dispone: “La Administración se abstendrá: [...] c) De establecer mecanismos electrónicos, informáticos o de otra naturaleza que, mediante la omisión de alternativas u otros defectos o recursos técnicos, tengan por efecto práctico imposibilitar conductas que no estén legalmente proscriptas”.

10 De allí que se haya postulado la necesidad de que la actuación administrativa automatizada, como cualquier acto de la Administración pública, debe someterse al control. Al respecto, Cerrillo Martínez (2025) plantea que “... ese control puede realizarse *ex ante*, asegurando que la decisión se adopta de acuerdo con el procedimiento previsto para garantizar los derechos de las personas interesadas. El control también puede realizarse *a posteriori* con el fin de poder valorar la validez de la decisión adoptada de manera automatizada” (p. 552).

11 CSJN, *Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - Dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986*, 14/10/2004, Fallos: 327:4185. En dicha oportunidad, la Corte Federal encuadró la tutela administrativa y judicial efectiva en los arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2º inc. 3º aps. a y b, y 14 inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A criterio de la CSJN, dicha garantía supone “... la posibilidad de ocurrir ante los

está en el peor de los mundos posibles. ¿Tutela administrativa? Sí: hay un procedimiento especial muy bonito para registrarse y permitir excepcionalmente la producción y venta de cannabis medicinal. ¿Efectiva? Bien, gracias, pues cuando se lo intente seguir se hallarán respuestas breves y arbitrarias: una *ciber vía de hecho* que lo dejará inerme.¹²

La fusión entre arbitrariedad y reducción o, directamente, retirada de las funciones esenciales por las que el Estado debe velar¹³ constituye una mezcla altamente volátil tanto para la tutela administrativa efectiva del ciudadano como para el interés público social.¹⁴

El cannabis es una droga prohibida y su venta o consumo puede configurar un delito. Pero también puede representar un alivio enorme para quienes padecen ciertos dolores que precisan —si así lo entiende el médico— un tratamiento con base en la sustancia que se extrae de esa planta. Es por eso que el derecho positivo regula y ordena fiscalizar el tema.¹⁵ Si el Estado se retira del registro y fiscalización o banaliza la cuestión (pues esto trasunta resolverlo con una *ciber vía de hecho*) tanto el ciudadano que reitera su vocación de ajustarse al procedimiento de producción y

tribunales de justicia —a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes— y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes” y, además, requiere, por sobre todas las cosas, “... que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso —procedimiento— conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia —decisión— fundada”. Más cerca en el tiempo, la CSJN mencionó el principio de la tutela administrativa efectiva con ese mismo alcance en *Flores, María José c/ EN - M Público de la Defensa s/ amparo ley 16.986, 09/02/23*, Fallos: 346:12; *Raco, Marco Nicolás y otro c/ EN - M Seguridad -PSA- resol. 513/09 (expte. S02 441/07) s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg, 28/10/21*, Fallos 344:3230, disidencia del juez Rosatti). Asimismo, sobre este tema de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito del procedimiento administrativo, ver Canda (2015).

- 12 Concretamente, el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 1, remitiéndose al dictamen fiscal, entendió por configurada en el caso en comentario una vía de hecho en los términos del art. 9 inc. c) de la Ley 19549 como una nueva variante “... determinada por conductas de la Administración Pública que tengan por finalidad establecer mecanismos que por omisión, defectos o recursos técnicos impidan el ejercicio de los derechos por parte de los particulares, en este caso, peticionar ante las autoridades públicas y, como consecuencia del bloqueo de usuario, el ejercicio del comercio y la industria lícita”.
- 13 Para una explicación más general acerca del repliegue del Estado en el ejercicio de sus funciones esenciales por las que debe velar, puede consultarse Esteve Pardo (2013).
- 14 De ahí que exista un procedimiento administrativo especial para tramitar esta licencia de tanto interés para la sociedad y ciertos ciudadanos que sufren males graves. El procedimiento administrativo al servicio de la juridicidad y el interés público, pues, como decía Comadira (2005), “la juridicidad entendida como presupuesto, límite y mandato positivo para el accionar de la Administración Pública es, pues, un principio basilar del procedimiento administrativo en el Estado Social de derecho y su vigencia irrenunciable, no es un valor negociable, ni siquiera en el altar de la eficacia” (p. 952).
- 15 Sobre este punto, la Corte Federal ha sostenido que, por las razones de salud y seguridad públicas involucradas, la exigencia de autorización estatal para autocultivar cannabis y elaborar y suministrar aceites caseros con fines medicinales no constituye una interferencia indebida en las acciones

venta, como el que padece un mal que precisa medicinalmente de la droga y como la sociedad que observa si se cumple o no el procedimiento de excepción, se verán irremisiblemente defraudados. No se cumplen, pues, los principios procedimentales de confianza legítima, colaboración (Tawil, 2010) y buena fe cuando se responde una petición con una *ciber vía de hecho*.

No es buen síntoma añorar los viejos teléfonos negros de línea, pero, al menos, representaban la posibilidad de hablar con alguien que atendiese el problema que le aquejaba al ciudadano y le interesaba a la sociedad toda.

Es paradójico que la tecnología implique menor garantía de tutela administrativa efectiva y de protección del interés público. Por cierto, no es responsabilidad de la tecnología, sino de quien la usa. La adecuada instrumentalización de los avances tecnológicos, dentro de los principios cardinales del Estado de derecho, es una condición *sine qua non* para la correcta realización social.

Bibliografía

- Canda, F. O. (2015). Principios convencionales del procedimiento administrativo. El principio de "tutela administrativa efectiva". Creación y evolución en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional. *El Derecho Administrativo*, 2015-732.
- Canda, F. O. (2025). Principios fundamentales del procedimiento administrativo en la LNPA reformada según la ley de bases. En Alonso Regueira, E. (Dir.), *Bases para la libertad en el derecho administrativo argentino* (pp. 61-87). Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.
- Carroll, L. (2016 [1865]). *Alicia en el país de las maravillas*. Alianza Editorial.
- Cerrillo Martínez, A. (2025). Actuación automatizada, robotizada e inteligente. En Velasco Caballero, F., Darnacullea Gardella, M. M. (Dirs.), *Manual de derecho administrativo* (3ª Ed.). Marcial Pons.
- Comadira, J. R. (2005). Las bases constitucionales del procedimiento administrativo. En Comadira, J. R. (Dir.), *Colección de análisis jurisprudencial. Elementos de Derecho Administrativo*. La Ley.
- Coviello, P. J. J. (2024). La confianza legítima en la reforma a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Apuntes introductorios a su estudio. *El Derecho. Revista de Derecho Administrativo*, (7). ED-V-DCCCXXXVI-153.
- Esteve Pardo, J. (2013). *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*. Marcial Pons.
- González Pérez, J. (2004). *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo* (4ª Ed.). Thomson-Civitas.

privadas en los términos del artículo 19 de la Constitución Nacional. CSJN, *Asociación Civil Macame y otros c/ Estado Nacional Argentino- PEN s/ amparo ley 16.986*, Fallos: 345:549, 05/07/22.

Jellinek, G. (2000). *Teoría General del Estado*. Fondo de Cultura Económica.

Ponce Solé, J. (2019). Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico. *Revista General de Derecho Administrativo*, (50), 58-67.

Tawil, G. S. (2010). El principio de colaboración en el procedimiento administrativo. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, (383), 247-251.

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

Derecho Administrativo en el Estado Constitucional

N° 1 (abril de 2026): 213-228

ANEXO I

CANSAT L S.A. c/Instituto Nacional de Semillas s/amparo ley 16.986



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

SALA II

Expte. N° 10675/2025.-

///nos Aires, 9 de octubre de 2025.- JMVC

Y VISTOS: para resolver estos autos caratulados: "CANSAT L S.A. c/Instituto Nacional de Semillas s/amparo ley 16.986", y

CONSIDERANDO:

I.- Que, en fecha [15 de julio de 2025](#), el Señor Juez de la instancia anterior resolvió admitir la acción de amparo y ordenó a la demandada que en el plazo de veinte (20) días deberá adoptar las medidas necesarias para proveer los pedidos de renovación y correspondientes certificados en el Registro Nacional de Comercio y Fiscalización de Semillas.

En cuanto a las costas, las impuso a la demandada en su calidad de vencida (cfr. art. 14 de la ley 16.986).

II.- Que, en síntesis, para decidir del modo indicado, el Magistrado consideró que la cuestión planteada había sido correctamente abordada en el dictamen elaborado por el Fiscal Federal en fecha [3/07/2025](#).

En dicha pieza, el representante del Ministerio Público Fiscal expuso que la pretensión de autos radica en que el Tribunal adopte las medidas necesarias para que se provea la renovación y el otorgamiento de los correspondientes certificados en las categorías A (criadero), B (introducido), E (identificador), F (comerciante expendedor) y K1 (vivero identificador) en el Registro Nacional de Comercio y Fiscalización de Semillas.

Indicó que no se encuentra controvertido que la parte actora contaba con una habilitación para funcionar en las categorías A, B, E, F y K1 hasta el 31/03/25, conforme surge de la prueba [documental](#) acompañada al inicio (ver p. 11 del documento digitalizado), ni tampoco que, al intentar la última renovación en todos los registros, el sistema de gestión arrojó la siguiente leyenda: 'Su usuario administrador ha sido bloqueado. Contáctese con el RNCyFS' (ver p. 116 del [documento](#) digitalizado).

De igual modo, al intentar recuperar su contraseña, el sistema indicó: 'El usuario no se encuentra registrado' (ver p. 118 del [documento](#) digitalizado). Asimismo, ante la consulta vía mail, la demandada, a través de una respuesta automática, le hizo saber: "En cuanto a los sujetos que operan con Cannabis Medicinal (>1% THC), informamos que estamos trabajando para poder brindarles una respuesta en el menor tiempo posible. Resaltamos que no se ha impedido la actividad de la empresa, sino que suspendimos la opción de renovación 2025/2026 hasta aclarar debidamente la aplicación de la Ley 27669" (ver p. 119/120 del [documento](#) digitalizado).

Fecha de firma: 09/10/2025

Año en sistema: 14/10/2025

Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA

1



#39913003#475360117#20251008195114654



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

SALA II

Al respecto, el Fiscal Federal consideró que en la resolución de estas actuaciones adquiere especial gravitación el principio de colaboración en el procedimiento administrativo, en la inteligencia de que atendiendo a las circunstancias antes reseñadas, y los elementos probatorios reunidos en autos, la actora ha obrado de manera diligente y acorde a la buena fe, en tanto cumplió con los pasos esenciales del procedimiento de renovación de las habilitaciones para funcionar en las categorías del I.NA.SE.: A, B, E, F, K1.

Por ello consideró que, la imposibilidad de concluir el trámite por una dificultad administrativa originada en el sistema *web* –bloqueo de usuario–, importaría frustrar el cumplimiento de la finalidad del procedimiento administrativo, lo que constituiría una violación a los mentados principios de colaboración, buena fe y eficacia (art. 1° bis de la ley 19.549). Mas aun, teniendo en cuenta que la accionada venía renovando sus registros con asiduidad y, ante la consulta vía mail de la aquí actora, se limitó a ofrecer una respuesta automática, genérica, abstracta y lacónica que se sintetiza en un: “...estamos trabajando para poder brindarles una respuesta en el menor tiempo posible”.

Sobre esa base, concluyó que: “...en el caso de autos se encuentra configurada una vía de hecho en los términos del art. 9 inc. c) de la ley 19.549 y la existencia de esta vía de hecho demuestra el proceder manifiestamente ilegítimo del Instituto accionado” y aclaró que el carácter patrimonial del agravio aducido por la parte actora no obsta a la procedencia de la acción, en tanto la conducta administrativa objetada compromete ante todo el derecho a la tutela administrativa efectiva, que supone, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle, sino por medio de un procedimiento administrativo conducido en legal forma.

De este modo, resolvió hacer lugar a la acción de amparo interpuesta, debiendo la demandada -en el plazo de veinte (20) días- adoptar las medidas necesarias para proveer los pedidos de renovación y certificados correspondientes en el Registro Nacional de Comercio y Fiscalización de Semillas.

III.- Que, contra dicho pronunciamiento, la parte demandada interpuso y fundamentó su apelación en fecha [17/07/2025](#).

La parte actora contestó el traslado oportunamente conferido, respecto del memorial de la contraria, en fecha [12/08/2025](#).

El Señor Fiscal General de Cámara produjo su dictamen en fecha [10/09/2025](#).



Derecho Administrativo en el Estado Constitucional

N° 1 (abril de 2026): 213-228



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

SALA II

IV.- Que, la parte demandada en su memorial manifestó que la sentencia recurrida viola las disposiciones de la ley 27.669 y atenta contra el sistema reglamentario dispuesto para las actividades con la especie *cannabis*.

En ese orden, cuestionó la resolución en tanto consideró que omite todo análisis y observancia respecto a las normas que el propio actor considera aplicables al caso: las leyes 27.350 y 27.669; y que existen una serie de requerimientos específicos para llevar adelante actividades con la especie *cannabis* que el juzgador omite analizar.

Por lo que, argumentó que se le ordena otorgar la renovación de la inscripción en el Registro Nacional de Comercio y Fiscalización de Semillas (R.N.C. y F.S.) de la empresa actora y la emisión de los certificados correspondientes, sin que se cumplan los requisitos exigidos por la normativa para ello, en plena violación de los principios de división de poderes y jerarquía de las normas (art. 1 y 31 de la Constitución Nacional) y declarando inválido el sistema creado por el legislador sobre la materia, sin que la actora así lo solicitara.

A continuación, reseñó la normativa aplicable al trámite en cuestión, y manifestó que a fin de solicitar dicha inscripción o su renovación para operar con la especie *cannabis*, conforme las disposiciones de las leyes 27.669 y 20.247, el actor debe contar con autorización de la ARICCAME para realizar su actividad en forma legal y reprochó que la sentencia de grado no sólo no analizó las disposiciones que rigen la materia, sino que además en forma contraria a ellas, ordena a mi mandante otorgar la renovación en el Registro Nacional de Comercio y Fiscalización de Semillas (R.N.C. y F.S.) de la firma accionante con la emisión de los correspondientes certificados, sin que se encuentren cumplidos los requisitos que establece la norma para ello y atentando contra el sistema dispuesto por el legislador.

Por otro lado, planteó que la decisión recurrida no analizó los requisitos dispuestos por el art. 43 de la Constitución Nacional y la ley 16.986 para la procedencia de la acción de amparo, en tanto, prosiguió, es la ley 27.669 la que dispone que a fin de efectuar actividades con *cannabis* los interesados deben contar con autorización del órgano de contralor -la ARICCAME-, extremo que no se encuentra acreditado en autos y por el cual no se da la existencia de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta que requiere la acción intentada.

A partir de ello, expuso que su parte no sólo observó la prórroga para dicha inscripción concedida en la Resolución N° RESOL-2017-205-APN-INASE#MA sino que además otorgó sesenta (60) días más por Resolución Inase N° RESOL-2025-300-APN-INASE#MEC de fecha 12/06/2025, denunciada en autos como hecho

RUOVO.

Fecha de firma: 09/10/2025

Alta en sistema: 14/10/2025

Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA

3



#39913003#475360117#20251008195114654



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

SALA II

Asimismo, expresó que el Tribunal de grado consideró erróneamente configurada una vía de hecho en los términos del artículo 9 de la ley 19.549; aspecto sobre el que afirmó que: "...el accionante sólo presenta una consulta efectuada en el mes de abril del corriente, pero no acredita haber iniciado trámite administrativo al respecto ni ante mi representado ni ante la ARICCAME, a fin de cumplir con lo que la norma dispone" y sostuvo que: "...no resulta necesario el dictado de acto administrativo alguno al respecto, porque la norma es clara y se presume conocida, quienes efectúen actividades relacionadas con cannabis deben contar con la correspondiente autorización emitida por la ARICCAME".

Por último, discrepó con la sentencia de grado en tanto -según su comprensión- no observa las disposiciones del artículo 116 de la Constitución Nacional y vulnera el principio de división de poderes base del sistema republicano de gobierno, en razón de que le ordena otorgar la renovación de la inscripción del actor en el R.N.C. y F.S. sin que se encuentren cumplidos los requisitos establecidos por la normativa vigente en la materia.

Y agregó que, la actora basó su pretensión en meras generalidades abstractas, enunciando la supuesta vulneración de derechos a futuro que no le asisten como el derecho a la salud, ya que no reviste calidad de paciente, no acredita cómo los hechos que esgrime en su demanda pueden afectar el derecho que invoca ni prueba representación alguna que justifique sus dichos respecto a sus dichos en general.

Por lo que, en tal inteligencia, la sentencia de primera instancia se arrogó facultades propias de los poderes legislativo y ejecutivo al resolver como lo hizo, sin siquiera analizar si efectivamente se encontraba frente a un caso o controversia que habilite su intervención.

Por último, petitionó que se revoque la sentencia recurrida, y que las costas -en su consecuencia- le sean impuestas a la parte actora, por aplicación del principio rector establecido en el ordenamiento procesal (cfr. arts. 14 de la ley 16.986 y 68, 1ra. parte del C.P.C.C.N.).

V.- Que, al contestar el traslado del memorial, la parte actora indicó que presentación de su contraria, no constituye una crítica concreta y razonada de la sentencia recurrida, conforme lo requiere la norma aplicable, por lo cual el recurso debe ser declarado desierto.

A mayor abundamiento, reflexionó que el pedido de renovación de la inscripción en el R.N.C. y F.S., formulado por su parte, se encuentra debidamente acreditado mediante la documentación acompañada al inicio del proceso.

Al respecto, negó categóricamente la afirmación vertida por la demandada en cuanto a la supuesta iniciación de un expediente administrativo, toda vez que el

Fecha de firma: 09/10/2025

Alta en sistema: 14/10/2025

Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA

4



#39913003#475360117#20251008195114654

Derecho Administrativo en el Estado Constitucional

N° 1 (abril de 2026): 213-228



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

SALA II

sistema informático correspondiente se encontraba bloqueado por la exclusiva culpa de la misma.

Por otra parte, en relación con el requerimiento de la autorización expedida por la Administración Nacional de Inspección y Control de Cultivos (ARICCAME) para realizar actividades con la especie *Cannabis*, destacó que su parte ha obtenido la inscripción en el R.N.C. y F.S. con anterioridad, sin requerir dicha autorización.

Asimismo, indicó que la propia ARICCAME ha emitido pronunciamiento en el que establece que su competencia y facultades de autorización se limitan exclusivamente a la especie *Cáñamo*, excluyendo expresamente a la especie *Cannabis*.

En consecuencia, afirmó nuevamente que la autorización reclamada por la demandada carece de existencia y fundamento respecto a la especie *Cannabis*.

Destacó que, en cuanto a la procedencia de la acción de amparo, los requisitos de peligro en la demora y verosimilitud del derecho se encuentran debidamente acreditados con el dictado de la Resolución INASE N° RESOL-2025-300-APN-INASE#MEC de fecha 12/06/2025. Dicha resolución estableció, de manera excepcional y por única vez, un plazo de sesenta (60) días para el pago de la renovación anual de los operadores inscriptos en el Registro Nacional de Comercio y Fiscalización de Semillas (R.N.C. y F.S.), operando la caducidad de la inscripción de pleno derecho en fecha 31/07/2025.

En tal sentido, postuló que la demandada pretende cancelar el registro de su parte de pleno derecho, una vez alcanzada la fecha límite dispuesta por esta por requerirle una documentación de imposible cumplimiento, como es la autorización de ARICCAME que no existe para la especie *Cannabis*.

Finalmente, destacó lo expuesto en el escrito inicial, donde se adujo que la decisión adoptada por el organismo demandado de suspender la emisión de las habilitaciones implica una vulneración directa del derecho al trabajo, toda vez que la diferencia entre realizar una actividad con o sin registro podría ser igual a cometer o no un delito de narcotráfico (énfasis original).

VI.- Que con carácter previo al tratamiento de las diversas cuestiones planteadas, corresponde efectuar una advertencia preliminar: en el estudio y análisis de las posiciones de las partes, se seguirá el rumbo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y de la buena doctrina interpretativa, que establece que los jueces no estamos obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso con sustento en un pronunciamiento válido (cfr. C.S.J.N., Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; 278:271; 291:390;

5

Fecha de firma: 09/10/2025

Alta en sistema: 14/10/2025

Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA



#39913003#475360117#20251008195114654



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

SALA II

297:140; 301:970, entre otros y, en sentido concordante, esta Sala, *in re*, "Escobar, Rodrigo Marcos c/E.N. –M° Seguridad –P.F.A. s/amparo ley 16.986", Expte. N° 10.114/2020, del [16/03/2021](#), entre muchos otros).

VII.- Que, sentado lo anterior, cabe señalar que, con respecto a la procedencia de la acción intentada, la pauta básica de hermenéutica aplicable viene dada por el artículo 43 de la Constitución Nacional, el cual establece que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley.

Se trata de un remedio procesal excepcional, sólo utilizable en las delicadas situaciones en las que, por carencia de otras vías legales aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, requiriéndose para su apertura circunstancias de muy definida excepción, tipificadas por la presencia de arbitrariedad, irrazonabilidad o ilegalidad manifiestas que configuren la existencia de un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta acción urgente y expedita (cfr. doctrina de *Fallos*: 330:4144; 327:1797 y 1806; 326:417; 322:2220, entre otros).

Sobre esta base, para la procedencia de la acción de amparo es menester demostrar que se haya configurado arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en la actividad estatal enjuiciada. Ello, en tanto la acción de amparo se encuentra reservada para aquellas situaciones en las que, por carencia de otros procedimientos aptos, peligra la salvaguarda de derechos constitucionales (cfr. *Fallos*: 316:797, entre otros).

En efecto, la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta requiere que la lesión de los derechos o garantías reconocidos resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos, ni de un amplio debate y prueba (cfr. *Fallos*: 325:2583, entre otros).

VIII.- Que, conforme se surge de las constancias de la causa, la firma actora [promovió acción de amparo](#), contra el Instituto Nacional de Semillas a fin de que: "...la citada entidad provea la debida renovación y correspondientes certificados en el Registro Nacional de Comercio y Fiscalización de Semillas (RNCyFS) en las categorías A, B, E, F y K1" (cfr. [escrito de inicio](#) y documental de fs. [45/194](#) y fs. [195/316](#)).

En su escrito inaugural, manifestó que su objeto social consiste en la investigación, cultivo, producción, acopio, desarrollo, transformación, industrialización, adquisición, distribución, transporte, importación, exportación y

Fecha de firma: 09/10/2025

Acta en sistema: 14/10/2025

Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA

6



#39913003#475360117#20251008195114654

Derecho Administrativo en el Estado Constitucional

N° 1 (abril de 2026): 213-228



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

SALA II

comercialización de semillas y/o esporas y/o esquejes y/o cualquier método de micro propagación y/o extracciones y/o fitoderivados y/o flores inflorescencia y/o biomasa y/o materia verde y/o cualquier parte de cualquier organismo cultivado, pudiendo ser del reino vegetal y/o del reino fungi, así como los productos y subproductos de los insumos presentes en los procesos.

Asimismo, indicó que: *"...la decisión del demandado (Instituto Nacional de Semillas) de suspender la emisión de las habilitaciones genera automáticamente la vulneración al derecho al trabajo, pues, la diferencia en realizar una actividad con o sin registro podría ser igual a cometer o no un delito de narcotráfico"*.

Acto seguido, citó la normativa aplicable al caso y expuso que se inscribió en las Categorías A y H (tal como surge con la documentación que acompañó) en fecha 4/08/2022. Luego, en fecha 24/11/2023 renovó su registro hasta el 31/03/2024 en las Categorías A, B, E, F, K1 y, por último, del 11/03/2024 al 31/03/2025 en idénticas categorías. Refirió que la demandada realizó una inspección en fecha 11/07/2024, en la cual el inspector del Instituto certificó que la actora realiza las actividades de las categorías registradas, dando cuenta que es una sociedad comercial con actividad en la materia.

A su vez, enfatizó que al estar inscripta en la Categoría A y habilitada para llevar adelante investigación en fitomejoramientos, ha logrado estabilidad en dos variedades que desea registrar, para lo cual ya ha presentado las solicitudes de inscripción en el Registro Nacional de Cultivares ('R.N.C.') y en el Registro Nacional de la Propiedad de los Cultivares ('R.N.P.C.') como, asimismo, ha realizado los pagos correspondientes, demostrando de ese modo que posee giro comercial.

En ese contexto, relató que, al intentar volver a renovar todos los registros, el sistema de gestión de la demandada arrojó un error técnico que no permite realizar el pago y la actora intentó realizar el mismo a través de un contacto directo con la demandada, más al día de la fecha continúa sin tener otra cosa más que evasivas de parte de la demandada como surge de los correos electrónicos que se acompañan, que obliga a esa parte a iniciar la presente acción de amparo.

Argumentó en ese sentido, que las renovaciones de las categorías de I.NA.SE. se dan de manera anual de abril a marzo del año subsiguiente, por lo que la desidia de parte de dicho organismo I.NA.SE. en resolver en tiempo y forma, lo hace con el conocimiento cabal de la vulneración de sus derechos.

Destacó que la respuesta a los dos correos electrónicos remitidos ante consultas distintas fue la misma, lo cual -según su comprensión- denota que claramente se trata de una contestación preestablecida e implica que el ~~peticionante deba aguardar para la concreción de su operación, el lapso indefinido~~

Fecha de firma: 09/10/2025

Alta en sistema: 14/10/2025

Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA

7



#39913003#475360117#20251008195114654



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

SALA II

que insuma a los estamentos administrativos el tratamiento de su caso. Lo cual, a su entender, configura una clara afectación de los derechos que asisten a quien se encuentra en vías de formalizar un negocio comercial como el caso de marras, toda vez que le resultará imposible efectuar la más elemental previsión y encontrarse en situación de ignorar si su gestión resultará aprobada o sujeta a eventuales invalidaciones, subsanables o no.

IX.- Que, sentado lo anterior y sobre la base de los argumentos ensayados por el aquí recurrente, cabe recordar que esta Cámara ha preconizado reiteradamente que la expresión de agravios debe consistir -con arreglo a lo normado en el art. 265 y concordantes del C.P.C.C.N., de aplicación supletoria por conducto del art. 17 de la ley 16.986- en una crítica concreta y razonada del pronunciamiento apelado, y que dicha exigencia no se sustituye con una mera discrepancia con el criterio del juzgador, sino que implica el estudio de los razonamientos de aquél, demostrando las equivocadas deducciones, inducciones y conjeturas sobre las cuestiones resueltas (cfr. en tal sentido, esta Sala, *in re*, "Falk, Gerardo Francisco Julio c/E.N. -Mº Defensa -Armada s/daños y perjuicios", expte. Nº 15.291/05, del [13/03/12](#), entre muchos otros).

De ahí que se haya podido sostener que el memorial constituye un acto de petición, destinado específicamente a desvirtuar la sentencia recurrida, con el fin de obtener su revocación o modificación parcial por el Tribunal revisor (cfr. esta Sala, *in re*, "Falk" precedentemente citado).

A su vez, la exigencia concerniente a la crítica concreta se refiere a la precisión que implica señalar específicamente el agravio vertido, mientras que el requerimiento de que aquélla sea razonada, alude a los fundamentos, bases y sustanciaciones del recurso, el cual debe demostrar en qué reside el desacierto del razonamiento contenido en la sentencia que se impugna (cfr., en sentido concordante, Fenochietto, Carlos Eduardo -Arazi, Roland, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado, T.1, Astrea, Buenos Aires, 1983, pp. 834/837; en igual sentido, esta Sala, en fallo citado).

De este modo, y tal como se ha reiterado en el plano jurisprudencial, la operación de criticar es muy distinta a la de disentir, puesto que la crítica debe significar un ataque directo y pertinente a la fundamentación del fallo, con miras a demostrar los errores jurídicos y fácticos que éste pudiere contener; y, por el contrario, disentir implica meramente exponer que no se está de acuerdo con la sentencia (cfr. esta Sala, *in re*, "Oro, Guillermo Alberto y otros c/E.N. -D.I.E. -Dto. 2769/93", del 14/02/12; y más recientemente, "Petro Gar Combustibles S.R.L. c/D.G.I.", del [9/09/2025](#), entre muchos otros).



Derecho Administrativo en el Estado Constitucional

N° 1 (abril de 2026): 213-228



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

SALA II

X.- Que, de consuno con lo expuesto precedentemente -y en consonancia con el dictamen del Señor Fiscal General- corresponde señalar que, tal como quedó reseñado precedentemente, el demandado en su apelación se limitó a cuestionar la sentencia de primera instancia, en la inteligencia de que se le habría ordenado otorgar a la firma actora la renovación de su inscripción en el Registro Nacional de Comercio y Fiscalización de Semillas, en lo que considera una violación de la normativa aplicable al trámite.

Sin embargo, la sentencia de la instancia anterior se circunscribió a disponer que el organismo demandado adopte, dentro del plazo de veinte días, las medidas necesarias tendientes a proveer los pedidos de renovación y correspondientes certificados, tal el contenido y alcances del mandato contenido en el fallo.

Por otra parte, el demandado en su apelación no replicó los argumentos centrales del dictamen fiscal ante la primera instancia -cuyos fundamentos fueron compartidos por el Magistrado y dados por reproducidos en el pronunciamiento recurrido- en cuanto a que la parte actora obró de manera diligente y acorde a la buena fe, toda vez que dio cumplimiento con los aspectos esenciales del procedimiento de renovación de las habilitaciones en cuestión, y que la imposibilidad de concluir dicho trámite, se debió a una dificultad administrativa originada en el sistema *web* (v.gr., "bloqueo de usuario"), lo cual conlleva el incumplimiento de la finalidad del procedimiento administrativo y constituye una violación a los principios de colaboración, buena fe y eficacia previstos en el artículo 1° bis de la ley 19.549 y, en definitiva, una vía de hecho en los términos del artículo 9 inciso c) de dicha ley, lo que demuestra un proceder manifiestamente ilegítimo del Instituto accionado.

En tal orden de consideraciones, cabe señalar que la apelante no ha arrimado argumentos concretos tendientes a refutar las conclusiones de la sentencia recurrida (la que se apoyó en lo dictaminado por el Fiscal Federal ante esa instancia), e insistió en efectuar afirmaciones genéricas respecto de los supuestos incumplimientos de la actora, los cuales conducirían al rechazo de la renovación de las pretendidas habilitaciones.

Por ser ello así, cabe concluir que la demandada recurrente no ha demostrado el error o desacierto en que habría incurrido la decisión adoptada por el Magistrado de grado -que como se ha visto, sólo ordena proveer lo que corresponda a los pedidos de renovación y certificación-, ni rebatido el análisis jurídico y fáctico efectuado en dicho contexto, por lo que no corresponde reconocerle efectos al recurso de apelación bajo examen (cfr. arts. 265 y 266 del

Fecha de firma: 09/10/2025

Acta en sistema: 14/10/2025

Firmado por: MARIA CLAUDIA CAPUTI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: JOSE LUIS LOPEZ CASTINEIRA, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LUIS MARIA MARQUEZ, JUEZ DE CAMARA

9



#339113003#475360117#20251008195114654



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL
SALA II

C.P.C.C.N., de aplicación supletoria según lo establecido en el artículo 17 de la ley 16.986).

XI.- Que, las costas de esta instancia se imponen a la vencida, en atención a la forma en que se decide -las que fueron puestas de relieve en el desarrollo hasta aquí efectuado- y en concordancia con lo resuelto en la instancia anterior (cfr. art. 68, segunda parte del C.P.C.C.N., de aplicación supletoria por conducto del art. 17 de la ley 16.986).

Por lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE:** 1°) desestimar la apelación de la demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia que resolvió admitir la acción de amparo y ordenó a la demandada que en el plazo de veinte (20) días adopte las medidas necesarias para proveer lo conducente respecto de los pedidos de renovación y correspondientes certificados en el Registro Nacional de Comercio y Fiscalización de Semillas, y 2°) imponer las costas a la demandada vencida (cfr. art. 68, primera parte del C.P.C.C.N., de aplicación supletoria por conducto del art. 17 de la ley 16.986).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

MARÍA CLAUDIA CAPUTI

JOSÉ LUIS LOPEZ CASTIÑEIRA

LUIS M. MÁRQUEZ



Bases jurisprudenciales del derecho de acceso a la vivienda de las personas vulnerables en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Jurisprudential Bases of the Right of Access to Housing for Vulnerable Persons in the City of Buenos Aires

María Laura Sanfelice¹

Universidad Austral

Sumario

1. Introducción
 - 1.1 Planteo del problema investigado
 - 1.2 Objetivos de la investigación
 - 1.3 Hipótesis de trabajo
 - 1.4 Preliminar metódico
 - 1.5 Estructura del estudio
2. Aspectos jurídicos del derecho de acceso a la vivienda digna. Análisis jurisprudencial de la vivienda digna en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
 - 2.1 Constitución Nacional
 - 2.2 Instrumentos internacionales
 - 2.3 Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y normativa local
3. Políticas públicas, cuestiones presupuestarias y derechos fundamentales

1 Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Maestranda en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bolonia). Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bolonia) y en Derecho Tributario (Universidad de Belgrano). Abogada (Universidad de Belgrano). Actualmente se desempeña en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
laura.sanfelice@hotmail.com
<https://orcid.org/0009-0000-6793-2345>

3.1 Precedentes del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires en los cuales intervino la Corte Suprema de Justicia de la Nación

3.2 El derecho de acceso a la vivienda según los precedentes jurisprudenciales de la justicia local

4. Doctrina de la inconstitucionalidad por omisión

4.1 Las políticas públicas habitacionales de la Ciudad de Buenos Aires

4.2 Vinculación entre vivienda y presupuesto en la Ciudad de Buenos Aires

5. Propuestas a modo de aporte para brindar una posible solución a la problemática desarrollada

5.1 Aspectos generales de la omisión inconstitucional

5.2 La omisión en la reglamentación del artículo 31 de la Constitución local

6. Propuestas a modo de aporte para brindar una posible solución a la problemática desarrollada

6.1 Diseño e implementación de políticas públicas para el IVC y las de la Ley 3706

6.2 Instrumentación de un procedimiento administrativo de carácter preventivo

7. Conclusiones

Anexo I

Anexo II

Anexo III

<https://doi.org/10.26422/daec.2026.0100.san>

Resumen

El trabajo expone las bases jurisprudenciales del derecho de acceso a la vivienda de las personas en situación de vulnerabilidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a partir del estudio de los precedentes del Poder Judicial local y el marco normativo constitucional, convencional y local que reconoce el derecho de acceso a la vivienda digna, así como su vinculación con otros derechos fundamentales. Se analizan las políticas públicas implementadas en la materia y su relación con las limitaciones presupuestarias, evaluando el grado de cumplimiento del mandato de progresividad en la efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales. En este contexto, se estudia el rol de los distintos poderes del Estado, poniendo especial énfasis en las tensiones existentes entre la intervención judicial y las competencias propias de los poderes políticos. Desarrolla la doctrina de inconstitucionalidad por omisión en relación con la falta de reglamentación del artículo 31 de la Constitución local, planteando su posible aplicación al Poder Legislativo como herramienta para garantizar el contenido mínimo del derecho de acceso a la vivienda. Finalmente, brinda alternativas orientadas a superar el enfoque asistencial basado en subsidios habitacionales y a proponer soluciones estructurales y permanentes, destacando la necesidad de diseñar políticas públicas integrales y de implementar mecanismos administrativos preventivos que aseguren una protección efectiva de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad.

Palabras clave: derechos fundamentales, vivienda digna, vulnerabilidad, cuestiones presupuestarias, políticas públicas, inconstitucionalidad por omisión, procedimiento administrativo preventivo.

Abstract

The paper sets out the jurisprudential foundations of the right of access to housing for persons in vulnerable situations in the City of Buenos Aires, based on an analysis of precedents from the local judiciary and the constitutional, conventional, and local normative framework that recognizes the right to adequate housing, as well as its interrelationship with other fundamental rights.

It examines the public policies implemented in this field and their relationship with budgetary constraints, assessing the degree of compliance with the principle of progressivity in the realization of economic, social, and cultural rights. In this context, it analyzes the role of the different branches of government, with particular emphasis on the tensions between judicial intervention and the competences inherent to the political branches.

The study further develops the doctrine of unconstitutionality by omission in relation to the lack of regulation of Article 31 of the local Constitution, proposing its potential application to the Legislative Branch as a tool to guarantee the minimum core content of the right to housing. Finally, it offers alternatives aimed at overcoming the assistance-based approach grounded in housing subsidies and proposes structural and long-term solutions, highlighting the need to design comprehensive public policies and to implement preventive administrative mechanisms that ensure effective protection of the rights of persons in vulnerable situations.

Key words: fundamental rights, adequate housing, vulnerability, budgetary constraints, public policies, unconstitutionality by omission.

1. Introducción²

1.1 Planteo del problema investigado

En el ámbito local, el derecho de acceso a la vivienda se ha convertido en una problemática que genera gran preocupación en aquellas personas en situación de vul-

² Abreviaturas utilizadas:

B.O. CABA: Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

CABA: Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos.

CAyT: Contencioso Administrativo y Tributario.

CCABA: Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

CCAYT: Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

GCBA: Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

INDEC: Instituto Nacional de Estadística y Censo.

IVC: Instituto de Vivienda de la Ciudad.

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

SIDH: Sistema Internacional de Derechos Humanos.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

nerabilidad. Esta realidad lleva a una gran cantidad de interposiciones de amparos en materia habitacional en los tribunales locales.

La consagración del derecho a la vivienda como derecho humano no sólo se inscribe en nuestra Constitución Nacional y en el ámbito internacional, sino que también se encuentra contenido en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, la que dispone que el derecho a la salud se encuentra vinculado con la satisfacción de necesidades tales como la vivienda.³

Este marco normativo fue interpretado por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, máximo intérprete de la Constitución local, en distintos precedentes que se desarrollan en el presente trabajo, llegando incluso a ser objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Los casos más emblemáticos llegaron a los estrados judiciales mediante acciones de amparo, pero en ellos se soslayó la aplicación de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión y, pese a la creciente cantidad de reclamos habitacionales judicializados, no se exhortó a la Legislatura de la Ciudad a cumplir con la manda contenida en el artículo 31 de la Constitución local.⁴

En este sentido, sostenemos en el presente trabajo que la omisión referida conlleva a la falta de políticas públicas que tengan por objetivo reducir el déficit habitacional de la Ciudad, es decir, que contemplen una solución para la ocupación permanente de la población vulnerable, situación que se profundiza por la escasa asignación de recursos presupuestarios a vivienda. A ello se suma la delicada tarea del juzgador, quien, en algunas oportunidades, pareciera invadir la esfera de otros poderes al delinear políticas públicas que no son propias de su competencia en pos de restablecer el derecho vulnerado.

Esta situación requiere que nos planteemos si, más allá del reconocimiento constitucional, convencional y legal, en los hechos se encuentra debidamente resguardado el derecho de acceso a la vivienda de la población vulnerable en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Proponemos dar respuesta a este primer interrogante a través del análisis jurisprudencial de los fallos provenientes del Poder Judicial local.

En segundo lugar, nos preguntamos si efectivamente en el ámbito local los niveles alcanzados en el derecho de acceso a la vivienda se encuentran en concordan-

3 CCABA, artículo 20: "Se garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente. El gasto público en salud es una inversión social prioritaria. (...)".

4 CCABA, artículo 31: "La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello: Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos. Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones".

cia con los preceptos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que abogan por el “aprovechamiento máximo de los recursos disponibles”. Si bien no es posible efectuar un control cuantitativo de los recursos humanos y técnicos disponibles para la concreción del derecho de acceso a la vivienda, proponemos brindar una posible respuesta a través del análisis de las políticas públicas y de los presupuestos económico-financieros aprobados por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, con el consecuente grado de ejecución por parte de la Autoridad Administrativa.

En tercer término, analizamos la posibilidad de aplicar la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión al Poder Legislativo local para la concreción del derecho de acceso a la vivienda, procurando dar respuesta al siguiente interrogante: ¿es acaso la falta de reglamentación del derecho contenido en el artículo 31 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires lo que impide brindar una solución real y efectiva al derecho de acceso a la vivienda con criterios de ocupación permanente?

Por último, nos preguntamos cuáles son los instrumentos, mecanismos y herramientas con los que cuenta la Autoridad Administrativa para garantizar efectivamente el derecho de acceso a la vivienda de las personas en situación de vulnerabilidad. Ante ello, destacamos la necesidad de instrumentar un procedimiento administrativo especializado de carácter preventivo.

1.2 Objetivos de la investigación

Generales:

- Contextualizar el derecho de acceso a la vivienda de los sectores vulnerables de la Ciudad de Buenos Aires desde la óptica de los tres poderes del Estado local.

Específicos:

- Organizar la jurisprudencia del ámbito local a los fines de exponer su doctrina y los criterios jurisprudenciales vigentes.
- Analizar los recursos presupuestarios destinados a garantizar el derecho de acceso a la vivienda y el grado de ejecución de los recursos económicos por parte de la Autoridad Administrativa.
- Estudiar la problemática del acceso a la vivienda a partir de la doctrina de la omisión inconstitucional por parte del Poder Legislativo ante la falta de reglamentación del artículo 31 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

1.3 Hipótesis de trabajo

- El derecho de acceso a la vivienda de la población en situación de vulnerabilidad

no se encuentra debidamente resguardado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ya que la problemática está siendo abordada principalmente a través de subsidios habitacionales, otorgados por el Poder Ejecutivo local, sin contemplar soluciones de carácter permanente. La falta de diseño e implementación de políticas públicas a largo plazo repercute en la efectivización del derecho.

- Existe disparidad en las soluciones habitacionales otorgadas por la Autoridad Administrativa y el Poder Judicial, lo que evidencia una falta de uniformidad en la protección del derecho a la vivienda y una aplicación inconsistente del principio de progresividad. A su vez, hay una tendencia de los tribunales locales a considerar que la solución de la problemática habitacional debe provenir del Poder Ejecutivo, moderando las responsabilidades del Poder Legislativo local.
- La ausencia de una Ley específica que establezca los lineamientos para el derecho de acceso a la vivienda de la población vulnerable genera conflictos y superposiciones de competencias entre los poderes del Estado.
- La omisión del Poder Legislativo en regular el contenido mínimo del derecho de acceso a la vivienda de las personas en situación de vulnerabilidad resulta inconstitucional e impide dotar de contenido mínimo al derecho de acceso a la vivienda, perpetuando la dependencia de políticas asistenciales implementadas por el Poder Ejecutivo.

1.4 Preliminar metódico

El trabajo se erige con una visión del Estado desde los tres poderes que lo integran y cómo la competencia de ellos se interrelacionan en cuanto a la problemática del derecho de acceso a la vivienda en el ámbito local.

Se desarrolla así un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires y del fuero Contencioso Administrativo y Tributario y de la implementación de las políticas públicas, el análisis y desagregación de datos de los recursos contenidos en los presupuestos económico-financieros con su correspondiente grado de ejecución por parte de la Autoridad Administrativa y, finalmente, el tratamiento de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión aplicable al Poder Legislativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A través de la visión macroscópica del tema, se permite abordar y entender de manera precisa la problemática de acceso a la vivienda en la Ciudad.

1.5 Estructura del estudio

El presente trabajo se esquematiza de la siguiente manera:

En el apartado 2 se expone el marco jurídico del derecho a la vivienda digna.

En el apartado 3 se analizan las bases jurisprudenciales de los tribunales locales sobre el derecho de acceso a la vivienda en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El apartado 4 versa sobre las políticas públicas, las cuestiones presupuestarias y los derechos fundamentales.

En el apartado 5 se trata la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión sostenida por el TSJ aplicada a la problemática habitacional local, con el objeto de establecer su necesaria aplicación y, de este modo, exhortar al Poder Legislativo a instrumentar el derecho de acceso a la vivienda para resolver progresivamente su déficit, especialmente para los sectores vulnerables y con soluciones de carácter permanente.

Finalmente, en el apartado 6 se brindan aportes para la construcción de una posible solución de la problemática abordada.

2. Aspectos jurídicos del derecho de acceso a la vivienda digna

2.1 Constitución Nacional

A nivel interno, nuestra Constitución Nacional recepta normativamente el derecho de acceso a una vivienda digna en su artículo 14 bis,⁵ donde, además de regular los derechos individuales del trabajador, los derechos colectivos del trabajo y de la seguridad social, dispone que la ley establecerá el acceso a una vivienda digna.

Véase que, aquí, el constituyente introduce el concepto de “vivienda digna”, siendo que en el marco internacional encontramos menciones a “vivienda” a secas o “vivienda adecuada”.

Gelli (2008) explica que esta disposición se encuentra en concordancia con lo dispuesto en el artículo 75, inc. 19; específicamente precisa que

pone en cabeza del Estado el diseño de políticas públicas para facilitar el acceso a una vivienda digna. Las opciones legislativas para cumplir el mandato constitucional varían y dependen de las posibilidades económicas y financieras. Pero, el Estado no debe prescindir de llevar a cabo una política de desarrollo habitacional (...). (p. 175)

5 CN, art. 14 bis: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: (...) En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

Esta previsión normativa se encuentra estrechamente vinculada con el artículo 75, inciso 23 en tanto dispone que el Congreso de la Nación debe 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 la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, mujeres, ancianos y de las personas con discapacidad.⁶

Evidentemente, el derecho reconocido y garantizado por la normativa nacional, los tratados e instrumentos internacionales y las previsiones normativas locales se encuentra ligado al diseño de políticas públicas por parte del Estado en sus distintos niveles (nacional, provincial y/o local), dado que, si no son considerados en conjunto, difícilmente se pueda ver la adecuada concreción del derecho en sí.

En esta labor, a su vez, está visto que los distintos poderes del Estado participan, de modo directo y/o indirecto, en cuanto al derecho de acceso a la vivienda.

Decimos esto porque, en primer término, el Poder Ejecutivo confecciona el presupuesto, el cual es sometido a aprobación del Poder Legislativo, entendido este como un acto institucional complejo que marca los lineamientos del Estado, es decir, los recursos con los que se cuenta y los destinos de estos para la correcta efectivización del plan de gobierno y de las políticas públicas, las que pueden ser determinadas tanto por el mismo Poder Legislativo como por el Poder Ejecutivo.

Ante ello, si bien escapa a la labor de los integrantes del Poder Judicial —por no ser de su competencia y en virtud del principio de separación de poderes— determinar si una política pública resulta adecuada o no, como tampoco debiera inmiscuirse en la labor del Poder Legislativo, sí corresponde que entienda respecto a la vulneración y/o lesión de los derechos.

A su vez, las decisiones que adoptan los jueces impactan en el presupuesto. Este reconocimiento fue referido por la Observación General N° 9 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, donde se señaló que

(...) A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles (...).⁷

6 CN, art. 75 Corresponde al Congreso: (...) inciso 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. (...)".

7 Observaciones Generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En el mismo sentido, entendiendo la estrecha vinculación de los derechos fundamentales y las cuestiones presupuestarias, Corti (2017) ha expresado que “(...) de acuerdo al desarrollo histórico que han tenido el derecho público y la función judicial, (...) los tribunales, al resolver diferentes tipos de casos que involucran derechos fundamentales, necesariamente toman decisiones que impactan sobre los recursos públicos” (p. 148).

En un sentido más extremo, Holmes y Sunstein Cass (2011) han sostenido que los derechos que el Poder Judicial ayuda a proteger tienen un costo. Estos autores parten de la base de que todos los derechos tienen un costo y que es de corte presupuestario. Ante ello, cabe destacar que también pueden tener un costo social, que, aun no siendo cuantificable en términos económicos, puede representar una disgregación de la sociedad en su conjunto.

Los autores citados exponen que: “La ausencia de Estado significa ausencia de derechos. En realidad, un derecho legal sólo existe si y cuando tiene costos presupuestarios” (Holmes y Sunstein Cass, 2011, p. 38).

Consideramos que entenderlo de ese modo significaría limitar la concreción de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional e incluso por la Constitución local ante la falta de recursos presupuestarios, dotando al argumento basado en el carácter limitado de los recursos económicos de entidad suficiente para no garantizar los derechos fundamentales.

Ante ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha precisado:

Las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquella (art. 5°, inc. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).⁸

De este modo, si partimos desde una perspectiva centrada en la Constitución convencionalizada, el proceso hermenéutico de interpretación de las leyes debe ser coherente tanto con la Constitución Nacional como con los instrumentos internacionales y, además, debe tener en cuenta los principios y valores fundamentales, como la dignidad de la persona, el principio *pro homine* y los derechos fundamentales.

Esta compatibilización de derechos debe servir para armonizar la protección de los derechos humanos con las potestades públicas, ya que, en palabras de nuestro cimero tribunal, la justicia social se traduce como “la justicia en su más alta expre-

Observación General N° 9, Apartado 10: “Justiciabilidad”.

8 CSJN, Fallos 318:2002 y 328:1146.

sión”, no tiene otro norte que alcanzar el “bienestar”, esto es, “las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad”.⁹

Y es que esa dignidad de toda persona humana no puede ser alterada por cuestiones de corte netamente presupuestario, ya que la misma Corte Suprema de la Nación ha determinado en el fallo Q que las normas contenidas en la Constitución no son meros programas, sino normas operativas con vocación de efectividad, dejando sentado también que, cuando se encuentra afectado el mínimo indisponible de una persona en su condición de tal, no hay discrecionalidad.¹⁰

Esto implica que los derechos fundamentales tienen eficacia directa y que todas las autoridades públicas, cualquiera sea su función, se encuentran comprometidas con el deber jurídico fundamental de respetar el principio de dignidad de la persona y los derechos fundamentales (Sammartino, 2012, pp. 157 y ss.).

Ello conlleva la delicada tarea de interpretar lo dispuesto en la normativa nacional y local a la luz de las disposiciones del ámbito internacional, específicamente aquellas que refieren a los derechos humanos, partiendo de la base de que el derecho administrativo es derecho constitucional convencional concretizado, teniendo como norte el principio de interdicción a la insensibilidad cuando se está frente a derechos fundamentales indisponibles.

2.2 Instrumentos internacionales

El derecho a la vivienda adecuada se encuentra contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XI, que reza: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda (...)”, y el artículo XXIII expone: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”.

A su vez, se encuentra en la Convención Universal sobre los Derechos Humanos en su artículo 25, inciso 1, que dice:

9 CSJN, Fallos 336:672.

10 Específicamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó en dicho precedente que “(...) hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. (...) La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad”.

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 11.1, dispone:

Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho (...).

Asimismo, precisa en su artículo 2 que los Estados parte se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos que dispongan para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados —inclusive, en particular, la adopción de medidas legislativas—, la plena efectividad de los derechos reconocidos en este.¹¹

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) menciona en su artículo 26:

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Entre los instrumentos especializados, encontramos referencias al derecho de acceso a la vivienda en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; en su artículo 14, apartado 2, inciso h se precisa:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer (...) en particular le asegurarán el derecho a (...) [g]ozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.

11 PIDES, artículo 2: “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (...)”.

También se refiere a él la Convención sobre los Derechos del Niño; la cual indica en su artículo 27, inciso 3:

Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

Finalmente, la Carta de la Organización de los Estados Americanos expone en su artículo 34, inciso k:

Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso (...), son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas (...) vivienda adecuada para todos los sectores de la población.

Ahora bien, esta enumeración no pretende ser exhaustiva en su exposición, sino más bien destacar la protección internacional del derecho de acceso a la vivienda, lo que permite remarcar la importancia de la temática que nos convoca.

De los instrumentos reseñados, es menester destacar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puesto que en él se fija un lineamiento importante sobre el que nos detendremos en el presente trabajo: la necesidad de adoptar medidas legislativas para la correcta y concreta efectivización de los derechos reconocidos en dicho instrumento.

2.3 Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y normativa local

Las previsiones normativas relativas al derecho de acceso a la vivienda también se encuentran contenidas en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En primer término, en su artículo 10 dispone que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. En dicha disposición, además de indicar que deben ser interpretados de buena fe, precisa que los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y que ésta no puede cercenarlos.¹²

12 CCABA, artículo 10: "Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Na-

A su vez, encontramos disposiciones específicas en torno a la temática abordada, a saber: el artículo 17 que indica que

la Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades.

Y en el artículo 18 “que la Ciudad promueve el desarrollo humano y económico equilibrado, que evite y compense las desigualdades zonales dentro de su territorio”.

Destaco estos artículos porque ellos refuerzan el mandato del constituyente hacia las autoridades del Estado local para implementar políticas sociales integradas, orientadas a superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos dirigidos prioritariamente a los sectores más vulnerables.

La norma dispone que las políticas sociales deben ser coordinadas y tendientes a la superación de las condiciones de pobreza y exclusión. Una primera observación de la norma constitucional nos lleva a destacar que en ella no se refiere a transitar las condiciones de pobreza, sino de superarlas, lo que en términos de la *Diccionario de la lengua española* significa “vencer obstáculos o dificultades” (Real Academia Española, s. f.).

Ahora bien, ello permite analizar la concreción de los derechos fundamentales desde otra óptica. Teniendo en miras las políticas públicas implementadas y las cuestiones presupuestarias, las dudas que se nos presentan giran en torno a determinar si el parámetro del máximo aprovechamiento de los recursos disponibles debe medirse necesaria y estrictamente en términos económicos. Si entendemos que esta pregunta se responde afirmativamente, caeríamos en el sentido de afirmar que sin recursos es imposible garantizar derechos, lo que en un país en constantes crisis como el nuestro llevaría a posibilitar el debilitamiento de los derechos y garantías reconocidos por nuestra Constitución Nacional, convencionalizada so pretexto de la falta de recursos, lo que pondría en crisis el carácter expansivo de los derechos fundamentales, el cual

se percibe con nitidez al considerarse un aspecto político decisivo de la reforma constitucional de 1994: el otorgamiento de rango constitucional a un conjunto importante de tratados internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22), que implica una inmersión del derecho interno en dicho sistema internacional con todo el bagaje conceptual que éste trae consigo, de enorme envergadura y generosidad. (Corti, 2010, p. 642)

cional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”.

A su vez, llevaría al impensado supuesto de medir económicamente la eficacia de los derechos, excluyendo los recursos técnicos y humanos con los que cuenta el Estado en sus distintas esferas para el resguardo y efectivización de estos. Por otra parte, implicaría la delicada tarea de efectuar una ponderación de derechos.

Como bien señala Ivanega (s.f.),

satisfacer y cumplir con los derechos fundamentales traerá aparejado dudas sobre los criterios aplicables para seleccionar los derechos que se van a incluir en un ejercicio presupuestario, no resultando constitucionalmente válido que las autoridades estatales justifiquen su desplazamiento o insatisfacción en la limitación de los recursos públicos. (p. 5)

Es una realidad que, en lo que respecta a las cuestiones habitacionales en el ámbito local, el Poder Judicial es llamado a intervenir ante la vulneración de los derechos por parte de la Autoridad Administrativa, la que principalmente se da por omisión, incumplimiento o en su deficiente rol de garante de derechos contenidos en la Constitución local, lo que en muchos casos llega a configurar un litigio estructural. Sucede que

los jueces deben controlar la razonabilidad de las decisiones adoptadas por los restantes poderes a efectos de garantizar la efectividad del derecho a la vivienda. Pues resulta inadmisibles el incumplimiento de garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal. (Ferrer, 2018, p. 6)

Ahora bien, analizando este cuerpo normativo, en cuanto atañe específicamente a la vivienda, el artículo 20 indica que el derecho a la salud integral se encuentra directamente vinculado con la satisfacción de necesidades tales como la alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente.¹³

Y específicamente en lo que nos interesa, el artículo 31 reconoce el acceso a una vivienda digna -en consonancia al concepto utilizado por la Constitución Nacional-, y a un hábitat adecuado. En dicha disposición, enfatiza en resolver progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos.¹⁴

A su vez, el artículo 40 de dicho cuerpo normativo, con relación a los sectores jóvenes, dispone que se promueve el acceso al empleo, vivienda, créditos y sistema de cobertura social para dicho colectivo.¹⁵

13 CCABA, artículo 20: "Se garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente. El gasto público en salud es una inversión social prioritaria. (...)".

14 Ver art. 31, CCABA en nota al pie 4.

15 CCABA, artículo 40 "La Ciudad garantiza a la juventud la igualdad real de oportunidades y el goce

También existen en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires leyes tales como la Ley 1251¹⁶ del año 2003, mediante la cual se dispuso la creación del Instituto de Vivienda de la Ciudad como continuador de la Comisión Municipal de la Vivienda, que fue creada por la Ley Nacional 17174 como órgano de aplicación de las políticas de vivienda del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En este punto, no es menor destacar que el IVC fue creado por ley, instituyéndose como un ente con autarquía administrativa y financiera que tiene a cargo, entre sus principales funciones, la ejecución de las políticas de vivienda en el ámbito local, contribuyendo al acceso a la vivienda digna de los habitantes de la Ciudad que se encuentren imposibilitados por razones económicas y sociales de acceder a esta, a reducir mediante políticas públicas activas el déficit habitacional y a promover el ejercicio del derecho al hábitat y a la vivienda de los habitantes de la Ciudad.¹⁷

Entre sus programas y acciones encontramos cuestiones interesantes en las que es necesario detenerse; por ejemplo, su norma de creación prevé que los programas que se formulen deben promocionar la demanda a través de acciones tendientes a facilitar el acceso a la vivienda de todos los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante políticas de crédito instrumentadas con recursos propios o de operatorias de cofinanciamiento con entidades financieras oficiales; el deber de sostener y promover políticas y acciones autogestivas y cogestivas a través de operatorias que permitan el acceso a la vivienda de sectores organizados colectivamente que reúnan las condiciones fijadas en las leyes locales y nacionales que rigen en la materia; planificar la urbanización de los barrios populares y núcleos habitacionales transitorios, implementando acciones tendientes al cumplimiento del artículo 31 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.¹⁸

En esta línea, habiendo operado los trasposos conferidos por parte del Estado nacional a la Ciudad de Buenos Aires con motivo de la autonomía dispuesta por la reforma constitucional del año 1994, se dictaron para paliar la emergencia habi-

de sus derechos a través de acciones positivas (...) Promueve su acceso al empleo, vivienda, créditos y sistema de cobertura social. (...)”.

16 Publicada en el B.O. CABA el 08/01/2004.

17 Cfr. Ley 1251 de la CABA, artículos 2, 3 y 4.

18 Ley 1251 de la CABA, artículo 5: “Programas y Acciones. Los programas y acciones que formule deben: Planificar y desarrollar los planes de acceso a la vivienda comprendiendo la construcción de las mismas, la urbanización de las tierras en que se levanten y la promoción de la vida comunitaria de sus habitantes. Promocionar la demanda a través de acciones tendientes a facilitar el acceso a la vivienda de todos los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante políticas de crédito instrumentadas con recursos propios o de operatorias de cofinanciamiento con entidades financieras oficiales. Sostener y promover políticas y acciones autogestivas y cogestivas, a través de operatorias que permitan el acceso a la vivienda de sectores organizados colectivamente que reúnan las condiciones fijadas en las leyes locales, nacionales que rigen en la materia. (...) Promover el alquiler social en forma directa a aquellos grupos familiares vulnerables en situación de riesgo o a través de seguros de caución de acuerdo a lo fijado en la Ley N° 23.091 de locaciones urbanas”.

tacional diversos decretos en el ámbito local, tales como el 895/02, el 1234/04 y el 97/05.¹⁹

Dada la delicada situación habitacional de la localidad, se sancionó en el año 2004 la Ley 1408,²⁰ mediante la cual se declaró la emergencia habitacional en la Ciudad de Buenos Aires. En un principio, la ley establecía que la emergencia subsistiría por el plazo de tres años a partir de la promulgación de dicha norma, para posteriormente ser prorrogada por igual término mediante la Ley 2472²¹ y por la Ley 2973.²²

La Ley 1408, además, creó el Fondo para la Emergencia Habitacional, destinado a brindar soluciones habitacionales transitorias o definitivas. Dispuso que los inmuebles pertenecientes al Estado nacional que se encontraran localizados en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuyo uso fuese de vivienda y estuviesen ocupados por grupos familiares en situación de pobreza crítica, el Poder Ejecutivo local realizaría las gestiones ante los entes nacionales que correspondieran a los efectos de suspender las actuaciones legales iniciadas o a iniciarse por objeto de desalojo.

Por su parte, el Poder Ejecutivo, mediante el dictado del Decreto 690/06, creó en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires el Programa de Atención para Familias en Situación de Calle, modificado por el Decreto 960/2008, que fue declarado parcialmente inconstitucional por el TSJ de la Ciudad de Buenos Aires.²³

En el Decreto 690/06 se estableció que el objetivo del Programa de Atención para Familias en Situación de Calle es el otorgamiento de subsidios a fin de brindar asistencia a las familias en situación de calle, para fortalecer el ingreso familiar, exclusivamente con fines habitacionales y la orientación en la búsqueda de distintas estrategias de solución a su problemática habitacional.²⁴

También determinó el alcance que debe darse a “familias o personas en situación de calle”, entendiéndolo por tales aquellas que se encuentran en inminente situación de desamparo habitacional o se hallen transitoriamente sin vivienda o refugio por causa de desalojo u otras causas.²⁵

19 Modificado por el Decreto 574/2009, el que, a su vez, fue modificado por el Decreto 683/2009. Todos ellos se referían a subsidios, asistencia y programas habitacionales para personas en situación de calle alojadas en hoteles de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que se encontraban en estado de clausura.

20 Publicada en el B.O. CABA el 06/09/2004. Los artículos 2 y 7 de la Ley fueron vetados por el Poder Ejecutivo local mediante el Decreto 1611/GCBA/04.

21 Publicada en el B.O. CABA el 27/11/2007.

22 Publicada en el B.O. CABA el 19/01/2009.

23 El TSJ hizo lugar en forma parcial a la acción deducida y declaró la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 4 del Decreto 960/2008, en autos *Ministerio Público – Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*. Expte. N° 6153/08, sentencia del 12/05/2010.

24 Cfr. Decreto 690/06, artículo 3.

25 *Ibidem*, artículo 4.

Tal como se encuentra redactado, el decreto se refiere a un subsidio habitacional, el que, según el artículo 6°, se encuentra sujeto a la disponibilidad de recursos del ejercicio presupuestario. A su vez, brindó una serie de condiciones para tener en cuenta para la determinación del monto a otorgar, cantidad de miembros que integran el grupo familiar, situación de empleo de ellos, ingresos per cápita, composición de dicho grupo (si se encuentran personas con enfermedades prolongadas y/o graves, mujeres en periodo de gestación) y si se trata de un grupo familiar en situación de riesgo.²⁶

También dispuso que, para la obtención del subsidio, la persona o grupo familiar debe tener residencia mínima de 1 año de antigüedad en la Ciudad y poseer ingresos menores al monto resultante del índice correspondiente a la Canasta Básica Alimentaria elaborada por el INDEC.

Ahora bien, tal como expusimos anteriormente, el Decreto 690/06 fue modificado por el Decreto 960/2008, el cual, entre sus principales cambios, dispuso que el Programa asiste a personas o familias en *situación de calle efectiva y comprobable* y que su objetivo es el fortalecimiento transitorio del ingreso familiar con fines exclusivamente habitacionales, debiendo los fondos otorgados estar destinados a cubrir gastos de alojamiento.²⁷

Aquí, la duda que queda versa sobre el alcance del concepto de vivienda digna tal como se encuentra contemplado en la Constitución Nacional y en la Constitución local.

En primer término, el cuestionamiento se centra en determinar si los subsidios habitacionales son la concreción de la manda del artículo 31 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y, en su caso, si se refiere exclusivamente a contar con un techo o resguardo sin contemplar otros gastos, como pueden resultar los de alimentación, vestimenta, pago de servicios y otros conceptos que involucran a la salud entendida en un sentido amplio y al desarrollo del proyecto de vida de los habitantes de la Ciudad.

La principal crítica a la reforma se centró en la sustitución del artículo 4, mediante la cual se eliminó la referencia a quienes se encuentren en inminente situación de desamparo habitacional, haciendo énfasis en que el Programa asiste a familias o personas solas en situación de calle efectiva y comprobable, lo que redujo drásticamente el universo de población al que estaba destinada la política pública, limitando el conjunto de personas que podrían requerir la ayuda estatal.

También precisó que el único destino del subsidio es cubrir los gastos de alojamiento y, de forma excepcional, podría estar destinado a obtener una solución definitiva para la problemática habitacional. A su vez, insertó modificaciones en torno a

26 *Ibidem*, artículo 7.

27 Cfr. artículos 1 y 2 del Decreto 960/2008, B.O. CABA el 13/08/2008.

los requisitos para la obtención del subsidio, disponiendo que, además de requerir encontrarse en situación de calle (efectiva y comprobable), los solicitantes debían ser residentes de la Ciudad con una antigüedad mínima de 2 años, ampliando el plazo, siendo que en el Decreto 690/06 se requería una antigüedad mínima de 1 año de residencia.²⁸

A todas luces, de la nueva redacción propuesta se puede vislumbrar un retroceso en la protección de los derechos, contraria a los principios de progresividad o prohibición de regresividad que imperan en materia de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en el PIDESC.

Hasta aquí, vemos cómo en un primer momento fue el Poder Legislativo quien advirtió la crítica situación habitacional de la Ciudad y procedió a la declaración de emergencia habitacional y la creación del IVC; luego, surgieron los decretos del Poder Ejecutivo para delinear las políticas públicas relativas a la vivienda en la Ciudad.

Con posterioridad, en el año 2011 se sancionó la Ley 3706 de Protección y Garantía de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo a la Situación de Calle.²⁹ Dicha norma en su artículo 4, inciso c) dispone que es deber del Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires garantizar

*(...) La formulación e implementación de políticas públicas en materia de salud, educación, vivienda, trabajo, esparcimiento y cultura elaboradas y coordinadas intersectorial y transversalmente entre los distintos organismos del estado; (...); j) La integración al presupuesto anual de partidas destinadas a la política pública y programas dirigidos a las personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle; k) La realización de un relevamiento anual de las personas en situación de calle o en riesgo a la situación de calle con información desagregada que posibilite un diagnóstico y fijar políticas puntuales para los distintos subgrupos (...).*³⁰

En el mismo año se dictó la Ley 4036 de Protección Integral de los Derechos Sociales para los Ciudadanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la que, en su artículo 6, brinda un concepto de vulnerabilidad social, entendiéndola como

la condición social de riesgo o dificultad que inhabilita, afecta o invalida la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos. Se considera “personas en situación de vulnerabilidad social” a aquellas que por razón de edad, géne-

28 El Decreto 690/06 fue modificado por el 167/11 y por el 148/21 de fecha 27/04/21, publicado en el B.O. CABA el 29/04/2021, mediante el cual se actualizaron los montos de los subsidios a otorgar.

29 Publicada en el B.O. CABA el 07/02/2011. Reglamentada por el Decreto 310/2013, mediante el cual se establece que la autoridad de aplicación de la Ley 3706 es el Ministerio de Desarrollo Social de la CABA.

30 Énfasis agregado.

ro, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran dificultades para ejercer sus derechos.

Esta norma dispone el acceso prioritario a prestaciones de las políticas sociales a aquellas personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad social y/o de emergencia, priorizando las necesidades de este colectivo dada la urgencia de sus necesidades y la protección que requieren que se les reconozca.

Por su parte, en el año 2012 se sancionó la Ley 4042,³¹ mediante la cual se estableció que en todos los programas de vivienda o hábitat que se ejecuten con intervención del GCBA debe otorgarse *prioridad a los grupos familiares con niñas, niños y adolescentes*, sin perjuicio de lo que se establezca mediante normas específicas.

En el año 2019 se dictó la Ley 6137³² mediante la cual se creó el Plan de Vivienda Asequible, para fomentar la oferta de inmuebles con destino a vivienda única familiar de ocupación permanente para los grupos familiares de sectores medios que residen o trabajen en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

Tal como surge de la letra de la ley, esta norma se dirige a un universo que excede el objeto del presente trabajo, ya que, si bien se refiere a la temática abordada (acceso a la vivienda), se destina a grupos familiares de sectores medios, dado que, según su artículo 2º, conceptualiza el término “vivienda asequible” entendiéndolo por tal a la que un grupo familiar pueda acceder destinando como máximo el 30% del total de sus ingresos y, conforme el artículo 5, los destinatarios del Plan de Vivienda son los grupos familiares de sectores medios.³³

Por su parte, también es menester destacar que en el ámbito de la Ciudad se cuenta con normativa referida a la urbanización y reurbanización, relocalización de personas que habitan en barrios, villas o asentamientos precarios. Tal como se expuso al inicio, su análisis excede el objeto del presente trabajo; ello obedece a que, si bien se encuentran alcanzados por la vulnerabilidad social y económica, se vinculan, a su vez, con cuestiones de derecho urbanístico. Esta premisa se fundamenta en la comprensión de que la vulnerabilidad social, económica y la falta de vivienda no son exclusivas de áreas geográficas precarias, sino que pueden afectar a cualquier individuo de la Ciudad. La realidad comprendida de este modo desafía la noción tradicional de que estos problemas están confinados a ciertos sectores que se encuentran en un área geográfica determinada, evidenciando la necesidad de abordar estas cuestiones de manera integral.

31 Publicada en el B.O. CABA el 01/03/2012.

32 Publicada en el B.O. CABA el 15/01/2019.

33 Ley 6137 de la CABA, artículo 5 “Los destinatarios de las viviendas serán los grupos familiares de sectores medios que reúnan los requisitos establecidos en la reglamentación y que según la categoría de ingresos, varíen entre dos (2) y ocho (8) Salarios Mínimo Vital y Móvil y puedan destinar hasta el 30% de los mismos para afrontar el pago correspondiente”.

Dicho esto, destacamos que, a pesar de la crítica situación habitacional que atraviesan los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al día de la fecha no se encuentra decretada la emergencia habitacional, ya que la última ley que la declaró fue la Ley 1408, que fue prorrogada mediante la Ley 2472 del año 2007 por el plazo de 3 años, por lo que su vencimiento operó en el mes de noviembre del año 2010.

Esta ausencia normativa marca drásticamente la asignación de recursos por parte del Poder Legislativo y el diseño y enfoque de las políticas públicas que debe llevar a cabo el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Tal es así que el Poder Ejecutivo local mayoritariamente realiza políticas públicas de asistencialismo, otorgando subsidios habitacionales a la población en situación de vulnerabilidad, lo que en modo alguno soluciona la problemática de abordaje y no se encuentra en consonancia con lo dispuesto por la Constitución local en su art. 17 respecto a “superar las condiciones de pobreza” y el art. 31 relativo a “resolver progresivamente el déficit habitacional”, no representando una solución acorde para la ocupación permanente de la población vulnerable.

3. Análisis jurisprudencial de la vivienda digna en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Diversas preguntas surgen en el desarrollo de este trabajo. Empezaremos por la más básica, pero no por ello menos compleja: ¿qué se entiende por “vivienda digna”? A dicho cuestionamiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires han arrojado luz y han brindado respuestas que serán analizadas en este apartado.

3.1 Precedentes del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires en los cuales intervino la Corte Suprema de Justicia de la Nación

3.1.1 El emblemático caso Q: vulnerabilidad y vivienda digna

Este precedente marca un antes y un después en el análisis de la vivienda y la vulnerabilidad social de los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires.

La acción se suscitó mediante un amparo interpuesto por S. Y. Q. C por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad, quien padece una discapacidad producida por una encefalopatía crónica no evolutiva.

Las partes se encontraban en situación de calle y demandaron al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ante la negativa de su inclusión en los programas gubernamentales vigentes en materia de vivienda y por no brindarles alternativas para salir de

la situación en la que se encontraban, entendiendo que por ello se vulneraban los derechos a la salud, dignidad y vivienda reconocidos tanto por la Constitución Nacional, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como también por los tratados internacionales incorporados en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

Al analizar el caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su considerando 10, precisó que los derechos y deberes contenidos en la Constitución Nacional no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad, enfatizando en que la Constitución reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios.

En ese entendimiento, expuso que la operatividad es de carácter derivado, lo que significa que su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación, lo cual implica que se encuentran sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial, marcando que, ante la vulneración de derechos fundamentales, no hay margen de discrecionalidad.

Así, nuestro cimero tribunal precisó que, en el caso concreto, las soluciones brindadas por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires resultaban insuficientes para atender la situación particular de la actora y el menor, dada la *ausencia de un plan de vivienda definitiva y la imposibilidad de acceder a las líneas de créditos previstas por la Ley 341*, ya que la actora no contaba con los ingresos mínimos requeridos para ello, siendo que *las propuestas se limitaban a alojamiento en paradores, hogares y refugios*.

Con referencia a las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación indicó que los Estados se encuentran comprometidos a adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la efectividad de los derechos reconocidos y que no pueden ampararse en la falta de recursos para prescindir de su obligación primaria, que surge de los tratados a los que adhirió la Argentina. Enfatiza que “la inversión del Estado debe ser adecuada, lo que no depende únicamente del monto que éste destina, sino fundamentalmente de la idoneidad de la erogación para superar la situación o paliarla en la medida de lo posible”.

En su voto, el juez Enrique Santiago Petracchi destacó que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no había cumplido con su obligación de implementar razonablemente el derecho a una vivienda digna, dado que no se habían diseñado ni implementado políticas públicas tendientes a permitirle a la población en situación de vulnerabilidad tener “una verdadera oportunidad de procurarse un lugar para vivir, con las condiciones mínimas de salubridad, higiene y seguridad necesarias para preservar su integridad psíquica, física y moral”.

Destacó la firme doctrina respecto a que las carencias presupuestarias no pueden justificar el incumplimiento de la Constitución Nacional, ni los tratados internacionales incorporados a ella, cuando se está frente a una vulneración de derechos fundamentales, y específicamente indicó que

al distribuir sus recursos, el Estado no puede dejar de considerar los principios de justicia social y protección de los derechos humanos que surgen de la Ley Fundamental (arts. 75, incs. 19, 22 y 23; y Fallos: 327:3753 y 330:1989, considerando 12 y 5, respectivamente).

A su vez, hizo hincapié en que, para atribuir una falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a la falta de recursos disponibles, se invierte la carga de la prueba, siendo el Estado quien debe demostrar haber realizado todos los esfuerzos necesarios para satisfacer sus deberes.

Por su parte, el voto de la jueza Carmen M. Argibay se centró en el reconocimiento de la competencia del Estado local de contar con un margen de discrecionalidad para tomar las medidas o políticas públicas convenientes a adoptar para implementar el derecho de acceso a una vivienda digna, las que no se habían dado en el caso concreto. A su vez, precisó que la remisión al precedente *Alba Quintana* efectuada por el Tribunal Superior de Justicia local no era adecuada dado que

se asigna al principio de progresividad un *alcance restrictivo* que ignora el umbral mínimo para el efectivo goce del derecho, además de impedir la evaluación de que en el sub lite, la demandada no realizó el máximo esfuerzo para lograr con los recursos disponibles la plena efectividad del derecho que ha reclamado.³⁴

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a la queja y al recurso extraordinario, revocando la sentencia proveniente del Tribunal Superior de Justicia, y le ordenó al GCBA que intervenga con los equipos de asistencia social y salud con los que cuenta para asegurar que el menor dispusiera de la atención y el cuidado que su estado de discapacidad requiere y se proveyera a la actora de asesoramiento y orientación necesarios para solucionar su problemática habitacional. A su vez, ordenó que se le garantizase, aun en forma no definitiva, un alojamiento en condiciones edilicias adecuadas a la patología que presenta el menor, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda (presente o futuro) para darle solución permanente a su situación excepcional.³⁵

Ahora bien, este fallo es el más emblemático en la temática que abordamos, constituyendo un caso de litigio estructural en tanto se presentó como un caso suficientemente representativo de la realidad habitacional de la Ciudad de Buenos Aires respecto a las personas en situación de vulnerabilidad y la insuficiencia de las políticas públicas en cuanto no brindaban una solución acorde a la situación de la actora y el menor a su cargo.

Respecto a esta decisión, se ha indicado con acierto que “la Constitución habilitó

34 Énfasis agregado.

35 CSJN, Fallos 335:452.

un derecho garantía-política pública sobre vivienda digna que torna inexcusable para el Gobierno de la CABA el desarrollo de políticas públicas y la respuesta efectiva en los casos concretos” (Gil Domínguez, 2016, p. 76).

3.1.2 Vivienda digna y la omisión de perspectiva de género

Otro caso llegado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue el amparo interpuesto por Melissa Pamela Silva Bailón, madre a cargo de cinco hijos menores (uno por nacer) en riesgo de quedar en situación de calle, contra el GCBA por entender que se encontraba afectado su derecho a la vivienda, a la salud y a la dignidad al negarle la inclusión en alguno de los programas gubernamentales vigentes.

En su presentación solicitó una solución para que ella y su grupo familiar pudieran acceder a una vivienda adecuada preservando la integridad familiar, y para el caso de que esta se materializase mediante un subsidio, que el monto fuera suficiente para abonar íntegramente el valor de un lugar en condiciones dignas de habitabilidad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver, se remitió al fallo *Q*, hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto revocando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Tanto en este precedente como en el fallo *Q*, la Corte, si bien refiere a garantizar una solución aun en forma no definitiva, enfatiza en la necesidad de contemplar la inclusión en algún programa de vivienda para darle *solución permanente* a su situación excepcional.

Sin embargo, el Tribunal omitió referencia alguna a cuestiones de género que bien podría haber abordado, en tanto la actora se encontraba a cargo de cinco hijos menores, por lo que entendemos que debía haber analizado el caso desde el deber de prevención y protección calificado o reforzado que tiene el Estado frente a patrones de situaciones de riesgo de grupos históricamente vulnerados. Ello, debido a que la posibilidad de abordar la problemática de vivienda que la aquejaba se veía también irrupida por ser la única responsable de los menores a su cargo, debiendo ejercer las tareas de cuidado, lo que dificultaba, a su vez, el acceso al mercado formal de trabajo.

En definitiva, al no efectuar consideraciones al respecto, replica conceptos estereotipados de pobreza estructural.

3.2 El derecho de acceso a la vivienda según los precedentes jurisprudenciales de la justicia local

3.2.1 El concepto de vivienda digna según la doctrina *Alba Quintana* (2010) del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires

El máximo tribunal local, en el precedente *Alba Quintana*,³⁶ ha definido el alcance que, a su criterio, cabe asignarle al derecho a una vivienda digna.

El caso se trataba de un hombre de 41 años, solo, que debió ser intervenido quirúrgicamente por una afección cardíaca y que acudía a recibir comida en un comedor de la calle Constitución; no contaba con un empleo formal, siendo sus únicos ingresos los que obtenía de trabajos ocasionales, sin cargas de familia. Había sido beneficiario del Programa Habitacional Atención para Familias en Situación de Calle, pero, una vez finalizado el monto total del subsidio, se le denegó su extensión.

En el fallo, teniendo en cuenta la Observación General 3 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los jueces enfatizaron en que las obligaciones de los Estados deben ser cumplidas por todos los medios apropiados y principalmente mediante *medidas legislativas*, lo que no significa que la Administración no deba contribuir a su cumplimiento.

Destacaron que las obligaciones de los Estados son de medios, no de resultados, y las de medios llegan a la máxima medida de los recursos disponibles. De este modo, para justificar la falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, el Estado debe demostrar que realizó todo el esfuerzo para utilizar el máximo de los recursos con los que cuenta.

Con estos parámetros en mira, expusieron que el Estado local no está obligado a proporcionar vivienda a cualquier habitante del país o del extranjero que tenga esa necesidad, sino que, más bien, *su obligación se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda dentro de las posibilidades que le permitan conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles*. También enfatizaron en dicha oportunidad que es una incumbencia del Poder Legislativo establecer cuáles serán esos recursos disponibles.

A su vez, indicaron que, según la interpretación del Comité, *“el parador estatal destinado a brindar ‘abrigo’ aparece como la expresión mínima del derecho a la vivienda*. Una manifestación de ese derecho que, por austera, no debe dejar de reunir condiciones indispensables de dignidad”³⁷.

Los jueces, además, expusieron la siguiente interpretación o doctrina del artículo 31 de la Constitución local, precisando que esta norma le impone al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires

36 TSJ en autos *Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido*. Expte. 6754/09, sentencia del 12/05/2010.

37 Énfasis agregado.

a) atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, al mismo tiempo que debe emplear los medios de los que dispone para brindarles un hábitat adecuado; b) *esa responsabilidad pesa primariamente sobre el Poder Legislativo*; c) no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda del estado; d) sino que este debe cumplir progresivamente con las finalidades propuestas: viviendas dignas y hábitat adecuado; e) la inversión debe estar dirigida tanto a vivienda como a infraestructura y servicios; f) *los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional y pueden ser tanto totales como parciales*; g) deben ser distribuidos según prioridades contempladas en la CCBA y en los tratados internacionales, sin perjuicio de otras que el legislador escoja y siempre que sean compatibles con aquellas; h) el estado debe brindar al menos un techo a quien esté dentro del universo de individuos al que le toca asistir y no lo tenga.³⁸

En efecto, los jueces indicaron que los subsidios para vivienda no constituyen la política a la que hace referencia el artículo 31 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, pero forman parte de ella y son medidas transitorias tendientes a paliar la urgente necesidad habitacional de ciertos grupos en situación de vulnerabilidad. Categorizando al subsidio como un derecho de carácter asistencial, entendieron que el abordaje que realizó el Poder Legislativo difiere del programa que se le ha encomendado constitucionalmente. Específicamente precisaron que, si bien el Poder Ejecutivo local tiene competencia para otorgar subsidios mediante actos administrativos, esta debe ser ejercida “en el marco de reglas preestablecidas de distribución de los recursos afectados, en el caso, a la satisfacción del derecho del art. 31 de la CCBA; competencia, esta sí, típicamente legislativa”.

En el mismo sentido se expresó el Dr. José Osvaldo Casás, al precisar en qué deben *priorizarse los criterios de radicación definitiva*, indicando que los subsidios habitacionales sí son paliativos transitorios, que son de carácter asistencial, de origen infraconstitucional y que *las medidas contempladas en la cláusula constitucional debieran tener rango legislativo, dado que es a este ámbito al que le corresponde reglamentar los derechos acordados por la Constitución*, elegir la política y los mecanismos para dar satisfacción a las necesidades de vivienda y hábitat adecuado.

Por su parte, la jueza Alicia E. Ruiz en su voto indicó que los derechos sociales son de igual jerarquía e igual estructura que los demás derechos humanos, tienen carácter interdependiente y la afectación de ellos genera necesariamente la disminución o incluso la pérdida de los restantes. Refirió a la Observación General N° 4 “El derecho a una vivienda adecuada” del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por ser el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional, en

38 Voto de los jueces Conde y Lozano en *Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido*, (Expte. 6754/09) en Sentencia del 12/05/2010.

tanto precisa que el derecho a la vivienda debe ser interpretado en un sentido amplio y no de una forma restrictiva tal que se lo equipare con

el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte.

Tomando dicha interpretación, sostuvo que el derecho a la vivienda como derecho humano se refiere a la dignidad inherente a la persona humana.

Quizás, lo más interesante de su voto es que se exploya sobre una cuestión que, si bien fue mencionada por los demás magistrados, no fue analizada en profundidad; sostuvo que

el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC) (...) El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente.

Precisó así que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no había demostrado que hubiera destinado el máximo de los recursos de los que disponía, por lo que votó en minoría por el rechazo del recurso de inconstitucionalidad, siendo que por mayoría el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad resolvió hacer lugar a este.³⁹

Sobre este punto en cuestión nos abocaremos en el apartado 4 al efectuar un análisis presupuestario de la Ciudad de Buenos Aires, pero desde ya dejamos abierto un nuevo interrogante: ¿para abordar la problemática actual de vivienda en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se destinan verdaderamente el máximo de los recursos disponibles? En cuanto a los recursos económicos, ¿se cumple con la ejecución total del presupuesto asignado por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en materia habitacional?

3.2.2 Aspectos habitacionales a la luz de la sanción de las leyes 3706 y 4036

Con posterioridad al caso *Alba Quintana* se suscitó el caso *K.M.P* (2014); se trató de una acción de amparo incoada contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Bue-

39 TSJ, voto de la jueza Ruiz en *Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido*. Expte. 6754/09, sentencia del 12/05/2010.

nos Aires por considerar afectado su derecho a una vivienda digna, a la salud y a la dignidad ante la negativa por parte de la Autoridad Administrativa de incluirlo en algunos de los programas gubernamentales vigentes a pesar de encontrarse en situación de emergencia habitacional.

El actor tenía 49 años de edad, se encontraba desempleado, sin familiares que pudieran proveerle ayuda y precisó que padece síndrome de inmunodeficiencia adquirida, por lo que contaba con un certificado de discapacidad expedido por el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación; había pasado las noches en el Parador Retiro.

En un primer momento, el demandante había sido incluido en el Programa de Atención a Familias en Situación de Calle, percibiendo el subsidio previsto por el Decreto 690/06 hasta su finalización. Al requerir su renovación, la petición fue denegada por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En esta causa, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad analizó las previsiones contempladas en la Ley 3706 y en la Ley 4036.

En su voto, los jueces Ana María Conde y Luis Francisco Lozano precisaron que la cuestión constitucional se circunscribe al alcance que cabe acordarle al “derecho a una vivienda digna”, por lo que, retomando lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el considerando 10 del fallo Q.C.S.Y., refirieron que *el derecho reconocido por el artículo 31 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires es un derecho operativo y que la reglamentación del mismo corresponde primariamente al Poder Legislativo*.

El *holding* del fallo judicial se basa en que las previsiones de las *leyes 3706 y 4036 no reglamentan el derecho de acceso a la vivienda*, dado que en ellas no está previsto un mecanismo para resolver la situación habitacional de las personas en situación de calle o en riesgo de estarlo con criterios de carácter de ocupación permanente.

En el caso, los jueces indicaron que la norma al definir quiénes están en situación de “emergencia habitacional” indica que

se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno, [por lo que] el Legislador ha entendido que los paradores nocturnos no constituyen un modo suficiente de atender el derecho a la vivienda.

Por su parte, en lo que respecta a la Ley 4036, los jueces expusieron que, si bien la norma tiene como objeto la protección integral de los derechos sociales de los ciudadanos de la ciudad —entre los cuales se encuentra el derecho a la vivienda—, reconoce dos derechos distintos: en primer lugar, uno genérico a todos los derechos sociales, donde la prioridad en el acceso está dada para aquellas personas que se encuentren en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de

las políticas sociales que brinde el GCBA, y, en segundo lugar, el derecho a un alojamiento a los adultos mayores de 60 años en situación de vulnerabilidad social y a las personas discapacitadas que se encuentren en las mismas condiciones.

En su voto, el juez José Osvaldo Casás recordó la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo Q. C. S. Y. respecto a que la implementación del derecho de acceso a la vivienda en la Ciudad requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo local que provoque su implementación. Ante ello, manifestó que las normas imponían una obligación de medios y que tanto el Estado Nacional como el GCBA debían realizar sus mayores esfuerzos para garantizar la plena efectividad del derecho a la vivienda digna “destinando de manera razonable los recursos públicos”.

Enfatizó en que “la Argentina ha adscripto a un modelo de Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho, con particular énfasis en la dimensión ‘Social’. Ello, al menos formalmente, resulta manifiesto con la Reforma de 1994 (...)” y que, con posterioridad al caso *Alba Quintana*,

el Poder Legislativo local sancionó un conjunto de leyes que consagran una protección diferenciada a determinados grupos o universos de personas en estado de vulnerabilidad social. Estas normas, si bien no dan por concluida la tarea del Legislador en lo que respecta a las políticas públicas en materia habitacional destinadas a lograr, en lo que aquí importa, una solución “... *progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos*” (...) tienen gravitación sobre la problemática del sub examine.⁴⁰

A su vez, dijo que

las soluciones para atender al derecho a la vivienda pueden ser diversas y dependerán del ejercicio de funciones administrativas que no han sido ejercidas, más allá de los programas de subsidios habitacionales implementados por el Poder Ejecutivo para brindar un paliativo transitorio a la urgente necesidad habitacional.

Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia resolvió hacer lugar al recurso de queja interpuesto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y parcialmente al recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, revocó la sentencia apelada en cuanto le ordenaba al Poder Ejecutivo local que cubriera al accionante la necesidad mínima de vivienda por medio del subsidio que venía otorgando u otro medio razonable que disponga que no sea parador ni hogar, que resulte adecuado a la situación particular del actor y en el monto necesario para satisfacer la necesidad habitacional

40 El énfasis es del original.

mínima existente, debiendo realizar una primera evaluación socioambiental. A su vez, condenó al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que presente una propuesta para hacer frente a la obligación de brindarle a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas.

Se ha indicado con acierto que, a partir de este precedente, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad ha

abandonado las reglas establecidas en el SIDH [Sistema Internacional de Derechos Humanos] para definir el alcance del derecho a la vivienda digna. Debido al valor institucional de tal pronunciamiento, las tres salas que actualmente componen la Cámara del Fuero se han plegado a su doctrina. Entre otras consecuencias disvaliosas, desaparece así la posibilidad de exigir un mínimo de efectividad del derecho por un universo de sujetos que se determine con fundamento exclusivo en la imposibilidad de procurarse por sus propios medios dicho mínimo no disponible. Por otra parte, se desvanece el derecho a una tutela judicial efectiva, al verse limitadas las atribuciones del Poder Judicial para controlar conductas estatales lesivas. En efecto, de analizar la razonabilidad de la reglamentación del derecho efectuada por el Poder Legislativo de conformidad con los rígidos parámetros que impone el SIDH, se pasa a controlar el accionar del Poder Ejecutivo a la luz de los parámetros establecidos por el Poder Legislativo. El control de decisiones financieras queda reducido a la demostración de gastos inequitativos o que quiebren las prioridades establecidas por el propio legislador. Las decisiones judiciales, en aquellos casos en que prospere la acción, deben limitarse a ordenar que se efectúen propuestas, sin que se establezca un mínimo exigible que dicha oferta debe contener. (Ferrer, 2018, p. 13)

3.2.3 Afectación del derecho constitucional a la vivienda digna y posibilidad de expedición de la Autoridad Administrativa

En el año 2015, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad entendió en la acción interpuesta por Marcela Noemí Sánchez de Bustamante contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, iniciada con el objeto de que se le ordene a la Autoridad Administrativa que le garantice el acceso a una vivienda adecuada según los estándares que emanan de los Tratados de Derechos Humanos.

Se trataba de una mujer de 54 años con una enfermedad pulmonar obstructiva; contaba con certificado de discapacidad y se encontraba en situación de calle.

El máximo tribunal de la Ciudad, con remisión al precedente *K.M.P.*, hizo lugar parcialmente al planteo del GCBA indicando que se había conculcado la división de poderes en tanto el *quo* había hecho lugar a la demanda interpuesta, ordenándole a

éste que incorporase a la amparista en el plan habitacional previsto por el Decreto 690/2006 o, en su defecto, cualquier otro o medida concreta que garantizase su derecho a la vivienda.

Nuevamente, de la lectura del fallo se destacan los argumentos del GCBA relativos a la existencia de limitaciones presupuestarias y la invasión de la zona de reserva de los restantes poderes; a su vez, consideraron que el amparo no es la vía para cuestionar la forma en la que la Administración ejecuta los programas habitacionales.

El voto de mayoría⁴¹ rechazó la queja en relación con los agravios “dirigidos a cuestionar la obligación de asistencia a favor de una persona en las condiciones de la parte actora”. Sin embargo, entendieron que prosperaba respecto a los agravios dirigidos a cuestionar la solución a la que arribó la Cámara: condenar al GCBA que otorgase un derecho más amplio que el reconocido por el Decreto 690/06.

Así, entendieron que asistía razón al GCBA en tanto los jueces de Cámara habían conculcado la división de poderes al

condenarlo a brindar una prestación sin haberle dado primeramente una ocasión para que dijera cómo se va a atender el derecho que le asiste a la accionante. *Toda vez que la solución para atender el mencionado derecho depende del ejercicio de funciones administrativas*, las que no han sido ejercidas en el caso, corresponde condenar al GCBA a que presente una propuesta para atender el derecho a la vivienda a la parte actora (cf. el inc. 3° del art. 25 de la ley N° 4036).⁴²

Finalmente, resolvió revocar la sentencia y condenar al GCBA a que presentase en el plazo indicado por el juez de grado una propuesta para hacer frente a la obligación de brindarle a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de la sentencia, a su situación de discapacidad.⁴³

Vemos en este precedente que el TSJ procura brindar una solución ante la falta de reglamentación del derecho a la vivienda por parte del Poder Legislativo local, otorgándole la posibilidad a la Administración de expedirse respecto a la solución a brindar.

Sucede que, mientras perdure esa falta de reglamentación del derecho, no puede otorgarse una solución adecuada a los planteos efectuados, en tanto no puede cristalizarse la concreción del derecho vulnerado. Ello, a su vez, se encuentra en tensión con la previsión normativa consagrada en el artículo 10 de la Constitución local que dispone que los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación, la que no puede cercenarlos.⁴⁴

41 Integrado por los jueces Lozano, Conde y Casás.

42 Énfasis agregado.

43 TSJ en GCBA *s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Sánchez de Bustamante, Marcela Noemi c/ GCBA y otros s/ amparo*. Expte. N° 11023/14, sentencia del 08/04/2015.

44 CCABA, artículo 10: “Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Na-

El derecho de acceso a la vivienda es un derecho humano y, a la vez, constitucionalmente reconocido por nuestro ordenamiento jurídico. A los efectos de garantizarlo, es imperioso el rol activo del Estado, dado que es quien debe velar por el cumplimiento y resguardo de los derechos humanos. Este solo se verá concretizado cuando el Estado, en sus distintas órbitas, esté dispuesto a servir a las justas exigencias del bien común de la sociedad democrática, dado que este debe estar estrechamente vinculado con la protección de los derechos fundamentales indisponibles garantizando los derechos humanos.⁴⁵

3.2.4 ¿Armonización normativa justa a la hora de fijar los montos de subsidios o discrecionalidad judicial?

Este precedente es iniciado por Jonathan Pio Waldemar y Valeria Juárez al promover una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de obtener una solución que les permitiese acceder a una vivienda adecuada en los términos de la Observación General N° 4 del Comité del PIDESC.

En su sentencia, el Tribunal Superior de Justicia consideró que la Cámara del Fuero tuvo por acreditada cabalmente la situación de vulnerabilidad social en la que se encontraba la actora, ya que se trataba de una mujer de 23 años, sola a cargo de sus dos hijos menores de edad (de 2 y 5 años), siendo que su pareja, Jonathan Pio Waldemar, padre de los menores, se encontraba privado de su libertad.

Ante dicha situación, la Cámara dispuso que el GCBA debía determinar las unidades consumidoras de la composición familiar según las Canastas de Consumo de la CABA y calcular, según esa cantidad, el monto correspondiente a la Canasta Básica Alimentaria actualizada, de la cual resultaría la suma a otorgar por el GCBA a los efectos de dar cumplimiento con la sentencia.

La relevancia de este precedente está dada en la medida en que conjuga de manera armónica los montos de las prestaciones económicas establecidas por la Ley 4036 y por el Decreto 690/06 y sus modificatorios, ordenando otorgar los montos correspondientes al grupo familiar según la Canasta Básica Alimentaria publicada por la Dirección General de Estadísticas y Censos del GCBA o aquellos contemplados en el Programa de Atención para Familias en Situación de Calle, el que resultase más beneficioso.⁴⁶

En su decisorio, el Tribunal Superior de Justicia, por mayoría, rechazó la queja

cional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”.

45 CADH, artículo 32, apartado 2.

46 TSJ en autos *Pio Waldemar Jonathan c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)*. Expte. N° 13095/16, sentencia del 09/11/2016.

interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, confirmando así el decisorio de la Cámara del Fuero.

3.2.5 Perspectiva de género aplicada a la problemática habitacional

En el año 2023, la Sala I del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires resolvió en el precedente *Vera Espínola, Elizabeth*.⁴⁷

Se trató de un amparo habitacional iniciado por un frente actor conformado por “una familia monoparental con jefatura femenina: la señora E.V.E. a cargo del cuidado de sus dos (2) hijos menores de edad: J.J.V. y C.G.V cuyos padres no mantienen vínculo con ellos ni aportan a su manutención”.

En un extenso fallo, la Sala I refirió al marco normativo que contempla la protección de la vivienda digna en el ámbito local, nacional e internacional, como también a distintos precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A su vez, destacó la situación de vulnerabilidad social y de exclusión estructural que rodeaba a la actora y, consecuentemente, a su grupo familiar, el que “probablemente puede agravarse con el transcurso de tiempo si se tiene en cuenta, en particular, que se trata de un grupo familiar monoparental con jefatura femenina, a cargo de sus hijos J.J.V.E. y C.G.V. menores de edad”.

Los jueces ponderaron en su sentencia la violencia de género que había sufrido la actora, tanto por la omisión de cumplimiento por parte de los progenitores de los niños en los deberes de asistencia, alimentación y cuidado de los menores como también por parte de quienes le alquilaban una vivienda en el Barrio 21-24, al cortarle el suministro de agua, electricidad y otras intimidaciones tendientes a que abandonara la vivienda, la cual finalmente tuvo que desalojar ya que, al volver de un viaje, encontró la mayor parte de sus pertenencias (muebles, electrodomésticos, ropa) en la vía pública.

También refirieron que *la vulneración de la Constitución puede presentarse tanto por acción como por omisión*, y que ello ocurre “cuando los poderes públicos se abstienen de actuar, pese a que existe una expresa previsión constitucional dirigida a que lo hagan”. A su vez, enfatizaron en que la igualdad de oportunidades se reduce a una abstracción si no garantiza a las personas ciertas condiciones mínimas, entre ellas, la vivienda digna, la salud y la alimentación adecuada.

El juez Balbín, en su voto, refirió a que la temporalidad de las medidas obedece a la superación del estado de vulnerabilidad y/o a la adopción por parte del Estado de nuevas medidas que resulten más amplias y efectivas (principio de progresividad).

47 Sala I CAyT, en autos *Vera Espínola, Elizabeth c/ GCBA s/ AMPARO – HABITACIONALES*. Expte. 33831/2022-0, sentencia del 12/04/2023.

De forma tal que *desatender ese principio de no regresividad genera responsabilidad del Estado —local e internacional—*.

A su vez, precisó que la tutela a favor de las personas en situación de vulnerabilidad social —sin ningún tipo de distinción— debería ser suficiente a los fines de alcanzar el piso mínimo que garantice la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, ya que es justamente ese umbral mínimo que establece el límite de discrecionalidad de los poderes públicos, cuyo desconocimiento constituye una omisión del Estado en la satisfacción de los mandatos impuestos por el bloque de convencionalidad y constitucionalidad.

En el fallo, los jueces también refieren al incumplimiento por parte del GCBA en torno a las obligaciones de monitoreo y control de los programas, como también a la obligación de dotar de publicidad dichos resultados. Exponiendo que

[e]sta omisión es un factor (aunque, naturalmente, no el único) que coadyuva a explicar por qué *los programas sociales que lleva adelante la Ciudad no han dado una respuesta adecuada al grupo vulnerable, obligándolo a litigar en defensa de un derecho fundamental*.⁴⁸

El Tribunal, por mayoría, resolvió ordenarle al GCBA a presentarle al juzgado de origen

una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora asistencia en los términos previstos en las normas señaladas, que —vale resaltar— incluye “alojamiento”, que reúna las condiciones adecuadas a la situación de la amparista; solución que deberá subsistir mientras perduren los extremos legales y de hecho en que se apoya la condena; b) genere espacios de orientación y/o asesoramiento con el fin de lograr que, en su materialización, las respuestas produzcan más allá de soluciones habitacionales, los mecanismos necesarios para favorecer la generación de posibilidades de auto-sustento, como ser la inserción laboral o bien, la capacitación y formación (...).

3.2.6 En camino hacia delinear una política habitacional para la población transgénero vulnerable residente de la Ciudad de Buenos Aires

Existen dos antecedentes de la justicia local que consideramos relevantes en lo que respecta a la vulnerabilidad de la población transgénero. Sabido es que las personas vulnerables en situación de calle o alcanzadas por la afectación en su derecho de acceso a la vivienda se encuentran con dificultades para ingresar en el mercado laboral

48 Énfasis agregado.

formal, lo que implica la falta de ingresos suficientes o idóneos para afrontar dicha situación de emergencia habitacional. Asimismo, la falta de posibilidad de acceso a la vivienda se ve, a su vez, agravada por la imposibilidad de acceso real de oportunidades a trabajos formales de las personas que pertenecen al colectivo transgénero, lo que los hace sujetos de múltiples discriminaciones.

Así, en el caso *Daniel Dolores Maldonado c/GCBA y otros s/amparo*, la actora inició una acción de amparo contra el GCBA y contra el IVC “con el objeto de que se le proporcione una solución adecuada a los fines de atender sus necesidades habitacionales, con respeto del derecho a la libre determinación de su plan de vida”, solicitando se la incorpore en algún programa de emergencia habitacional que le permitiese costear sus gastos de alojamiento.

Se trataba de una persona sola, transexual, de 53 años, con bajo nivel educativo, en situación de emergencia habitacional; contaba con certificado de discapacidad y había percibido diversos subsidios habitacionales, los que se habían agotado y, por ello, persistía en situación de emergencia habitacional.

El fallo de primera instancia ponderó la discapacidad, la identidad de género, el marco de discriminación que rodeaba a la actora y las condiciones de extrema vulnerabilidad en las que se encontraba y condenó al GCBA y al IVC a que arbitren “los mecanismos constitucionales enderezados para proveer a la actora una ubicación habitacional configuradora del ‘derecho a la vivienda adecuada’”; para el caso de que esta se configurase mediante una prestación económica, debía satisfacer íntegramente las necesidades habitacionales concretas de la actora.⁴⁹

En dicho decisorio, además, le ordenó al GCBA que se abstenga de aplicar el límite temporal del artículo 5 del Decreto 690/06 y sus modificatorias.

A su vez, dispuso la colaboración en forma conjunta en la búsqueda de alternativas de superación de la crisis de la actora con una evaluación del avance o dificultades en la obtención de propuestas a dicho fin. Para ello, la jueza interviniente dispuso que la demandada debía poner a disposición de la actora las herramientas y recursos pertinentes, entre ellos, el Programa de Formación e Inclusión para el Trabajo creado por el Decreto 578/2008, en miras a la inclusión social y laboral de las personas en situación de pobreza y con problemas de empleo, para lo que debía informarle al tribunal en forma semestral las acciones concretas que fueran desplegadas a fin de dar cumplimiento con la sentencia.

Dicho decisorio fue apelado por el GCBA y por el IVC de la Ciudad, por lo que, en oportunidad de resolver los recursos interpuestos, la Sala III modificó la Sentencia del *a quo*, indicando en su decisorio⁵⁰ que

49 Juzgado CAyT N° 6, Secretaría N° 11 en autos *Maldonado Daniel Dolores c/GCBA y otros s/amparo*. Expte. N° 758.454/2016, sentencia del 07/09/2017.

50 Integrado por los votos de los jueces Esteban Centanaro y Hugo R. Zuleta.

al administrar justicia la jueza *no debe soslayar la voluntad legislativa* y, aunque no es menos cierto que *debería existir una verdadera política pública en materia de vivienda que permitiese dar soluciones integrales a las personas en situación de vulnerabilidad*, no está en discusión que al GCBA corresponde el rol de garante de la satisfacción de los derechos de los grupos desaventajados (...).⁵¹

En virtud de ello, consideró que correspondía modificar la decisión y condenar al GCBA a que presente una propuesta para hacer frente a la obligación de brindarle a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas a la situación de vulnerabilidad denunciada.⁵²

Por su parte, en el mes de enero de 2024, la Sala III dictó sentencia en los autos *Arando, Luz Jazmín y otros*.⁵³ El caso se trató de un amparo colectivo de mujeres transsexuales. En el expediente, que fue iniciado con el patrocinio letrado de la Defensoría CAyT N° 2 de la Ciudad de Buenos Aires, tuvieron intervención la Comunidad Homosexual Argentina (CHA), la Defensoría LGBT⁵⁴ y la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT); también se admitió como *amicus curiae* a la Asociación Civil 100% Diversidad y Derechos.

El objeto de la acción de amparo era el desarrollo por parte del GCBA de “una política gubernamental que procurara que el colectivo de personas trans tuviera satisfecho el derecho a la vivienda, del que hoy en día se verían privadas de gozar por causas de discriminación”.

El juez de primera instancia había rechazado la acción colectiva incoada. Para revocar dicho decisorio, la Sala III de la Cámara se remitió a los argumentos del dictamen fiscal del Dr. Juan Octavio Gauna, quien, después de efectuar una reseña de la normativa local, nacional e internacional respecto a la identidad de género y las vulnerabilidades del colectivo transgénero, expuso la normativa jurídica del derecho de acceso a la vivienda y las políticas públicas implementadas en la Ciudad de Buenos Aires.

Allí propició que no resultaba válido el argumento esgrimido por el GCBA y el criterio seguido por el *a quo*, en tanto sostuvo que

dar respuestas caso por caso en el marco de un proceso judicial, frente a pedidos individuales de ayuda resueltos de manera desfavorable en sede administrativa —tal como lo propone el GCBA—, cuando lo que se requiere en estas

51 Énfasis agregado.

52 Sala III CAyT en autos *Maldonado Daniel Dolores c/GCBA y otros s/amparo*. Expte. N° 758.454/2016, sentencia del 07/09/2018.

53 *Arando, Luz Jazmín y Otros c/ GCBA s/ Amparo - Habitacionales y otros Subsidios* (Expte. N° 36423/2018).

54 La Defensoría Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans es un espacio dependiente del Instituto Contra la Discriminación de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

actuaciones es una solución que tenga en cuenta el derecho de acceso a la vivienda en su dimensión colectiva, no parece razonable [y que] *la gran cantidad de reclamos en materia de vivienda que requieren la intervención judicial sólo refleja la crisis habitacional que se proyecta sobre el colectivo de personas en situación de vulnerabilidad y la insuficiencia del sistema de ayudas estatales para abordarla.*⁵⁵

Con cita en la doctrina del fallo Q en cuanto a la operatividad de los derechos contenidos en la Constitución Nacional, expuso que

la Carta Magna local establece que *el Poder Ejecutivo —más allá de contar con iniciativa legislativa— tiene a su cargo la administración de la Ciudad y la planificación general de la gestión; dirige la administración pública y procura su mayor eficacia y los mejores resultados en la inversión de los recursos; formula y dirige las políticas públicas*⁵⁶, ejecuta las leyes y dispone las medidas necesarias para el cumplimiento de las normas de orden público (cf. artículos 102, 104.2 y 105.6). De hecho, muchos programas habitacionales en la Ciudad han sido implementados por decreto del Poder Ejecutivo, como surge del resumen de las normas locales vinculadas al caso efectuado en el presente dictamen.

Con base en ello, el tribunal resolvió por mayoría⁵⁷ revocar la sentencia de primera instancia, ordenándole al GCBA presentar un programa de acceso a los planes habitacionales para la población transgénero vulnerable residente en la Ciudad en el plazo de 90 días. Dispuso que dicho programa debe contemplar difusión, plazos de ejecución y organismo a cargo. A su vez, le ordenó al Gobierno de la Ciudad a que en el mismo plazo realice un relevamiento del colectivo transgénero residente en la Ciudad con relación a acceso a la vivienda y programas sociales.

Contra esta sentencia, se interpuso un recurso de inconstitucionalidad, que fue rechazado por la Sala III el día 01/07/2024; posteriormente, se presentó ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires una queja por el recurso de inconstitucionalidad denegado. El 20/11/2024, el TSJ resolvió otorgarle efecto suspensivo al recurso de queja incoado. Al 8 de febrero de 2026, no ha resuelto sobre el planteo de inconstitucionalidad expuesto por el GCBA.

55 Énfasis agregado.

56 Énfasis agregado.

57 El voto de la mayoría fue integrado por los jueces Hugo Ricardo Zuleta y Horacio G. A. Corti.

3.2.7 Conclusiones preliminares del análisis jurisprudencial

Se vislumbra a través del análisis de casos la evolución del criterio restringido sostenido por el Tribunal Superior de Justicia en *Alba Quintana*, el cual fue modificado producto de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo *Q*, con el impacto de la sanción de las leyes 3706 y 4036 en el ámbito local, por lo que se dejó de lado la doctrina que consideraba al parador estatal nocturno como “una expresión mínima del derecho a la vivienda”.

A pesar de que con el precedente *K.M.P* en 2014 se destacó que la tarea del legislador no estaba concluida en cuanto a las políticas públicas en materia habitacional de la Ciudad, a partir de dicho fallo, las sentencias judiciales analizadas le ordenaron a la Autoridad Administrativa a expedirse en el marco de sus competencias para otorgar una solución acorde para restablecer el derecho vulnerado.

A partir de ese año, los mandatos se dirigen casi exclusivamente al Poder Ejecutivo local, haciendo hincapié en que en el marco de sus competencias debe delinear una política pública para abordar la problemática del déficit habitacional y el acceso de la población en situación de vulnerabilidad, dejando de lado la necesidad de que el Poder Legislativo reglamente el derecho contenido en el artículo 31 de la Constitución local.

Los casos *Vera Espínola* y *Arando* del año 2023 y 2024, respectivamente, refieren a la omisión inconstitucional del Estado en cuanto al monitoreo y control de los programas sociales y la falta de políticas públicas específicas para el derecho de acceso a la vivienda, indicando que para la concreción de este derecho se requiere la judicialización del caso.

En los casos analizados se vislumbra que el criterio aplicado por la Autoridad Administrativa para otorgar un subsidio habitacional es de carácter restrictivo y limitado; se circunscribe la actividad estatal a un monto máximo de dinero y al plazo otorgado por el Decreto 690/06.

Se impone la necesidad de efectuar un seguimiento individualizado de las situaciones de los sujetos involucrados para no replicar conceptos estereotipados de pobreza estructural y desarrollar de modo eficaz y eficiente el despliegue de la actividad estatal.

La problemática requiere ser abordada desde una óptica multidisciplinaria, la cual debiera apoyarse sobre la premisa del deber de prevención del Estado local en pos de la protección de los derechos humanos fundamentales.

4. Políticas públicas, cuestiones presupuestarias y derechos fundamentales

4.1 Las políticas públicas habitacionales de la Ciudad de Buenos Aires

Ahora bien, tal como fuimos desarrollando en el presente trabajo, la Autoridad Administrativa —en el caso, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— en ejercicio de sus competencias ha implementado diversas políticas públicas tendientes a abordar la problemática de la vivienda en la Ciudad. Sin embargo, las principales políticas públicas diseñadas tienen un corte netamente asistencialista y son de carácter transitorio; tal como se encuentran diseñadas y en funcionamiento, no abogan por una solución para la ocupación permanente de las personas en situación de vulnerabilidad.

Los Programas de Atención para Familias en Situación de Calle⁵⁸ instrumentados por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en forma conjunta con las leyes 3706, 4036 y 4042 —que bien podrían ser leídas como mandatos del legislador al Poder Ejecutivo— resultan insuficientes para brindarle solución a la problemática abordada.

En primer término, porque no puede considerarse que con la sanción de la Ley 3706 el legislador haya efectuado una delegación de facultades imponiendo únicamente en cabeza del Poder Ejecutivo local el deber de garantizar la formulación e implementación de políticas públicas en materia de vivienda;⁵⁹ sabido es que la delegación de facultades legislativas se encuentra en principio vedada por imperio del artículo 76 de la Constitución Nacional, salvo materias determinadas o en caso de emergencia pública, para lo cual debe establecerse un plazo y las bases de dicha delegación.

A su vez, en la Constitución local encontramos entre las atribuciones de la Legislatura la de dictar las leyes y declaraciones para hacer efectivo el ejercicio de los derechos, deberes y garantías establecidos en la Constitución Nacional y en la Constitución local. En consonancia con ello, el artículo 86 indica que dicho cuerpo no puede delegar sus atribuciones.⁶⁰

A todo ello debe añadirse la interpretación efectuada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, en tanto dispuso que la sanción de las leyes 3706 y 4036 no representan el mandato contenido en el artículo 31 de la Constitución local.

Ahora bien, aun cuando pudiera entenderse que con la sanción de las leyes mencionadas *ut supra* se pretendió encauzar la situación habitacional de la población

58 Decreto 690/06 con sus reformas 960/08, 167/11, 239/13, 637/16, 108/19, 148/21 y 248/22.

59 Ley 3706, artículo 4, inc. C: “Es deber del Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires garantizar: (...) c.- La formulación e implementación de políticas públicas en materia de salud, educación, vivienda, trabajo, esparcimiento y cultura elaboradas y coordinadas intersectorial y transversalmente entre los distintos organismos del estado”.

60 CCABA, artículos 80 y 86.

vulnerable de la Ciudad, la realidad demuestra que ello no ocurrió, dado que no se encuentran vigentes al día de la fecha políticas públicas orientadas a superar la problemática de acceso a la vivienda de la población en situación de calle.

La vulnerabilidad estructural de las personas en situación de calle en la Ciudad de Buenos Aires ha propiciado gran cantidad de fallos judiciales; todos dan cuenta del déficit habitacional de la localidad y la insuficiente respuesta por parte de los poderes Ejecutivo y Legislativo a dicha problemática. El Poder Judicial, aun con criterios muy cercanos a la idea de justicia, genera soluciones que indirectamente impactan en la problemática que debiera ser resuelta: el diseño e implementación de políticas públicas.⁶¹

Como bien señala Ivanega (2010, p. 749), si bien se trata de atribuciones exclusivas de los poderes Legislativo y Ejecutivo donde el Poder Judicial no puede tener intervención, se admite la existencia de “zonas grises” en los casos donde se involucran los derechos sociales y nuevos derechos.

En este sentido, Pautassi (Pautassi y Royo, 2014) ha precisado que

la judicialización de los reclamos habitacionales han sido no sólo un fenómeno recurrente en la ciudad, sino que también ha sido el Poder Judicial que, a través de sus sentencias, obligó al Ejecutivo local a extender el subsidio habitacional en función de ser la única política habitacional disponible para estos grupos marginados. (p. 2)

Esto implica, a su vez, que sea este el poder que se encargue de fijar los lineamientos y el alcance de las políticas públicas, como también determinar el colectivo al cual será aplicable dentro de los grupos vulnerables, competencias naturalmente propias de los poderes Legislativo y Ejecutivo.

Por su parte, el Dr. Balbín (2015) ha señalado que, habiéndose roto el modelo clásico del Estado liberal, el Estado actual

no ha sido capaz por sí mismo de reconstruir y contener las ondas expansivas de las nuevas demandas sociales y el vínculo entre Estado y Sociedad. Desde esta perspectiva, es posible sostener que el Poder Judicial, al resolver casos relativos a derechos sociales, interviene en el marco de las políticas públicas y no sólo en su control. (p. 122)

61 Es práctica habitual de los Tribunales de Primera Instancia del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, al momento de dictar sentencia en los amparos llevados a su conocimiento, declarar de oficio la inconstitucionalidad del Decreto 690/06 y sus modificatorias. Criterio que es confirmado por las Salas I, II y III de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

Dicho esto, es menester destacar que las políticas públicas desarrolladas por el Instituto de Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, si bien son de diversa índole —entre ellas, el acceso a créditos hipotecarios o de adquisición de viviendas que se enmarcan en la Ley 341—, en su gran mayoría han apuntado a un universo que cuenta con ingresos medios, es decir, con alguna capacidad de ahorro. Véase que sus principales políticas no impactan sobre un universo poblacional que queda por fuera de ellas, no alcanzando efectivamente a las personas en extrema vulnerabilidad social.⁶²

Se produce, así, un fenómeno que he de llamar “la invisibilización de los olvidados”, como un problema compleja donde, en el primer caso, las políticas públicas existentes no comprenden a los sectores vulnerables que las necesitan efectivamente para satisfacer su mínimo indispensable, viendo afectada su dignidad humana. En el caso de “los olvidados”, ni siquiera hay políticas públicas que contemplen la situación en la que se encuentran, dado que esta debe ser analizada desde la interseccionalidad de los factores a los que se encuentran sujetos.⁶³

Esa parece ser la línea trazada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo *Q*, donde toma en cuenta no sólo la situación de calle en la que se encontraba la actora, sino también la hipervulnerabilidad dada por la discapacidad del menor que se encontraba a su exclusivo cargo.

En el mismo sentido ha ido el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, que, si bien ha sostenido un criterio más restrictivo —en donde, a pesar de las condiciones de discapacidad o enfermedades que padecían quienes iniciaron las acciones de amparo en pos de resguardar su derecho de acceso a la vivienda constitucional y convencionalmente reconocido—, ha determinado que debe ser la Autoridad Administrativa quien tiene que intervenir y presentar una propuesta para atender el derecho a la vivienda, aun cuando se encontraba nítidamente configurada la lesión al contenido mínimo del derecho que pretendían resguardar con la acción incoada.

En efecto, las demandas contra la Autoridad Administrativa por cuestiones habitacionales no sólo se incrementan, sino que, al ser dirimidas por los tribunales locales, también generan que el Poder Judicial condene al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aun cuando este haya desplegado la política pública vigente, cumpliendo *prima facie* las obligaciones a su cargo.

Todo ello, sin perjuicio de que los precedentes del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires ya han expuesto en reiteradas ocasiones que es un deber primordial del Poder Legislativo determinar y delinear de qué forma se ga-

62 Programa Vivienda Porteña, Programa Primera Casa, Créditos de Alquiler Ley 1251, Vivienda + 65: Ley 654 y 1251, entre otras.

63 La interseccionalidad es una herramienta analítica que reconoce que las desigualdades sistemáticas se presentan a partir de la superposición de diferentes factores sociales como el género, la etnia y la clase social.

rantiza el derecho de acceso a la vivienda y se resuelve progresivamente el déficit habitacional de la Ciudad de Buenos Aires.

4.2 Vinculación entre vivienda y presupuesto en la Ciudad de Buenos Aires

4.2.1 Cuestiones preliminares

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires se presenta como una ciudad con vastos recursos, sin embargo, en los amparos incoados en sede judicial la Autoridad Administrativa esgrime casi en forma permanente la escasez de recursos como defensa en los reclamos ante la falta de efectivización de los derechos humanos, específicamente en aquellos donde se ven involucradas cuestiones habitacionales.

Por ello, en este apartado nos detendremos a analizar los presupuestos económico-financieros de los años 2019 a 2023 aprobados por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con las correspondientes partidas presupuestarias que fueron destinadas para el acceso a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires.⁶⁴

Ello obedece no solo a los argumentos vertidos por la Autoridad Administrativa respecto a las limitaciones presupuestarias, sino también a las reiteradas menciones obrantes en los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en cuanto reseñan las previsiones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en torno al criterio del “máximo de los recursos disponibles”,⁶⁵ que fueron referidos en el apartado 3 del presente trabajo.

Si bien no se nos escapa que el Estado en sí, y específicamente el Poder Ejecutivo local, cuenta con recursos técnicos y humanos que pueden ser puestos a disposición para responder a la problemática del déficit habitacional y las dificultades del grupo poblacional analizado, estos no pueden analizarse cuantitativamente, lo que dificulta su análisis. Por ello, partimos de la estrecha vinculación entre los derechos fundamentales y el presupuesto, dado que “la actividad financiera pública tiene su sentido en ser un medio para la realización del Estado Constitucional de Derecho,

64 Para realizar las consideraciones del presente apartado, se tomaron datos de acceso público tales como las leyes de presupuesto y sus modificatorias publicadas en el Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como también los datos contables (cuentas anuales de inversión) brindados por el Ministerio de Hacienda y Finanzas de la Ciudad, que fueron aprobadas por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires. Ver en: <https://buenosaires.gob.ar/haciendayfinanzas/contaduria/informacion-contable/ejecuciones-presupuestarias>

65 PIDESC, artículo 2: “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

ello significa que también lo es para otorgarle efectividad a los derechos fundamentales” (Corti, 2010, p. 656).

Se tomó el parámetro temporal indicado en el primer párrafo, dado que es el que se encuentra más cercano en el tiempo y refleja la última gestión de gobierno de los recursos destinados a la concreción del derecho que motiva el presente trabajo.

4.2.2 Consideraciones específicas: análisis de los presupuestos aprobados por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires (2019-2023)

La escasez de recursos y las cuestiones presupuestarias atraviesan e impactan en la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, aun cuando el umbral de protección de estos derechos debiera ser el más alto posible.

Ante ello, Ivanega (s.f.) ha precisado que

la responsabilidad por omisión que pueda imputarse a los poderes del Estado se configura tanto por la ausencia de normas o de procedimientos o mecanismos de reconocimiento como por la falta de las previsiones presupuestarias suficientes para cubrir las necesidades que representan estos derechos. (p. 2)

En efecto, coincidimos en que la asignación de recursos debe ser tenida en cuenta para determinar la responsabilidad del Estado en cumplimiento de sus deberes.

Del análisis de datos de los presupuestos económico-financieros⁶⁶ se vislumbran diversas cuestiones; entre ellas, destacamos las siguientes:

a) Modificaciones a la Ley de Presupuesto efectuada por decreto proveniente del Poder Ejecutivo en el año 2020 producto de la pandemia por COVID-19.

b) Baja asignación de recursos al ítem vivienda, siendo que representó para el año 2019 el 3,77% sobre el total del presupuesto, lo que refleja una fuerte disminución para el año 2020, que alcanzó el 1,72%, y en el año 2021 representó tan solo el 1,19% del presupuesto total vigente. Como contracara, en el año 2022, la asignación a vivienda ascendió al 4,40% del presupuesto total vigente.⁶⁷ En cuanto al año 2023, se destinó a vivienda el 3,57% del presupuesto total vigente.

66 El análisis de datos se basó en la información de Ejecuciones Presupuestarias publicados por el Ministerio de Hacienda y Finanzas del Gobierno de la Ciudad. La información es de acceso público y se encuentra en: <https://buenosaires.gob.ar/haciendayfinanzas/contaduria/informacion-contable/ejecuciones-presupuestarias>

67 Ello se debe principalmente a que el ítem en cuestión pasó a denominarse “vivienda y urbanismo”, en el cual se incluyeron partidas que anteriormente se encontraban asignadas a “servicios urbanos”, específicamente las correspondientes a vías peatonales, que importan la ejecución, seguimiento y control de obras de reparación, mantenimiento y puesta en valor de estas. Esto quedó definido de la siguiente manera: “Acciones inherentes a la promoción del desarrollo habitacional con el fin de posibilitar a los integrantes de la comunidad el acceso a unidades de vivienda. Abarca también

c) Subejecución de partidas presupuestarias: durante 2019 se ejecutó el 98,28% del presupuesto vigente, mientras que en materia de vivienda los valores alcanzados giraron en torno al 90,94% de lo asignado. En 2020, el nivel de ejecución fue del 92,68%, pero solo se utilizó el 71,17% de los fondos asignados a la temática. En 2021, se empleó el 93,20% del presupuesto total vigente y las partidas de vivienda alcanzaron el 96,92%. En 2022, se gastó el 93,78% de lo proyectado; y respecto a vivienda, los valores fueron del 99,15%. Por último, en el año 2023 se registró un 99,58% de aplicación del presupuesto global y un 99,97% en el rubro vivienda y urbanismo.

d) La subejecución presupuestaria se presenta con mayor fuerza en los periodos de 2019 y 2020, mientras que en el periodo de los años 2021-2023 el saldo no ejecutado se considera dentro de parámetros razonables. Sin perjuicio de ello, se trata de cuantiosas sumas de dinero, siendo que estas podrían ser volcadas a la efectivización de derechos económicos, sociales y culturales.

De los análisis presupuestarios efectuados surge que en el año 2019 el ítem que tuvo más saldos no ejecutados fue el de vivienda,⁶⁸ mientras que en el año 2020 se ubicó en el segundo lugar.⁶⁹

Para el año 2021, los saldos no ejecutados en vivienda se ubicaron en el sexto lugar;⁷⁰ y en el año 2022, segundo.⁷¹

Finalmente, en el año 2023, vivienda fue el octavo ítem con saldos sin ejecutar.⁷²

5. Doctrina de la inconstitucionalidad por omisión

5.1 Aspectos generales de la omisión inconstitucional

Habiendo transcurrido 30 años desde la sanción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 14 años desde el emblemático caso Q sobre vivienda digna, al día de la fecha las personas en situación de vulnerabilidad residentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no cuentan con una ley que brinde un marco jurídico de regulación, contenido y protección al derecho de acceso a la vivienda digna.

las acciones destinadas a procurar una adecuada infraestructura urbanística". "Servicios urbanos" pasó de ser un servicio económico a ser un servicio social, modificando también, de esta manera, la distribución del gasto y dificultando su comparación entre distintos años.

68 Llegando a la suma de \$1.336.383.046,05. Ver Cuadro I en Anexo II.

69 Superado por el ítem educación, alcanzó la suma de \$ 2.578.529.978,13. Ver Cuadro II en Anexo II.

70 Siendo superado por los ítems salud, área legislativa, educación, promoción y acción social y área judicial. Los saldos sin ejecutar ascendieron a \$276.917.070,26. Ver Cuadro III en Anexo II.

71 Los saldos sin ejecutar representaron \$481.398.895,00. Ver Cuadro IV en Anexo II.

72 No se ejecutaron sumas por \$793.782.004,25. Ver Cuadro V en Anexo II.

Esta situación de omisión normativa genera un círculo vicioso en el accionar de los poderes del Estado, donde, en definitiva, no se obtiene una solución acorde a lo prescripto por la Constitución Nacional, el ámbito internacional y la Constitución local.

La doctrina de la inconstitucionalidad por omisión se presenta así ante la falta de regulación de un mandato expreso del Legislador —o la reglamentación por parte del Poder Ejecutivo—, poniendo en crisis la fuerza normativa de la Constitución, ya que si estas no pudieran regir ante la ausencia de reglamentación, la supremacía normativa sería ilusoria.

Sin embargo, no toda actitud omisiva de un órgano estatal reviste el carácter de omisión inconstitucional, sino que, en primer término, debe haber un mandato constitucional que obligue al órgano competente a accionar, una verdadera exigencia constitucional de acción que se distinga de la obligación genérica de legislar.

Sofía Sagüés (2022) refiere que la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión empieza a tener aceptación por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con el caso *Ekmekdjian c/Sofovich*, donde nuestro más alto tribunal admitió la fuerza normativa de la Constitución y la operatividad de sus cláusulas. Según expone la autora, la Corte, en un primer momento, negaba la inconstitucionalidad por omisión, considerando discrecional para el órgano legislativo la reglamentación de las cláusulas programáticas.

En la actualidad, esta doctrina es receptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en distintos precedentes vinculados a cuestiones de salud,⁷³ respecto al reajuste de haberes previsionales,⁷⁴ la reglamentación de una norma contenida en la Ley de Contrato de Trabajo,⁷⁵ entre otras.

5.2 La omisión en la reglamentación del artículo 31 de la Constitución local

El constituyente de la Ciudad de Buenos Aires, al redactar el artículo 31 de la Constitución local, incluyó incisos que perfilan el derecho de acceso a la vivienda. Así, estableció que, para el reconocimiento del derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado, la Ciudad “(...) 1. *Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios*, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos (...)”.⁷⁶

Sobre el artículo en cuestión, Martínez expresó que “los tres incisos que componen el artículo 31 de la Constitución porteña establecen el marco de políticas públi-

73 CSJN, *Campodónico de Beviacqua*, Fallos 323:3229 y *Asociación Benghalensis*, Fallos 323:1339.

74 CSJN, *Badaro I y Badaro II*, Fallos: 329:3089, 330:4866.

75 CSJN, *Etcheverry, Juan Bautista y otros c/Estado Nacional s/amparo ley 16-986*, Fallos: 344:3011.

76 Énfasis agregado.

cas que deberá desarrollar el legislador para satisfacer ese derecho, respetando el orden de prioridades y el plan de gobierno allí establecidos” (p. 356).

En efecto, el orden de prioridades fue establecido con la sanción de la Ley 4036 por parte de la Legislatura local, pero ninguna otra norma ha dispuesto de qué forma ha de resolverse progresivamente el déficit habitacional.

Estos deberes se vinculan, a su vez, con la obligación dispuesta en el artículo 17 de la Constitución local, mediante el cual se les impone a las autoridades el desarrollo de “políticas coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos”, como también la asistencia de las personas con necesidades básicas insatisfechas⁷⁷ y la constante necesidad de adoptar medidas de acción positiva para brindar una solución acorde a los preceptos normativos que rigen la materia en nuestro país.

Así, desde la órbita local, encontramos que existe, en una primera aproximación, una omisión legislativa.

Esto se sustenta en lo expuesto en los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, intérprete final de la Constitución local, el que en reiteradas oportunidades expuso que los subsidios habitacionales no son la manda del constituyente en el artículo 31, no resultando ello suficiente a los efectos de otorgar exigibilidad al derecho contenido en la Constitución local. Aunque puntualizó en reiteradas oportunidades la falta de reglamentación del derecho de acceso a la vivienda, no exhortó al Poder Legislativo a cumplir con dicha manda constitucional.

Ahora bien, partimos de la omisión del Poder Legislativo, pero también resaltamos la omisión del Poder Ejecutivo, ya que la Ley 1251 que dispuso la creación del IVC puso a cargo de éste la ejecución de las políticas públicas de vivienda.

A su vez, la Ley 3706, en su artículo 4, inciso c), impone como deber del Estado la formulación e implementación de políticas públicas en materia de vivienda y, en su inciso k), refiere a la realización de un relevamiento anual de las personas en situación de calle o en riesgo de calle.⁷⁸

Ante ello, cabe preguntarse en primer lugar, si la omisión por parte del Poder Legislativo local es lo que vulnera la concreción del derecho de acceso a la vivienda de los sectores vulnerables en la Ciudad y, si esta omisión puede considerarse inconstitucional.

El profesor Sagüés (1992) enseña que la inconstitucionalidad por omisión se da

77 CCABA, artículo 17: “La Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades”.

78 En la actualidad no se encuentran datos relativos al relevamiento anual de personas en situación de calle o en riesgo de estarlo, con información desagregada que posibilite un diagnóstico y fijar políticas puntuales para los distintos subgrupos, efectuados por la Autoridad Administrativa.

“cuando el comportamiento inconstitucional no se traduce por actos, sino por abstención de conducta” (p. 39) y que ella puede referirse al comportamiento omisivo de actos individuales, ante la falta de un pronunciamiento del Poder Ejecutivo o ante normas generales por parte del Poder Legislativo. Así, sobre las omisiones del Poder Legislativo, indica que “el asunto aparece casi siempre con las llamadas ‘cláusulas programáticas’ de la Constitución, que sientan directrices y obligan al legislador ordinario a dictar normas (por lo común, leyes) instrumentales de tales cláusulas programáticas” (p. 40).

En esa línea de razonamiento, cabe determinar si el derecho de acceso a la vivienda del artículo 31 de la Constitución local se trata de una norma programática de cumplimiento discrecional o de cumplimiento obligatorio para el Poder Legislativo.

Bidart Campos (1996), partiendo de la clasificación de normas operativas y normas programáticas, indica que las primeras, también denominadas “autosuficientes” o “autoaplicativas”, son aquellas que “por su naturaleza y formulación ofrecen aplicabilidad y funcionamiento inmediatos y directos, sin necesidad de ser reglamentadas por otra norma” (p. 18). Por su parte, las normas programáticas son “las que proponen un programa y, por ende, son incompletas, viéndose requeridas de otra norma ulterior que las reglamente y les permita funcionar plenamente. Se suele decir que son de aplicación diferida, hasta que aquella norma posterior las complete” (p. 18).

Ante ello, cabe también tener presente la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del fallo *Q*, donde refirió que los derechos contenidos en la Constitución son normas operativas con vocación de efectividad (considerando 10), dado que la Constitución reconoce derechos humanos para que resulten efectivos y no ilusorios y que el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea darles el contenido que esta les asigne. Indica que los derechos que requieren de una prestación positiva de la Administración tienen una operatividad derivada, es decir, necesitan la implementación del Poder Legislativo o del Ejecutivo.⁷⁹

Así, nuestro más alto tribunal se apartó en parte del binomio de normas operativas y programáticas, refiriendo a la operatividad derivada, lo que en palabras del juez Lorenzetti, significa que

en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación, ello es así porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, así como los recursos necesarios y en estos supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad (...)⁸⁰

79 CSJN, Fallos: 327:3677.

80 CSJN, Fallos: 345:1481.

Una primera aproximación nos lleva a indicar que el artículo 31 presenta una operatividad derivada, en la que necesariamente se requiere la implementación de una ley del Poder Legislativo o norma del Ejecutivo para enfrentar la reducción progresiva del déficit habitacional.

Decimos esto porque no solo se desprende de la letra de la Constitución local, sino que, al indagar la voluntad del constituyente, también surge de las sesiones celebradas en ocasión de la sanción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Así, en oportunidad de defender el dictamen de comisión, el convencional Joza-mi expuso que

además de reconocer el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado, *parte del reconocimiento de la existencia de un déficit habitacional en nuestra Ciudad de Buenos Aires (...)*⁸¹ es necesario que la Constitución de la Ciudad reconozca que tenemos un grave déficit habitacional y que es prioridad de las políticas de gobierno tender a superarlo. (Perícola, 2016, p. 497)

En el mismo sentido, reconociendo el déficit habitacional, se expresó la Convencional López.⁸²

Es por ello que vislumbramos que, al momento de la sanción de la Constitución local, el Constituyente ya advertía la situación de déficit habitacional de la Ciudad de Buenos Aires y por ello pretendió establecer un lineamiento para las políticas públicas a efectos de garantizar el derecho de acceso a la vivienda y resolverlo.

Sucede que los derechos económicos, sociales y culturales —en definitiva, los derechos fundamentales— requieren de acciones del Estado tendientes a cumplimentar el mandato contenido en ellos. Es decir, necesitan acciones positivas que pueden emanar tanto de la Administración como del Poder Legislativo.

Desde esta óptica, a todas luces podemos identificar una omisión en cuanto a dotar de contenido el derecho de acceso a la vivienda, lo que repercute directamente en su efectivización en la actualidad.

Esto nos lleva a analizar necesariamente si esta omisión por parte del Poder Legislativo —en el caso, por parte de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— puede reputarse inconstitucional.

81 Énfasis agregado.

82 Específicamente precisó: “El fenómeno de las villas de emergencia no es propio de la Ciudad de Buenos Aires. También hay gran cantidad de ellas en todo el conurbano e incluso en toda Latinoamérica. Si nos detenemos a pensar en las *causas* de este fenómeno, podemos mencionar la concentración de la demanda de mano de obra barata en la ciudad, *el déficit habitacional*, el bajo poder adquisitivo de los salarios y la concentración de los servicios en las ciudades” (énfasis agregado).

5.2.1 La doctrina de la omisión inconstitucional del Tribunal Superior de Justicia

A los fines de determinar la aplicación de la doctrina de la omisión inconstitucional, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad en el precedente *Usabel* delineó su alcance.

El caso tramitó mediante una acción de amparo con la finalidad de tutelar el derecho a trabajar que los amparistas entendían vulnerado dada la supuesta omisión del GCBA en la regulación, expedición y control de las matrículas relativas a la profesión de optometría, que, según afirmaban, les impedía a los profesionales el ejercicio de su profesión, en tensión con lo dispuesto por el artículo 22 de la Constitución local.⁸³

En ocasión de intervenir por el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires destacó el argumento fuerte por parte del GCBA, basado en la falta de una norma expresa que le imponga regular la actividad en cuestión.

En su Sentencia, el TSJ expuso que

para declarar la inconstitucionalidad omisiva por falta de sanción de una norma el juez debe verificar: a) que exista un mandato normativo expreso (de la Constitución, de un tratado internacional o de una ley) que, luego de declarar la norma “programática”, requiera de complementación “operativa”; b) que se configure la omisión del cumplimiento de tal obligación, por parte del legislador o funcionario competente de cualquiera de los órganos públicos; y c) que la omisión produzca la vulneración de un derecho o garantía.

El voto del Dr. Julio B. J. Maier partió del análisis distintivo entre las normas operativas y las programáticas, indicando que el punto en cuestión, a la hora de analizar si se presenta la inconstitucionalidad por omisión, se ciñe en determinar si existe un *mandato normativo expreso* que le imponga dictar la regulación que se pretende al órgano encargado de hacerlo y éste injustificadamente no haya cumplido.

Al respecto, Sammartino (2005) expresa que de la doctrina sentada por el Tribunal Superior de Justicia en *Usabel* se requiere “un deber jurídico expreso, previo, específico y, por cierto, válido” (p. 187) y que este deber positivo de actuación se presenta como un mandato de acción que puede tener como destinatario cualquiera de los órganos que ejerzan una función estatal (Sammartino, 2012, p. 647).

En virtud de lo expuesto, tomando como guía lo prescripto por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad respecto a la omisión inconstitucional en el fallo *Usabel*,

83 La acción fue rechazada en primera instancia, decisorio que fue revocado por la Cámara del Fuero CAyT, la que ordenó al GCBA regular el ejercicio de la profesión de Optómetra.

es necesario determinar el contenido y alcance de los derechos reconocidos en el artículo 31 de la Constitución local frente al incumplimiento de los deberes jurídicos que la misma Constitución impone en cabeza de los poderes públicos locales.

5.2.2 Aplicación de la doctrina establecida en *Usabel* al artículo 31 de la Constitución local

El bloque de constitucionalidad dispone que el Estado debe adoptar en el marco de sus competencias medidas de acción positiva orientadas a establecer el derecho de acceso a la vivienda, en forma progresiva y hasta el máximo de los recursos disponibles. A su vez, el Poder Ejecutivo cuenta con iniciativa legislativa, por lo que podría instrumentar, mediante un proyecto de ley, la situación que analizamos en el presente trabajo, sin perjuicio de que posteriormente sea la propia Legislatura la que apruebe o rechace sin más el proyecto de ley enviado.

En una primera aproximación analizamos la omisión de reglamentación del artículo 31 de la Constitución local. Esta falta de regulación del derecho de acceso a la vivienda no se condice con los parámetros establecidos por los tratados de derechos humanos contenidos en el artículo 75, inciso 22.

Así, a los fines de verificar la aplicación de la doctrina sentada por el Tribunal Superior de Justicia en *Usabel*, es necesario constatar:

a) *La existencia de un mandato normativo expreso*

En el caso concreto del análisis del derecho de acceso a la vivienda, dicha existencia de mandato normativo expreso se enmarca en lo dispuesto por el artículo 31 de la Constitución local, donde se establece el reconocimiento a una vivienda digna y a un hábitat adecuado, haciendo hincapié en que, para ello, la Ciudad resuelve progresivamente el déficit habitacional.

Esta norma debe interpretarse conjuntamente con el artículo 10 de la Constitución local, el cual dispone que en el ámbito local rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, leyes de la nación y los tratados internacionales. A su vez, dicho artículo expresamente prevé que *los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación, la cual no puede cercenarlos*.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dispuesto que los derechos reconocidos en la Constitución Nacional son normas operativas con vocación de efectividad y que las vinculadas a la vivienda suponen una operatividad derivada.

Por su parte, el Tribunal Superior de ha indicado que con la sanción de las leyes 3706 y 4036, si bien va en camino a regular cuestiones habitacionales de las personas en situación de vulnerabilidad, no constituyen en sí mismas el mandato contenido en el artículo 31 de la Constitución local, por lo que no se presenta como un deber

genérico de actuación ni una mera facultad discrecional, sino como un mandato normativo expreso que pretende el derecho de acceso a la vivienda y la protección de las personas en situación de vulnerabilidad.

b) *La omisión de cumplimiento de la obligación por parte del legislador o funcionario competente de cualquiera de los órganos públicos*

No se presenta en el caso de las personas en situación de vulnerabilidad una política pública tendiente a revertir dicha realidad. Tal como se expuso, los subsidios habitacionales no son la manda que el Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires dispuso en el artículo 31 de la Constitución local, se trata, en palabras del Tribunal Superior de Justicia local, de paliativos transitorios que forman parte del artículo 31, pero no abogan por el criterio de ocupación permanente.

Al respecto, Sammartino (2012, pp. 656 y ss.) enseña que la inobservancia de un deber jurídico de acción positiva presenta tres tipos básicos de configuración: 1) la ilegitimidad por omisión formal; 2) ilegitimidad material o fáctica; y, como confluencia de ellas, 3) la ilegitimidad por omisión formal-material.

La primera de ellas tiene lugar cuando el órgano competente no sanciona, dentro del plazo determinado, una ley sobre una materia definida por la norma que obra como fuente de deber (por ejemplo, la Constitución). Se requiere de la inexistencia o deficiente vinculación del órgano con la Constitución y que esta sea nítida, ostensible.

El autor refiere que la omisión material o fáctica se presenta cuando existe un título formal válido que obliga a la Administración, o a un órgano que despliega función administrativa, a satisfacer una prestación determinada que incumple total o parcialmente, originando una lesión sobre un derecho fundamental.

Finalmente, la variable formal-material se presenta en aquellos supuestos donde para satisfacer la prestación material se requiere un título formal previo que le sirva de sustento (por ejemplo, el dictado de un acto).

c) *La omisión debe producir la vulneración de un derecho o garantía*

En el supuesto de personas en situación de calle (real y efectiva o en peligro de estarlo), se configura el supuesto por encontrarse en dicha situación con la vulneración de sus derechos fundamentales, entendidos en un sentido amplio para la proyección de su proyecto de vida, viendo afectado el mínimo indisponible para resguardar su dignidad como persona.

En estos casos, la omisión impacta directamente en su derecho a la salud, comprensivo del derecho de acceso a la vivienda.

A su vez, media una relación de causalidad adecuada entre la inactividad (falta de reglamentación y falta de políticas públicas) y los perjuicios que se presentan atento la vulneración de los derechos de las personas que, al ver comprometidos la efectivización de sus derechos fundamentales, pasan a integrar el universo de personas vulneradas.

Esta relación de causalidad debe presentarse de forma directa, inmediata y

exclusiva entre la lesión del derecho reconocido constitucionalmente — en el supuesto, el derecho de acceso a la vivienda instrumentado mediante políticas adecuadas para las personas en situación de vulnerabilidad — y la inactividad u omisión de las autoridades.

d) *No se presenta un factor cancelatorio del deber de obrar, es decir, la imposibilidad de cumplir con el deber jurídico predeterminado*

Las cuestiones presupuestarias y la falta de recursos (económicos, materiales y técnicos), si bien son dignas de ser tenidas en cuenta, no pueden presentarse como un argumento de entidad tal que admita la lesión de los derechos fundamentales de las personas.

En ninguno de los casos jurisprudenciales analizados el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires demostró haber desplegado su actividad estatal “hasta el máximo de los recursos disponibles”.

A su vez, del análisis de los presupuestos económico-financieros de la Ciudad se vislumbra baja asignación de recursos económicos destinados a solventar aquellas cuestiones que involucran el derecho de acceso a la vivienda.

Finalmente, tanto del análisis jurisprudencial como del análisis de datos presupuestarios y de la compulsa de información pública no surge que la Ciudad de Buenos Aires cuente con censos de personas en situación de calle actualizados que den cuenta de la realidad que aqueja a los habitantes de la Ciudad, como tampoco se han implementado políticas públicas tendientes a revertir el cuadro de situación de la problemática habitacional de los sectores vulnerables con criterios de ocupación permanente, es decir, que les permitan superar dicha situación.

Se analizaron los casos como si pertenecieran a omisiones materiales, donde la Autoridad Administrativa únicamente debía resolver, con las prestaciones existentes en las leyes y resoluciones, la obtención de los subsidios habitacionales, pero no se fue más allá a los fines de considerar la omisión como una de carácter formal donde necesariamente debían exhortar a las autoridades para dar una solución definitiva a las problemáticas que se suscitan en cuestiones habitacionales.

6. Propuestas a modo de aporte para brindar una posible solución a la problemática desarrollada

6.1 Diseño e implementación de políticas públicas para el IVC y las de la Ley 3706

La lógica impone que la judicialización de la problemática habitacional no es una solución acorde, aun cuando se haya convertido en una práctica habitual.

En primer lugar, sería conveniente realizar los relevamientos anuales de perso-

nas en situación de calle a los que refiere la Ley 3706,⁸⁴ que permitan efectuar un monitoreo y diagnóstico más certero del estado de situación, desagregando factores de hipervulnerabilidad y dotando de mayor transparencia la actividad de la Autoridad Administrativa.

Por otra parte, la creación del IVC supuso el desarrollo de políticas públicas, las cuales, al día de la fecha, no se implementan de manera eficaz. Por ello, entendemos que el Poder Ejecutivo local debe desplegar su accionar administrativo en procura de diseñar e implementar políticas públicas para abordar la problemática de vivienda focalizada en los grupos vulnerables.

Finalmente, dado que el GCBA refirió en reiteradas ocasiones a la escasez de recursos sin demostrar haber desplegado su actividad hasta el máximo de los recursos disponibles y, en consecuencia, satisfacer los deberes a su cargo, creemos que la instrumentación de un procedimiento administrativo especializado para personas en situación de vulnerabilidad habitacional con un abordaje multidisciplinario es una deuda pendiente en el Estado local, el que, una vez diseñado e implementado, coadyuvará a brindar una solución más justa.

6.2 Instrumentación de un procedimiento administrativo de carácter preventivo

Transcurrir un proceso judicial, con los tiempos que ello implica, para que la sentencia le ordene a la Autoridad Administrativa que incluya a una persona en un plan o subsidio habitacional solo procura una respuesta reparadora al daño producido. Por ello, sostenemos que la solución debe encauzarse a través de un procedimiento administrativo especializado, considerando los principios generales del derecho y la función preventiva del daño del actuar administrativo, que deriva del precepto constitucional y convencional de *no dañar a otro*.

Por ello, proponemos que la “prevención del daño”, contenida en el artículo 1710⁸⁵ del Código Civil y Comercial de la Nación y el espíritu del artículo 2.2⁸⁶ de la Ley 26854 de Medidas Cautelares deberían ser aplicados de manera analógica al procedimiento administrativo a instrumentarse, sentando una base para su diseño teniendo como norte la protección de los derechos de las personas vulnerables.

84 Cfr. art. 4, inciso k de la Ley 3706 de Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo a la Situación de Calle.

85 Código Civil y Comercial de la Nación, artículo 1710: “Toda persona tiene el deber, en cuanto ella dependa de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud (...); c) no agravar el daño, si ya se produjo”.

86 Ley 26854, art. 2.2: “Medidas cautelares dictadas por Juez incompetente (...) 2. La providencia cau-

Coincidimos en que la función preventiva

radica en la idea —principalmente— de que la reparación del daño ocasionado tiende a ser deficiente; es decir, una vez producido el daño la función resarcitoria o reparatoria no logra una respuesta acabada frente a las consecuencias emanadas de ese daño sufrido. (Lafosse, 2022, p. 271)

Partimos de la estrecha vinculación entre el interés público, la prevención del daño y los derechos fundamentales. De este modo, si entendemos que el actuar de la Administración se compone de prerrogativas públicas al servicio de la comunidad y debe tender a la concreción del bien común o la satisfacción del interés público de la sociedad a la que sirve y que el interés público no necesariamente es el interés de la Administración, sino el de la sociedad en su conjunto (Mairal, 1984, pp. 829-830), pero que se presenta como el sistema de condiciones de la vida social que les posibilita a los sujetos el desarrollo más pleno de su persona, siendo “el eje sobre el cual reposa el desarrollo de la función administrativa” (Sammartino, 2016, p. 2), cuya esencia radica en “el deber jurídico fundamental de proteger la dignidad humana y los derechos humanos fundamentales que le son inherentes” (Sammartino, 2015, p. 166), no podemos considerar la existencia de la satisfacción del interés público si no es en consonancia con la satisfacción de los derechos humanos; todo ello, en conformidad con lo dispuesto por el artículo 32, inciso 2 de la CADH.⁸⁷

La CSJN ha enfatizado en que “la dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional”,⁸⁸ por ello, entendemos que el procedimiento administrativo especializado debe erigirse considerando que la situación de vulnerabilidad social de las personas que tienen afectado el mínimo indisponible comprometiendo su dignidad humana hacen indefectiblemente al interés público.

En virtud de ello, sostenemos que la solución debería darse desde el procedimiento administrativo, donde sea la propia Administración la que garantice en su propia sede la operatividad de los derechos reconocidos en la Constitución local, en la Constitución Nacional y en los tratados e instrumentos internacionales, valorizando al procedimiento administrativo como cauce primario de protección de derechos humanos (Sammartino, 2016), ya que este es “el cauce idóneo para satisfacer

telar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, sólo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria”.

87 CADH, artículo 32, inciso 2: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

88 CSJN, Fallos 314:424, 327:3753.

primaria y adecuadamente el contenido de los derechos sociales” siendo “el cauce preparatorio de protección primaria de los derechos humanos” (Sammartino, 2016, pp. 243-244).

De este modo, entendemos que sería una solución acorde al Estado social y constitucional de derecho brindar una respuesta a través de un procedimiento administrativo especializado, el que debería instruirse en el ámbito local enfocado en la tutela administrativa efectiva de los derechos de naturaleza indisponible.

7. Conclusiones

A través del análisis de la problemática habitacional de las personas en situación de vulnerabilidad desde la óptica de los tres poderes del Estado, se puede concluir que

a) El derecho de acceso a la vivienda por parte de la población en situación de vulnerabilidad no se encuentra debidamente garantizado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La respuesta a esto no se otorga de manera general, sino que está condicionada a situaciones de hipervulnerabilidad y a la pertenencia a grupos prioritarios. Esto refleja la falta de una respuesta integral por parte del Estado, que debería garantizar este derecho de forma más amplia y efectiva.

b) La problemática de acceso a la vivienda históricamente ha recibido por parte del Tribunal Superior de Justicia un tratamiento con carácter restrictivo, cristalizándose a partir del precedente *Alba Quintana* (2010). Sin embargo, a partir del fallo *Q* de la CSJN y la sanción de las leyes 3706 y 4036, se ha observado una evolución hacia una mayor protección de este derecho, aunque todavía de forma restringida.

c) La falta de una ley que establezca los lineamientos sobre los cuales debe abordarse la situación habitacional en la Ciudad de Buenos Aires impacta en los otros poderes del Estado local, de modo tal que el Poder Ejecutivo local afirma haber desplegado su accionar de conformidad con el ordenamiento jurídico, y el Poder Judicial avanza sobre competencias que son propias de otros poderes del Estado.

d) Se vislumbra la necesidad de una ley que contemple la situación real de la problemática habitacional de la Ciudad y el derecho de acceso a la vivienda de las personas en situación de vulnerabilidad, con un enfoque multidisciplinario para coadyuvar a solucionar la problemática abordada y contribuir al correcto despliegue de la actuación de los otros poderes del Estado en el ejercicio de sus competencias.

e) Existe una omisión inconstitucional del Poder Legislativo en cuanto a dotar de contenido mínimo el derecho de acceso a la vivienda, especialmente focalizado hacia grupos en situación de vulnerabilidad, en consonancia con lo dispuesto por la Constitución local. Ello es necesario a los fines de superar la dependencia de las políticas asistenciales brindadas por el Poder Ejecutivo.

f) La falta de diseño e implementación de políticas públicas específicas, compe-

tencias concurrentes del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, impacta directamente, agravando la situación del grupo poblacional estudiado. La falta de monitoreo y control adecuado de los programas sociales contribuye a la perpetuación de la vulnerabilidad habitacional. A su vez, se evidencia omisión por parte del Poder Ejecutivo local en cuanto a realizar los relevamientos anuales de personas en situación de vulnerabilidad habitacional de conformidad con lo dispuesto por la Ley 3706.

g) La problemática habitacional del grupo poblacional estudiado está principalmente abordada a través de subsidios habitacionales — políticas públicas asistencia- listas — por parte del Poder Ejecutivo local, las cuales son paliativos transitorios y no contemplan soluciones con carácter de ocupación permanente.

h) La asignación de recursos presupuestarios por parte del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo es escasa en relación con la importancia que debe presentar la problemática abordada. Sin perjuicio de ello, las cuestiones presupuestarias invocadas por el GCBA no fueron debidamente analizadas en ninguno de los precedentes tratados por el TSJ, no obstante ello, en todos los casos analizados se destacó que el Poder Ejecutivo local no acreditó haber destinado el máximo de los recursos disponibles para hacer frente a las obligaciones a su cargo.

i) Las respuestas a las problemáticas habitacionales generan disparidad de soluciones según los sujetos obtengan una respuesta por parte de la Autoridad Administrativa o del Poder Judicial. Los primeros obtienen un subsidio limitado en el tiempo y en cuanto al monto a percibir. Véase que en el caso *Alba Quintana* (2010), una vez finalizado el monto total del subsidio, se le denegó su extensión; en *Q* (2012) y en *K.M.P* (2014), el GCBA les había negado su inclusión en los programas gubernamentales vigentes; y en *Daniel Dolores Maldonado* (2017), la actora había percibido diversos subsidios habitacionales; una vez agotados, se le denegó su extensión. En cambio, quienes judicializan su situación obtienen una solución sin límite de continuidad hasta la superación de su condición de vulnerabilidad en virtud del principio de progresividad y los montos percibidos son actualizados. Véase que en *Waldemar y Juárez* (2016) el TSJ conjuga las prestaciones económicas establecidas por la normativa local y los sujeta a la Canasta Básica Alimentaria, es decir, ajusta los montos de acuerdo al índice creado al efecto.

j) Se vislumbra un cambio de perspectiva de los tribunales respecto a qué poder del Estado debe brindar una respuesta. En *Alba Quintana* (2010), *Q* (2012) y *K.M.P* (2014), las sentencias refieren a obligaciones dirigidas tanto al Poder Legislativo como al Poder Ejecutivo. A partir de *Sánchez de Bustamante* (2015) se produce un cambio de perspectiva desde el Poder Legislativo hacia el Poder Ejecutivo, considerando que la solución debe provenir de este último.

k) Por su parte, la Sala I y la Sala III de la Cámara CAyT en *Daniel Dolores* (2018), *Vera Espínola* (2023) y *Arando* (2024) han señalado que la solución a la problemática habitacional debe provenir por parte del Poder Ejecutivo local. Con base en ello, en

Arando se le ordenó al GCBA delinear un programa de acceso a los planes habitacionales para un grupo en situación de vulnerabilidad determinado. Esta decisión implica una interferencia en competencias propias de otros poderes del Estado, al establecer lineamientos de políticas públicas que deberían ser definidas por las autoridades competentes.

Bibliografía

- Balbín, C. F. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo* (2ª ed., Tomo 1).
- Bidart Campos, G. J. (1996). *Manual de la Constitución Reformada* (1ª ed., Tomo II). Ediar.
- Corti, H. (2017). Las restricciones presupuestarias en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 7(1), 144-173. https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/2390
- Corti, H. G. (2010). Ley de Presupuesto y Derechos Fundamentales: Los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero. *El derecho constitucional presupuestario en el derecho comparado, Tomo I*, 637-690.
- Ferrer, F. (2018). Tensiones entre el Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos y el de regulación local. El caso del derecho a la vivienda en la jurisprudencia del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. *La Ley*, AR/DOC/2711/2018.
- Gelli, M. A. (2011). *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada* (4ª ed. Amp., Tomo 1). La Ley.
- Gil Domínguez, A. (2016). La constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1996-2016): Veinte años de derechos, garantías y políticas especiales. En Basterra, M. I. (Dir.), *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Edición comentada* (1ª ed., pp. 61-78). Jusbaire.
- Holmes, S. y Sustain Cass, R. (2011). *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos* (1ª ed.). Siglo XXI.
- Ivanega, M. (s.f.). Derechos Sociales y Presupuesto Público. *La Ley*.
- Ivanega, M. (2010). Diseño y determinación de las políticas públicas: su control judicial. En Bianchi, A. B., Andreucci, C. A., Altamira Gigena, J. I. y Albertsen, J., *Cuestiones de control de la Administración pública, Administrativo, legislativo y judicial. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho* (1ª ed., pp. 739-750). Ediciones RAP.
- Ivanega, M. (2019). *Reflexiones acerca del presupuesto y la transparencia pública*. Ministerio Público, Provincia de Buenos Aires. https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/REFLEXIONES_ACERCA_DEL_PRESUPUESTO_Y_LA_TRANSPARENCIA.pdf
- Lafosse, L. (2022). Prevención del daño y Responsabilidad Patrimonial del Estado. En Stortoni, G. y Sammartino, P. (Coords.), *Potestades administrativas y Garantías en el Estado Constitucional contemporáneo* (pp. 267-319). Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado, Procuración del Tesoro de la Nación. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2023/11/libro_ecae_potestades_administrativas-final.pdf
- Mairal, Héctor A. (1984). *Control judicial de la Administración Pública* (Tomo II). De Palma.

- Martínez, L. A. (2016). El derecho a una vivienda digna. En Basterra, M. I. (Dir.), *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Edición comentada* (1ª ed., pp. 356-366). Jusbaire.
- Pautassi, L. y Royo, L. (2014). Vulnerabilidades múltiples, sentencias recurrentes y acceso a la vivienda en espera. *La Ley*, AP/DOC/107/2014.
- Perícola, M. A. (2016). *Compilación - Diario de Sesiones Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996* (1ª ed., Tomo 3). Jusbaire.
- Real Academia Española. (s.f.). Voz “superar”. *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/superar>
- Sagüés, N. P. (1992). Inconstitucionalidad por omisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial. *IUS ET VERITAS*, 3(5), 39-48. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15356>
- Sagüés, S. (2022). El fallo “Ekmekdjian c/ Sofovich” como la génesis del control de inconstitucionalidad por omisión del Poder Legislativo en Argentina. *El Derecho*, (15333). <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/17482>
- Sammartino, P. M. E. (2005). Crónicas y comentarios de jurisprudencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Amparo frente a las omisiones inconstitucionales de las autoridades públicas (Breves reflexiones sobre la sentencia del TSJ dictada en el caso “Usabel”). *El Derecho*, ED-DCCLXVIII-98
- Sammartino, P. M. E. (2012). *Amparo y Administración en el Estado Constitucional Social de Derecho* (1ª ed., Tomo 1). Abeledo Perrot.
- Sammartino, P. M. E. (2015). *Proceso administrativo en el Estado constitucional social de derecho. Apuntes iniciales, Aportes para la sistematización de la normativa contencioso administrativa federal*. Infojus.
- Sammartino, P. M. E. (2016). Tutela urgente e interés público” Nota a fallo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo contencioso administrativo federal, sala 2, 29/11/2005.- Estado Nacional v. Ansaldo Energía SPA/ Ansaldo GIE. Jurisprudencia Argentina, (1918-2016, 1-2016-III).

Legislación citada

- Carta de la Organización de los Estados Americanos.
- Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Constitución Nacional.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Convención Universal sobre los Derechos Humanos.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Decreto 690/06 Programa Atención para Familias en Situación de Calle.
- Decreto 960/2008 Subsidios a familias en Situación de Calle.
- Ley 1251 de Creación del IVC, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Ley 1408 de Declaración de Emergencia Habitacional, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Ley 3706 de Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo a la Situación de Calle, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Ley 4036 de Protección integral de los Derechos Sociales para los ciudadanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Ley 4042 de Prioridad de Niños, Niñas y Adolescentes en las Políticas Públicas de Vivienda, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Ley 6137 de Plan de Vivienda Asequible, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fallos 318:2002.

Fallos 328:1146.

Fallos 336:672.

Fallos 335:452.

Fallos S.682. XLVIII.

Fallos 345:1481.

Fallos 323:3229.

Fallos 323:1339.

Fallos 329:3089.

Fallos 330:4866.

Fallos 344:3011.

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad De Buenos Aires

Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido. Expte. N° 6754/09, sentencia del 12/05/2010.

GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Pio Waldemar Jonathan c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA). Expte. N° 13095/16, sentencia del 09/11/2016.

GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Sánchez de Bustamante, Marcela Noemí c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA). Expte. N° 11023/14, sentencia del 08/04/2015.

GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/ GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA). Expte. N° 9205/12, sentencia del 21/03/2014.

Ministerio Público – Asesoría General de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad. Expte N° 6153/08, sentencia del 12/05/2010.

Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires

Sala I

Vera Espínola, Elizabeth c/ GCBA S/amparo - Habitacionales, Expte. N° 33831, Sentencia de fecha 12/04/2023.

Sala III

Maldonado Daniel Dolores c/GCBA y otros s/amparo, Expte. N° 758.454/2016 Sentencia del 07/09/2018.

Arando, Luz Jazmín y Otros c/ GCBA s/ Amparo - Habitacionales y otros Subsidios, Expte. N° 36423/2018, Sentencia del 01/02/2024.

Juzgado de Primera Instancia

Maldonado Daniel Dolores c/GCBA y otros s/amparo, Expte. N° 758.454/2016, Juzgado N° 6, Secretaría N° 11, Sentencia de fecha 07/09/2017.

Roles de autoría y conflicto de intereses

La autora manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.

ANEXO I

Cuadro de situación del análisis jurisprudencial

AÑO	FALLO	TRIBUNAL	DOCTRINA	PODER DEL ESTADO QUE DEBE BRINDAR SOLUCIÓN
2010	ALBA QUINTANA	TSJ	Las obligaciones de los Estados deben ser cumplidas por todos los medios apropiados y principalmente mediante medidas legislativas, lo que no significa que la Administración no deba contruir a su cumplimiento.	PODER LEGISLATIVO Y EJECUTIVO
			La Ciudad no está obligada a proporcionar vivienda a cualquier habitante. Su obligación se concreta en fijar Programas y condiciones de acceso a la vivienda.	
			Es incumbencia del Poder Legislativo establecer cuales son los recursos disponibles.	
			Los subsidios no son los únicos medios de cumplir con la manda constitucional y pueden ser tanto totales como parciales.	
			El parador estatal destinado a brindar abrigo aparece como la expresión mínima del derecho a la vivienda. Una manifestación de ese derecho, que por austera, no debe dejar de reunir condiciones indispensables de dignidad.	
2012	Q	CSJN	Los derechos contenidos en la Constitución son normas operativas con vocación de efectividad.	PODER LEGISLATIVO Y EJECUTIVO
			La operatividad derivada de los derechos contenidos en la Constitución Nacional, requieren de la implementación de una Ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo.	
2014	KMP	TSJ	Las Leyes 3706 y 4036 no reglamentan el derecho de acceso a la vivienda, dado que en ellas no está previsto un mecanismo para resolver la situación habitacional de las personas en situación de calle o en riesgo de estarlo con criterios de carácter permanente.	PODER LEGISLATIVO Y PODER EJECUTIVO
			Se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno (...) por lo que el Legislador ha entendido que los paradores nocturnos no constituyen un modo suficiente de atender el derecho a la vivienda. (Modifica criterio sostenido en "Alba Quintana")	
			Las Leyes sancionadas por la Legislatura porteña no dan por concluida la tarea del Legislador en lo que respecta a las políticas públicas en materia habitacional destinadas a lograr, en lo que aquí importa, una solución progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos	
			Al día de la fecha no existe una Ley que, cumpliendo con la manda del art. 31 de la CCABA, hubiera reglamentado el derecho a la vivienda en términos tales que se pueda conocer, con toda precisión, cuáles son las políticas públicas en materia habitacional destinadas a lograr (...) una solución (...) progresiva del déficit habitacional	
2015	SANCHEZ DE BUSTAMANTE	TSJ	Las soluciones para atender el derecho a la vivienda pueden ser diversas y, dependerán del ejercicio de funciones administrativas las que no han sido ejercidas, más alla de los Programas de Subsidios habitacionales implementados por el Poder Ejecutivo para brindar un paliativo transitorio a la urgente necesidad habitacional	PODER EJECUTIVO
			La solución para atender el mencionado derecho depende del ejercicio de funciones administrativas, las que no han sido ejercidas en el caso, corresponde condenar al GCBA a que presente una propuesta para atender el derecho a la vivienda de la parte actora (cfr. el inciso 3 del art. 25 de la Ley N°4036)	
2016	WALDEMAR Y JUAREZ	TSJ	La declaración de inconstitucionalidad es una medida excepcional, de extrema gravedad institucional y la última ratio del ordenamiento jurídico, los jueces de la Cámara CAyT pudieron haber decidido no avanzar con la declaración de inconstitucionalidad sobreviniendo por la erosión del poder adquisitivo de los importes consignados en el Decreto N°239/2013, y valerse de una propuesta hermenéutica sistemática enderezada a poner en valor el régimen de asistencia a los sectores más vulnerables y sin techo.	

Derecho Administrativo en el Estado Constitucional

N° 1 (abril de 2026): 229-295

AÑO	FALLO	TRIBUNAL	DOCTRINA	PODER DEL ESTADO QUE DEBE BRINDAR SOLUCIÓN
2018	DANIEL DOLORES MALDONADO	SALA III CCAyT	<p>Los artículos 17 y 18 en términos generales, remarcan el deber del Estado local de desarrollar políticas públicas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos dirigidos prioritariamente a los sectores vulnerables. El juego armónico de estas cláusulas ha sido interpretado por la CSJN en el Considerando 10 y 11 del Voto de la mayoría en el, ya citado, precedente "Q.C.S". Allí la Corte recoge que los derechos sociales no son meras declaraciones, sino normas operativas con vocación de efectividad con cita de la Observación General N°4 del Comité DESC.</p> <p>Al administrar justicia la Jueza no debe soslayar la voluntad legislativa y, aunque no es menor cierto que debería existir una verdadera política pública en materia de vivienda que permitiese dar soluciones integrales a las personas en situación de vulnerabilidad, no está en discusión que al GCBA corresponde el rol de garante de la satisfacción de los derechos de los grupos desaventajados. Pues bien, "ser garante no implica relevar al sujeto en sus decisiones y actuaciones, sino aportar los medios para que se pueda decidir y actuar del mejor modo posible, desenvolver sus potencialidades y cumplir su destino. Se garantiza el goce y ejercicio del derecho y la libertad, a través de abstenciones y prestaciones" (Corte IDH, "Ximenes Lopes vs. Brasil").</p>	PODER EJECUTIVO
2023	VERA ESPINOLA	SALA I CCAyT	<p>La Constitución puede ser vulnerada por acción, como por omisión y ello ocurre cuando los poderes públicos se abstienen de actuar, pese a que existe una expresa previsión constitucional dirigida a que lo hagan.</p> <p>La igualdad de oportunidades se reduce a una abstracción si no garantiza a las personas ciertas condiciones mínimas, entre ellas, la vivienda digna, la salud y la alimentación adecuada.</p> <p>El incumplimiento del GCBA en cuanto respecta a las obligaciones de monitoreo y control de los Programas Sociales es un factor (aunque, naturalmente, no el único) que coadyuva a explicar por qué los programas sociales que lleva adelante la Ciudad no han dado una respuesta adecuada al grupo vulnerable, obligándolo a litigar en defensa de un derecho fundamental.</p>	PODER EJECUTIVO
2024	ARANDO	SALA III CCAyT	<p>La gran cantidad de reclamos en materia de vivienda que requieren la intervención judicial sólo refleja la crisis habitacional que se proyecta sobre el colectivo de personas en situación de vulnerabilidad y la insuficiencia del sistema de ayudas estatales para abordarla.</p> <p>El Poder Ejecutivo –más allá de contar con iniciativa legislativa– tiene a su cargo la administración de la Ciudad y la planificación general de la gestión; dirige la administración pública y procura su mayor eficacia y los mejores resultados en la inversión de los recursos; formula y dirige las políticas públicas, ejecuta las leyes y dispone las medidas necesarias para el cumplimiento de las normas de orden público (cf. artículos 102, 104.2 y 105.6). De hecho, muchos programas habitacionales en la Ciudad han sido implementados por decreto del Poder Ejecutivo (Dictamen Fiscal N°1016/2023)</p>	PODER EJECUTIVO

ANEXO II

Datos presupuestarios

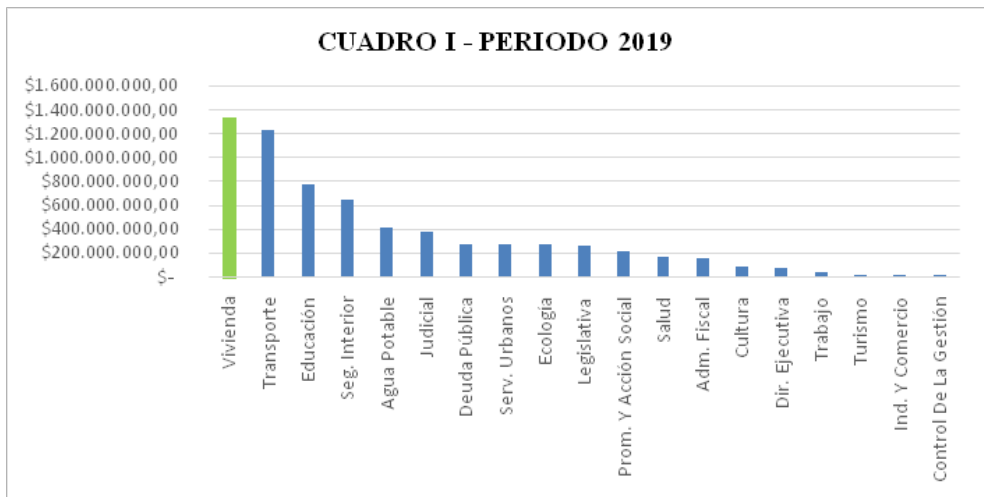
Saldos no utilizados correspondientes ejercicios presupuestarios 2019-2023

Para mejor ilustración de lo expuesto en el Capítulo III, decidimos incluir los cuadros de confección propia, que clarifican los Saldos No Ejecutados de Partidas Presupuestarias de los años 2019-2023.

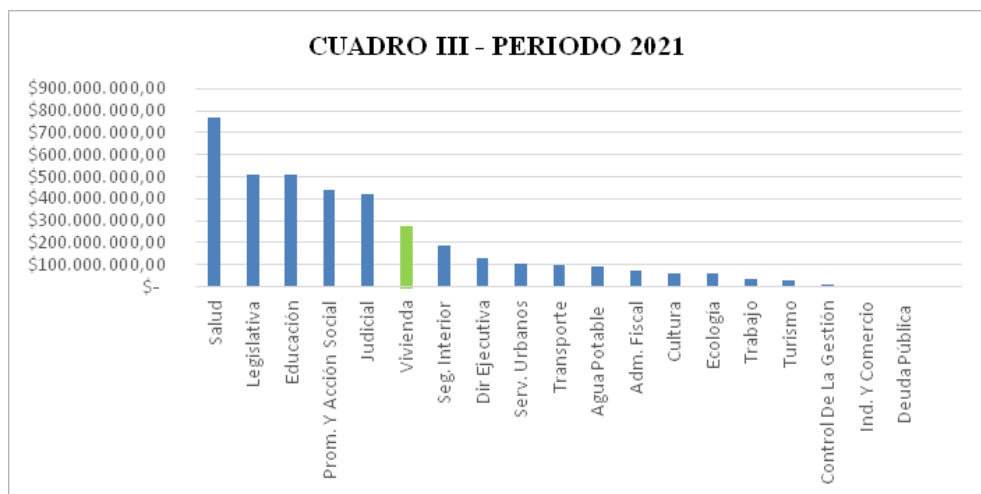
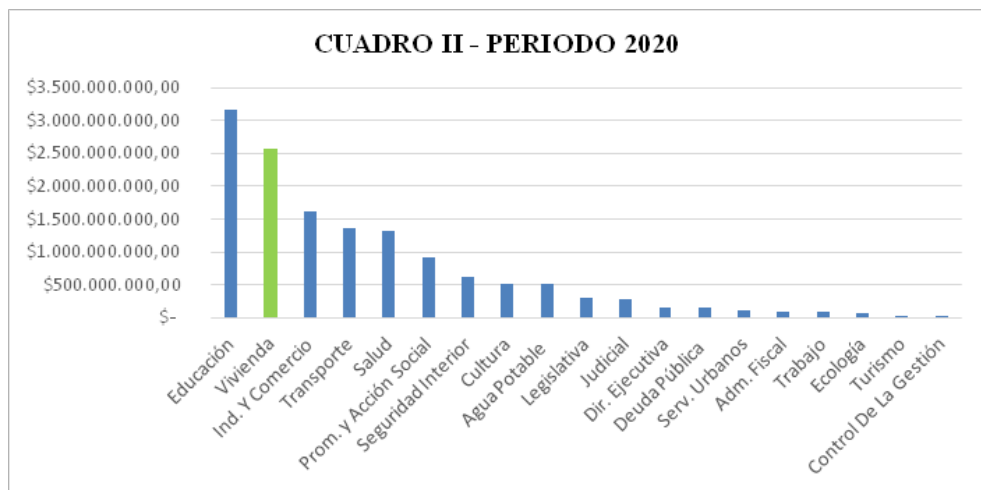
Para su elaboración se tomaron los datos proporcionados por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los Datasets del Ministerio de Hacienda y Finanzas, encontrándose la misma disponible en las páginas oficiales dado que se trata de información pública.¹

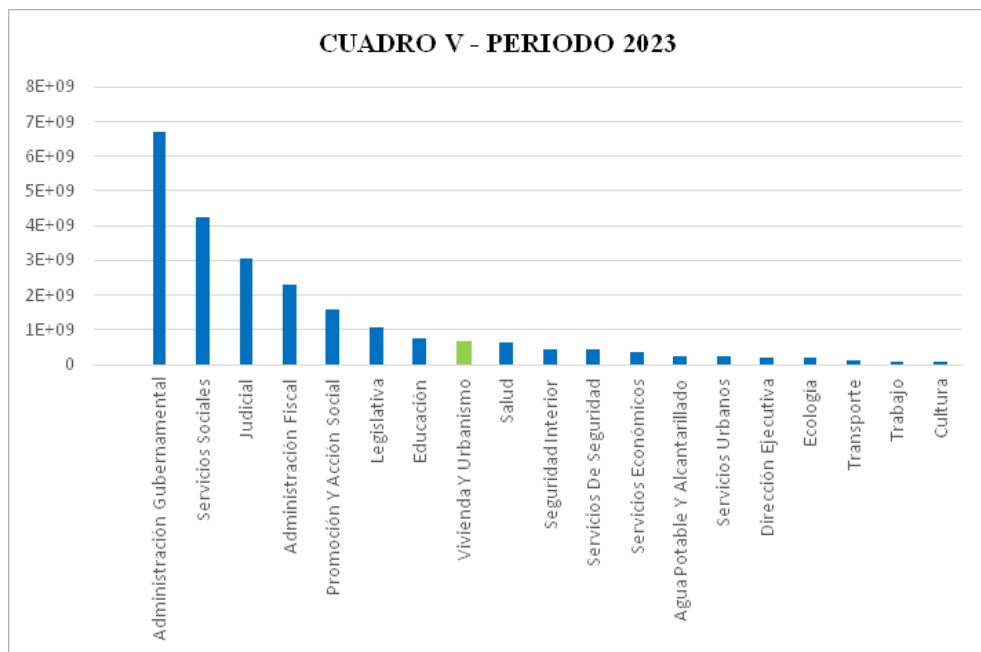
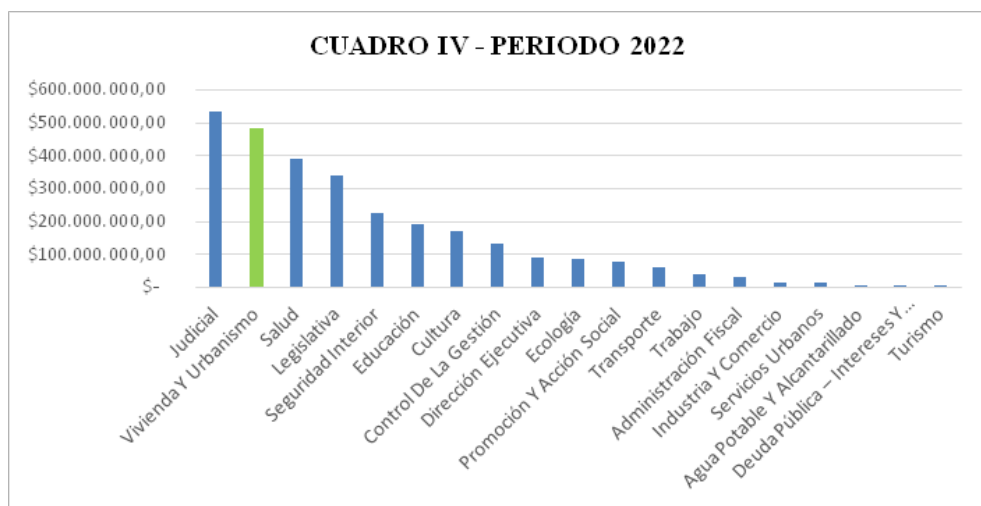
De las planillas obtenidas, se procedió a efectuar la clasificación según las áreas a las que correspondían cada uno de los saldos, lo que arrojó los números que a su vez fueron ordenados en orden decreciente a los efectos de poder individualizar aquellas áreas donde hubo mayor cantidad de saldos remanentes, es decir, aquellas áreas donde se presentaron mayor cantidad de Partidas No Ejecutadas.

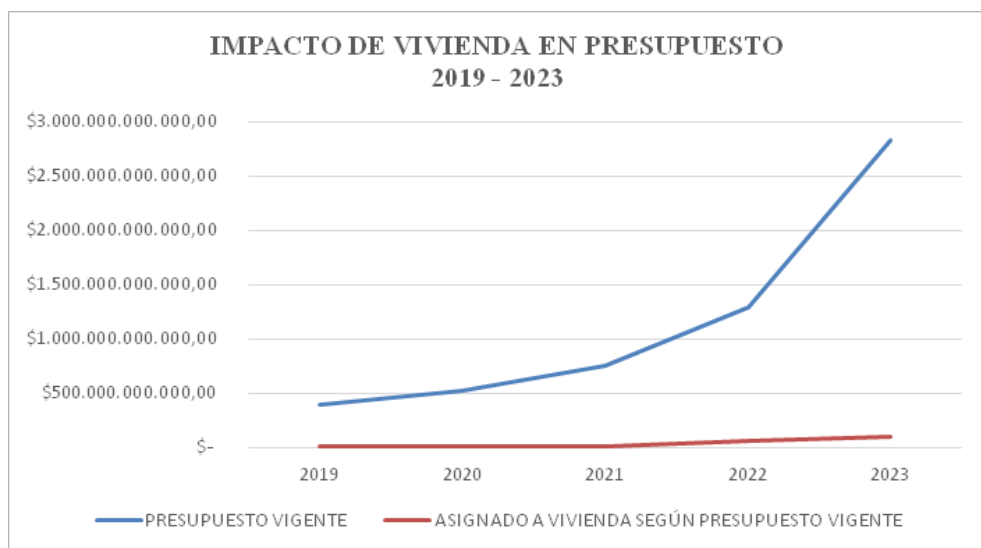
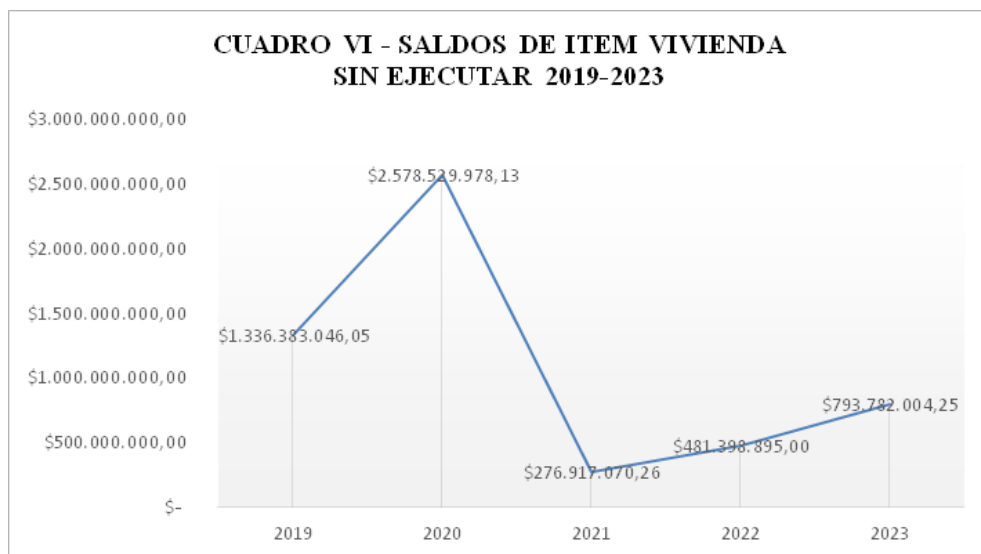
ÁREA CON SALDOS SIN EJECUTAR

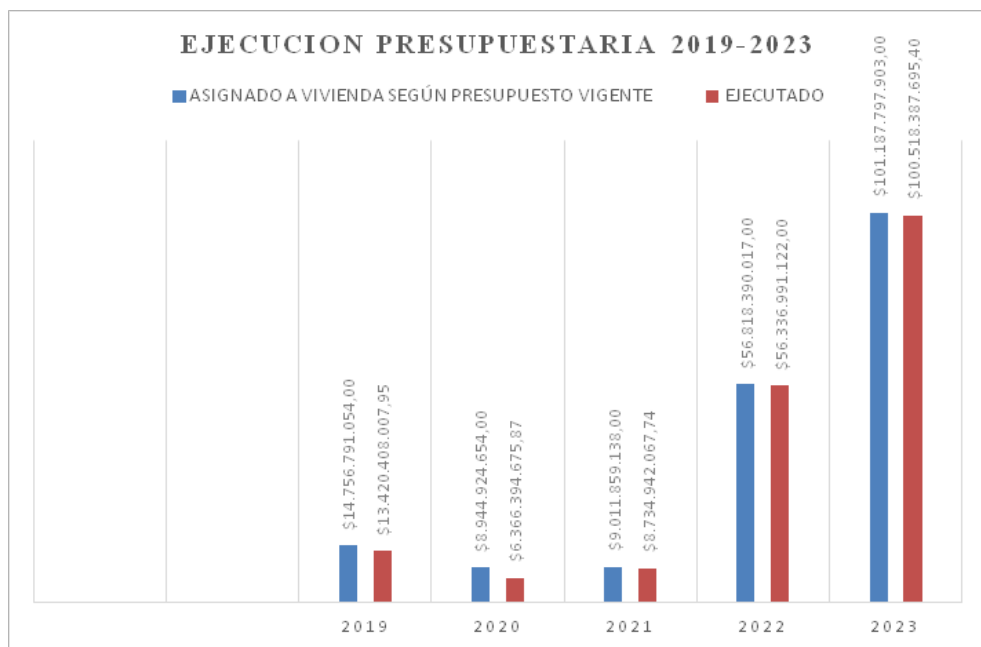


1 Ver <https://buenosaires.gob.ar/haciendayfinanzas/contaduria/informacion-contable/ejecuciones-presupuestarias>









ANEXO III

Otras consideraciones de interés respecto a la vivienda en la Ciudad

A los fines de contar con mayor información para la confección del presente trabajo, se requirió mediante una Solicitud de Acceso a la Información —Ley 104—² al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires informe sobre:

a) La cantidad de subsidios habitacionales solicitados en el periodo 2019 – 2023, la respuesta brindada fue “no se dispone de registros informatizados. En el año 2023 se registró un ingreso aproximado de 3490 solicitudes”.

b) Informe la cantidad de subsidios habitacionales otorgados en el mismo periodo temporal, la respuesta fue: “Año 2019: 11.361; Año 2020: 18.176; Año 2021: 24.868; Año 2022: 11.881; Año 2023: 10.867”.

c) Cantidad de subsidios habitacionales rechazados / no otorgados por la Autoridad Administrativa, motivos de rechazo y cuantos fueron otorgados por orden del Poder Judicial. A ello el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires informó que “no resulta posible indicar la cantidad de beneficiarios rechazados, toda vez que no se encuentra informatizado”. En cuanto respecta a los subsidios habitacionales otorgados mediante orden judicial, informa: “Año 2019: 4169 amparos; Año 2020: 4525 amparos; Año 2021: 4372 amparos; Año 2022: 4851 amparos y Año 2023: 4516 amparos”.

d) Informe respecto a la cantidad de créditos Ley 341 que se hubieren otorgados en el periodo 2019-2023, a ello informó: “En nuestra institución, definimos como “créditos hipotecarios otorgados” a todas aquellas solicitudes que han culminado exitosamente el proceso de escrituración. Esto significa que el número de créditos otorgados es igual al número de créditos que han llegado a la etapa de escrituración cada año (...) Se informa en el siguiente cuadro el total de créditos hipotecarios otorgados por demanda general, entendiendo como “crédito otorgado” toda aquella solicitud de crédito que ha concluido su procedimiento con escritura traslativa de dominio.” Para el año 2019 los créditos otorgados fueron treinta y siete (37), para el año 2020 seis (6); mientras que para el año 2021 a 2023 el número informado es cero (0).

2 La solicitud tramitó mediante el EX-2024-06265056-GCABA-DGSOCAI S/ RESPUESTA LEY 104 y la respuesta está contenida en el IF-2024-08849690-GCABA-DGAI con fecha 27-02-2024 y en el IF-2024-08593572-GCABA-IVC de fecha 26-02-2024.

Recensiones

Amparo y Administración. Amparo frente a actos y omisiones de la administración

De Patricio Marcelo E. Sammartino

Buenos Aires, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 2025,

segunda edición actualizada y ampliada, Tomo I: 718 páginas, Tomo II: 719 páginas.

Santiago Lauhirat¹

Universidad de Buenos Aires. Universidad Austral

Sumario

1. Introducción
2. Primera parte
3. Segunda parte
4. Tercera parte
5. Cuarta parte
6. Quinta parte
7. Sexta parte
8. Conclusión

<https://doi.org/10.26422/daec.2026.0100.lau>

1. Introducción

La reciente aparición de la segunda edición actualizada y ampliada de *Amparo y Administración. Amparo frente a actos y omisiones de la Administración*, publicada por Abeledo Perrot-Thomson Reuters, constituye, sin lugar a duda, el acontecimiento editorial más significativo para la doctrina del derecho administrativo argentino de los últimos años. Esta obra no solo se impone por la exhaustividad y profundidad técnica con la que el profesor Sammartino examina el derecho del amparo, sino

1 Abogado (Universidad de Buenos Aires). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral). lauhirat@gmail.com

fundamentalmente por su coraje intelectual al trascender los enfoques clásicos del amparo —constitucionales, procesales y procesal-constitucionales— que han predominado en el ámbito académico. El autor supera estas visiones tradicionales que omiten considerar al amparo como una pieza ínsita e ineludible de la tutela judicial efectiva, cuya función primordial es contribuir a la adecuada e inmediata armonización de las potestades públicas con los derechos humanos (Tomo I, p. 66).

Lo que verdaderamente dota de originalidad a esta propuesta científica es la visión transformadora que el autor proyecta sobre el derecho de la función administrativa a partir de la denominada *triada basal material* que define al derecho Administrativo en el actual Estado constitucional: la dignidad de la persona humana, los derechos fundamentales que le son inherentes y el principio *pro persona* (Tomo I, p. 90); y sus ineludibles corolarios: el *principio de interdicción de la insensibilidad* frente a cualquier situación de vulnerabilidad que menoscabe o agrave la dignidad conatural de la persona humana (Tomo I, p. 226) y el derecho a una *tutela sustancial efectiva* que tiene en su piso “el deber de asegurar el mínimo existencial, mínimo indispensable, el mínimo vital que le corresponde a toda persona humana por el solo hecho de serlo” (Tomo I, p. 227).

En las páginas subsiguientes, se ofrecerá un sucinto comentario sobre cada una de las partes, capítulos y subcapítulos que estructuran los dos tomos de esta obra inabarcable. Este recorrido pretende reflejar las tesis centrales del autor, no solo respecto de la fisonomía actual del derecho del amparo, sino también en relación con su visión integradora del derecho administrativo, atravesado por los principios y valores del Estado constitucional social y democrático de derecho que, en definitiva, decantan en el entendimiento de esta rama del derecho como “derecho constitucional y convencional en continuo y concreto desarrollo” (Tomo I, p. 90).

2. Primera parte

En el Capítulo I, el profesor Sammartino examina las transformaciones fundamentales del amparo, recorriendo el arco histórico que va desde el precedente *Siri* y la reforma constitucional de 1994 hasta la reciente modificación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA) por la Ley 27742. Bajo su óptica, la “mutación evolutiva” de esta garantía —plasmada en los dos primeros párrafos del art. 43 de la Constitución Nacional— es el resultado del desarrollo progresivo de una cultura jurídica centrada en la dignidad humana. Este proceso, iniciado el 10 de diciembre de 1983, se vincula directamente con la búsqueda de la efectividad real de los derechos humanos y de las garantías diseñadas para su protección (Tomo I, p. 7).

Merece especial mención el riguroso análisis sobre la incorporación del amparo en el Título IV de la LNPA reformada. Al respecto, el autor explica que las modi-

ficaciones introducidas por la Ley 27742 plantean interrogantes que atraviesan el derecho procesal constitucional, el procesal administrativo y el derecho administrativo. Desde una perspectiva procedimental, Sammartino precisa las consecuencias de interponer una demanda de amparo contra actos de alcance particular o general, evaluando la congruencia de los arts. 23 (inc. b, ap. ii) y 24 (inc. a, ap. i) de la LNPA con el art. 43 de la Constitución Nacional. En el plano material, destaca cómo la nueva redacción integra al amparo como una garantía propia del derecho administrativo —variable de la tutela judicial efectiva—, dejando de ser un objeto exclusivo del derecho procesal constitucional. Según el autor, la introducción del amparo en la LNPA es una manifestación positiva del principio de que “toda interferencia injustificada de los poderes públicos sobre la sustancia o contenido esencial de un derecho fundamental de la persona humana debe cesar inmediatamente” (Tomo I, p. 21); principio que rige tanto en sede judicial como administrativa bajo la órbita, en este último supuesto, del principio fundamental de “buena administración” ínsito en la garantía de la tutela administrativa efectiva (Tomo I, p. 22). Así, de cara a las recientes modificaciones legislativas introducidas en la LNPA, Sammartino realza el rol decisivo del amparo frente a transformaciones socioeconómicas que aspiran a un Estado mínimo o ultramínimo, definiéndolo como la herramienta para “... garantizar la concreta efectividad de los derechos fundamentales reconocidos en el bloque de constitucionalidad y, de ese modo, fortalecer la *fuerza normativa* de la Constitución Nacional *convencionalizada*” (Tomo I, p. 19).

En el capítulo II, el autor aborda los problemas del amparo en la actualidad. Entre los problemas generales, destaca cuestiones relativas a su esencia jurídica, el alcance de la protección, el área de revisión y el control de constitucionalidad. Asimismo, analiza su relación con otros cauces judiciales de tutela, el amparo colectivo, los procesos urgentes y la tensión entre el régimen de la Ley de *facto* 16986 frente al marco constitucional del art. 43 y la reforma de la LNPA (arts. 23 y 24) (Tomo I, pp. 25-27). En cuanto a los problemas particulares, examina el alcance del amparo administrativo y el de las locuciones “acto”, “omisión” y “autoridad pública”, además del ejercicio de la discrecionalidad administrativa, los derechos de origen administrativo (derivados de actos y contratos administrativos) y la vinculación con la vía administrativa (Tomo I, pp. 28-29). Sobre esta base, el autor define la unidad de estudio de la obra: el *amparo administrativo* como “especie de amparo utilizada frente a los órganos, entes y personas jurídicas que ejercen la función administrativa” (Tomo I, p. 30), y su objetivo: realizar un “estudio sistemático de los criterios rectores que fluyen de la Constitución Nacional y que rigen el cuándo y el cómo del amparo frente a las autoridades públicas” (p. 30).

En el capítulo III, Sammartino analiza el panorama del amparo en América Latina desde su dimensión normativa, partiendo de la premisa de que su protección no es unívoca en las legislaciones iberoamericanas (Tomo I, p. 31). En primer lugar,

aborda el amparo en los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, que lo reconocen expresamente como “garantía fundamental de los derechos esenciales de la persona humana” (p. 31). Tras examinar los textos y la jurisprudencia de la Corte IDH (Tomo I, p. 34) en contraste con el art. 43 de la Constitución Nacional, el autor postula la existencia de un “amparo interamericano”, que, desde una perspectiva sustantiva, descansa en el art. 25 de la CADH y constituye un “piso material común en cuanto al alcance de la protección de la garantía amparista en favor de las personas que habitan en los países signatarios de la Convención” (Tomo I, p. 38). Finalmente, con espíritu de *ius commune* latinoamericano, describe la regulación del amparo en las Constituciones de México, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

La noción y naturaleza jurídica del amparo se aborda en el Capítulo IV. Luego de repasar las distintas posiciones asumidas en la doctrina argentina contemporánea, Sammartino define al amparo, además de garantía fundamental o remedio, a partir de un triple significado: acción, pretensión y proceso (Tomo I, p. 58). El amparo como acción —asociado con el “Toda persona...” del art. 43 de la Constitución Nacional— apunta al derecho constitucional reconocido de manera expresa consistente en “... un poder o facultad jurídica que tiene toda persona de acudir ante los tribunales judiciales para reclamar la protección inmediata de derechos constitucionales distintos de la libertad personal” (Tomo I, p. 60). Por su parte, el amparo como pretensión —vinculado con el “... siempre que no exista otro medio judicial más idóneo...” del mencionado art. 43— alude a la “declaración de voluntad petitoria mediante el cual se reclama la protección urgente de derechos fundamentales ante el juez y frente a las autoridades públicas o particulares” (Tomo I, p. 61). Finalmente, el amparo como proceso —acción “... *rápida y expedita*” de la cláusula constitucional— refiere a la “... secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente con el objeto de resolver jurídicamente el conflicto constitucional que por este conducto se plantea” (p. 61).

En el capítulo V, el profesor Sammartino precisa conceptualmente el “amparo administrativo” como un

proceso judicial de amparo que tiene por objeto satisfacer una pretensión de protección urgente de los derechos fundamentales (de defensa, participación y protección) frente a todo acto u omisión de los órganos estatales que desarrollan la función administrativa y de los entes y personas jurídicas a las que se le delegó su ejercicio. (Tomo I, p. 65)

Dado que la proyección de este instituto depende del alcance asignado a la función administrativa (Tomo I, p. 66), el autor realiza un análisis pormenorizado de di-

cho concepto basado en la doctrina autoral y la jurisprudencia de la CSJN y del fuero contencioso administrativo federal, así como en la LNPA reformada. Sobre esa base, Sammartino se inclina por un criterio mixto para definir la función administrativa en tanto presenta un sistema completo y práctico que confiere unidad de régimen jurídico a sus productos independientemente del órgano emisor, pero que incorpora la gravitación de los principios del Estado Constitucional (Tomo I, p. 73). Bajo esta óptica, el interés público —“savia que recorre la función administrativa”— tiene como fin primordial “... proteger de manera primaria la dignidad de las personas y de los derechos fundamentales que le son inherentes” (Tomo I, p. 75).

Precisados los conceptos de amparo y función administrativa, el autor desarrolla los caracteres esenciales del amparo administrativo como un “proceso constitucional-administrativo urgente de protección y control” (Tomo I, p. 82). Según el autor, su condición de proceso “constitucional-administrativo” le otorga sustantividad propia frente al amparo genérico y al proceso contencioso administrativo (Tomo I, p. 94). Por su parte, la urgencia guarda relación directa con la envergadura de los bienes jurídicos tutelados: “[L]os derechos esenciales de las personas frente a toda actividad y omisión sometida al régimen administrativa” (p. 94), lo cual exige “... una respuesta jurisdiccional directa e inmediata, sin valladares formales, a situaciones que ponen en juego la esfera inviolable de los derechos fundamentales reconocidos en el bloque de constitucionalidad” (Tomo I, p. 97). Finalmente, destaca al amparo como una técnica de control de juridicidad que “... contribuye a la purificación del ordenamiento normativo, en tanto elimina hacia el porvenir los efectos de las actuaciones que [...] obstaculizan el buen desarrollo de la función administrativa” (Tomo I, p. 99).

El capítulo VI versa sobre los principios del amparo administrativo y su eficacia práctica. El autor destaca la triple función de los principios —fundamentadora de normas de menor jerarquía, interpretativa e integradora (Tomo I, p. 103)— y enfatiza que el amparo no prescinde de los principios procesales generales como, por ejemplo, la contradicción, bilateralidad, igualdad, preclusión y eventualidad, entre otros) (Tomo I, p. 111). No obstante, subraya que este proceso posee principios específicos de raigambre constitucional que prevalecen sobre cualquier otro y que la doctrina especializada ha desatendido, a saber: la plenitud revisora, la integridad restitutiva, la tutela cautelar efectiva, la subsidiariedad, la accesibilidad inmediata, la celeridad y la autonomía (Tomo I, pp. 108-109). Resulta original el enfoque integrador que propone el autor, quien aborda la complejidad de estas cuestiones a través de la interrelación actuación-derecho-proceso: la pedagógicamente denominada “tríada amparista” (Tomo I, p. 108) en virtud de la cual el amparo constituye, en términos de Guasp, un “instituto de conexión” entre el orden jurídico material y el estrictamente procesal (1968, como se citó en Sammartino, 2025, Tomo I, p. 106), en donde éste último no puede ser neutral o indiferente a las distintas situaciones de derecho sustancial (Tomo I, p. 107).

3. Segunda parte

En la segunda parte de la obra se aborda la dimensión horizontal y vertical del control de la actividad administrativa. En el capítulo VII, el profesor Sammartino examina la justiciabilidad plena de las acciones y omisiones estatales en el marco del amparo, propugnando una extensión del área de revisión de las actuaciones sujetas a dicha jurisdicción constitucional (Tomo I, p. 141). Bajo esta premisa, el autor sostiene que la locución “acto” del art. 43 de la Constitución Nacional debe interpretarse en clave procesal constitucional, es decir, como “toda actuación positiva de autoridades públicas que interfiera directa e inmediatamente sobre los derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad” (Tomo I, p. 140). Esta exégesis permite incluir en la protección amparista los actos administrativos (incluyendo los de elaboración automática, tácitos e implícitos), los hechos administrativos, el silencio positivo, las vías de hecho y las leyes o reglamentos autoaplicativos (Tomo I, pp. 118-127). Por el contrario, quedarían excluidos de este alcance los proyectos de normas o actos, los actos preparatorios e interorgánicos, la declaración de lesividad, los actos *ad referendum* y las leyes locales supeditadas a procesos de doble lectura sin resolución aprobatoria (Tomo I, pp. 127-137). Asimismo, el autor incorpora las omisiones ilegítimas, entendidas como el incumplimiento de deberes específicos de actuación (Tomo I, p. 51), siempre que dicha inobservancia constituya una fuente generadora de lesiones graves a derechos esenciales (Tomo I, p. 153). Finalmente, se postula que el ámbito de revisión se extiende al control de constitucionalidad en sus cuatro variantes: indirecto (reparador y preventivo) y directo (correctivo/reparador y preventivo) (Tomo I, p. 154).

A propósito del tratamiento del requisito ineludible de la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta (Tomo I, p. 155), el autor aborda el principio de juridicidad del obrar estatal. Es destacable la tesis capital del profesor Sammartino sobre la existencia de una “crisis estructural de juridicidad” caracterizada por el hecho de que el bloque de juridicidad del que se nutre actualmente la Administración Pública es producto de la “coexistencia de modelos de derecho público, adscritos a matrices constitucionales que responden a opciones valorativas diferentes e, incluso, antagónicas” (Tomo I, p. 161). El autor identifica un primer modelo, gestado en períodos de quiebre institucional, caracterizado por la hipertrofia de la prerrogativa pública y el desinterés por la democracia formal y sustancial. Por el contrario, el segundo y tercer modelo surgen en democracia: mientras que el Estado formal de derecho se limita a la dimensión competencial-procedimental (donde lo sustancial se reduce a la forma), el Estado constitucional social y democrático de derecho integra ambas dimensiones. Para Sammartino, esta cohabitación

... hace prevalecer un régimen de prerrogativas y garantías construido extramuros del Estado de Derecho o inculcablemente penetrado por los intereses de los

sectores satisfechos que enervan la concreta operatividad de los vínculos jurídicos fundamentales a los que se encuentra sometida la función administrativa en el Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho. (Tomo I, p. 163)

Esta crisis se proyecta incluso en la reciente reforma de la LNPA, al omitirse "... toda regulación procedimental específica tendente a garantizar, en tiempo oportuno, la protección de los derechos fundamentales indisponibles, inherentes a la dignidad de la persona humana" y al mostrarse indiferente "... hacia la naturaleza de los derechos que ponen en juego la relación ius administrativa, a contramano de lo establecido por los arts. 75 inc. 19, 22 y 23 de la Constitución Nacional" (Tomo I, p. 163). Ante este escenario, el autor considera imperioso "... asumir la tarea de traducir las exigencias axiológicas que imponen las garantías y derechos fundamentales reconocidos en el bloque de constitucionalidad en reglas específicas y concretas del amparo administrativo como del acto y procedimiento administrativo" (Tomo I, p. 164), enfatizando que "el presente y futuro del Estado Constitucional en Argentina está anudado a la concreta y efectiva satisfacción de las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática" (Tomo I, p. 158). De esta manera, como proyección de los principios y valores del Estado constitucional en el procedimiento administrativo, el profesor Sammartino plantea que la tutela administrativa efectiva resulta más amplia que el contenido fijado en la LNPA reformada, ya que debería traducirse en la existencia de un procedimiento administrativo constitucional-conventional llamado a proteger a los derechos indisponibles y al contenido esencial de los derechos fundamentales sumado a la presencia de soluciones diferenciadas para su protección, un procedimiento administrativo urgente a partir del principio de libre configuración de medidas urgentes innovativas o conservativas y un procedimiento administrativo colectivo (Tomo I, pp. 248-249).

En el marco del desarrollo del subprincipio de ostensibilidad (que limita la justificabilidad plena en el sentido de que el juez del amparo tiene una potestad revisora amplia, pero no profunda) (Tomo I, p. 250), se establece la proyección de los principios cardinales del Estado constitucional en la teoría del acto administrativo. Luego de analizar los problemas cardinales que planteaba el régimen legal jurisprudencial del acto antes de la reforma de LNPA y evaluar si las respuestas brindadas por el nuevo marco legal son congruentes con aquellos principios, el profesor Sammartino redefine al acto administrativo a partir del esquema de ordenación del Estado constitucional como "toda declaración emitida por órganos del Estado, entes y personas jurídicas en ejercicio de la función administrativa, generadora de efectos jurídicos directos, singulares, concretos y externos" (Tomo I, p. 279), cuya raíz está invariablemente anudada a la dignidad de la persona humana (Tomo I, p. 281), constituyéndose así "garantía primaria de protección de libertades y derechos constitucionales frente al ejercicio de las potestades y prerrogativas que emanan de la función admi-

nistrativa” (Tomo I, p. 283). Asimismo, lo califica como “fuente pública de obligaciones” (Tomo I, p. 284), cuya consecuencia es que se le aplique un régimen jurídico de derecho público y establece como su presupuesto constitucional al principio democrático, esto es, el órgano emisor del acto debe tener legitimación democrática directa o indirecta (Tomo I, p. 282). Una vez así definido el acto administrativo, el autor introduce diferenciaciones respecto de los hechos administrativos, los actos jurídicos de derecho privado, las leyes y sentencias y demás actos emitidos por los poderes legislativos y judiciales en ejercicio de sus funciones propias y exclusivas, los actos de gobierno, las disposiciones reglamentarias, la declaración de lesividad, el dictamen jurídico, las notas decisorias y notificadorias, los actos tácitos e implícitos y el novel instituto del silencio positivo (Tomo I, pp. 293-300).

Con posterioridad, el autor trata el régimen de invalidez del acto administrativo. En primer lugar, con rigor pedagógico, el autor establece una distinción entre “... cuatro significantes que son utilizados de manera promiscua aunque sus significados sea distintos”: *ilegitimidad*: discordancia del acto con el bloque de juridicidad que se refleja a través del vicio; *invalidez*: declaración formal de ilegitimidad que realiza la autoridad administrativa o judicial competente-; *nulidad*: sanción jurídica que se le imputa al acto inválido-; e *ineficacia*: cesación de los efectos de los actos con vicios determinantes de la nulidad absoluta o relativa (Tomo I, p. 309). Salvada esa cuestión, tras reconstruir la evolución del sistema a partir de un sesudo análisis del *leading case* de la CSJN *Ganadera Los Lagos* que reconstruye su “íter lógico argumentativo” (Tomo I, p. 314) y determina su proyección actual enfatizando la utilización del método de interpretación analógico como mecanismo de integración normativa (Tomo I, p. 318), el autor examina los criterios para discernir entre actos nulos y anulables, advirtiendo sobre la hipertrofia de la potestad anulatoria derivada de la “textura abierta” del texto legal. Luego, aborda el susodicho régimen en la LNPA reformada, refiriéndose puntualmente al carácter tasado o no de los vicios de nulidad absoluta, al tema de las nulidades manifiestas y al instituto del acto inexistente (Tomo I, p. 343). Una especial mención merece el tratamiento de las proyecciones del amparo en el sistema de invalidez del acto administrativo que permiten darle sustantividad propia a los vicios constitucionales y convencionales, dentro de los cuales, el autor identifica — con referencias jurisprudenciales — “las infracciones estructurales genéticas y originarias formales o materiales directas y formales-materiales directas de la Constitución Nacional convencionalizada” (Tomo I, pp. 368-383). Esta caracterización permite aseverar que los actos afectados con este tipo de vicios pueden impugnarse y, eventualmente, anularse en un juicio de amparo. Además, respecto de estos actos, procedería la anulación de oficio por el tribunal como modo de restablecer la supremacía constitucional, sumado a que estarían sujetos a revisión oficiosa de convencionalidad en sede administrativa, sin perjuicio de la posibilidad de un previo control administrativo de convencionalidad de carácter armonizante

(Tomo I, p. 359). Seguidamente, para el tratamiento de la impugnación de los actos administrativos en el proceso de amparo, el autor aborda cada uno de los elementos esenciales previstos en el art. 7 de la LNPA, precisando cuál es el alcance de su control en clave amparista: competencia, causa, objeto, procedimiento, motivación y finalidad (Tomo I, p. 403-636). Finalmente, el profesor Sammartino trata “clausura del ciclo jurídico vital del acto administrativo” (Tomo I, p. 640), esto es, su régimen de extinción. El estudio comienza la noción de la estabilidad del acto administrativo en el régimen legal y jurisprudencial con anterioridad a la reforma de la LNPA. De allí, el autor caracteriza la estabilidad como “garantía de inalterabilidad en sede administrativa de actos administrativos favorables” y “límite a la potestad anulatoria y suspensiva de la Administración” (Tomo I, p. 541). El autor evalúa críticamente este régimen en función de su incongruencia evidente con la Constitución Nacional convencionalizada por resultar el régimen legal y jurisprudencial —incluido el actual— neutral e indiferente con relación a la tríada basal material que sustenta el derecho administrativo en el Estado constitucional (Tomo I, p. 525). Para el autor, la LNPA reformada consagra un principio de estabilidad plena, pero no absoluta:

el contenido favorable al particular y la eficacia del acto que cumple con los recaudos del art. 17 resultan inalterables en sede administrativa salvo que se acredite dolo activo o pasivo del particular (art. 271 del Código Civil y Comercial de la Nación) o alguna otra excepción prevista en el art. 17 cuarto párrafo de la LNPA. (Tomo I, p. 536)

Así, la anulación y suspensión de los actos administrativos dotados de estabilidad podrá ser decidida y ejecutoriada en sede judicial con el respeto a la garantía de la defensa en juicio (Tomo I, pp. 541-542). En la obra descuella el tratamiento de la nueva redacción del art. 17 de la LNPA y sus cuestiones cardinales para el derecho del amparo, al describir y explicar las consecuencias principales directas —deber de anulación por sí y ante sí del acto portador de alguno de los vicios graves o muy graves determinantes de la nulidad absoluta— e indirectas —frente a los actos administrativos irregulares que resultan inalterables en sede administrativa de los actos administrativos irregulares (Tomo I, p. 704). En conclusión, respecto del nuevo régimen introducido por la Ley 27742, el autor reconoce que, si bien tiene por norte reducir la hipertrofia de la potestad revocatoria al ampliar las garantías materiales y procesales de los particulares frente a la Administración, considera que “... no puede ignorarse que se mantiene neutral frente a la naturaleza de los derechos nacidos del acto administrativo sujetos a revisión e indiferente con respecto a la índole de las necesidades que tales derechos están llamados a satisfacer” (Tomo I, p. 707). A tales fines, el autor invita a comparar la redacción del art. 17 de LNPA con los supuestos de tutela diferenciada reconocidos en el art. 2.2 de la Ley 26854.

4. Tercera parte

El segundo tomo de la obra inicia con el capítulo VIII, dedicado al control de constitucionalidad en el marco del amparo, estructurando su exposición sobre la tensión entre las reglas clásicas y su transformación bajo los principios y valores del Estado constitucional de derecho. En primer lugar, el autor desarrolla las reglas clásicas derivadas del art. 43 de la Constitución Nacional, caracterizando al control como una herramienta de naturaleza difusa, reparadora y restrictiva que exige la existencia de un caso judicial, el ejercicio a pedido de parte y efectos limitados *inter partes*. En esta visión, el control opera por vía de acción contra normas que gozan de una presunción de constitucionalidad, cuya invalidez constitucional debe ser fehacientemente alegada y probada por quien invoca un gravamen cierto y actual (Tomo II, pp. 12-13). Seguidamente, el autor explica cómo los principios y valores del Estado constitucional han impactado profundamente sobre estas reglas, modulándolas a partir de una sólida doctrina autoral y, especialmente, de la evolución jurisprudencial del máximo tribunal en los últimos años. Estas modulaciones se reflejan, entre otras cosas, en que el requisito constitucional del “caso” adquiere una textura más abierta que admite litigios de reforma estructural y dispositivos de prevención; el control se ejerce tanto de oficio como a pedido de parte, tanto por vía de acción como de excepción, y abarca no solo normas que gozan de presunción de constitucionalidad, sino también aquellas portadoras una presunción de invalidez. Asimismo, el autor resalta cómo esta tendencia hacia la justiciabilidad plena ha ampliado las legitimaciones, permitiendo la tutela de derechos de incidencia colectiva con efectos que, en ciertos supuestos, trascienden la esfera individual, integrando finalmente la valoración de las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad y el control de convencionalidad (Tomo II, pp. 13-64).

A propósito de esto último, el profesor Sammartino aborda el complejo interrogante sobre la posición de la Administración frente a la ley inconstitucional e inconvencional. Su análisis parte de cómo las reglas actuales del control de constitucionalidad se proyectan sobre el régimen legal y jurisprudencial del acto administrativo, identificando sus diferencias estructurales desde cuatro ejes fundamentales. En primer lugar, distingue su ubicación dentro de las ramas del saber jurídico: mientras que el control de constitucionalidad se inscribe en el derecho procesal constitucional, el acto administrativo pertenece estrictamente al derecho administrativo. En segundo lugar, los vincula a funciones estatales disímiles, pues el control incumbe a la función judicial, mientras que el acto es producto de la actividad formal de la función administrativa. Asimismo, el autor precisa que sus finalidades son distintas: el control se presenta como un examen de compatibilidad destinado a garantizar la supremacía de la Constitución Nacional, mientras que el acto administrativo tiene por objeto ordenar, limitar y encauzar formalmente las potestades de la Administra-

ción bajo el principio de juridicidad (Tomo II, pp. 72-77). Pese a la aparente falta de puntos de conexión entre ambos institutos, el autor sostiene que los criterios rectores del control de constitucionalidad orientan y, en ciertos supuestos, condicionan la interpretación del régimen jurídico del acto administrativo. En efecto, Sammartino identifica tres reglas actuales que impactan directamente en el régimen del acto. Primero, el efecto de la declaración de inconstitucionalidad que torna inaplicable el antecedente de derecho —causa— entre las partes del proceso. Segundo, la distinción entre normas con presunción de constitucionalidad y aquellas que portan una presunción de inconstitucionalidad, que se proyecta sobre la causa —antecedente de derecho—, el objeto, la competencia, el procedimiento y el régimen de nulidades y caracteres del acto. Finalmente, destaca una tercera regla: la facultad de los tribunales de ejercer de oficio el control de constitucionalidad y de convencionalidad (Tomo II, pp. 94-95).

A partir de estas premisas, el autor construye su posición acerca de la situación de la Administración ante la ley inconstitucional e inconvencional. Tras analizar los diversos criterios de la Procuración del Tesoro de la Nación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la doctrina autoral, Sammartino establece una distinción entre las normas ya declaradas inconstitucionales por el máximo tribunal en un proceso individual y aquellas que, aun siendo consideradas inválidas por la Administración, conservan su presunción de constitucionalidad por no haber sido invalidadas judicialmente. En el primer supuesto, sostiene que

... de verificarse la existencia de una sustancial semejanza, la Administración podrá abstenerse de aplicar la norma declarada inconstitucional siempre que los efectos que deriven de la susodicha abstención estén llamados a preservar, proteger o, en su caso, ampliar la esfera de inmunidad esencial del particular. (Tomo II, p. 112)

Por el contrario, en el segundo caso, el autor advierte que incluso cuando la Administración considere que las normas padecen vicios graves y manifiestos determinantes de una inconstitucionalidad, el Poder Ejecutivo no puede abstenerse de aplicarlas; en tal circunstancia, su actuación debe canalizarse a través del ejercicio del veto o mediante la remisión de un proyecto de ley derogatoria al Congreso (Tomo II, p. 114). Ulteriormente, el autor aborda el caso de las previsiones normativas (reglamentos y leyes) portadoras de una presunción de inconstitucionalidad. En el caso de las disposiciones reglamentarias, argumenta que

... cuando el órgano que debe emitir el acto administrativo es el mismo que ha dictado la norma sospechada de discriminación frente a la cual no existen razones sustanciales que la sustenten, el susodicho órgano... está facultado

para derogar o modificar el mentado reglamento y, luego, con arreglo a la nueva normativa, estará en condiciones de emitir el acto concreto de aplicación. (Tomo II, p. 122)

Por otro lado, "... si quien debe emitir el acto no es la autoridad competente para decidir su derogación, aquélla podrá disponer la suspensión del procedimiento e impulsar los trámites tendentes a su derogación o modificación" (Tomo II, p. 122). Sin embargo, admite que

... frente a *situaciones objetivas de urgencia impostergable*, que pongan en riesgo el respecto al ámbito esencial de la protección de los derechos y garantías fundamentales, los órganos de la Administración gozan de *atribuciones inherentes* que, teniendo en cuenta la *dispensa singular implícita* que anida en la disposición reglamentaria portadora de una presunción de inconstitucionalidad, habilitan a la Administración a adoptar decisiones concretas y singulares para brindar la *efectiva protección* de los derechos fundamentales de la persona humana. (Tomo II, p. 122)

Respecto de las leyes portadoras de una presunción de inconstitucionalidad, predica, como última *ratio*, que

... en los supuestos que no resulte posible armonizar mediante técnicas de interpretación adecuadas las potestades administrativas con derechos humanos, el Poder Ejecutivo, en *situaciones de urgencia impostergable*, está dotado de una competencia inherente [...] que lo habilita a abstenerse de aplicar por sí y ante sí la previsión legal que, siendo sospechada de discriminación, carece de presunción de inconstitucionalidad (Tomo II, p. 122)

Ello, sin que ello comprometa la vigencia del principio de separación de poderes, ya que, de esa manera, se garantiza la fuerza normativa de la Constitución y su supremacía al asegurar el respeto y la protección de los derechos fundamentales inherentes a la dignidad de la persona humana (Tomo II, p. 123). Finalmente, el autor aborda la posición de la Administración frente a normas portadoras de una presunción de invalidez por inconventionalidad. Esta circunstancia habilitaría la realización de un control administrativo de convencionalidad de carácter preventivo con la finalidad de armonizar el derecho interno con la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la interpretación que emana de la CSJN y la Corte IDH; facultad que se presenta como una competencia implícita que se extrae de los arts. 1 y 2 de la CADH, en conjunción con los arts. 75, inc. 22, 99, incs. 1 y 2, y 100, inc. 1 de nuestra Constitución Nacional. En esta línea, Sammartino destaca que, en situaciones excepcionales, la Administración podrá ejercer este

control preventivo absteniéndose de aplicar, de manera concreta y singular, aquellas normas que porten una presunción de invalidez convencional por incurrir en supuestos de discriminación prohibida. Asimismo, admite la posibilidad de revisar, ya sea de oficio o a pedido de parte, el acto inconventional a través de un procedimiento de tipo correctivo, orientado a enmendar la grave antijuridicidad que afecta a dicho acto irregular (Tomo II, pp. 130-131).

En la parte final del capítulo VIII, el autor trata la impugnación de reglamentos en el marco de los procesos de amparo. Tras reconocer la posibilidad de cuestionar por esta vía tanto los reglamentos de ejecución y los autónomos como los de necesidad y urgencia y los delegados, analiza la procedencia de esta acción a través del procedimiento indirecto o bien mediante la vía directa con finalidades ya sean reparadoras o preventivas. A tales fines, Sammartino define con precisión cada una de estas tipologías reglamentarias, describiendo su respectivo régimen constitucional y el alcance del control judicial en el proceso de amparo, siempre bajo el tamiz de la doctrina especializada y la jurisprudencia de la Corte Federal (Tomo II, pp. 134-213).

5. Cuarta parte

En la cuarta parte de la obra, el autor aborda la protección de los derechos fundamentales frente a actos y omisiones manifiestamente ilegítimos de las autoridades públicas. Este análisis se sustenta en el principio de integridad restitutiva, el cual establece que la finalidad primordial del amparo es hacer cesar una lesión —actual o inminente— sobre derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad. Sammartino exhibe cómo este principio presenta modulaciones según el derecho afectado y la naturaleza de la agresión estatal. Así, frente a una actuación positiva que vulnera un derecho, “... la protección amparista residirá en la inmediata cesación de la lesión y la restitución de la integridad del derecho lesionado” (Tomo II, p. 224). Por su parte, ante supuestos de omisión por inobservancia de deberes que exigen una prestación, el autor señala que “... el mecanismo de tutela será garantizar el acceso a la prestación comprometida, esto es, el bien jurídico protegido por el derecho fundamental de que se trate” (Tomo II, p. 224). Es de destacar que todo este esquema se rige bajo un criterio de interpretación funcional, según el cual

cuanto más clara sea la inobservancia de la obligación mínima fundamental que imponen los derechos fundamentales reconocidos en el bloque de constitucionalidad y las leyes, menor será el rigor con el que se deberán apreciar los recaudos de admisibilidad de la pretensión de amparo. (Tomo II, p. 224)

6. Quinta parte

La quinta parte de la obra se inaugura con el Capítulo X, en el cual el profesor Sammartino precisa el carácter “expedito” de la acción de amparo. Esta característica implica un acceso directo a la justicia constitucional, exento de dilaciones o restricciones formales que puedan obstruir la tutela jurisdiccional del derecho fundamental en juego (Tomo II, p. 350). Dicha inmediatez encuentra su razón de ser en la situación de urgencia objetiva que constituye el presupuesto del amparo. En este marco, el autor vincula el principio de accesibilidad inmediata con la vía contencioso-administrativa, evidenciando la autonomía del proceso contencioso constitucional administrativo frente a los cauces ordinarios de control judicial (Tomo II, p. 352). Ello supone que la impugnación no está supeditada al agotamiento previo de la vía administrativa, reforzando la idea de que la preponderancia de los valores fundamentales sobre ciertas formas procesales convierte al amparo en un factor de ruptura de la regla tradicional de no simultaneidad entre las vías administrativas y judiciales (Tomo II, p. 355).

En otro orden de cosas, el autor destaca el carácter autónomo del amparo en el sentido de que no se trata de un proceso instrumental o accesorio de otro cauce formal de protección de derechos (Tomo II, p. 364). A partir de allí, con el objetivo de responder a la interrogante sobre el *cuándo* del amparo, el autor desarrolla el principio de subsidiariedad, el cual exige demostrar que no existe otro medio judicial más adecuado para tutelar la integridad de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, los tratados o la ley (Tomo II, p. 377). Para la determinación concreta de este supuesto, Sammartino se remite a la jurisprudencia del máximo tribunal, reconociendo que el constituyente ha reenviado a su doctrina judicial la tarea de dilucidar esta cuestión (Tomo II, p. 379). A tal efecto, el autor identifica tres escenarios básicos: en primer lugar, las *situaciones de amparo puras*, vinculadas a la salvaguarda inmediata y directa de derechos fundamentales indisponibles —como la vida, la salud, la libertad de expresión o el derecho de aprender (Tomo II, pp. 387-388)—; en segundo lugar, las *situaciones ajenas al amparo*, que involucran cuestiones sin una afectación directa a derechos fundamentales, tales como la ejecución y extinción de los contratos administrativos; y, finalmente, las *situaciones dudosas*.

Es en este último supuesto donde el principio de subsidiariedad despliega su eficacia operativa, pues recae sobre quien postula la pretensión la carga procesal de desvirtuar la presunción constitucional de eficacia que posee el sistema procesal ordinario (Tomo II, p. 395), circunstancia que suele presentarse en asuntos patrimoniales, en la actividad administrativa de policía o en cuestiones relativas al empleo público (Tomo II, p. 393). En la parte final del capítulo, el autor realiza un ejercicio comparativo entre el amparo y otros cauces formales de protección, como lo son la vía administrativa, los recursos directos, las medidas cautelares, la acción declara-

tiva, el amparo por mora, el recurso extraordinario y las medidas autosatisfactivas (Tomo II, p. 444-482).

7. Sexta parte

En el capítulo XII, el autor desarrolla exhaustivamente el régimen de protección cautelar en procesos donde el Estado es parte, partiendo de la premisa de que el sistema actual se estructura sobre tres subsistemas: el de la competencia originaria de la CSJN —que prescinde del régimen legal vigente para regirse por estándares eminentemente jurisprudenciales—, el de la Ley 26854 para instancias ordinarias y el relativo a los procesos de amparo (Tomo II, p. 492). Sammartino define la protección cautelar como una garantía connatural al derecho de defensa en juicio y consustancial a la tutela efectiva urgente de los derechos fundamentales (Tomo II, p. 501), cuya finalidad radica en asegurar la eficacia de un eventual pronunciamiento definitivo (Tomo II, pp. 498-499). Tras analizar los antecedentes doctrinales y jurisprudenciales previos a la Ley 26854, el autor despliega los criterios rectores del régimen cautelar actual, especificando caracteres como la instrumentalidad, provisionalidad, mutabilidad, congruencia relativa y una proporcionalidad articulada en los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, junto a la unilateralidad atenuada y la homogeneidad (Tomo II, pp. 555-584). Esta sección concluye con un estudio detallado de los distintos tipos cautelares receptadas por la Ley 26854, explicando el alcance de sus recaudos de procedencia bajo un riguroso análisis doctrinario y jurisprudencial (Tomo II, pp. 594-666). Posteriormente, se trata la denominada “tutela autosatisfactiva”, la cual, según el autor y a la luz de la nueva redacción de los artículos 23 y 24 de la LNPA, ha adquirido carta de naturaleza en el derecho procesal administrativo y constitucional nacional (Tomo II, p. 673). Sammartino analiza los problemas de insertar esta figura —nacida en el ámbito del derecho privado— en el derecho público, examinando cuestiones críticas como el derecho a ser oído ante providencias con efectos irreversibles, su estructura funcional, los principios que la gobiernan y los contenidos posibles de estas pretensiones (Tomo II, p. 681). Sostiene que la tutela autosatisfactiva es una manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y debe integrarse al cuadro de garantías del régimen administrativo; no obstante, advierte que su procedencia es excepcional y queda supeditada a condiciones extraordinarias: cuando exista un riesgo cierto de perecimiento de derechos fundamentales indisponibles y su protección resulte genuinamente impostergable (Tomo II, p. 683). En la última sección del capítulo, para completar el panorama de la tutela urgente, se desarrolla el régimen jurídico de las medidas provisionales reconocidas en el artículo 63.2 de la Convención Ame-

ricana sobre Derechos Humanos. Estas medidas se presentan como instrumentos básicos para el respeto y garantía de los derechos fundamentales que proyectan su influencia sobre el derecho interno de los Estados signatarios (Tomo II, p. 703). El autor analiza exhaustivamente las distintas clases de medidas y sus características, la legitimación para solicitarlas y sus estrictos recaudos de procedencia, vinculados a situaciones de extrema gravedad y urgencia para evitar daños irreparables en las personas. Finalmente, examina el alcance subjetivo de estas medidas y el carácter reglado o discrecional de la facultad del tribunal interamericano para otorgarlas (Tomo II, pp. 707-719).

8. Conclusión

A modo de cierre, es imperativo señalar que esta obra trasciende la categoría de una mera actualización o ampliación. Por la densidad de su andamiaje teórico, la exhaustiva incorporación de los más recientes precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Fuero en lo Contencioso Administrativo Federal y, fundamentalmente, por el agudo análisis de las reformas introducidas por la Ley Bases en la LNPA, nos encontramos ante una obra nueva en su esencia.

Asimismo, es de destacar un mérito intelectual de primer orden: si bien el autor advierte que la plena confluencia entre el derecho procesal administrativo y el derecho procesal constitucional es todavía un camino por recorrer (Tomo II, p. 414), su obra actúa como el puente para que estos senderos, históricamente paralelos, converjan. Sammartino logra una sistematización orgánica y unificada en un campo común: el *derecho procesal público* (Tomo II, p. 413).

Estamos, en definitiva, ante un tratado de derecho procesal público que brinda respuestas potenciadoras de la tutela administrativa y judicial efectiva, siempre bajo los principios y valores del Estado Constitucional. Por su rigor, su compromiso con la dignidad humana y los derechos fundamentales que le son inherentes, y su actualidad frente a las distintas reformas legales, *Amparo y Administración...* se erige como una obra fundamental y, sobre todo, urgente para los tiempos que corren.

Conflicto de intereses

El autor declara no poseer conflicto de interés alguno.

Control público: transparencia. Integridad. Gestión

De Miriam Mabel Ivanega

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2025,
segunda edición actualizada y ampliada, 255 páginas.

Virginia Scovenna¹

Fiscalía de Investigaciones Administrativas de La Pampa

<https://doi.org/10.26422/daec.2026.0100.sco>

La idea misma de “Estado” se encuentra inescindiblemente unida a la preocupación por el establecimiento de límites al poder público. En el Estado moderno, esa preocupación se cristaliza en el sistema de “frenos y contrapesos”, propio del esquema constitucional de división de poderes, así como en el modelo burocrático sobre el que se estructuran las Administraciones públicas, que, entre otras cosas,² refleja el interés público comprometido en que el accionar de las organizaciones se desenvuelva con sujeción a los cánones normativamente determinados para cada situación.³

A tal fin, y teniendo en cuenta que la satisfacción del “interés general”⁴ se financia con recursos públicos, se recurrió a diversos mecanismos de control jurisdiccionales y —en los que aquí interesa, pues constituyen el eje de esta obra de la Dra. Ivanega— no jurisdiccionales y administrativos.

1 Abogada con Diploma de Honor (Universidad de Buenos Aires). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral), en Gobierno y Administración Pública (Universidad Complutense de Madrid) y especialista en Abogacía del Estado (Ecae-PTN). Docente de posgrado en la Universidad Nacional de La Pampa, en la Universidad Austral y en la Universidad de Belgrano. Coordinadora de la Diplomatura en Derecho Disciplinario Iberoamericano de la Universidad Nacional de La Pampa (FCEyJ).
vscovenna@yahoo.com.ar
<https://orcid.org/0009-0004-7341-7736>

2 Ver Olsen (2025).

3 Ver Garrido Falla (1976, pp. 82 y ss.).

4 Ver Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2023)

En ese marco, la autora, reconocida por sus múltiples estudios y publicaciones en la materia,⁵ parte de la premisa de que

en sus diversas manifestaciones, los controles no han estado exentos de severas críticas por el fracaso de sus organizaciones y sus métodos frente al avance irrefrenable de la corrupción y la generación de las dañosas consecuencias que genera ese fenómeno. De ahí que la progresiva desconfianza social en las instituciones, también los cubriera con su manto... (Presentación)

Así, el libro se sostiene en la idea de que el control público es un proceso dialógico en el que confluyen distintos saberes —como los provenientes de las ciencias jurídicas, políticas, de la administración, la economía, la sociología etc.— y participan diversos actores, incluida la sociedad civil.

Ligado a lo anterior, pero ya desde una faz práctica, la autora señala que para conocer e interpretar adecuadamente los productos del control resulta imprescindible identificar en cada caso, para cada técnica y/o herramienta “quién lo ejerce, el objeto que se controla, el vínculo entre controlante y controlado, su alcance y finalidad, los parámetros y técnicas de valoración que se utilizarán, sus resultados” (p. 37).

El libro se organiza en cinco capítulos, todos atravesados por cuestiones relevantes en materia de control público, con especial foco en la realidad Argentina. En ellos se destaca tanto la incorporación de recientes cambios normativos —producidos no únicamente pero sí de manera central por la denominada “Ley Bases” 27742— como la introducción de nuevos debates en la materia y la reflexión en torno a las nuevas realidades surgidas con la revolución tecnológica, en particular, el impacto de la inteligencia artificial.

De este modo, en el Capítulo I se ofrecen los conceptos fundamentales que, desde diferentes aristas y disciplinas, abordan la relación entre Gobierno y sociedad, guiados por la idea común de que el Estado pueda cumplir con su finalidad de interés público.

Seguidamente, el Capítulo II se dedica a las clasificaciones, técnicas, mitos y principios del control público, al tiempo que examina las diversas organizaciones, modelos y funciones de las llamadas “entidades fiscalizadoras superiores”. La exposición resulta valiosa, pues no sólo aporta una descripción sistemática, sino que, además, incorpora ejemplos y referencias recientes que permiten visualizar ejercicios concretos de control público, ofreciéndole al lector una mirada que combina rigor conceptual y apertura al debate.

El Capítulo III aborda el vínculo entre control público e integridad. Se recuperan aquí las conceptualizaciones de los capítulos anteriores para comprender la relación

5 A título meramente ilustrativo se mencionan: Ivanega (2003, 2005, 2010, 2013, 2018, 2020, 2022).

entre integridad, transparencia, control y rendición de cuentas sustentada en la idea de que los valores inherentes a la integridad y transparencia y los mecanismos de responsabilización (*accountability*) resultan fundamentales no sólo en la lucha contra la corrupción, sino principalmente para la construcción de una gobernabilidad democrática. En esa inteligencia, la autora enfatiza que los postulados exigidos al controlador son también exigibles del controlante.

El Capítulo IV examina el control interno y externo de la hacienda pública centrandó la atención en las sustanciales modificaciones introducidas por la Ley 24156 de Entidades Financieras y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, aplicable a nivel nacional. Aun cuando dicha normativa ha recibido críticas desde su sanción, lo cierto es que significó un quiebre al incorporar un nuevo modelo de control que transformó órganos, mecanismos, oportunidad y finalidad del control. Las discusiones en torno a las ventajas y desventajas de este modelo aún permanecen abiertas, siendo uno de sus principales puntos críticos el relativo a la responsabilidad administrativo-patrimonial de los funcionarios públicos, cuestión que la autora aborda en un apartado específico.

Para cerrar, en el Capítulo V la autora pone de relieve la presencia de diversos órganos, entes y actores que ejercen ciertas modalidades de control interno y externo, pero que no están incluidos en el sistema previsto por la Ley 24156. La observación es significativa, pues amplía la mirada más allá del marco normativo habitual y permite reconocer las múltiples instancias de fiscalización que inciden de manera concreta en la dinámica de la gestión gubernamental. Con ello, consigue evidenciar la complejidad del entramado institucional en materia de control público.

En suma, esta obra de la Dra. Ivanega resulta un insumo necesario para comprender y reflexionar críticamente sobre el control público, sus vacíos, oportunidades de mejoras y desafíos pendientes. A su vez, nos interpela como ciudadanos a asumir un rol activo en el ejercicio de control de la gestión pública, al recordarnos que la vigilancia democrática no se agota en las instituciones, sino que requiere de una participación social consciente y responsable.

Bibliografía

- Garrido Falla, F. (1976). *Tratado de Derecho Administrativo* (7ª ed., Tomo 1). Centro de Estudios Constitucionales
- Ivanega, M. (2003). *Mecanismos de control y argumentaciones de responsabilidad*. Ábaco.
- Ivanega, M. (2005). Breves reflexiones en torno al control externo administrativo y sus consecuencias en la República Argentina. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 7(1), 75-89.
- Ivanega, M. (2010). Los controles administrativos del presupuesto: estudio comparativo entre

- la AGN, la Sigen, defensor del pueblo y comisiones parlamentarias. En *El derecho constitucional presupuestario en el Derecho Comparado* (Tomo II, pp. 995-1032). Abeledo Perrot.
- Ivanega, M. (2013). *Reflexiones acerca de los derechos fundamentales, la Administración pública y el presupuesto público*. RAP.
- Ivanega, M. (2018). Régimen jurídico contra la corrupción. Corrupción, globalización y control. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 68(271), 577-594.
- Ivanega, M. (2020). El control externo del Poder Ejecutivo: la ley 24.156. Hacia un control externo eficiente y eficaz. *Revista de Derecho Público* (2020-1), 101-124.
- Ivanega, M. (2022). *Transparencia en las contrataciones públicas*. La Ley.
- Olsen, J. P. (2005). Quizás sea el momento de redescubrir la burocracia. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, (31), 1-24.
- Rodriguez-Arana Muñoz, J. (2023). Interés general y Derecho Administrativo. *Revista de Derecho Administrativo*, (22), 20-36. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/27653>

Conflicto de intereses

La autora declara no poseer conflicto de interés alguno.

