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

Número 2. Octubre de 2026
Buenos Aires
Argentina

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

Número 2. Octubre 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 (Universitá Luigi Boconi, Italia)
Renata F. Santos Silva (Universidade Salvador, Brasil)
Juan Cianciardo (Universidad de Navarra, España)

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.2026.0200

Edición en línea: https://ojs.austral.edu.ar/daec
Normas de publicación: https://ojs.austral.edu.ar/daec/about/submissions

Índice

Artículos de investigación

Principios de buena regulación y calidad de las leyes. La calidad normativa derivada de la buena regulación: una afirmación no exenta de incertidumbres
Victoria De Dios Vieitez 7

Control de la ejecución contractual
Graciela Ruocco 31

Administraciones públicas y control de convencionalidad: retrospectivas y perspectivas a 20 años del caso *Almonacid*
Pablo Gutiérrez Colantuono 51

La dimensión solidaria de la libertad en el Estado social de derecho
Leonardo Massimino 85

Fortalezas y debilidades de la reforma administrativa: evaluación sistemática y proyección judicial de la Ley 19549 reformada
Santiago Lauhirat 107

Estudios de derecho administrativo y derecho público general

Dignidad humana y derecho
Augusto Durán Martínez 151

La transición como desafío para el derecho
Fabrizio Fracchia 187

Doctrina de derecho administrativo en el Estado constitucional

El principio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
Roberto Saggese 205

La responsabilidad del Estado por daños sufridos por personas privadas de libertad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
María Josefina Rotaeche 213

El valor de lo público en la enseñanza universitaria. A propósito de la Ley 27795 de Financiamiento Universitario
Gabriela Andrea Stortoni 235

Pautas para la configuración de un error judicial indemnizable (CSJN, *Martín, Ava y otros*)
Ana Salvatelli 253

El fallo *Cosani* y una revisión del alcance del principio de legalidad administrativa
Soledad Larrea 267

La recepción implícita del principio de limitación de finalidad como exigencia constitucional autónoma en materia de datos personales
Maximiliano A. Tavarone 279

Responsabilidad del Estado en su función preventiva. Su fundamento convencional
Mariángeles Ahumada Aguirre 291

El comercio interjurisdiccional y la tributación local. Un reciente fallo de la CSJN como clave de lectura de su jurisprudencia
Anahí Flavia Pérez 355

Comentario a *Ilic, Suzan Hayley y otros c/ Comisión Nacional de Valores*. El plazo razonable en el procedimiento administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
Laura Oviedo 365

Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Últimos precedentes en materia tributaria
Mariano Javier Fernández 375

Las expresiones en plataformas digitales como causales de responsabilidad disciplinaria de los agentes del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes
María Magdalena Vicente Repáraz 387

Brevitatis Causae

DNU sobre materia electoral prohibida y emitido por razones de conveniencia (la Cámara Nacional Electoral declara inconstitucional el DNU 366/25 sobre emisión de cartas de ciudadanía)
Fabián Omar Canda 403

El acto administrativo algorítmico ante la LNPA reformada por la Ley 27742
Juan José Esper Zamar 409

Comparación entre el régimen de nulidades argentino e italiano
María Luz Zanvettor 417

La suspensión en sede administrativa del acto administrativo irregular y estable en la LNPA
Laura Oviedo 427

Recensiones

Nuevas tecnologías y derecho administrativo: la encrucijada del siglo XXI
De Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Dir.)
Luciana S. Falcone 441

Artículos de investigación

Derecho Administrativo en el Estado Constitucional
N° 2 (octubre de 2026): 7-29

Principios de buena regulación y calidad de las leyes. La calidad normativa derivada de la buena regulación: una afirmación no exenta de incertidumbres

Principles of Better Regulation and the Quality of Legislation. The Quality of Legislation Derived from Better Regulation: A Statement not Without its Uncertainties

Victoria De Dios Vieitez[1]
Universidad de A Coruña

Sumario

1. Introducción
2. Algunas manifestaciones de la deficiente calidad de las leyes
3. El principio de conservación de la ley y la doctrina del Tribunal Constitucional español
4. Doctrina del Consejo de Estado
5. Los principios de buena regulación como parámetro de calidad normativa: evaluación *ex ante* y evaluación *ex post*
6. Conclusión: la buena regulación como expectativa. Insuficiencias para asegurar una calidad normativa real

1 Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesora titular, acreditada al cuerpo de catedráticos, de Derecho Administrativo. Miembro del Grupo de investigación en Derecho Público Global y del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.
victoria.dios.vieitez@udc.es

Recibido: 28/08/2026
Aceptado: 31/08/2026

https://doi.org/10.26422/daec.2026.0200.dio

Resumen
La calidad de las leyes constituye una exigencia inherente al Estado de derecho y un presupuesto indispensable para la efectividad de la seguridad jurídica. Sin embargo, la realidad normativa revela una creciente degradación de la calidad legislativa, manifestada en fenómenos como las leyes de contenido heterogéneo, las modificaciones normativas ocultas, el abuso del decreto ley, las contradicciones entre disposiciones aprobadas simultáneamente o los errores técnicos que afectan a la claridad y coherencia del ordenamiento. Ante este panorama, el trabajo analiza, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Consejo de Estado, si los instrumentos de buena regulación, incorporados al ordenamiento jurídico español por la Ley 2/2011 de Economía Sostenible y, posteriormente, por la Ley 39/2015, constituyen una garantía efectiva de calidad normativa o si su función ha quedado reducida, en gran medida, al cumplimiento de exigencias meramente formales.
Palabras clave: calidad normativa, buena regulación, seguridad jurídica, principio de conservación de la ley, Tribunal Constitucional, Consejo de Estado, Estado de derecho.

Abstract
He quality of legislation is an inherent requirement of the rule of law and an indispensable prerequisite for effective legal certainty. However, the regulatory landscape reveals a growing decline in legislative quality, manifested in phenomena such as laws with disparate content, hidden regulatory amendments, the misuse of decree-laws, contradictions between provisions adopted simultaneously, or technical errors that affect the clarity and coherence of the legal system. Against this backdrop, this paper analyses, in the light of the case law of the Constitutional Court and the Council of State, whether the instruments of better regulation, incorporated into the Spanish legal system by Law 2/2011 on Sustainable Economy and subsequently by Law 39/2015, constitute an effective guarantee of regulatory quality or whether their function has been reduced, to a large extent, to the fulfilment of purely formal requirements.
Key words: legislative quality, better regulation, legal certainty, the principle of the preservation of the law, the Constitutional Court, the Council of State, the rule of law.

1. Introducción

La calidad de las leyes constituye una exigencia inherente al Estado de derecho. La efectividad de los principios de seguridad jurídica y certeza del derecho depende, en buena medida, de que las normas se elaboren con criterios de claridad, coherencia, estabilidad y previsibilidad. No se trata únicamente de una cuestión de corrección formal, sino de una condición imprescindible para que el ordenamiento jurídico pueda cumplir adecuadamente sus funciones de regulación social y garantía de los derechos de los ciudadanos.[2]

La preocupación por la calidad normativa ha dado lugar al desarrollo de diversas iniciativas orientadas a promover una mejor regulación. En este contexto, se inscriben los denominados "principios de buena regulación", incorporados al ordenamiento jurídico español primero a través de la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, de 4 de marzo, y, posteriormente, mediante la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de 1 de octubre. Estos principios, formulados en términos de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia, pretenden orientar la actividad normativa de los poderes públicos y reforzar la racionalidad del proceso de elaboración de las disposiciones legales y reglamentarias.

El interés por la calidad normativa que inspira la Ley de Economía Sostenible se inserta, primordialmente, en una estrategia orientada al crecimiento económico y a la mejora de la competitividad. En efecto, tal como destaca su Preámbulo, la Ley constituye una pieza esencial para impulsar una economía más competitiva e innovadora, mediante la adopción de reformas estructurales capaces de incentivar la actividad productiva y la creación de empleo de calidad. Desde esta perspectiva, la mejora regulatoria no se concibe principalmente como un objetivo vinculado únicamente con la perfección técnica del ordenamiento, sino como un instrumento al servicio del desarrollo económico sostenible, entendido como un modelo de crecimiento que compatibiliza la competitividad económica con la cohesión social y con la protección ambiental.[3]

---

2 Resulta preciso indicar que la técnica legislativa se ocupa no solo del estudio de la estructura y redacción de las normas sino, además, de su evaluación ex ante y ex post, aspectos esenciales vinculados también con la seguridad jurídica. Al respecto, ver Río Santos (2026, p. 47). También Álvarez González (2020, p. 52).

3 Según se recoge en el Preámbulo de la Ley de Economía Sostenible, la ley "es una de las piezas más importantes de la Estrategia ya que aborda, transversalmente y con alcance estructural, muchos de los cambios que, con rango de ley, son necesarios para incentivar y acelerar el desarrollo de una economía más competitiva, más innovadora, capaz tanto de renovar los sectores productivos tradicionales como de abrirse decididamente a las nuevas actividades demandantes de empleos estables y de calidad". El art. 1 de la Ley dispone que esta "tiene por objeto introducir en el ordenamiento jurídico las reformas estructurales necesarias para crear condiciones que favorezcan un desarrollo económico sostenible", entendiendo por tal —art. 2— "un patrón de crecimiento que concilie el

Ahora bien, junto a esa dimensión económica, la calidad de las normas también se configura como un presupuesto esencial para la efectividad de los principios de seguridad jurídica y certeza del derecho, en la medida en que exige que el ordenamiento se articule sobre bases de claridad, coherencia sistemática, estabilidad normativa y previsibilidad en su aplicación.[4] De este modo, la mejora regulatoria aparece vinculada tanto con objetivos de eficiencia económica como con las exigencias propias del Estado de derecho.

La cuestión que se pretende examinar en estas páginas es, precisamente, si los principios de buena regulación constituyen una garantía efectiva de calidad normativa y han contribuido a mejorar la calidad de las leyes o si, por el contrario, han terminado desempeñando una función predominantemente formal, que resulta insuficiente para corregir las disfunciones que afectan a la legislación actual. Dicho de otro modo, se trata de determinar hasta qué punto la buena regulación se traduce realmente en mejores normas o si la observancia de sus exigencias ha quedado reducida, de alguna manera, al cumplimiento puramente formal de determinados requisitos procedimentales.

Es cierto que la preocupación por la técnica legislativa y la calidad de las leyes ha sido objeto de trabajos de especial relevancia, impulsados inicialmente en España por el grupo GRETEL (Grupo de Estudios sobre Técnica Legislativa),[5] pero también lo es que, en la actualidad, esta cuestión reviste especial importancia como consecuencia de la degradación de la calidad formal y sustantiva de las normas que se aprueban.[6]

---

desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades". La relevancia atribuida a los principios de buena regulación también encontró reflejo en otras iniciativas normativas. Así, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, los incorpora como uno de los instrumentos esenciales para asegurar un marco regulatorio eficiente y favorecer la efectiva unidad del mercado nacional, considerando que la eliminación de barreras y obstáculos a la actividad económica pasa, precisamente, por la observancia de tales principios. En ese sentido, su Preámbulo señala lo siguiente: "Esta Ley aprovecha para seguir impulsando un marco regulatorio eficiente para las actividades económicas que simplifique la legislación existente, elimine regulaciones innecesarias, establezca procedimientos más ágiles y minimice las cargas administrativas. La mayor parte de las barreras y obstáculos a la unidad de mercado se eliminan adoptando criterios de buena regulación económica. Es importante mantener la regulación bajo un proceso de revisión constante basado en los principios de buena regulación y de unidad de mercado nacional".

4 A este respecto, puede verse, entre otros, Castillo Blanco (2002, p. 22-72).

5 Entre las obras de referencia en la materia se destaca *La forma de las leyes. Diez estudios de técnica legislativa* (1986), obra colectiva de GRETEL, que constituye una publicación pionera en los estudios de técnica legislativa en España.

6 Al respecto, puede verse Río Santos (2026) y la bibliografía allí recogida. También, Pendás García

2. Algunas manifestaciones de la deficiente calidad de las leyes

A pesar de los principios de buena regulación que se exigen en el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, tal y como ha puesto de manifiesto García-Escudero (2022, p. 152), el contenido heterogéneo de las leyes y la inclusión de preceptos "intrusos" sobre los que no informa el título de la ley, a través del trámite de enmiendas o en la propia iniciativa legislativa, resultan especialmente lesivos para la calidad y coherencia del ordenamiento jurídico, y, en suma, para la seguridad jurídica. Esta autora alude a diferentes supuestos de "modificaciones escondidas" o de muy difícil localización, tales como la recogida en la Ley 37/2010, de 15 de noviembre, por la que se crea la Oficina Presupuestaria de las Cortes Generales, cuya disposición final primera modifica el Código de la Circulación en materia sancionadora. En palabras de la autora citada,

> la causa de la aberración es que la ley «pasaba por aquí» en un momento en que se consideraba urgente la regulación por ley de una cuestión en materia totalmente ajena a la misma, y el efecto es la incoherencia —y consiguiente complicación— en el ordenamiento jurídico, con evidentes efectos negativos sobre la seguridad jurídica. (García-Escudero Márquez, 2005, p. 23)

A ello cabe añadir la proliferación de la utilización abusiva del decreto ley que, desligado en demasiadas ocasiones de la estricta exigencia constitucional de extraordinaria y urgente necesidad, genera antinomias no siempre fáciles de resolver mediante soluciones clásicas. No solo se desplaza al legislador parlamentario, sino que también se introducen en el ordenamiento jurídico normas provisionales, escasamente deliberadas y, desde luego, desprovistas de las garantías propias del procedimiento legislativo ordinario. Así, en su Memoria del año 2023, el Consejo de Estado advierte que el uso frecuente del real decreto ley favorece la dispersión normativa y la acumulación sucesiva de reformas, generando marcos regulatorios complejos, poco sistemáticos y difíciles de comprender. Pone de relieve que esta situación compromete la seguridad jurídica al incrementar las dificultades interpretativas y el riesgo de errores, por lo que subraya la necesidad de extremar el cuidado en la integración de las normas urgentes en el conjunto del ordenamiento, evitando que la urgencia comprometa su coherencia y correcta articulación.

Lo cierto es que la doctrina más autorizada viene advirtiendo, desde hace años,

(2018, pp. 215-220). En la Memoria del Consejo de Estado del año 2024 se advierte que "la calidad de las normas exige su correcta enunciación formal (los enunciados normativos deben ser gramaticalmente correctos, expresarse con claridad y precisión y ser inteligibles para sus destinatarios), debe ser evaluarse su impacto desde las perspectivas sustantiva, económica y presupuestaria, y el procedimiento de elaboración debe ser correcto, asegurando la participación de todos los llamados a intervenir bajo los principios de transparencia e imparcialidad".

sobre el progresivo deterioro de la calidad normativa. Al respecto, Santamaría Pastor (2024), destacando de manera particular las reflexiones de los profesores Tomás Ramón Fernández Rodríguez y Aragón Reyes (2023), subraya que la proliferación desordenada de normas con rango de ley, el abuso sistemático del decreto ley y las prácticas parlamentarias antidemocráticas han generado un escenario de imposible conocimiento de las normas, debilitamiento de la seguridad jurídica y pérdida de calidad legislativa:

> Resulta irónico que, en unos tiempos en que a muchos se les llena la boca hablando encantados de *la better regulation*, se silencie el lamentable estado en el que se encuentra el sistema de producción de normas de mayor rango, cuyos principales mecanismos se han pervertido hasta alejarlo no solo del esquema que definió la Constitución, sino del que es propio de un Estado democrático de derecho. (Santamaría Pastor, 2024, pp. 13-31)

Uno de los casos recientes más paradigmáticos de falta de coordinación legislativa lo constituye la modificación simultánea del art. 16.1 c) de la Ley sobre Infracciones y sanciones en el Orden Social, tanto por la Ley 3/2023 de Empleo, de 28 de febrero, como por la Ley 4/2023 para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, de 28 de febrero. Ambas se publicaron en el Boletín Oficial del Estado el mismo día (1 de marzo) y son contradictorias entre sí. De hecho, el Boletín Oficial del Estado incorporó la siguiente nota al texto del art. 16.1.c):

> Téngase en cuenta que se modifica la letra c) del apartado 1 por la disposición final 1.2 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, Ref. BOE-A-2023-5365 y, con la misma fecha de publicación oficial y entrada en vigor, se vuelve a modificar la letra c) por la disposición final 6.4 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero. Ref. BOE-A-2023-5366. Se muestran ambas redacciones.

Resulta difícil —o tal vez no— encontrar un ejemplo más elocuente de quiebras en la coherencia normativa y en la seguridad jurídica que la publicación en el Boletín Oficial del Estado de dos leyes cuyo contenido es abiertamente contradictorio entre sí.

Aun tratándose de irregularidades que podrían calificarse como de menor entidad, también cabe mencionar los errores apreciados tras la publicación de determinadas disposiciones y que nunca fueron objeto de la necesaria rectificación en el Boletín Oficial. A modo de ejemplo, cabe citar el Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre, que, entre otras cuestiones, modificó el art. 313 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el que se remitía —y se sigue remitiendo, ya que no hubo la preceptiva rectificación— al apartado 5 del art. 169 de la misma ley, apartado inexistente por cuanto dicho precepto solo tiene cuatro apartados. O, en el extremo opuesto, cabe

igualmente destacar aquellos supuestos en los que se aprecia un uso manifiestamente excesivo de correcciones de errores, lo cual, a la postre, acaba comprometiendo la claridad y fiabilidad de la versión oficial de la norma.[7] Como ejemplo, entre otros, cabe citar la corrección de errores del Real Decreto 470/2021, de 29 de junio, por el que se aprueba el Código Estructural, respecto al cual se publicaron en un Boletín Oficial de 2024, nada más y nada menos que cuatro páginas de correcciones.

No sin cierta ironía puede recordarse el ejemplo citado por Meseguer (2022) sin que su incorrección fuera advertida durante años: me refiero a la inclusión del cachalote y la marsopa común entre las especies "amenazadas" en la Comunidad de Castilla y León. Tal decisión normativa, difícilmente reconducible a las condiciones ecológicas y geográficas de dicha Comunidad Autónoma, ofrece un ejemplo especialmente elocuente de las insuficiencias que, en ocasiones, se producen en el proceso de elaboración normativa.[8]

La realidad es que, como después se verá, el Consejo de Estado ha llamado reiteradamente la atención sobre aquellas prácticas que distorsionan la comprensión del ordenamiento jurídico, afectando, incluso, al principio de seguridad jurídica. Así, por citar un último ejemplo, puede mencionarse la incorporación a un texto legal de preceptos de rango reglamentario. Sobre esta práctica, el Consejo de Estado señala que

> el Gobierno de nuestro Estado de derecho no puede aprobar una norma híbrida de rango normativo heterogéneo, que tiene muchos preceptos con fuerza de ley, y algunos otros con rango de reglamento […], el criterio de este Consejo es claramente desfavorable a esa posibilidad por razones de buena técnica y sistemática jurídica.

Y recuerda que

> un ordenamiento jurídico bien ordenado y articulado reserva a textos de distinto rango jerárquico previsiones de diferente naturaleza y alcance. Por ello, resulta desordenado y confuso que se inserten en un texto de determinado rango jerárquico previsiones que, por su naturaleza y alcance, están pensadas para formar parte de textos normativos de otro rango.

Concluye poniendo de relieve que "esa acumulación de previsiones de distinto rango en un mismo texto legal supone desnaturalizar y olvidar los criterios que

---

7 Al respecto puede verse Vidal Marín (2014, pp. 67 y ss.).

8 Meseguer Yebra, en su trabajo "Calidad del procedimiento normativo y principio de seguridad jurídica" (2022, 99. 102 y 103). Resultan algo más que anecdóticos los ejemplos que pone de manifiesto este autor. Así, por ejemplo, la Ley 1/1995, de 2 de enero, de protección ambiental de Galicia establecía en su Disposición derogatoria única que "quedan derogadas cuantas disposiciones, *de*

llevan a asignar las diferentes materias objeto de regulación a su correspondiente escalón dentro de la jerarquía normativa".[9]

En definitiva, los supuestos analizados, entre otros que podrían igualmente mencionarse, permiten constatar que muchas de las disfunciones de la legislación actual responden a problemas de técnica normativa cuya incidencia trasciende lo meramente formal para proyectarse sobre la certeza y previsibilidad del derecho y, en suma, sobre la seguridad jurídica.

3. El principio de conservación de la ley y la doctrina del tribunal constitucional español

Si bien el Tribunal Constitucional español ya en la sentencia 150/1990, de 4 de octubre, afirmó que "una legislación confusa, oscura e incompleta, dificulta su aplicación y, además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia", como consecuencia del principio de conservación de la ley se ha mostrado tradicionalmente reacio a declarar la inconstitucionalidad de las normas por meros defectos de técnica legislativa. Asimismo, ha venido sosteniendo que tales deficiencias, por sí solas, no comportan una vulneración del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, salvo en aquellos supuestos en los que la falta de claridad, certeza o previsibilidad de la norma alcance una intensidad tal que genere una efectiva situación de inseguridad jurídica para sus destinatarios.

Así, en la sentencia 106/2022, de 13 de septiembre, recogiendo su doctrina precedente, el Tribunal Constitucional declara lo siguiente:

> Como hemos afirmado anteriormente el juicio de constitucionalidad no es un juicio de técnica legislativa, pues no es este tribunal "juez de la calidad técnica de las leyes", en su triple dimensión de corrección técnica, oportunidad o utilidad de las leyes (STC 341/1993, de 18 de diciembre, FJ 2; con posterioridad, STC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 9), sino "vigilante de su adecuación a la Constitución". (STC 40/2018, de 26 de abril, FJ 8)

igual y superior rango, se opongan a lo dispuesto en esta Ley". Dicho error se corrigió por medio de la Ley 2/1995, de 31 de marzo, que dio nueva redacción a dicha disposición derogatoria.

9 Dictamen 1525/2024, de 25 de septiembre, en relación con la transposición al ordenamiento español de las disposiciones de la Unión Europea, y reiterando la doctrina recogida en la Memoria del año 2023. Tal y como se indica en la Memoria, "tampoco está de más apuntar que esa combinación de novedades de distinto rango dentro de un único y mismo instrumento normativo puede suscitar incertidumbres acerca de los plazos y vías de impugnación de alguna de esas novedades por parte de quienes se consideren negativamente afectados o discrepen de ellas. Piénsese, en ese sentido, acerca de las dudas que pueden presentarse acerca del modo de impugnar una reforma de una Or-

Y añade que

> el control de constitucionalidad se detiene en los "defectos de técnica legislativa" [STC 225/1998, de 25 de noviembre, FJ 2 A)], en "la perfección técnica de las leyes" [SSTC 226/1993, de 8 de julio, FJ 4, y 225/1998, FJ 2 A)], en su "corrección técnica". (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 2)

Para el Tribunal Constitucional, el principio de conservación de la ley actúa como un criterio restrictivo que limita la posibilidad de anudar consecuencias de inconstitucionalidad a los defectos de técnica legislativa. Así, recuerda que, por ejemplo, la utilización por el legislador de conceptos o cláusulas de contornos imprecisos constituye una práctica frecuente y, en muchos casos, inevitable, correspondiéndoles a los órganos jurisdiccionales la tarea de precisar su alcance en cada supuesto concreto. Por ello, la mera existencia de indeterminación normativa no equivale a una lesión de la seguridad jurídica ni justifica, por sí sola, una declaración de inconstitucionalidad, salvo cuando alcance una intensidad tal que comprometa gravemente la certeza, la previsibilidad o la inteligibilidad de la norma.[10]

Desde esta óptica, resulta especialmente relevante la caracterización que el Tribunal Constitucional realiza del principio de seguridad jurídica en la STC 135/2018, de 13 de diciembre. En esta resolución, pone de manifiesto que la seguridad jurídica descansa sobre una doble dimensión —objetiva y subjetiva— estrechamente vinculada con las ideas de certeza y previsibilidad. Desde una perspectiva objetiva, exige que los ciudadanos y los operadores jurídicos puedan identificar con suficiente claridad el Derecho aplicable y los intereses protegidos por el ordenamiento. Desde una vertiente subjetiva, comporta que los destinatarios de las normas puedan albergar expectativas razonables acerca de las consecuencias jurídicas derivadas de su conducta y de la actuación de los poderes públicos. En este contexto, el Tribunal subraya que le corresponde al legislador procurar un marco normativo claro, inteligible y exento de confusión, evitando la generación de incertidumbres que dificulten conocer el contenido de las obligaciones y derechos establecidos por las normas. Ahora bien, para el Tribunal, la vulneración del principio de seguridad jurídica no puede deducirse de cualquier imperfección técnica o deficiencia legislativa. Solo cabrá apreciar una lesión constitucional cuando el contenido de la norma, o sus omisiones, provoquen una incertidumbre insuperable acerca de la conducta exigible o

---

den ministerial contenida en un Real Decreto o de unas novedades con rango de Real Decreto que figuren dentro de una Ley".

10 Según afirma literalmente la sentencia 106/2022, de 13 de septiembre, "el principio de conservación de la ley opera de freno en este ámbito (STC, 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 5)", añadiendo que "no debe olvidarse por otra parte 'que numerosas leyes utilizan, necesariamente, fórmulas más o menos imprecisas cuya interpretación y aplicación dependen de la práctica judicial' (STEDH de 25

de los efectos jurídicos previsibles de su aplicación, de modo que los destinatarios no puedan conocer razonablemente el alcance de sus derechos y obligaciones.

Singularmente en lo que atañe a determinadas deficiencias de técnica legislativa, el Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo que no menoscaban la seguridad jurídica, entre otras, el empleo de expresiones o fórmulas de difícil comprensión (STC 37/1981, FJ 5), la calificación errónea de un precepto legislativo como disposición transitoria (STC 225/1998), el carácter marcadamente tautológico de algún precepto (STC 118/1996, de 27 de junio, FJ 3), la técnica de remisión a una normativa estatal derogada (STC 146/1993, de 29 de abril, FJ 6), el uso de términos impropios (STC 149/1991, FJ 3 B b) o de terminología que no sea absolutamente precisa (STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 5 a). La STC 135/2018 recoge y sistematiza toda la doctrina constitucional al respecto.

También la citada sentencia extiende igualmente su análisis a la problemática que plantean las omisiones legislativas y a su eventual incidencia sobre el principio de seguridad jurídica. Al respecto, declara lo siguiente: "En principio, en tanto que las normas aparecen integradas en un ordenamiento jurídico determinado, los huecos que en su regulación existan, pueden ser integrados por los principios que lo informan y sustentan, por lo que las omisiones no vician de inconstitucionalidad la norma". Remitiéndose a la doctrina establecida en la STC 150/1990, de 4 de octubre, entiende que

> [n]o cabe admitir que se infringe el principio de seguridad jurídica cuando un texto normativo no se plantea y resuelve por sí mismo de modo explícito todos los problemas que puede suscitar su aplicación. Sin perjuicio de la conveniencia de apurar, en la medida de lo posible, la regulación y solución de tales problemas con arreglo a estrictos criterios de técnica legislativa, su silencio en la ley no supone en todo caso un atentado contra la seguridad jurídica que el art. 9.3 de la Constitución garantiza.

Y pone de relieve que

> cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten.

---

de mayo de 1993, asunto *Kokkinakis c. Grecia*, § 40). 'Por tanto, en cualquier sistema jurídico, por muy clara que sea la redacción de una disposición legal, incluso en materia penal, existe inevitablemente un elemento de interpretación judicial. Siempre será necesario dilucidar las cuestiones dudosas y adaptarse a los cambios de situación. Por otra parte, la certeza, aunque muy deseable, se acompaña a veces de una rigidez excesiva' (STEDH de 12 de febrero de 2008, asunto *Kafkaris c. Chipre*, § 141)". Al respecto, Medina Guerrero (2024, pp. 251-277).

Concluye poniendo de manifiesto que, dependiendo del alcance de la ausencia o de la intensidad de la laguna o carencia, el juicio de constitucionalidad puede decantarse en otro sentido: si las omisiones

> produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma en cuestión infringe el principio de seguridad jurídica.

Para el Tribunal Constitucional, en esos supuestos, la indeterminación normativa alcanzaría una intensidad incompatible con las exigencias constitucionales, al impedir que el derecho opere como un criterio objetivo y reconocible, diferenciado de la mera voluntad del poder público encargado de su aplicación. Una vaguedad de tal magnitud comprometería, en definitiva, la efectividad misma del principio de imperio de la ley. Además, estas situaciones no podrían corregirse mediante una labor interpretativa, pues ello exigiría suplir las omisiones del legislador mediante la construcción de un contenido normativo no expresado adecuadamente en el texto legal. Tal operación —hace notar— excedería los límites de la función jurisdiccional y supondría atribuirle al Tribunal Constitucional un papel de legislador positivo que nuestro sistema constitucional no le atribuye.

En síntesis, para el Tribunal Constitucional, las omisiones legislativas no vulneran por sí mismas el principio de seguridad jurídica, pues pueden ser integradas mediante los principios y criterios interpretativos del ordenamiento jurídico. Solo cuando la laguna normativa genere una incertidumbre objetiva e insuperable acerca de las obligaciones exigibles o de los efectos jurídicos de la norma, hasta el punto de hacer intolerable su indeterminación y requerir una labor de reconstrucción normativa que exceda los límites de la función jurisdiccional, podrá apreciarse su inconstitucionalidad.

El Tribunal Constitucional también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre otro de los fenómenos habitualmente asociados a las deficiencias de técnica legislativa: las leyes de contenido heterogéneo. Su doctrina sobre esta cuestión se recoge, entre otras, en la STC 161/2019, de 12 de diciembre, en la que aborda la incidencia constitucional de este tipo de normas desde la perspectiva de la seguridad jurídica.

La doctrina constitucional relativa a las leyes de contenido heterogéneo parte de la idea de que la Constitución no impone una exigencia general de homogeneidad material de las leyes. Por ello, el Tribunal Constitucional ha considerado que no existe impedimento constitucional para que un mismo texto legislativo incorpore disposiciones referidas a materias diversas y sea tramitado en un único procedimiento parlamentario. En consecuencia, la mera heterogeneidad no determina, por sí sola, su inconstitucionalidad, aun cuando esta técnica normativa pueda resultar discutible desde la perspectiva de la calidad legislativa. Siguiendo la doctrina senta-

da en la STC 136/2011, el Tribunal Constitucional ha reiterado que la homogeneidad constituye una cualidad deseable de las normas, pero no una exigencia impuesta por la Constitución. Desde esta premisa, rechaza que la mera ausencia de una previsión constitucional expresa sobre las leyes de contenido heterogéneo pueda fundamentar su invalidez, precisando que el juicio de constitucionalidad debe dirigirse a comprobar si tales normas están constitucionalmente prohibidas o sometidas a límites específicos. Fuera de supuestos singulares, como el de la iniciativa legislativa popular, en los que el ordenamiento exige una determinada conexión material entre sus contenidos, no existe en nuestro sistema jurídico una prohibición general de las denominadas leyes multisectoriales o de contenido heterogéneo.

En definitiva, la jurisprudencia constitucional ha mantenido una posición claramente restrictiva a la hora de apreciar vulneraciones del principio de seguridad jurídica por razones de técnica legislativa. Ni las deficiencias formales de redacción, ni la heterogeneidad del contenido de las leyes ni otras imperfecciones técnicas determinan por sí solas la inconstitucionalidad de una norma. Solo cuando tales defectos alcancen una intensidad suficiente para generar una incertidumbre insuperable sobre su significado o hagan imposible identificar una pauta jurídica objetivamente identificable podrá entenderse comprometido el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución. El principio de conservación de la ley se erige así en un principio rector, relegando a un segundo plano las exigencias derivadas de la calidad normativa.

4. Doctrina del Consejo de Estado

Frente a la posición mantenida por el Tribunal Constitucional, cuyo control se proyecta sobre la constitucionalidad de la ley y reserva la vulneración de la seguridad jurídica para supuestos especialmente graves, el Consejo de Estado adopta en el ejercicio de su función consultiva un enfoque sensiblemente más exigente respecto de las deficiencias de técnica legislativa.

En efecto, en sus dictámenes y memorias anuales ha venido advirtiendo sobre las deficiencias que afectan a la calidad técnica de las normas, subrayando la necesidad de reforzar la coherencia interna del ordenamiento y la precisión técnica del lenguaje jurídico. Como destacó en su momento Rubio Llorente (2006), en su condición de presidente del Consejo de Estado,

> una de las causas de la actual inseguridad jurídica, de la opacidad de nuestros ordenamientos, es la degradación, más que de la técnica, del rigor con que deben elaborarse las disposiciones de carácter general, defecto que es una secuela casi inevitable del exceso de producción: a mayor producción, menor calidad.

> Esta degradación repercute en la seguridad jurídica porque no se sabe con certeza cuáles son las normas que están vigentes, porque es muy difícil localizarlas y porque, aun teniéndolas a mano, no se entienden. (p. 28)

Y termina por afirmar que "el principio iura novit Curia ha pasado a ser una mera presunción, bastante pretenciosa por cierto, si es que alguna vez fue verídico" (p. 28).

A este respecto, el Consejo de Estado ha advertido reiteradamente sobre la deficiente calidad técnica de muchas disposiciones normativas, subrayando la necesidad de desterrar formulaciones meramente retóricas carentes de eficacia jurídica real.[11] Así, por ejemplo, en la Memoria correspondiente a los años 2014 y 2015 advierte que

> es palmario el proceso de degradación del valor de la ley, hasta tal punto que doctrinalmente se habla sin ambages de envilecimiento de la ley. La ley ha dejado de ser un instrumento normativo limitado a regular las cuestiones relevantes para ocuparse de minucias; para hacer declaraciones retóricas o inadecuadas.

Aludiendo específicamente al Anteproyecto de ley de protección de la seguridad ciudadana —objeto del Dictamen 557/2014, de 26 de junio—, destaca que "contiene numerosas declaraciones que ni constituyen, ni incorporan auténticas normas jurídicas, ignorando que éstas no tienen como finalidad la de instruir, informar o formar". Consciente de que esta forma de legislar se ha convertido en una práctica relativamente frecuente, insiste en la necesidad de advertir y corregir estas deficiencias, aun cuando se encuentren ampliamente extendidas, en aras de la claridad, la coherencia y la seguridad del ordenamiento jurídico.

También los dictámenes 146/2023, de 16 de marzo, y 1811/2024, de 28 de noviembre, se refieren expresamente a ese aspecto. En este último, se deja constancia de que

> aun cuando no cabe desconocer la importancia de definir los objetivos que deben guiar la acción de los poderes públicos y aun la conveniencia de incluir en las normas jurídicas los principios que han de inspirar una determinada regulación y orientar su interpretación, es necesario evitar la acumulación en un texto legal de preceptos que se limitan a recoger formulaciones programáticas genéricas y excesivamente abiertas.

Y termina advirtiendo que

11 Como acertadamente ha afirmado Río Santos (2026), "el lenguaje jurídico es la pieza que permite juntar el contenido de la norma jurídica con el destinatario final, principalmente la ciudadanía" (p. 49).

> una buena técnica normativa exige que las normas jurídicas identifiquen con claridad y precisión los mandatos que imponen, los derechos que reconocen y las conductas que permiten o prohíben, y se abstengan, en cambio, de incorporar declaraciones meramente teleológicas o propósitos sin contenido normativo propio.

Asimismo, el Consejo de Estado ha subrayado la importancia de emplear un lenguaje jurídico claro y preciso. Al respecto, resultan particularmente ilustrativas las palabras del presidente del Consejo de Estado recogidas en la Memoria correspondiente al año 2011: "El lenguaje de las normas debería ser siempre, y en el pasado solía serlo, un modelo de precisión y concisión". Añade, además, la particular relevancia que reviste el desempeño de esta función, llamada a garantizar que las disposiciones sometidas a consulta satisfagan los estándares mínimos de calidad normativa. En definitiva, tal y como se recoge en la Memoria correspondiente a los años 2014 y 2015, "el lenguaje jurídico debe huir del estilo suasorio (lex iubet, non suadet), del estilo de la convicción y didáctico (lex iubet, non docet) y, en fin, del estilo descriptivo".[12]

Con el fin de alcanzar dicho objetivo, el 22 de julio de 2005 —publicadas mediante Resolución de 28 de julio de 2005— se aprobaron las Directrices de técnica normativa, cuya finalidad es —según se recuerda en su parte expositiva— "la mejora de la calidad técnica y lingüística de todas las normas de origen gubernamental con la homogeneización y normalización de los textos de las disposiciones". Y subraya, además, que "se trata de una herramienta que permite elaborar las disposiciones con una sistemática homogénea y ayuda a utilizar un lenguaje correcto de modo que puedan ser mejor comprendidas por los ciudadanos". Si bien, como destaca Santaolalla López (2006, p. 42), no tienen carácter normativo, en la medida en que recogen orientaciones y referencias técnicas sobre la forma de redactar las normas, constituyen una herramienta importante para facilitar la comprensión de los textos legales.

Pues bien, las directrices 101 y 102 contienen los criterios lingüísticos aplicables. En particular, destacan la necesidad de emplear un lenguaje claro, preciso y comprensible, adecuado a un nivel culto, pero accesible para sus destinatarios. Parten de la consideración de que las normas jurídicas se dirigen al conjunto de la ciudadanía y, por ello, su formulación debe favorecer la máxima inteligibilidad posible, evitando complejidades innecesarias. Las directrices insisten en la conveniencia de preservar la unidad terminológica de la disposición y de evitar expresiones impropias o innecesarias, como extranjerismos reemplazables por términos equivalentes

12 También el Tribunal Supremo ha puesto de relieve la importancia del lenguaje empleado en los textos normativos. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo 1097/2024, de 20 de junio se reitera que la calidad de las normas exige una redacción clara y precisa, una adecuada evaluación de sus impactos y un procedimiento de elaboración transparente y participativo.

en castellano, construcciones lingüísticas inusuales o adaptaciones de voces extranjeras susceptibles de generar confusión conceptual.

También, en relación con la claridad normativa, se pone de relieve que exige una redacción sintácticamente sencilla y ordenada. Con este objetivo, se propugna el respeto al orden natural de la oración y se desaconsejan aquellas fórmulas que recargan innecesariamente el texto sin aportar un contenido adicional relevante, como las redundancias léxicas, las perífrasis superfluas o determinadas construcciones pasivas cuando existen alternativas más directas y naturales.[13]

Por último, las directrices subrayan que la búsqueda de la sencillez no debe confundirse con un empobrecimiento del lenguaje jurídico. La norma ha de redactarse con propiedad léxica y precisión conceptual, evitando el abuso de expresiones estereotipadas, términos comodín o verbos excesivamente genéricos que puedan menoscabar la calidad técnica del texto normativo.[14]

La Directriz 102 complementa estas exigencias imponiendo la observancia de las reglas lingüísticas generalmente aceptadas. En consecuencia, la redacción de las disposiciones normativas debe ajustarse a los criterios gramaticales, ortográficos y léxicos establecidos por la Real Academia Española. Asimismo, para resolver las dudas de uso que puedan surgir durante el proceso de elaboración normativa, se remite a las soluciones recogidas en el *Diccionario panhispánico de dudas*, consensuado con todas las Academias de América y Filipinas.[15]

Ahora bien, la reiteración con la que el Consejo de Estado viene formulando estas observaciones, por ejemplo, en la Memoria correspondiente al año 2024, suscita serias dudas acerca del grado real de cumplimiento de tales exigencias. La insistencia reflejada en sus memorias y dictámenes en cuestiones tales como la claridad del lenguaje, la precisión terminológica, la coherencia sistemática o la eliminación de formulaciones meramente programáticas parece revelar que las directrices de téc-

13 Así, señala lo siguiente: "La claridad y sencillez exigen respetar el orden normal de los elementos de la oración, prescindiendo del hipérbaton, y evitar todo aquello que, sin aportar precisiones de contenido, complique o recargue innecesariamente la redacción de la norma: emparejamiento de sinónimos léxicos o sintácticos (una actitud clara y manifiesta; exhibió e hizo ostentación); epítetos triviales ('fiel' en fiel reflejo, 'claro' en claro exponente); perífrasis superfluas (ser de aplicación por aplicarse). En esa misma línea, se evitará el uso de formas de pasiva para aquellos casos en que el español tiene en las oraciones activas o en la pasiva con 'se' su forma más adecuada de expresión: 'Los solicitantes rellenarán las solicitudes con letras mayúsculas', y no 'serán rellenadas las solicitudes con letras mayúsculas por los solicitantes'".

14 Al respecto, la directriz 101 indica que "el decoro lingüístico de las normas jurídicas obliga, dentro de la sencillez, a cuidar la propiedad y a huir de la pobreza de expresión. Se incurre en ella cuando, por ejemplo, se echa mano de verbos de sentido muy general: hacer una queja o hacer un expediente, en vez de formular una queja o incoar un expediente; o cuando se abusa de comodines léxicos difundidos: paquete de medidas por conjunto de medidas o, simplemente, medidas".

15 Como ejemplo de mala técnica normativa por el uso improcedente del desdoblamiento de género, suele citarse la Ley 1/2008, de 17 de abril, de creación del Colegio Profesional de Detectives Privados y Privadas de Galicia.

nica normativa distan de haber sido plenamente asumidas en la práctica legislativa. La persistencia de los defectos que una y otra vez se denuncian permite albergar fundadas dudas sobre la efectividad de los mecanismos destinados a garantizar la calidad normativa y obliga a preguntarse si el problema radica ya no en la ausencia de criterios técnicos adecuados, sino en la insuficiente atención que se presta a su cumplimiento durante el proceso de elaboración de las normas.

5. Los principios de buena regulación como parámetro de calidad normativa: evaluación *ex ante* y evaluación *ex post*

El Preámbulo de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, destaca la necesidad de reforzar la seguridad jurídica y la previsibilidad del ordenamiento mediante el establecimiento de mecanismos de evaluación normativa. Con este propósito, establece, por un lado, la planificación *ex ante* de la actividad normativa y, por otro, la evaluación *ex post* de las normas aprobadas. Al respecto, señala que

> en aras de una mayor seguridad jurídica, y la predictibilidad del ordenamiento, se apuesta por mejorar la planificación normativa ex ante. Para ello, todas las Administraciones divulgarán un Plan Anual Normativo en el que se recogerán todas las propuestas con rango de ley o de reglamento que vayan a ser elevadas para su aprobación el año siguiente.

Del mismo modo

> se fortalece la evaluación ex post, puesto que junto con el deber de revisar de forma continua la adaptación de la normativa a los principios de buena regulación, se impone la obligación de evaluar periódicamente la aplicación de las normas en vigor, con el objeto de comprobar si han cumplido los objetivos perseguidos y si el coste y cargas derivados de ellas estaba justificado y adecuadamente valorado.

A tal fin, el título VI de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de 1 de octubre —de la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones—, incluye en su art. 129 los principios de buena regulación. Este precepto se completa con las disposiciones recogidas en los arts. 130, 132 y 133, referidos a la adaptación de la normativa vigente a los principios de buena regulación, a la necesidad de aprobar un plan normativo anual y a la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos, respectivamente.[16]

16 Al respecto, ver Miguez Macho (2019, pp. 9 y ss.). El Consejo de Estado, en su Memoria correspon-

Así, en lo que atañe al primero de ellos, el art. 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, dispone que el ejercicio de la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria deberá sujetarse a los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia, debiendo justificarse en el preámbulo o exposición de motivos la adecuación de la norma a dichos principios. Estos principios de buena regulación constituyen, en palabras del Tribunal Supremo, una manifestación del buen gobierno.[17] También sobre ello se ha pronunciado el Consejo de Estado en no pocas ocasiones. En ese sentido, en la Memoria correspondiente al año 2023, recogiendo la doctrina sentada en dictámenes precedentes, se pone de relieve que "no son meros enunciados retóricos que hayan de reproducirse formulariamente en los preámbulos de las disposiciones generales (dictamen 806/2018, de 4 de octubre)". Y añade que

> la justificación de estos principios "no puede convertirse en una mera fórmula de estilo", por lo que no basta con mencionar en el preámbulo y la memoria —como sucede muchas veces— la adecuación general de la norma a tales principios; debe ofrecerse una justificación, aun somera, de las razones que conducen a concluir que esa adecuación existe (por todos, dictámenes 96/2020, de 21 de mayo y 767/2020, de 22 de diciembre).

Para hacer efectivos tales principios, cobra especial relevancia la Memoria del análisis de impacto normativo, regulada mediante Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre; según dispone su art. 1, debe acompañar a los anteproyectos de ley y proyectos de reales decretos leyes, reales decretos legislativos y normas reglamentarias. Así, el art. 2.1.2º del citado Real Decreto dispone lo siguiente:

> Sin perjuicio de la preceptiva justificación que deba figurar en el preámbulo o exposición de motivos de la norma se incluirá en la Memoria una explicación de su adecuación a los principios de buena regulación previstos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, en particular, a los principios de necesidad y eficiencia, justificando la razón de interés general en la que se funda, y que es el instrumento más adecuado para garantizar su consecución. También deberá contener una explicación de su adecuación al principio de proporcionalidad, de forma que la iniciativa contenga la regulación imprescindible para atender

diente al año 2023, advierte de la necesidad de llevar a cabo una adecuada planificación normativa para evitar la dispersión de las normas.

17 Sentencia del Tribunal Supremo 1097/2024, de 20 de junio. Además, tal y como se recoge en la sentencia 1277/2021, de 11 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el ámbito del ejercicio de la potestad reglamentaria, dichos principios "constituyen un elemento objetivo que permite efectuar el control jurisdiccional sobre la discrecionalidad ejercida".

> la necesidad a cubrir, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos o que impongan menos obligaciones a los destinatarios.

Lo anterior evidencia que la Memoria del análisis de impacto normativo constituye un instrumento esencial de la mejora regulatoria, destinado a evaluar las consecuencias económicas, sociales y medioambientales de las normas proyectadas y, en particular, sus efectos sobre ámbitos como la igualdad de género, la familia, la infancia, la adolescencia o la discapacidad. Sin embargo, la doctrina ha puesto de manifiesto que estos análisis presentan con frecuencia importantes deficiencias metodológicas y se reducen a fórmulas estereotipadas o meramente declarativas, sin una verdadera evaluación de los efectos de la norma.[18]

Frente a ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha subrayado que la elaboración adecuada de la memoria no constituye un mero formalismo, sino una garantía sustancial del procedimiento que requiere el ejercicio de la potestad normativa. Por esta razón, la ausencia de los informes de impacto exigidos legalmente, o su realización de manera insuficiente o carente de motivación, puede determinar la nulidad de la disposición reglamentaria aprobada.[19] El Tribunal ha insistido en que la Administración debe justificar tanto la existencia de impactos relevantes como, en su caso, la inexistencia de afecciones en los ámbitos objeto de evaluación. Asimismo, ha precisado que los denominados "informes de impacto neutros" solo resultan válidos cuando son el resultado de un análisis efectivo de la incidencia de la norma. Por el contrario, cuando la neutralidad se afirma mediante fórmulas rituales o genéricas sin una valoración real de sus consecuencias, tales informes deben considerarse equivalentes a inexistentes. Esta doctrina se encuentra estrechamente vinculada con el principio de buena administración y, por ende, con la calidad normativa, al exigir una evaluación rigurosa que permita adoptar decisiones regulatorias fundadas.[20]

En definitiva, como se destaca en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2016,

> cabe, pues, que las normas reglamentarias sean nulas no solo en los casos en que carezcan por completo de análisis económico y presupuestario, sino también en aquellos otros en los que el que acompaña a la decisión de que se trate resulta ser de todo punto insuficiente de manera que no permita a la Memoria

18 Al respecto, Redondo Mora y García Ruiz (2023, pp. 81-95).

19 Entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2024 que anula la norma reglamentaria por la que se aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales al considerar que el análisis de impacto económico reflejado en la Memoria, aunque existía formalmente, era notoriamente insuficiente.

20 El principio de buena administración, vinculado con la mejora regulatoria, se recoge expresamente en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de abril de 2024.

> cumplir la importante finalidad que, a tenor de la normativa vigente, le es propia (motivar la necesidad y oportunidad de la norma, suministrar información relevante a la propia Administración y a sus destinatarios y facilitar, en su caso, el necesario control del ejercicio de la actividad).

En conclusión, la memoria del análisis de impacto normativo se configura como un mecanismo *ex ante* cuya finalidad es la de asegurar el respeto de los principios de buena regulación, debiendo garantizar que la norma proyectada responda a una razón de interés general, que constituya el medio más adecuado para alcanzar los fines perseguidos y que incorpore únicamente las medidas imprescindibles para ello.[21]

Sin embargo, como ya se ha apuntado, a pesar de su relevancia, el Consejo de Estado ha venido advirtiendo sobre la insuficiencia de las memorias del análisis de impacto normativo, convirtiendo sus exigencias en meras fórmulas rituales, tal y como se hace notar, entre otras, en la Memoria correspondiente al año 2017.

En lo que se refiere a la evaluación *ex post*, cabe señalar que constituye una técnica de mejora regulatoria dirigida a comprobar la eficacia material de la norma mediante el análisis de sus efectos prácticos y del grado de consecución de los fines que justificaron su aprobación.[22] Por lo tanto, la calidad normativa se proyecta no solo al momento de la aprobación de la norma, sino también en lo que respecta a su aplicación práctica y sus efectos. Con este propósito, el art. 130 —Evaluación normativa y adaptación de la normativa vigente a los principios de buena regulación— dispone en su apartado 1 que

> las Administraciones Públicas revisarán periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas.

La relevancia de la evaluación *ex post* ha sido puesta de manifiesto por el Consejo de Estado, que la considera un instrumento esencial para verificar la eficacia de las normas y garantizar la mejora de la calidad regulatoria. Así, en la Memoria corres-

---

21 Sobre la evaluación *ex ante*, puede verse Gámez Moll (2022, pp. 248 y ss.). También, Álvarez Vele (2017, pp. 39-62).

22 Al respecto, ver De Montalvo Jääskeläinen (2017). Este autor señala también que la evaluación *ex post* "pudiera servir como instrumento para facilitar el consenso en este nuevo panorama de parlamentos fragmentados al que parecen enfrentarse de manera inestable nuestras democracias". Y añade que "si la legislación es la forma de expresión del Parlamento que más consenso exige habitualmente, la evaluación ex post puede ayudar a lograrlo en la medida que garantiza a la minoría cuya voluntad no acaba por ser aceptada que la norma y sus consecuencias serán evaluadas, aunque sea a posteriori".

pondiente al año 2020, recogiendo dictámenes precedentes, subraya la necesidad de que la evaluación *ex post* "sea objeto de una atención más cuidadosa por parte de la Administración".

Lo cierto es que, si bien mediante Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, se regulan el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa, la regulación que efectúa en relación con las normas que han de ser objeto de evaluación retrospectiva no impone la evaluación *ex post* de toda la normativa aprobada, sino que contempla dicha evaluación para determinadas normas, bien por el impacto que puedan originar o por su intensidad regulatoria.[23] Con todo, como destaca la Memoria del Consejo de Estado del año 2020, la evaluación *ex post* constituye

> un episodio singularmente importante en el conjunto de vicisitudes por las que atraviesan las normas, pues permite que la Administración General del Estado conozca si tales normas han conseguido los fines que se pretendían con su aprobación y esa información puede servir para que el Gobierno acuerde o promueva su modificación o, incluso, su derogación.

Pues bien, a pesar de la importancia de dicha evaluación, las observaciones del Consejo de Estado ponen de manifiesto la necesidad de que la Administración asuma la evaluación *ex post* como una auténtica herramienta de mejora regulatoria, más allá del amplio margen de apreciación que la normativa deja a la Administración para su cumplimiento. Como advierte el Consejo de Estado en el dictamen 678/2020, de 3 de diciembre, frente a la utilización de meras fórmulas de estilo sobre la improcedencia de dicha evaluación, cabe recordar,

---

23 El art. 3.1 del Real Decreto dispone lo siguiente: "El Plan Anual Normativo identificará las normas que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación, atendiendo a los siguientes criterios: a) Coste o ahorro presupuestario significativo para la Administración General del Estado. b) Incremento o reducción de cargas administrativas para los destinatarios de la norma que resulte significativo por el volumen de población afectada o por incidir en sectores económicos o sociales prioritarios. c) Incidencia relevante sobre los derechos y libertades constitucionales. d) Conflictividad previsible con las Comunidades Autónomas. e) Impacto sobre la economía en su conjunto o sobre sectores destacados de la misma. f) Efectos significativos sobre la unidad de mercado, la competencia, la competitividad o las pequeñas y medianas empresas. g) Impacto relevante por razón de género. h) Impacto relevante sobre la infancia y adolescencia o sobre la familia". Por su parte, el apartado 2 señala que "los Departamentos ministeriales evaluarán las normas propuestas por cada uno de ellos que hayan sido seleccionadas para su evaluación «ex post», en los términos y plazos previstos en su Memoria del Análisis de Impacto Normativo. Se analizará, en todo caso: a) La eficacia de la norma, entendiendo por tal la medida en que ha conseguido los fines pretendidos con su aprobación. b) La eficiencia de la norma, identificando las cargas administrativas que podrían no haber sido necesarias o haberlo sido en menor grado. c) La sostenibilidad de la disposición, considerando los efectos de la norma no previstos directamente por ella que puedan llegar a comprometer su viabilidad futura. d) Los resultados de la aplicación de la norma, en función del criterio por el que fue sometida a evaluación".

> una vez más, la relevancia de la evaluación ex post desde la perspectiva de la buena regulación y la correlativa necesidad de que la autoridad administrativa especifique, de forma motivada, las razones por las que, en cada caso concreto, considera que procede o que no procede llevarla a cabo.[24]

En este sentido, como refleja, entre otras, la Memoria correspondiente al año 2023, el Consejo de Estado viene subrayando la importancia de la evaluación *ex post*, censurando que muchas memorias se limitan a afirmar, sin justificación alguna, que los anteproyectos o proyectos a los que acompañan no son susceptibles de evaluación *ex post*, o bien ofrecen como única justificación que la iniciativa normativa no está incluida en el plan anual normativo a esos efectos.

En suma, la virtualidad práctica de este sistema de evaluación *ex ante* y evaluación *ex post*, a pesar de su relevancia, parece que dista de conseguir los resultados que debería alcanzar.

6. Conclusión: la buena regulación como expectativa. Insuficiencias para asegurar una calidad normativa real

Si bien el ordenamiento jurídico prevé un conjunto de instrumentos destinados a garantizar la calidad técnica de los textos normativos, tanto la doctrina como el Consejo de Estado en el ámbito de la Administración General del Estado vienen advirtiendo de la necesidad de recuperar una idea de calidad normativa real y no solo meramente formal.

Así, las memorias del análisis del impacto normativo que deben acompañar a las propuestas normativas, que constituyen un instrumento esencial, tal y como han destacado tanto el Tribunal Supremo como el Consejo de Estado, deben elaborarse con el máximo rigor técnico, evitando fórmulas rituales mediante las que se trata de justificar el cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente, ya que, de esa manera, la memoria difícilmente podrá cumplir la finalidad que le es propia y que se recoge, de manera precisa, en el Preámbulo del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre: la evaluación *ex ante*, a través de la memoria del análisis de impacto normativo, constituye un instrumento primordial para legislar mejor.

Es decir: la importancia de la evaluación *ex ante*. Mas también: la relevancia de la

24 También en el Dictamen 1525/2024, de 25 de septiembre se reitera la importancia de la evaluación *ex post* como una herramienta indispensable para comprobar la efectividad de las opciones normativas elegidas, destacando que aunque una norma no haya sido incluida entre las previstas para evaluación no comporta sin más su exclusión. "El hecho de que la evaluación ex post no esté expresamente programada —señala— no comporta una rígida prohibición de pensar y reflexionar. Es decir, en este contexto no rige la máxima quae non sunt permissae, prohibita intelliguntur".

evaluación *ex post*, sobre la que viene insistiendo el Consejo de Estado, en cuanto constituye una herramienta esencial para la mejora regulatoria y permite valorar la eficacia práctica de la norma aprobada. Como ha destacado el Consejo de Estado, la falta de previsión expresa de una evaluación *ex post* no justifica su exclusión automática.

A ello se suma la necesidad de garantizar un nivel adecuado de calidad técnica, mediante la utilización de un lenguaje claro, preciso y comprensible para los ciudadanos, los cuales, tal y como se explicita en las Directrices de técnica normativa, son —sin perjuicio de los operadores jurídicos y de las técnicas de interpretación aplicables— los auténticos destinatarios de las normas. Por ello, la mejora de la calidad técnica y lingüística de las normas constituye una exigencia ineludible.

En suma, si bien el ordenamiento dispone de diversos instrumentos orientados a garantizar la calidad normativa, las observaciones realizadas de manera recurrente por el Consejo de Estado ponen de manifiesto que la elaboración de las normas sigue siendo susceptible de mejora. Se requiere que el cumplimiento de los instrumentos de buena regulación no se limite a un mero cumplimiento formal, porque, tal y como advierte el Consejo de Estado, la justificación de dichos principios no puede convertirse en meras fórmulas de estilo que se incorporan de manera mecánica en las memorias y en los preámbulos de las normas. Es preciso reiterar que la calidad normativa no es una cuestión meramente estética, sino que constituye una exigencia inherente al Estado de derecho, aun cuando el Tribunal Constitucional *haya mantenido* tradicionalmente una postura restrictiva en relación con la relevancia constitucional de los defectos de técnica legislativa.

Bibliografía

Álvarez González, E. M. (2020). Técnica legislativa y disfunciones de las técnicas normativas en España: retos actuales. *Revista Vasca de Administración Pública*, (117), 17-71.

Álvarez Velez. M. I. (2017). La potestad legislativa gubernamental: calidad de las normas y evaluación ex-ante. *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, (36), 39-62.

Castillo Blanco, F. A. (2002). El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho. *Documentación Administrativa*, (263-264), 22-72.

Consejo de Estado. (2012). *Memoria del año 2011.* https://lix.li/BgIvM7

Consejo de Estado. (2016). *Memorias de los años 2014 y 2015*. https://lix.li/SSEYXG

Consejo de Estado. (2018). *Memoria del año 2017*. https://lix.li/WxdgJ4

Consejo de Estado. (2021). *Memoria 2020.* https://lix.li/XIZm1

Consejo de Estado. (2024). *Memoria del año 2023*. https://lix.li/jQqUE

Consejo de Estado. (2025). *Memoria 2024***.** https://lix.li/Oge0w

De Montalvo Jääskeläinen, F. (2017). La evaluación ex post de las normas: un análisis del nuevo modelo español. *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, (36), 139-177.

Fernández Rodríguez, T. R. y Aragón Reyes, M. (2023). *Motorización o incontinencia legislativa. Producción, norma, análisis económico de los efectos que produce esta situación*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Gámez Moll, N. (2022). Principio de precaución, proporcionalidad y evaluación ex ante y ex post de las normas jurídicas. El caso del lobo ibérico. *Revista de Administración Pública*, (218), 235-262.

García-Escudero Márquez, P. (2022). La preocupación por la calidad de las leyes. *Revista Asuntos Constitucionales*, (2), 145-152.

García-Escudero Márquez, P. (2005). El control constitucional de la calidad de las leyes. *Revista Cuadernos Parlamentarios*, (1), 9-40.

Grupo de Estudios de Técnica Legislativa. (1986). *La forma de las leyes, diez estudios de técnica legislativa*. Bosch.

Medina Guerrero, M. (2024). El Tribunal Constitucional y los defectos de técnica legislativa. *Teoría y realidad constitucional*, (53), 251-277.

Meseguer Yebra, J. (2022). Calidad del procedimiento normativo y principio de seguridad jurídica. *Revista Española de la Función Consultiva* (37 y 38), 93-113.

Miguez Macho, L. (2019). La mejora de la regulación: antecedentes y principios. *Información comercial española*, (907), 9-23.

Pendás García, B. (2018). La ley contra el derecho. Reflexiones sobre la calidad de las normas. *Revista de las Cortes Generales*, (104), 215-220.

Redondo Mora, P. y García Ruiz, P. (2023). El impacto normativo en la familia: realidad, retos y propuestas. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, (32), 81-95.

Río Santos, F. (2026). *Fundamentos de técnica legislativa*. Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Rubio Llorente, F. (2006). El papel del Consejo de Estado en el control de la calidad técnica de las normas. *Revista Española de la Función Consultiva*, (6), 27-40.

Santamaría Pastor, J. A. (2024). Una llamada de emergencia sobre la crisis de la ley. *Revista de Administración Pública*, (224), 13-31.

Santaolalla López, F. (2006). Las Directrices de técnica normativa. *Revista de Administración Publica*, (170), 41-92.

Vidal Marín, T. (2014). Los errores en las normas y su corrección en el Boletín Oficial del Estado. *Revista de Derecho Político*, (90), 67-96.

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.

Derecho Administrativo en el Estado Constitucional
N° 2 (octubre de 2026): 31-49

Control de la ejecución contractual

Control of contractual execution

Graciela Ruocco[1]
Universidad de la República. Universidad Católica del Uruguay

Sumario

1. Introducción
2. Control
2.1. Concepto
2.2. Elementos
2.3. Estructura
2.4. Clasificación y tipos
3. Control de la ejecución contractual
4. Riesgos en la fase de ejecución de los contratos públicos
5. Algunas guías prácticas
6. Reflexiones finales

Recibido: 10/07/2026
Aceptado: 07/08/2026

https://doi.org/10.26422/daec.2026.0200.ruo

Resumen

El presente trabajo aborda un tema que ha sido escasamente estudiado y, menos aún, regulado por el derecho positivo: la ejecución de los contratos administrativos, los incumplimientos y las imprevisiones de los pliegos de condiciones. Por ello, pretendemos encender señales de

1 Profesora titular de posgrado de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Profesora titular de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Directora del Instituto de Derecho Administrativo de la misma Universidad (2021-2023). Máster en Derecho con énfasis en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Miembro de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, de la Red Internacional de Bienes Públicos, del Instituto Internacional de Derecho Administrativo y del Centro Iberoamericano de Estudios de Derecho Público y Tecnología. Abogada I de la Dirección Jurídica del Poder Legislativo (1994-2019).
ruocco@vera.com.uy

alerta ante problemas que impiden contar con un contrato adecuado para el cumplimiento de la finalidad pública que busca toda contratación administrativa.
Palabras clave: ejecución de los contratos, incumplimientos contractuales, pliegos de condiciones.

Abstract
This paper tackles a topic that has been scarcely studied and even less regulated by positive law: the execution of administrative contracts, breaches, and unforeseen issues in the terms and conditions. We aim to raise warning signals about problems that prevent having an adequate contract to fulfill the public purpose that every administrative contracting seeks.
Key words: execution of administrative contracts, contractual breaches, terms and conditions specifications.

1. Introducción

La ejecución de los contratos suscritos por la Administración se somete en ciertos casos a importantes tensiones, fruto de incumplimientos persistentes que perturban o interrumpen su correcto desarrollo. La inadecuada redacción de los pliegos o una oferta mal planteada, entre otras circunstancias de diversa índole, pueden determinar que la ejecución del contrato devenga en una incómoda atadura, capaz de generar, a la postre, un grave daño a los intereses públicos (Fernández García, 2023).

La contratación pública es una de las facetas de la actividad administrativa que más influye en el desarrollo económico de los Estados. Por tal razón, es imprescindible asegurar la debida ejecución de las obligaciones emergentes de ella.

En la gestión de las necesidades públicas se pueden presentar problemas que impiden contar con un contrato adecuado para el cumplimiento de la finalidad pública que busca toda contratación administrativa. Estos problemas pueden identificarse en la fase de actos preparatorios y en la de selección y adjudicación, así como en la ejecución contractual, afectando de manera distinta al proceso de contratación en su conjunto según el nivel de incidencia e intensidad que presenten.

Bajo esta perspectiva, el presente estudio se centra específicamente en la fase de ejecución contractual.

La preparación y adjudicación de los contratos han ocupado la mayor parte del tiempo del legislador, de las instituciones y de la propia doctrina científica. Sin embargo, resulta necesario darle la importancia merecida y dedicar esfuerzos personales y materiales a controlar la fase de ejecución y cumplimiento de los contratos. Es necesario que la ejecución no quede al arbitrio de las partes, sino que responda a una exigente estructura de supervisión, eliminando o evitando, en lo posible, los problemas con los que se encuentran las partes.

No se le asigna al tema de la ejecución de los contratos públicos su real importancia, aunque es una fase clave en el proceso de contratación, pues con ella se logra la satisfacción de las necesidades que justificaron la existencia misma del contrato. Sin embargo, no existe la cultura del control de la ejecución del contrato, o al menos no en la medida necesaria.[2]

El control de la ejecución de los contratos ha sido y es una asignatura pendiente en la práctica de la contratación pública. Los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, igualdad e integridad son instrumentos que coadyuvan a la consecución de la gestión eficiente, pero no son en sí mismos suficientes.

La eficiencia en el empleo de los fondos públicos es un principio constitucional que obliga a cualquier entidad estatal a gestionarlos de la forma más adecuada para conseguir la mejor calidad posible en la consecución de las políticas públicas.

Cabe destacar, siguiendo a Ortiz Espejo (2022, p. 24), cómo las innovaciones tecnológicas pueden ayudar a los órganos de contratación en la fase de ejecución del contrato.

La gestión preventiva y sistemática de los riesgos en la contratación pública se presenta como una herramienta adecuada en términos de eficiencia y mejora continua para todo el ciclo de la contratación. En particular, la fase de ejecución de los contratos es la más opaca en transparencia y es la más expuesta a la comisión de irregularidades, fraudes y prácticas corruptas.

El reto pendiente es, pues, el necesario control preventivo de los riesgos en la fase de ejecución de los contratos públicos. En efecto, es imprescindible en los tiempos que corren fortalecer la estructura de supervisión y control interno, así como implementar medidas preventivas para mitigar o eliminar los riesgos evidenciados en la fase de ejecución de los contratos públicos.

La atención a la ejecución de los contratos se justifica por el volumen de recursos públicos que compromete, por la complejidad que supone, debido al involucramiento de aspectos técnicos y parámetros constructivos, y por una especial inquietud por un objeto contractual que, como dijimos, ha merecido poca atención del derecho administrativo y de la propia literatura académica, aunque en los últimos tiempos la legislación uruguaya ha evidenciado algunos avances.

A lo largo del estudio pretendemos identificar algunos aspectos de la ejecución del contrato cuya funcionalidad será relevante para contar con las obligaciones bien ejecutadas, dentro de los plazos previstos, reduciendo los riesgos previsibles y garantizando el buen uso de los recursos del Estado.

Asimismo, nos proponemos describir las contingencias que aquejan la ejecución contractual e intentaremos plantear algunos mecanismos de control enfocados principalmente en la supervisión de la ejecución del contrato.

---

2 Cfr. Andreu Pinillos (2022).

De esta manera, no sólo aspiramos a aportar un diagnóstico en el sentido de identificar y describir la problemática detectada en la fase de ejecución, sino que también compartimos algunas ideas sobre cómo minimizar riesgos, a efectos de que el operador económico cumpla sus prestaciones contractuales, ciñéndose a los compromisos asumidos en su oferta, los pliegos y las especificaciones técnicas, para así garantizar la satisfacción de las necesidades que impulsaron la contratación.

2. Control

El término "control" no tiene un sentido unívoco. Suele usarse en el lenguaje vulgar y corriente en el sentido de dominio o poder sobre cosas, acontecimientos o personas. La Real Academia Española (s.f.) le asigna los siguientes significados: inspección, fiscalización, intervención; mando, dominio. Contrariamente, y éste es el sentido que nos interesa, implica un "… límite al poder o dominio" (Cagnoni, 1996, p. 21).

Es a causa de esta diversidad y oposición de significados que no es posible obtener un concepto único de control, y se han ensayado diversas nociones con distinto alcance, generalmente poniendo énfasis en determinados aspectos, particularmente en la finalidad (Delpiazzo, 2001, p. 9).

Por este motivo, Delpiazzo (2001) entiende conveniente partir de un concepto amplio de control y, en tal sentido, lo define como la "comprobación de regularidad de una función propia o ajena" (p. 9).

2.1 Concepto

Sayagués Laso (1959), sin definir explícitamente el concepto, apunta sobre su finalidad, refiriéndose a los "… procedimientos […] destinados a asegurar que aquélla [la actividad controlada] se realice conforme a derecho y a los principios de buena administración a sus elementos esenciales (información, juicio y efectos)" (p. 437).

Con la mencionada influencia doctrinaria, Frugone Schiavone (1982, pp. 83 y ss.) define el control como la comprobación de regularidad de una función propia o ajena, y de ello extrae dos componentes: 1) la función: tarea, trabajo o actividad; y 2) el conjunto de normas que regulan el desenvolvimiento de la función.

Cajarville (como se citó en Delpiazzo, 2013, p. 278) lo define como la actividad de un órgano que, mediante la formulación de un juicio sobre su objeto —que puede ser la conducta personal, los actos o la gestión de otra persona, órgano o funcionario— culmina en un pronunciamiento cuyos efectos son variados y cuya finalidad es lograr la adecuación de la actividad controlada a las normas jurídicas o a criterios de oportunidad o conveniencia.

Rotondo (2014, p. 463) lo conceptualiza como la actividad intelectual consistente en la apreciación o juicio sobre la actuación, en principio, de otro órgano o funcionario o de un particular.

Delpiazzo (2001, p. 9), siguiendo esa línea, ha establecido que el control de una actividad supone un juicio lógico respecto a si dicha actividad se conforma o no a las reglas que la regulan. En lo personal, prefiero suprimir la expresión "lógico" y mantener solamente la de "juicio" a los efectos de comprender en la actividad de control juicios que no se relacionan con la lógica, como por ejemplo el juicio de razonabilidad o proporcionalidad.

Cagnoni (1996, pp. 25-26) señala como una de las características del control la nota de accesoriedad, ya que el control no es en sí mismo un poder autónomo. Es decir, no tiene sentido el poder de control en sí mismo, sino que siempre va a estar condicionado, va a acceder al ejercicio de un poder activo. Es necesario que exista una actividad a ser controlada y un marco de referencia con el cual efectuar la comparación, a los efectos de comprobar si esa actividad se ajusta a lo previsto o no.

El autor, luego de analizar sendas definiciones en doctrina nacional y comparada, ensaya un concepto descriptivo del control como:

> el poder jurídicamente regulado mediante el cual el órgano controlador, en conocimiento informado debidamente sobre la actividad o los actos emitidos o que se propone emitir el órgano controlado o la conducta de los soportes de los órganos, verificando la relación de conformidad o disconformidad con el ordenamiento jurídico y los principios de oportunidad o conveniencia que de él surgen, emite un acto en el sentido de impedir la emisión o la eficacia de voluntad del órgano controlado, o aprobándola o autorizándola o corrigiéndola por eliminación o rectificación o, en su caso, aplicando una medida respecto de la conducta de los soportes de los órganos. (Cagnoni, 1996, p. 26)

Durán Martínez (s.f.) prefiere una noción de control más esencial y lo define como "… la acción de verificación de la regularidad de una actividad administrativa, con el fin de procurar que los instrumentos que dispone la Administración sean utilizados correctamente" (s.p.).

En la doctrina extranjera, Ivanega (2016) también prefiere un concepto que hace a la esencia del control más que una definición descriptiva. Señala, en tal sentido, que "… la actividad de control, o contralor, tiene un contenido material que se agota en la comprobación de lo hecho con respecto a un patrón" (p. 189).

2.2 Elementos

La exteriorización de la comprobación en el proceso de verificación constituye el juicio al que hace referencia la noción de control y, como tal, integra uno de los tres elementos esenciales que menciona Sayagués Laso (1959, pp. 441 y ss.):[3]

1. los *poderes o medios de información* por los cuales el órgano de control toma conocimiento de la actividad que desarrolla el órgano o funcionario controlado;
2. el *procedimiento de control*, o sea, la forma en la que el órgano de control emite su pronunciamiento, favorable o no, sobre la actividad controlada;
3. los *efectos* y eventual ejecución del juicio de comprobación, en cuanto esté dirigido a la corrección de la irregularidad detectada.

2.3 Estructura[4]

La doctrina describe el proceso de control, identificando un primer *momento preparatorio*, de toma de información acerca del objeto a controlar, para cuyo ejercicio consideramos que no resulta necesaria una atribución expresa de poder. En efecto, se trata de una potestad implícita, necesaria para el cumplimiento de su cometido. Por el contrario, las limitaciones a dicho poder deben surgir de disposiciones expresas. Este poder incluye medidas como requerir informes o copias de resoluciones u otros documentos, examinar expedientes, efectuar inspecciones o auditorías, practicar arqueos, realizar investigaciones con fines informativos, etc.

Una segunda etapa es el *momento nuclear*, en el que se emite el juicio acerca de si la actividad controlada se ajusta o no al marco regulatorio, a los principios o incluso al mérito. Preferimos hablar de momento nuclear y no "lógico", porque no siempre el juicio de comprobación tiene que ver con la operación lógica del silogismo de subsunción.

El juicio de conformidad, ante una situación de tensión entre derechos, será desplegado de acuerdo con el *bloque de convencionalidad* una interpretación *desde* o "conforme" a la Constitución. En el desarrollo de este razonamiento, la técnica de la *ponderación* —no sólo subsunción— es la herramienta que caracteriza el juicio.

Un primer paso del razonamiento es la *armonización*, mediante la cual se salvaguarda el '*contenido esencial*' del derecho. El segundo paso es el denominado '*triple test*' de *adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*.

En este proceso de juicio de *razonabilidad*, cabe destacar las pautas interpretativas aplicables cuando están en juego derechos humanos, tales como la pauta a favor de

3 Cfr. Delpiazzo (2001, p. 10).

4 Seguimos, al respecto, a Delpiazzo (2013, pp. 279-280), con alguna precisión.

la persona (*pro homine*), la interpretación extensiva de derechos, la interpretación restrictiva de limitaciones, la directriz de preferencia, esto es, la interpretación más protectora de la libertad y de la víctima y la directriz de preferencia de normas, es decir, escoger la norma más favorable al derecho con independencia del nivel jerárquico (Risso Ferrand, 2008, pp. 30-31).

Finalmente, puede aparecer un *momento conminatorio*, que es de carácter *eventual*; una fase que se dará sólo si el juicio es negativo y, por lo tanto, deberá ser seguido de medidas tendientes a la corrección o eliminación de la irregularidad o desvío constatado. En esta etapa de ejecución del control, las medidas a adoptar dependen del medio de control, a saber: detener la formulación o eficacia del acto, otorgar una autorización o aprobación, disponer una intervención preventiva, deteniendo temporalmente la ejecución del acto, o resolver la extinción del acto mediante su anulación, o de sus efectos —revocación— o disponer la sustitución, así como establecer una corrección disciplinaria o sancionatoria, o, en su caso, entablar la denuncia a otro órgano competente.

2.4 Clasificación y tipos

Cagnoni (1996, p. 42) ha propuesto clasificar el control a partir de dar respuesta a las siguientes interrogantes:[5]

¿*Quién* controla?, lo que nos ubica ante el órgano controlador y su posición institucional.

¿*Qué* se controla?, la respuesta a esta pregunta nos dirige al objeto del control, que puede ser genérico (gestión) o individual (un acto), de juridicidad o de mérito, y a su alcance (sobre personas o actos).

¿*Cómo* se controla?, nos remite al procedimiento, ya sea impulsado de oficio o a solicitud de parte.

¿*Cuándo* se controla?, obviamente refiere a la incidencia de la variable tiempo, esto es, si la actividad de control es anterior, concomitante o posterior a la actividad controlada.

¿*Para qué* se controla?, nos conduce a considerar la finalidad del control. Y aquí podemos distinguir el control *obstativo* (cuando se limita o impide el accionar del órgano controlado) o *autorizante o aprobatorio* (cuando se autoriza o aprueba el accionar del órgano controlado), y el control *correctivo o represivo*, tendiente a corregir el actuar incorrecto del órgano controlado y que puede tener modalidades de diferente intensidad o alcance: *anulatorio, revocatorio y sustitutivo*.

A partir de la respuesta a las interrogantes planteadas, los procedimientos de

5 Cfr. Delpiazzo (2001, p. 13).

control, que tienen la misma finalidad —comprobar la regularidad de una determinada actividad o conducta—, pueden clasificarse según distintos criterios, útiles para su caracterización y para la determinación de su régimen jurídico (Cagnoni (1996, pp. 4 y ss.):[6]

1. *Según la naturaleza del órgano de control*, cabe distinguir: el control *parlamentario*, ejercido por los órganos legislativos; el control *administrativo*, confiado a los órganos administrativos; el control *jurisdiccional*, encomendado a los órganos jurisdiccionales en general; el control *mixto*, en el que intervienen varios órganos de distinta naturaleza; y el control *popular*, ejercido por el pueblo directamente.
2. *Según la índole del acto de control*, podemos destacar el control *legislativo*, que se manifiesta mediante el dictado de leyes; el control *administrativo*, que se expresa a través de actos administrativos; y el control *jurisdiccional*, cuyo medio de expresión es la sentencia.
3. *De acuerdo con la oportunidad*, podemos distinguir el control *previo*, *concomitante* o a *posteriori*, que, respectivamente, se lleva a cabo antes o durante el proceso de formación del acto o después para que este despliegue sus efectos.[7] También la consideración del factor tiempo permite clasificar el control como *permanente* u *ocasional*.
4. *Según el objeto de control*, cabe diferenciar el control *de legalidad*, que persigue que la actividad controlada se ajuste a las normas jurídicas que la regulan, y el control *de mérito*, destinado a apreciar la oportunidad y conveniencia de los actos del órgano controlado.[8]
5. *De acuerdo con su alcance*, el control puede recaer sobre las *personas*, o sea, sobre la conducta de los funcionarios del órgano controlado o sobre la *gestión o los actos*, abarcando actos y actividad propios de este.
6. *De acuerdo con la posición institucional del órgano de control*, podemos distinguir dos subtipos o clasificaciones:
   a. el control *interno*, que es el ejercido por dependencias pertenecientes a la misma Administración controlada (por ejemplo, Auditorías Internas); y el control *externo*, confiado a órganos ajenos a la Administración controlada y muchas veces especialmente creados para esa función.
   b. el control *vertical*, derivado de órganos vinculados jerárquicamente; y el control *horizontal*, en cuyo caso los órganos —controlante y controlado— se hallan en una situación de equiordenación.
7. *De acuerdo con la forma de impulsión*, el control será: *de oficio*, cuando se inicia por el órgano controlador; *a instancia de parte*, si es necesario que un interesado inicie

---

6 Delpiazzo (2001, pp. 11 y ss.) y Vázquez (2010, pp. 289-290).

7 También puede verse en Ivanega (2016, pp. 101 y ss.).

8 Ibidem, pp. 109-110.

el procedimiento —por ejemplo, quien deduce un recurso—; y *obligatorio,* que se desenvuelve necesariamente en el momento oportuno.[9]

8. Vázquez (2010, p. 290) agrega un nuevo criterio de clasificación, que *atiende a la función sobre la que recae el control*, según sea ella administrativa, legislativa o jurisdiccional, resultando las categorías respectivas de control administrativo, legislativo y jurisdiccional.
9. Por su parte, Ivanega (2016, pp. 110-112) agrega el *control de gestión*, que, según expresa, es una modalidad que permite introducirse en la verificación y análisis de fines y objetivos.

3. Control de la ejecución contractual

Es absolutamente esencial que las entidades públicas velen por el mantenimiento de los términos en los que se acordó la adjudicación de un contrato en la etapa de ejecución. Para ello, es fundamental que se acredite en el expediente el cumplimiento de las condiciones que rigieron la contratación y que, en el caso de que se aprueben modificaciones contractuales —cuando ello es legalmente admisible—, así como cesiones o subcontrataciones, resulte posible conocer estas circunstancias a través de su publicidad, para así garantizar la transparencia.

En efecto, la verificación del cumplimiento de las condiciones estipuladas en el contrato es un requisito necesario para controlar la correcta ejecución, asegurar la eficiencia del gasto público y garantizar la igualdad de trato de los licitadores que participaron en el proceso. Si no se comprueba que el contratista cumplió con las condiciones de su oferta (plazos, mejoras, adscripción de medios personales) y que se respetaron las condiciones especiales de ejecución previstas en los pliegos, se discrimina de hecho a aquellos licitadores que presentaron su oferta ajustada a las exigencias de los pliegos y se afectaría también la calidad de las prestaciones contratadas (Andreu Pinillos, 2022).

4. Riesgos en la fase de ejecución de los contratos públicos

La vida de un contrato, es decir, el despliegue de sus efectos, empieza con su formalización. Su supervisión es deber de la Administración.

El control preventivo de riesgos se presenta como una función nuclear en el nuevo contexto socioeconómico, en el que la contratación pública es un elemento clave de transformación y, en particular, en la forma en la que se van a ejecutar los contratos (Gimeno Feliu, 2021).

9 *Ibidem*, pp. 108-109.

La complejidad en la ejecución de la contratación pública deriva fundamentalmente de distintos grados de incertidumbre, y es en este espacio donde emergen los posibles riesgos ligados a la contratación, previsibles o no, pero que pueden poner en peligro el objeto de esta, sus costos, plazos, alcance, calidad e incluso otros aspectos transversales, como la integridad y transparencia del proceso.

Podemos identificar *irregularidades recurrentes* en la ejecución de los contratos públicos, a saber: condiciones especiales de ejecución; tramitación de expedientes por urgencia sin reunir tales condiciones; fraccionamiento irregular vía contratos menores; prórrogas tácitas y continuidad de la prestación del servicio sin cobertura contractual; incumplimientos en la ejecución del contrato, sin justificación de las causas y sin imposición de penalidades; omisión de las medidas adecuadas para detectar y solucionar los posibles conflictos de intereses; debilidades en la función fiscalizadora y de control interno; entre muchas otras.

También se evidencian *riesgos contrarios a la integridad* de carácter general y sectorial en la fase de ejecución del contrato. Entre los generales, podemos mencionar los ciberataques y las fugas de información, así como el escaso control del clausulado social, ambiental y ético, tan trascendente en la época actual. Los sectoriales dicen relación con problemas propios de cada sector.

Especial interés revisten los riesgos vinculados a la inadecuada gestión de los *conflictos de intereses y prácticas colusorias*, como, por ejemplo, las irregularidades derivadas de la no detección de los conflictos de intereses reales, potenciales y aparentes.

Puede suceder que la inadvertencia de un conflicto de interés en la oportunidad correspondiente determine una modificación indebida del contrato, obteniendo así, en fase de ejecución del contrato, una prestación diferente o deficiente.

Asimismo, una inejecución total o parcial de una obligación como consecuencia de un conflicto de interés conlleva una deficiente e incompleta ejecución del contrato; o la autorización de prórrogas no previstas, consecuencia de un conflicto de interés, lo que se traduce en una ejecución extemporánea del contrato (fuera del plazo legal previsto al efecto); o la omisión de identificación de una causa de resolución del contrato por ausente o insuficiente control de la ejecución del contrato como consecuencia de un conflicto de interés.

Asimismo, es común advertir riesgos por *obsolescencia legal y tecnológica*. Desconocer el marco normativo aplicable a la decisión determina, con inusitada frecuencia, una ejecución deficiente del contrato que perjudica en forma ineludible la satisfacción de la necesidad que se pretendía conseguir con la celebración del contrato.

A los efectos de una detección temprana de riesgos como los que vienen de señalarse como meros ejemplos, es necesario identificar *indicadores de riesgo*, que deben aplicarse al momento de la valoración de las ofertas.

Durante la ejecución de los contratos, es necesario mejorar la seguridad de los sistemas de la información de nuestras instituciones a través de la prevención y de-

tección de los riesgos de ciberataques, mediante la promoción de una cultura de seguridad, integridad y buenas prácticas en el uso de las nuevas tecnologías.

Las fugas de información en la fase de ejecución de un contrato, cuando la Administración externaliza sus servicios (gestión o recaudación tributaria, gestión de multas de tránsito, etc.), suelen ser debidas a una falta de regulación de las obligaciones y derechos del responsable y encargado del tratamiento. Regulando las obligaciones de las partes en los pliegos, se establecen límites y responsabilidades en el uso de la información, permitiéndole a la Administración contratante tener un control de las funciones asignadas en el uso de la información y que ese uso se realice de manera segura.

En aras de la seguridad de la información y de garantizar la confidencialidad de las actuaciones, el personal tiene el deber de secreto de los datos, las informaciones y los documentos que conozca en el ejercicio de sus funciones. Asimismo, deberá mantener la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozca, sin que se pueda hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público, salvo que la información se facilite en virtud de requerimiento judicial.

A este respecto, el planteo de esta obligación como deber ético o incluso jurídico no parece ser suficiente, habida cuenta de las fugas de información más que frecuentes que evidencia la realidad. Es por ello que podría pensarse en la obligatoriedad de una declaración jurada de confidencialidad al momento de la incorporación de los funcionarios a la Administración, cuya violación compromete no sólo la responsabilidad disciplinaria del infractor, sino también la penal.

Asimismo, es frecuente el riesgo al que se exponen las autoridades llamadas a decidir, por ocultación de información relevante para la toma de decisiones o incluso derivado de la falta de transparencia o de *transparencia cosmética*.

La falta de transparencia o la publicidad de datos incompletos o "maquillados" durante la vida de un contrato puede acarrear graves consecuencias en la fase de ejecución, por ejemplo, el riesgo de impedir el control democrático al no rendir debida cuenta a la ciudadanía, el riesgo de ocultar información necesaria a los órganos de control (interno y externo), el riesgo de descoordinación con otras entidades públicas cuya intervención es necesaria, el riesgo de desaprovechar sinergias con la ciudadanía y los operadores económicos en detrimento del interés general, el riesgo de publicar "por cumplir" sin rigor, incurriendo en una transparencia cosmética, el riesgo de ocultación de situaciones de conflicto de interés.

Podemos destacar otros riesgos derivados muy graves que, si no hacen fracasar los procedimientos competitivos, terminan por afectar severamente la ejecución de los contratos, a veces haciéndola imposible, como son *la falta de planificación o la inadecuada previsión en los pliegos*.

La inexistente o insuficiente planificación de su actividad contractual por cada

organización conlleva un gasto improvisado y poco acorde con las necesidades reales de las prestaciones a contratar y ejecutar, pudiendo incurrir en las siguientes prácticas contrarias a la integridad:

- Abuso de las contrataciones directas, así como mal uso de las causales de excepción.
- Fraccionamiento fraudulento del objeto contractual.
- Prórrogas no previstas, que evidencian la falta de planificación de las nuevas licitaciones ante el inminente vencimiento de los contratos; los denominados *contratos chicle.*
- Contratación verbal: facturas sin contrato que las soporte.
- Concatenación de contratos menores y otros tipos de fraccionamiento ilícito del objeto del contrato.

Los riesgos generales *inherentes a la estructura*, régimen jurídico e idiosincrasia de cada organización pueden variar en cada una de ellas. No obstante, entre los factores más comunes se pueden destacar los siguientes:

- Relaciones inapropiadas con el personal empleado público, así como con los proveedores o clientes.
- Insuficiencia de recursos económicos, técnicos, humanos y organizativos.
- Falta de experiencia o de formación, posibles presiones en el ambiente laboral.
- Inadecuada supervisión de los procedimientos y su ejecución.
- Falta de transparencia en la toma de decisiones.
- Falta de compromiso de los órganos de dirección y de gobierno, etcétera.
- Los riesgos *propios de la fase de ejecución*, también de carácter general, pueden ser:[10]
- Modificaciones del contrato sin estar legalmente prevista esta posibilidad, introduciéndose prestaciones que no tienen que ver con el objeto del contrato.
- Inejecución total o parcial de una obligación o variante comprometida.
- Prórroga de contratos sin estar prevista, alterando la duración del contrato como elemento esencial.
- Fugas de información confidencial durante la ejecución de un contrato.
- Autorizar pagos irregulares o injustificados generando sobrecostos.
- Desconocer o no actuar ante cambios subjetivos del contratista (cesiones o subcontrataciones no autorizadas).
- No exigir responsabilidades por incumplimiento.
- Utilización indebida o abusiva del fraccionamiento.
- Ausencia de profesionalización.

10 Para una enumeración de los riesgos en la fase de ejecución, puede verse el completo trabajo de Leiza Zunino (2025, en particular pp. 180-185).

Asimismo, pueden mencionarse otros factores de riesgo contingentes en fase de ejecución que provienen de etapas anteriores:

- Diseño oscuro, incompleto o "a medida" de la documentación preparatoria de un contrato.
- Preparación de contratos ajenos a la planificación anual, innecesarios, inidóneos o perjudiciales.
- La huida de la contratación a través de convenios ilegales.
- Prestación de servicios contratados una vez finalizado su plazo máximo de vigencia y sin amparo contractual, incumpliéndose las normas de contratación de las Administraciones públicas y estando prohibida su prórroga tácita.

Específicamente en la *fase de control* pueden identificarse otros riesgos, tales como:

- Insuficiente y/o inadecuado control interno.
- Ausencia de comprobación material de la inversión con constancia documental.
- Omisión de fiscalización en expedientes de contratación. Falta de previsión de sistemas de control posterior interno. Ausencia de auditoría analítica.
- Falta de comunicación o coordinación de los órganos de control.
- Ausencia de control del cumplimiento del código ético y de las medidas anticorrupción de la organización.
- Ausencia de un canal de denuncias/alertas/sugerencias.
- No exigir responsabilidades a quien incurra en prácticas irregulares, fraudulentas o corruptas o facilite su materialización.
- Abrir la puerta al uso generalizado de la contratación de emergencia. Este tipo de tramitación, unido a la supresión de la fiscalización previa y su sustitución por el control financiero posterior, habilitado en épocas de pandemia, puso de manifiesto las debilidades de nuestras instituciones, generando un escenario favorable para la corrupción y malas prácticas en el ámbito contractual: malversación de fondos, suministro de bienes por precios superiores, intermediarios/comisionistas, fraudes, retrasos injustificados, suministros defectuosos; falta de controles del cumplimiento de los requisitos mínimos de habilitación profesional, calificación y solvencia del licitador; la no realización de un estudio de mercado previo de los productos a adquirir, entre muchas otras.

Parece olvidarse que la tramitación de emergencia no excepciona en la fase de ejecución el cumplimiento de los principios de publicidad, transparencia, eficiencia, eficacia y fiscalización por parte de los órganos de control correspondientes, así como el cumplimiento de los requisitos establecidos para ser adjudicatario de un contrato.

5. Algunas guías prácticas

La *gestión sistemática del riesgo*, incluyendo identificación, evaluación, tratamiento y seguimiento, es una herramienta adecuada, en tanto permite la medición del desempeño y detecta aquellas debilidades del sistema que necesitan de una nueva forma de ser tratadas, así como el establecimiento en todo el proceso de contratación de medidas preventivas para mitigar o incluso eliminar esos riesgos (Andrew Pinillos et al., 2022).

En el marco del ejercicio de la función de control, se debe llevar a cabo de manera exhaustiva la *acreditación documental* —mediante las certificaciones de ejecución satisfactoria— de las conformidades a las facturas correspondientes, las memorias de liquidación del contrato o devoluciones de garantía, la tramitación de las penalidades por demoras o incumplimientos en la prestación, etcétera.

Todos estos trámites, con sus correspondientes acreditaciones documentales, deben formar parte también del expediente de contratación y tener la misma visibilidad, así como reflejarse en las plataformas de contratación del conjunto del sector público, que contienen todo el trámite con las condiciones y requisitos de la fase de licitación y adjudicación.

Entre las recomendaciones más frecuentes ante los riesgos que vienen de describirse, cabe destacar la de aprobar *programas de integridad* o *compliance* que incluyan planes de gestión de riesgos de incumplimientos, prevención del fraude y la corrupción en la contratación pública, que deberían ser aprobados con una visión integral.

Los *principios de transparencia y de integridad institucional* en el sector público, sin duda, coadyuvarán a implementar planes de gestión de riesgos preventivos en las entidades públicas destinados a detectar irregularidades, fraude y conflictos de intereses en la gestión de los fondos públicos.

Por su parte, los pliegos deberán contener *penalidades contractuales* vinculadas al incumplimiento de las distintas obligaciones o hitos de resultados. En tal sentido, el ordenamiento jurídico uruguayo establece el *contenido mínimo* a ser incluido en los denominados *pliegos estándar*, figurando:[11] "3) Las condiciones económico-administrativas del contrato y su ejecución, en particular, lo concerniente a pautas para la evolución de precios y forma de pago. 4) Las acciones y penalidades derivadas de la eventual falta de cumplimiento del contrato".

Además, los conflictos deben resolverse de forma rápida, para lo que resulta muy útil el *arbitraje*, que garantiza mayor seguridad jurídica y evita una ritualidad innecesaria, sino perjudicial, en la ejecución de estos fondos.

Por otra parte, los órganos de contratación deberán asegurar el cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución y podrían obligar a los licitadores a in-

11 Artículo 47 del TOCAF en la redacción dada por la reciente Ley 20212, de 6 de noviembre de 2023.

cluir, junto con sus ofertas —pudiendo ser excluidos de la licitación de no hacerlo—, el compromiso de suscribir un programa/plan de cumplimiento y prevención del fraude y corrupción con el objetivo de prevenir y luchar contra el mencionado flagelo, las actividades delictivas y las distorsiones de la competencia.

La ejecución del mecanismo debe llevarse a cabo de conformidad con el principio de *buena gestión financiera*, que abarca la prevención y el enjuiciamiento efectivo del fraude, incluido el fraude fiscal, la evasión fiscal, la corrupción y los conflictos de intereses (en el fondo, preservando el principio de integridad) (Miranzo Díaz, 2020).

Por otra parte, la *calidad* tiene que llegar a la ejecución de los contratos públicos. La redacción de los instrumentos para la licitación de los contratos públicos es extremadamente importante para determinar cuáles son los *estándares de calidad* que se quieren conseguir por parte de esa entidad del sector público, una determinación que indica cuál es la percepción de la necesidad pública y cuáles son los objetivos generales que se pretenden conseguir.

Las ventajas de *asegurar la calidad* en la contratación pública son muchas. La calidad es útil:

1. en el momento de la planificación, para decidir, entre otros, qué tipo de procedimiento se utiliza, cuál es el objeto del contrato y cuál es su valor estimado;
2. en la admisión de los licitadores, para exigir criterios cualitativos en cuanto al personal y condiciones de la empresa;
3. en la determinación de los estándares técnicos que incorpora, con una adecuada valoración de las ofertas;
4. en la adjudicación, para dar una puntuación más alta a aquellos que presenten una oferta mejor cualitativamente, de acuerdo con los elementos que se hayan definido previamente, o los de mejora continua (calidad total) o aseguramiento de la calidad a través de las Normas ISO;
5. en la ejecución, para la monitorización y vigilancia de esta fase, imponiendo penalidades y otorgando, en su caso, premios por cómo se ejecuta y, con posterioridad, obteniendo enseñanzas para ulteriores procedimientos de contratación pública.

Pero hay una idea de la que tenemos que partir: *los pliegos, por muy buenos que sean, sólo son papel*. Es en la ejecución del contrato donde debemos examinar cómo se están cumpliendo los objetivos que se dibujaron en los pliegos.

Ahora bien, ¿quién vigila el cumplimiento del contrato y quién se hace responsable? Dos cuestiones distintas pero interrelacionadas.

La doctrina suele mencionar *tres órganos para el control de la ejecución*, lo que debe ser garantía de una completa verificación: la *unidad encargada del seguimiento y ejecución* ordinaria del contrato, la figura del *responsable del contrato* (Leiza Zunino, 2025, p. 185), que en España es obligatoria a partir de la LCSP, Ley de Contratos del Sector Público, artículo 62, y los órganos de contratación.

En Uruguay, la entidad licitante debe controlar la ejecución de los contratos que celebra. La Agencia Reguladora de Compras Estatales (ARCE), además de sus funciones de asesoramiento al Poder Ejecutivo y a las entidades estatales, en general administra el Registro Único de Proveedores del Estado (RUPE), que es donde se inscriben los eventuales incumplimientos de los contratistas del Estado. El mencionado Registro elabora guías para la contratación de bienes y servicios, con la finalidad de promover la adopción de estándares técnicos que permitan comparar con objetividad niveles de calidad, costos y eficiencia, para así procurar un adecuado control de la ejecución y un correcto cumplimiento de los contratos; elabora y difunde documentación y pautas técnicas en materia de adquisición de bienes y servicios; diseña programas de capacitación, en especial en aspectos vinculados a la elaboración y aplicación de normativa especializada, a la aplicación de las mejores prácticas y a la identificación y mitigación de riesgos en los procedimientos administrativos de contratación y de ejecución de contratos; impone las sanciones de advertencia, multa, ejecución de garantía de mantenimiento de la oferta o de fiel cumplimiento del contrato y suspensión ante incumplimiento de proveedores; desarrolla y mantiene la plataforma electrónica que permite el seguimiento y control de la ejecución de las contrataciones que efectúen las administraciones públicas estatales, proponiéndole al Poder Ejecutivo los lineamientos técnicos a los efectos de su reglamentación. Asimismo, con la finalidad de proteger el interés general, puede supervisar la correcta ejecución de los contratos que se celebren en el ámbito de la Administración central o en el marco de los convenios celebrados con entes autónomos, servicios descentralizados y Gobiernos departamentales, personas públicas no estatales y personas de derecho privado que administran fondos públicos.

No existe en Uruguay la figura del *responsable del contrato*, pero parece conveniente consagrarla, para supervisar su ejecución y para adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias, con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que la ley o los pliegos le atribuyan.

Otra cuestión trascendente para prevenir riesgos en la fase de ejecución es la exigencia jurídica de determinados requisitos para ofertar. El Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF) uruguayo contiene una serie de prolijos preceptos dedicados al contratista y los requisitos que se le exigen para poder participar. Se establecen requisitos de solvencia económica y de solvencia técnica, lo que se verifica con la inscripción en el RUPE. Ahora bien, tales elementos son meramente indicios de la aptitud del contratista para poder ejecutar el contrato, razón por la cual en la etapa de ejecución deben implementarse los controles necesarios para asegurar la inexistencia de desvíos.

Cabe preguntarse acerca de la eficacia de la inscripción en el registro de los incumplimientos contractuales en los que han incurrido las empresas contratistas. ¿Es suficiente la prohibición de contratar cuando se tienen antecedentes negativos? O, de otro lado, ¿es justo mantener la prohibición *sine die*?

Por otra parte, puede ocurrir que, cuando se obtenga una resolución que constate la incapacidad de quien contrata con la Administración para ser un buen contratista, ésta no tenga virtualidad, ya que, durante el tiempo que se tarda en tramitar, el contratista sigue licitando y ganando contratos.

El ordenamiento jurídico uruguayo ha intentado dar solución a estos problemas, en cuanto ordena comunicarle al Registro todos los hechos que se consideren relevantes referidos a la ejecución de contratos y, en caso de suspensión o eliminación resuelta por cualquier Administración pública, la ARCE puede hacerla extensiva para todos los organismos contratantes, previa vista a los proveedores involucrados.[12]

Por otro lado, no es razonable mantener por tiempo indefinido el *antecedente negativo registrado*, máxime cuando se trata de incumplimientos leves. Nuestro ordenamiento también procuró tímidamente resolver esta cuestión, estableciendo como criterio de valoración en oportunidad de la evaluación de las ofertas que debían tenerse en cuenta, entre otros aspectos, el tipo de sanción, así como el tiempo transcurrido desde su imposición.[13]

Estas insuficientes medidas paliativas de los riesgos puestos de manifiesto evidencian que ha llegado el momento de adoptar medidas de control más eficientes en la fase de ejecución. Los órganos de contratación deben establecer condiciones especiales en relación con la ejecución, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato y que no sean directa o indirectamente discriminatorias, que sean compatibles con el derecho y que se indiquen en la convocatoria de licitación y en los pliegos.

La relevancia de estas condiciones especiales de ejecución viene dada no sólo por la posibilidad de que los pliegos puedan establecer penalidades en caso de su incumplimiento, sino por la posibilidad de atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales. Incumplimiento que, cuando no se tipifique como causa de resolución del contrato, podrá ser considerado en los pliegos, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave.

Asimismo, cada entidad, en el marco de su potestad de autoorganización, podrá establecer en los respectivos pliegos diferentes vías que garanticen la adecuada ejecución del contrato —para así cumplir con las finalidades de interés público asignadas— y que respondan al nuevo modelo de contratación estratégica, entre ellas, el establecimiento de canales de información interadministrativa, sin los cuales difícilmente puede existir control.

12 Artículo 76 del TOCAF.

13 Misma disposición.

6. Reflexiones finales

Con demasiada frecuencia situamos el foco del contrato en la elaboración del expediente de contratación, redactamos magníficos pliegos tanto administrativos como técnicos, imponemos múltiples obligaciones y requisitos que deben concurrir en la ejecución del contrato; pero, una vez adjudicado, celebramos el contrato, lo entregamos al adjudicatario y no volvemos a preocuparnos de este hasta que se produce algún grave incumplimiento que nos encuentra escasamente armados.

Para marcar un nuevo modelo de gobernanza de la actividad contractual del sector público, es necesario diseñar múltiples mecanismos de control, algunos novedosos y otros incorporando alguna modificación sobre los ya existentes, pero todos ellos orientados al mismo fin: garantizar la calidad de los servicios afectados por dicha actividad contractual.

La ejecución de los contratos públicos es una fase clave en el proceso de contratación, pues con esta se logra la satisfacción de las necesidades que justificaron la existencia misma del contrato; sin embargo, la experiencia nos dice que no existe la cultura del control de la ejecución del contrato, o al menos no en la medida necesaria (Ortiz Espejo, 2022).

La responsabilidad de la Administración no finaliza en la adjudicación, sino que, tras la firma del contrato, comienza una nueva etapa en la que se deben extremar las responsabilidades *in vigilando.*

Por lo demás, de la calidad en la ejecución del contrato se pueden extraer muchas enseñanzas para licitaciones venideras. Eso también es buena administración.

Esto nos plantea una realidad que no debe hacernos olvidar que la calidad cuesta, sobre todo porque la falta de calidad es un resumidero de dineros públicos.

Una ejecución incorrecta, una verificación y control parcial o deficiente ponen en cuestión principios y objetivos como el gasto eficiente, la transparencia, la integridad, la igualdad de trato y la buena administración, entre otros (Ortiz Espejo, 2022), que no es admisible y se debe combatir mediante eficientes medidas de control.

Bibliografía

Andreu Pinillos, J. C. (2022). La figura del "project management" en la ejecución de los contratos públicos. En Ortiz Espejo, D. (Dir.), *El control en la ejecución de los contratos públicos.* Thompson Reuters Aranzadi.

Cagnoni, J. A. (1996). *Introducción a la Teoría del Control*. Editorial Universidad.

Delpiazzo, C. (2001). *Desafíos actuales del control*. Fundación de Cultura Universitaria.

Delpiazzo, C. (2013). *Derecho Administrativo General* (Vol. 2). Amalio M. Fernández.

Durán Martínez, A. (s.f.). *Control de la actividad administrativa* (inédito; por gentileza del autor).
Fernández García, J. F. (2023). *Los conflictos en la ejecución de los grandes contratos administrativos* La Ley.
Frugone Schiavone, H. (1982). *La actividad financiera del Estado*. FCU.
Gimeno Feliu, J. M. (2021). Los fondos europeos "Next Generation" como elemento de transformación de la gestión de la contratación pública: hacia una nueva cultura funcional y no formal. *Revista española de Derecho Administrativo*, (214), Estudios 2.
Ivanega, M. (2016). *Control Público.* Astrea.
Leiza Zunino, P. (2025). *Impacto del Compliance en la Contratación Pública*. BdeF.
Miranzo Díaz, J. (2020). *Hacia la configuración de una estrategia eficiente de integridad en la contratación pública*. Aranzadi.
Ortiz Espejo, D. (2022). El control en a ejecución de los contratos públicos. Aranzadi.
Ortiz Espejo, D. *Algunas propuestas sobre la mejora del control en la ejecución de los contratos públicos*. https://dialnet.unirioja.es › servlet › articulo
Real Academia Española (s.f.). Control. *Diccionario de la lengua española*. https://dle.rae.es/control
Risso Ferrand, M. (2008). *Algunas garantías básicas de los derechos humanos.* Fundación de Cultura Universitaria.
Rotondo, F. (2014). *Manual de Derecho Administrativo.* Fundación de Cultura Universitaria.
Sayagués Laso, E. (1959). Tratado de Derecho Administrativo (Tomo II). Fundación de Cultura Universitaria.
Vázquez, C. (2010). La actividad de control. En Delpiazzo, C. (Coord.), *Transformaciones actuales del Derecho Administrativo* (pp. 283-300). FCU.

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.

Derecho Administrativo en el Estado Constitucional
N° 2 (octubre de 2026): 51-84

Administraciones públicas y control de convencionalidad: retrospectivas y perspectivas a 20 años del caso *Almonacid*

Public Administrations and Conventionality Control: Retrospectives and Prospects 20 Years after the "Almonacid Case"

Pablo Gutiérrez Colantuono[1]
Universidad Nacional del Comahue

Sumario

1. Introducción
2. Breve advertencia
3. Historicidad del control de convencionalidad
4. Margen de apreciación estatal y control de convencionalidad
5. Argentina y los casos con condena expresa a realizar el control de convencionalidad
6. El control de convencionalidad es ante todo una obligación estatal y una garantía de las personas
7. Proyecciones en las Administraciones públicas
7.1 Juridicidad globalizada
7.2 Juridicidad y derechos humanos
7.3 Tutela administrativa efectiva
7.4 Actividad administrativa sancionadora
7.5 Proyecciones sobre las relaciones entre terceros e impactos en el deber de prevención estatal

1 Doctor en Derecho. Profesor visitante en universidades Iberoamericanas, Reino Unido e Italia. Director de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Comahue. Expresidente de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Integrante del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Autor de libros y artículos de su especialidad. Reside en Neuquén, Patagonia argentina, lugar en que desarrolla su actividad profesional.
drpablogutierrez@gmail.com
https://orcid.org/0009-0001-2566-2401

8. Inteligencia artificial y derechos humanos
9. Recapitulación

Recibido: 29/07/2026
Aceptado: 31/08/2026

https://doi.org/10.26422/daec.2026.0200.gut

Resumen
El control de convencionalidad propio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos tiene profundas proyecciones en la actividad de las Administraciones públicas. El principio de juridicidad se ha visto ampliado, al tiempo que la actividad administrativa se encuentra atravesada por la tutela administrativa efectiva. El control de convencionalidad interno expresa el deber de prevención, el cual se concreta mediante la regulación, el control y la fiscalización estatal.
Palabras clave: control de convencionalidad, derechos humanos, administraciones públicas, prevención administrativa, tutela administrativa efectiva, juridicidad, regulación.

Abstract
The conventionality control characteristic of the Inter-American Human Rights System has profound implications for the activity of public administrations. The principle of legality has been broadened, while administrative activity is now permeated by the principle of effective administrative protection. Internal conventionality control expresses the duty of prevention, which is given concrete effect through state regulation, control, and oversight.
Key words: conventionality control, human rights, public administrations, administrative prevention, effective administrative protection, legality, regulation.

1. Introducción

El control de convencionalidad ha recorrido 20 años desde la primera vez que se fijó como regla por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en el caso conocido como *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*.[2] Un buen tiempo ha pasado ya desde tal decisión para permitir realizar un análisis crítico en retrospectiva y perspectiva del control de convencionalidad interno (en adelante, CCI) como herramienta del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH). Lo haré con especial indicación al impacto en la actividad de las Administraciones públicas, en tanto una de las autoridades estatales obligadas dentro del marco convencional internacional de los derechos humanos.

2 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, 26.9.2006.

2. Breve advertencia

Me interesa analizar el CCI con especial referencia al derecho administrativo y, muy especialmente, al impacto que puede acaso generar en los derechos y garantías de las personas, por una parte, y en la actividad y la organización de las Administraciones públicas, por la otra. Este es el aporte que hace tiempo intento realizar. Tomo así cierta distancia de algunas discusiones que se han centrado mayoritariamente en los denominados diálogos judiciales entre las jurisdicciones internas y la Corte IDH. A mi criterio, ello ha provocado una mirada un tanto distractiva de la competencia preventiva que tienen las Administraciones públicas en materia de derechos humanos. Se trata, por cierto, de una función o mandato convencional y constitucional novedoso. Es desde esta perspectiva, al menos en mi mirada, que debiera principalmente posarse la atención: la prevención administrativa desde los derechos humanos como expresión del mandato de prevención ya general de las Administraciones públicas.

En tal contexto, el CCI no es ni debe ser tematizado como una herramienta autosuficiente única o aislada en la búsqueda de posibles conectores que brinden consistencia a la relación interna e internacional en materia de derechos humanos. Asumo al CCI como una herramienta más que, integrada con otras tantas (el efecto útil, la interpretación consistente, la buena fe, la complementariedad), tracciona de manera complementaria hacia el cumplimiento espontáneo de las obligaciones asumidas por los Estados, de manera tal de quitarle el foco al CCI desde las tensiones que este pueda acaso generar, al tiempo de maximizar su uso como herramienta preventiva de los derechos humanos.

Oportuno resulta recordar que el SIDH y sus obligaciones estatales tienen por finalidad promover, asegurar, garantizar y, llegado el caso, restablecer y/o reparar los derechos humanos previstos en el sistema. En tal mirada siempre remarco la necesidad de acudir a enfoques de derechos y no de poderes (competencias públicas) en la materia. Analizarlo desde la perspectiva estatal con la mirada puesta en relación con la soberanía de los Estados (permítaseme aquí incluir argumentaciones vinculadas al orden público interno, margen de apreciación, entre otros) antes que en relación con las obligaciones estatales de efectivizar los derechos como base y explicación del sistema orgánico de poder puede acaso ocultar una manera solapada de disminuir o bien cancelar el control estatal que supone haber asumido determinadas obligaciones internacionales. Ciertamente, no se trata de dejar de lado construcciones que, a su vez, son utilizadas por las propias instancias decisoras internacionales regionales (algunas de ellas, más frecuentemente en el Sistema Europeo de Derechos Humanos). Sin embargo, estas no pueden ser utilizadas para justificar la negatoria a realizar el debido control convencional ya en el plano internacional. Postular como regla general que ello es posible podría acaso convertirse en un escudo protector de inmunidad de los propios Estados parte.

3. Historicidad del control de convencionalidad

Seré breve en esta parte ya que mucho y de buena calidad se ha escrito sobre el tema. Un notable proceso evolutivo histórico se observa desde la creación del CCI. Y es esto lo que primero remarcaré: expresamente no previsto en el Pacto de San José de Costa Rica (en adelante, PSJCR) emerge de la interpretación efectuada por el tribunal regional en materia de derechos humanos con base en el principio evolutivo.[3] Ello, con la finalidad, según así lo creo, de brindar una herramienta propia del sistema que garantice el efecto útil[4] del marco convencional bajo el principio de subsidiariedad o complementariedad.[5] Ello ocurre en un contexto de países que, en su mayoría, han atravesado dictaduras cívico-militares y graves procesos de erosión del propio Estado de derecho, además de crisis institucionales, desbordes del poder por fuera de las fronteras constitucionales y abusos de medidas de excepción que, a veces, estructuran un verdadero orden de excepción ordinario. Los fuertes presidencialismos especialmente en países de Latinoamérica y Centroamérica también han contribuido a normalizar injerencias no propias de las Administraciones públicas en la zona de los derechos, las garantías y las libertades. Estos últimos debilitan con distintos niveles de intensidad el rol de los parlamentos en la faz regulatoria de los derechos fundamentales.

Si bien es cierto que el CCI aparece insinuado ya en votos razonados del juez Sergio García Ramírez, la exigencia del CCI como regla establecida por la Corte IDH aparece en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*.[6] Existe consenso generalizado en indicarlo como el hito jurisprudencial de inicio formal del CCI hasta nuestros días, con múltiples y variadas decisiones a lo largo de estos veinte años. Decisiones

---

3 "… la Corte reitera que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como con la Convención de Viena…" (Corte IDH, OC-31/25, 12.6.2025).

4 "… Las obligaciones convencionales de los Estados parte vinculan a todos sus poderes y órganos, los cuales deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios *(effet utile)* en el plano de su derecho interno" (Corte IDH, *Caso Herzog y otros vs. Brasil*, 15.3.2018; *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*, 7.11.2022).

5 "La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad) […]" Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un "control de convencionalidad" (*Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, 30.11.2012).

6 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano*, cit. Garcés Ramírez al analizar la evolución del CCI indica los votos del juez Sergio García Ramírez, en su voto razonado en el *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (Corte IDH, 2003, párrafo 27), *Caso Tibi vs. Ecuador*, (Corte IDH, 2004) y el *Caso López Álvarez vs. Honduras*, Corte IDH, 2006, párrafo 30) (Garcés Ramírez, 2023, p. 107).

que han construido un concepto del CCI desde un núcleo esencial de requisitos y sus alcances, construcción que, al mismo tiempo, la propia Corte IDH ha ido matizando, según lo entiendo.

El CCI aparece en la escena regional de los derechos humanos como un deber estatal ejercido de oficio y principalmente por todos los jueces con la finalidad de cotejar la consistencia normativa interna con la dimensión normativa convencional del SIDH. Este es el núcleo esencial originario que se mantendrá a lo largo de estos veinte años. Ello ha ido ampliándose al menos desde dos perspectivas según lo entiendo: material y orgánica.

La perspectiva material observa la siguiente evolución: 1) Incorporación de la propia interpretación que efectúa la Corte IDH del tratado en sus decisiones jurisdiccionales como parte del estudio de compatibilidad o consistencia interna.[7] Proyecta ello hacia el derecho interno de cada Estado los estándares interpretativos de los casos contenciosos de la Corte IDH más allá del Estado condenado. Este es uno de los aspectos de mayor controversia que se ha generado, pues opera como efecto expansivo de las decisiones de la Corte IDH. 2) Incorporación de las opiniones consultivas como parte del derecho internacional de los derechos humanos que deben ser estudiadas en su compatibilidad con el derecho interno.[8] Es la norma convencional interpretada ya en la vía consultiva y no solamente en la jurisdiccional aquella que adquiere una mayor expansión al integrarse dentro del control de convencionalidad.[9] 3) Incorporación de los diversos tratados de derechos humanos[10] y no tan solo de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) al contenido material del derecho internacional que se confronta en su compatibilidad con las normas internas. 4) Incorporación de las prácticas estatales internas[11] y no

7 *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26.11.2010; *Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" vs. Colombia*, 18.10.2023. Ampliar en Saguüés (2017), Gelli (2018), Gutiérrez Colantuono (2024).

8 "Asimismo, este Tribunal considera que, al resolver los litigios y cuestiones jurídicas que puedan presentarse en materia de cuidados, las autoridades competentes deben efectuar el debido control de convencionalidad con los estándares desarrollados por la Corte en su jurisprudencia y, en particular, en esta Opinión Consultiva, para asegurar una adecuada protección de los derechos humanos…" (Corte IDH OC-31/25, cit.). Ver también Corte IDH OC-21/14, 19.8.2014 y OC-25/18, 30.5.2018.

9 "… El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. En este orden de ideas, las Opiniones Consultivas cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo" (Opinión Consultiva OC-22/16).

10 Corte IDH, *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala*, 20.11.2012.

11 Conforme interpretación del artículo 2 del PSJCR que realiza la Corte IDH: "Por otra parte, no solo la supresión o adecuación de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho

sólo normas internas (legales y constitucionales)[12] como parte del estudio de compatibilidad del derecho interno con el internacional de los derechos humanos.

La perspectiva orgánica posee los siguientes alcances: 1) en origen, los jueces y todos los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles[13] eran los obligados; 2) posteriormente, se extendió la obligación hacia cualquier autoridad pública[14] y hacia todos los poderes y órganos estatales en su conjunto;[15] 3) actualmente, según lo entiendo, existe una extensión refleja, como especificaré, respecto a la actividad del sector privado entre las relaciones privadas en la medida en que puede generar responsabilidad por omisión[16] en las actividades de regulación,[17] control y fiscalización al Estado.

Ciertamente, la ampliación del control de convencionalidad tanto material como orgánica encuentra matizaciones en la propia jurisprudencia de la Corte IDH, lo cual no puede soslayarse al momento de realizar un análisis exhaustivo de este. Así pueden indicarse los siguientes matices en las propias palabras de la Corte: 1) El ejercicio del CCI en el sistema nacional lo es "… [e]videntemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes",[18] remitiendo a la razonable reglamentación interna en este punto. 2) Se trata de una "especie de control de convencionalidad",[19] reconociendo modulaciones de este en su aplicación e interpretación. 3) "… La Convención Americana sobre derechos humanos no impone un determinado modelo de control de convencionalidad",[20] lo

instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma puesto que la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. En ese sentido, es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención" (Corte IDH, *Caso García Rodríguez y otro vs. México*, 25.01.2023).

12 Corte IDH, *Caso Viteri Ungaretti y otros vs. Ecuador*, 27.11.2023; *Caso Vega González y otros vs. Chile*, 12.3.2024.

13 Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel*, cit; entre otros.

14 Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, 24.2.2011; *Caso Ríos Avalos y otro vs. Paraguay*, 19.8.2021; *Caso Baraona Bray vs. Chile*, 24.11.2022.

15 Corte IDH, *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, 14 de octubre de 2014.

16 Para analizar la responsabilidad interna estatal por omisión, ver por todos Ivanega (2015, p. 325).

17 Muñoz Machado (2015) explica que "[r]egular no es, pues, producir normas (lo es también, desde luego, pero no desde la perspectiva que ahora nos interesa), sino una actividad continua de seguimiento de una actividad" (p. 2. Y Asimismo, argumenta que se expresa en poderes normativos (reglamentación), supervisión del ejercicio de la actividad, ordenación del funcionamiento del mercado, poder de resolución de controversias y también el poder sancionador.

18 Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20.3.2013.

19 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano*, cit. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, 20.11.2007.

20 Corte IDH, *Caso Gudiel Álvarez*, cit.

cual genera posibles diversidades en la materia. 4) En el ejercicio de dicho control el Poder Judicial debe "tener en cuenta"[21] el tratado y la interpretación que ha hecho la Corte IDH, abriendo así posibles márgenes interpretativos. 5) "… A su vez, el control de convencionalidad exige efectuar una interpretación conjunta del derecho interno y el derecho internacional en aras de privilegiar lo que resulte más favorable para la protección de los derechos",[22] reforzando ello el margen interpretativo interno. 6) "… Es un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí",[23] marcando con ello que la convergencia y consistencia es el objetivo buscado y el CCI una herramienta para ello. 7) El ejercicio "adecuado" del control de convencionalidad conforme el principio de complementariedad por parte del Estado miembro "desactiva" el posterior control de convencionalidad internacional,[24] en marcada línea preventiva. 8) Ante la eventualidad de activar este último "… La Corte no realiza […] un control de constitucionalidad ni tampoco de legalidad, sino únicamente de convencionalidad",[25] reforzando la subsidiariedad del sistema y que no podría el CCI debilitar tal principio o regla regional. 9) "… En este sentido, la jurisprudencia reciente ha reconocido que todas las autoridades de un Estado parte en la Convención, tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos",[26] insistiendo de esta manera en la búsqueda de las consistencias internas e internacionales antes que en la autoimposición de una herramienta.

Ciertamente, es posible indicar factores concretos que podrían debilitar esta aparición y evolución sostenida en el tiempo del CCI junto con las matizaciones que he indicado. Ubicadas principalmente en la génesis (su origen interpretativo y no textual "normativo") y en la exigibilidad de este (falta de anclaje sociológico y democrático detrás de las decisiones de la Corte IDH), las críticas negativas deben ser analizadas de manera reposada a fin de no desvirtuar la finalidad de la herramienta: la consistencia en materia de derechos humanos de los ordenamientos jurídicos internos e internacionales.

---

21 Corte IDH, *Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados*, cit.

22 Corte IDH, *Caso Miembros de la Corporación Colectivo*, cit; *Caso Huilcamán Paillama y otros vs. Chile*, 18.6.2024.

23 Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo*, cit.

24 Corte IDH, *Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia*, 31.8.2017.

25 Corte IDH, *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, 12.3.2020.

26 Corte IDH, Caso Petro Urrego vs. Colombia, 8.7.2020; caso Vera Rojas y otros vs. Chile, 1.10.2021.

Como es sabido, tanto los derechos como las garantías han merecido un tratamiento innovativo por parte de la Corte IDH tanto en su competencia contenciosa como en la consultiva. Aparecen derechos y garantías que, desprendidos de existentes (formal o aparentemente), reconocen nuevos niveles de tutela internacional e interna. Cierto es que la práctica de la construcción innovativa judicial no es ajena a diversos sistemas constitucionales de los Estados parte como tampoco lo es en las decisiones de otros tribunales y órganos de derechos humanos.

El CCI aparece desde una interpretación novedosa efectuada por la propia Corte IDH en determinados casos que luego reitera y consolida, a mi criterio, en su doble dimensión de obligación estatal y garantía de las personas. Por ello es posible sostener que tal práctica evolutiva creativa se integra dentro de unos mínimos comunes constitucionales de diversos Estados parte. Valida ello, entonces, la propia construcción evolutiva de la Corte IDH no como una decisión aislada antes bien contextualmente situada en el constitucionalismo regional. De manera tal que ello pueda operar también como factor reduccionista del déficit democrático y de anclaje sociológico del tribunal regional al tiempo de fijar una nueva obligación estatal, un derecho o una garantía no prevista expresamente. Las experiencias de otros tribunales regionales en las mismas materias, productores de nuevas protecciones y/o nuevos derechos, también fortalecen el carácter evolutivo de los sistemas en general de derechos humanos. Con métodos distintos como lo es la protección cruzada de los derechos existentes (en la Europa de los derechos humanos) y aquella otra de los derechos implícitos (Sistema Africano de Derechos Humanos). En mayor pureza técnica se trata, en todos los casos, de nuevas interpretaciones de los propios instrumentos internacionales que permiten establecer protecciones no previstas literalmente a partir de necesidades (individuales y colectivas) emergentes. Asoman nuevos derechos como consecuencia directa de la propia evolución y transformación de las sociedades en el tiempo. Ello impacta en los decisores e intérpretes regionales de los derechos humanos integrándose luego las decisiones en un orden público internacional de los derechos humanos por las propias citas recíprocas de los mismos tribunales.

Cierto es que la prudencia en el uso de tales mecanismos interpretativos y, muy especialmente, en los alcances (sustanciales, procedimentales y procesales) que se les asignen a los nuevos derechos y garantías generará mayor o menor porosidad en el derecho interno. Mayor permeabilidad o mayor resistencia. Esta última fundamentada, generalmente, en la "imposición" por parte de los tribunales internacionales de derechos y obligaciones que no se encuentran previstos textualmente en los tratados. Sobre los cuales no se ha expresado el debido "consentimiento" soberano.

La tensión, en el fondo, es de doble vía: a) legitimidad de la Corte IDH para "imponer" nuevas protecciones; y b) permeabilidad interna para incorporar aquellas construcciones que provienen por fuera del Estado. La primera remite a un proble-

ma generalizado vinculado al Derecho global[27] y sus instituciones,[28] la segunda a la porosidad normativa y cultural institucional del plano interno estatal.

Insisto: el CCI no es ni la panacea de la realización de los derechos fundamentales ni el enemigo de la soberanía judicial estatal interna; tan solo es una herramienta que, junto con otras, permite, en tanto deber estatal y garantía de las personas, alcanzar la consistencia normativa, interpretativa y de prácticas estatales en general en materia de derechos humanos.

En este contexto, el derecho interno cuenta con una ventaja comparativa respecto del global: "puertas adentro" sucede el entrecruzamiento de ordenamientos sectoriales para analizar desde allí la compatibilidad cruzada de unos con otros. Esa ventaja comparativa le permite al juez interno analizar, por ejemplo, la compatibilidad de determinadas regulaciones económicas, financieras, del comercio, entre tantas otras con el derecho común de los derechos humanos. Estudios de compatibilidad cruzada que no son característicos del nivel global.

4. Margen de apreciación estatal y control de convencionalidad

Como es sabido, el margen de apreciación nacional hace referencia, esencialmente, a la invocación por parte de los tribunales internos de su propia interpretación en punto a la aplicabilidad de los tratados de derechos humanos conforme parámetros propios internos. A ello se suma la deferencia hacia tal margen de apreciación interna por parte de los tribunales internacionales, al advertir estos la innecesariedad convencional de testear la convergencia entre el orden interno y el internacional. En otras palabras, constituye una línea argumental que posibilita la autorrestricción de la instancia internacional ante la adecuada deferencia al derecho interno. No se trata de una validación convencional internacional tácita, según lo entiendo, tan solo la conveniencia de no interferir en los parámetros internos. Deferencia, discrecionalidad, complementariedad son las palabras clave alrededor del margen de apreciación nacional.

Utilizado en la Europa de los derechos humanos y mencionado expresamente hace un tiempo en el preámbulo del Protocolo adicional a la Convención Europea

27 Vinculándolo al derecho administrativo global, se ha afirmado: "El problema que hoy presenta este Derecho Administrativo Global es que es un Derecho en construcción, que se está desarrollando poco a poco, que adolece todavía de una inquietante ausencia de legitimidad debida a la inexistencia de un Parlamento Global, de un Gobierno Global y de un Tribunal Global" Rodríguez-Arana (2024, p. 38).

28 Cassese ha explorado esta temática de manera profunda marcando posibles mecanismos legitimantes de las instancias globales en "Los tribunales ante la construcción de un sistema jurídico global" (2010b). También, del mismo autor, ver *El Derecho Global, justicia y democracia más allá del Estado* (2010a).

de Derechos Humanos Nro. 15,[29] ciertamente, su mención luce casi ausente en las decisiones de la Corte IDH. El margen de apreciación y subsidiariedad aparecen reforzados en el sistema europeo con la incorporación expresa al menos en el preámbulo de tal Protocolo. Quizás sea ello un punto de llegada en una línea argumental desarrollada en la Europa de los derechos humanos en la búsqueda de mínimos comunes regionales. También en un intento de lograr pautas de objetividad en la tarea de la justicia europea de derechos humanos en un tema que aparece más atado a los propios criterios discrecionales de este que a aquellas.

El SIDH, en cambio, parece estar más a la vanguardia de la propia evolución de los mínimos comunes regionales. No solo por la infrecuente alusión a la zona de "discrecionalidad" estatal interna y cierta deferencia, sino también por la "activa creación de nuevos derechos y garantías" que caracteriza a la Corte IDH en ambas funciones (consultiva y contenciosa). Si bien el tribunal regional interamericano referencia habitual y expresamente a la subsidiaridad y la complementariedad como ejes fundamentales del sistema, ello no lo "detiene" en analizar la posible infracción a las obligaciones internacionales.[30] Es reiterada la afirmación del tribunal interamericano del carácter subsidiario y complementario de la instancia internacional, pero ciertamente el criterio generalizado es el del control de convencionalidad internacional no restrictivo. En otras palabras, se analiza la compatibilidad interna con la internacional del hecho estatal interno (acto administrativo, ley, sentencia, práctica estatal, entre otros) y, llegado el caso, la complementariedad pertinente entre ambos sistemas interno e internacional. En este sentido, no aparece el margen de apreciación nacional como un argumento que pudiera desplazar el control de convencionalidad internacional en la sede del tribunal regional.

Si bien, desde la doctrina nacional, se han expresado distintas posturas sobre el tema,[31] el margen de apreciación nacional no puede válidamente justificar el incumplimiento de la ejecución de la sentencia condenatoria contra el Estado respectivo.

---

29 Protocolo N.º 15 de enmienda al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (24 de junio de 2013) en vigencia. Y se lo hace adicionando al preámbulo de la redacción originaria de la convención el siguiente párrafo que transcribimos: "Artículo 1. Al final del Preámbulo del Convenio, se añade el nuevo considerando siguiente: 'Afirmando que incumbe en primer lugar a las Altas Partes Contratantes, con arreglo al principio de subsidiariedad, garantizar el respeto de los derechos y libertades definidos en el presente Convenio y sus protocolos, y que, al hacerlo, gozan de un margen de apreciación, bajo el control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que instituye el presente Convenio'".

30 En el *Caso Iglesias y otros vs. Argentina*, 26.11.2025, el juez Alberto Borea Odría emitió un crítico y sugerente voto razonado al afirmar "… sea este voto razonado un llamado para que tanto la Comisión Interamericana como esta Corte apliquen criterios más rigurosos al momento de admitir y conocer casos, reservando la jurisdicción internacional para aquellas situaciones que, por su gravedad intrínseca, su contexto de impunidad estructural o su carácter sistemático, justifiquen la intervención del Sistema Interamericano de Derechos Humanos".

31 Ver, entre muchos otros, Ábalos (2025), Clérico (2018), Cabral (2023).

Tampoco brindar una suerte de excusa formal a los Estados para elípticamente vaciar de contenido los compromisos asumidos soberanamente.

En este sentido, el CCI, junto al realizado en la propia sede de la Corte IDH, puede comportar un conector dialógico de las relaciones internas y las internacionales (Ábalos, 2025). Viabilizar un tráfico fluido de construcciones normativas e interpretativas en materia de derechos humanos. El mandato constitucional y convencional es evitar los puntos de fricción más sostenidos en dinámicas de poder que de derechos fundamentales.

De lo contrario, enfrentar el control de convencionalidad internacional al margen de la apreciación nacional es profundizar un sinnúmero de interrogantes posibles que profundizan aún más la dinámica de poder en lugar de la correcta articulación desde los derechos, las libertades y las garantías fundamentales.

5. Argentina y los casos con condena expresa a realizar el control de convencionalidad

Tomando como punto de partida la instauración de la doctrina del control de convencionalidad en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* ya referenciado, puede observarse que, desde este a la fecha, la Argentina ha sido parte en 36 casos ante la Corte IDH. De esa totalidad fue condenada en 33 casos.

Dentro de tales casos, en diversas oportunidades (sentencias de fondo o resoluciones de supervisión) la Corte IDH determinó que la Argentina debía realizar el CCI. O bien realizó directa mención a este. Es decir, le ha sido exigido a la Argentina el deber de realizar el debido CCI en casos en que ella ha sido parte. Ello aleja aún más aquellas críticas negativas respecto al CCI y los efectos expansivos de las decisiones de la Corte IDH en casos en los que no ha sido parte un país, pues, como se observará del análisis cuya síntesis se indica seguidamente, la obligación ha sido expresamente impuesta a Argentina.

A fin de no agotar al lector con citas innecesarias a las que bien puede acceder en los sitios oficiales de la Corte IDH, sintetizo las reglas que pueden deducirse de tales decisiones respecto a Argentina:[32]

1. El CCI es una institución útil para la aplicación del derecho internacional de los

32 Las sentencias de fondo y resoluciones de supervisión relevadas contra Argentina que permiten fijar los criterios son: *Caso Lynn vs. Argentina*, 2.7.2025 (sentencia); *Caso López y otros vs. Argentina*, 4.9.2023 (resolución); *Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina*, 21.3.2023 (resolución); *Caso Álvarez vs. Argentina*, 2.3.2023 (sentencia); *Caso Mendoza y otros, caso Gorigoitía* y *Caso Valle Ambrosio y otro vs. Argentina*, 2.9.2022 (resolución); *Caso Familia Julien Grisonas vs. Argentina*, 23.9.2021 (sentencia); *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, 1.9.2020 (sentencia); *Caso Gorigoitía vs. Argentina*, 2.9.2019 (sentencia); *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, 14.5.2013 (sentencia); Caso Furlán y Familiares vs. Argentina, 31.8.2012 (sentencia).

derechos humanos, la CADH y sus fuentes incluyendo la jurisprudencia de la Corte IDH.

2. El CCI es una obligación interna de interpretación y aplicación conforme y consistente (tratados y criterios de la Corte IDH) junto al deber de adecuación.
3. El CCI como método interpretativo junto con el derecho interno y el derecho internacional lo es en aras de privilegiar aquello que resulte más favorable a la protección de los derechos humanos.
4. El CCI permite concretar el carácter complementario del SIDH y la eficacia de la CADH.
5. El CCI viabiliza la ejecución de las sentencias de la Corte IDH en el derecho interno.
6. El CCI es una expresión de las medidas que deben adoptar los Estados conforme las obligaciones de supresión y adopción de normas y prácticas (artículo 2 del PSJCR).
7. El CCI es una herramienta de convergencia entre las interpretaciones judiciales y administrativas.
8. El CCI permite la debida adecuación a las protecciones de las personas vulnerables o en situación de vulnerabilidad.
9. El CCI integra parte de los programas de capacitación interna.
10. El CCI es un mecanismo de prevención de futuras responsabilidades internacionales mediante una adecuada y consistente interpretación y aplicación del derecho interno con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. Ello, como expresión del deber de adecuar, contenido en el artículo 2 del PSJCR.
11. El CCI como actividad continua permite reinterpretar normas hasta tanto se introduzcan las modificaciones de adecuación en el orden interno.
12. El CCI es desplegado por todas las autoridades estatales como función y tarea propia de todas ellas, quienes, a su vez, deben regular y controlar de oficio que los derechos humanos sean respetados y garantizados evitando la formulación o aplicación de normas que los vulneren.

Como podrá deducirse, la Corte IDH ha sido clara en que el CCI debe ser desplegado por el Estado argentino tal como lo exige a todos los Estados que han aceptado someterse a la competencia de esta. Sea por el efecto expansivo de las sentencias adoptado por la Corte IDH y/o por las condenas individuales a la Argentina, es exigible a las Administraciones públicas, dentro de sus propias competencias y procedimientos, realizar el debido CCI de oficio.

6. El control de convencionalidad es ante todo una obligación estatal y una garantía de las personas

Adelanté que el CCI nace en origen bajo la idea fuerza de un deber estatal, deber que al principio fuera depositado en cabeza de todos los jueces y juezas, para luego ser ampliado a los demás órganos del Poder Judicial y finalmente ser exigido a todas las autoridades estatales, siempre dentro del propio ámbito competencial respectivo conforme sus propios procedimientos.

Ello me ha permitido afirmar, hace tiempo ya, que cada poder del Estado debe llevar hasta el máximo posible sus atribuciones constitucionales con la finalidad de realizar, proteger y promover los derechos humanos. Con el límite que la propia constitución impone desde la división de poderes, pero siempre entendida esta como parte de la atribución competencial fundada en la base del sistema: los derechos, las libertades y las garantías fundamentales. Luego, la organización territorial y orgánica del poder se explica desde la realización de estos tanto en sus dimensiones liberales como sociales.[33] Esto último deseo remarcarlo, pues el SIDH viene a reforzar, a mi criterio, la dimensión transindividual de los derechos, las garantías y las libertades, ya que estos son entendidos en tanto las personas pertenecen a una comunidad y son parte de la humanidad.

Este deber estatal del CCI es materialización de la prevención estatal, en tanto obligación de garantía general de los Estados asumida en el PSJCR. Sea obligación de respeto y garantía[34] o de adecuación y supresión,[35] junto con las pautas interpretativas

---

33 Balbín (2025) afirma: "El derecho administrativo fue adaptándose poco a poco a los nuevos esquemas políticos e institucionales. En particular, en el siglo XX, el Estado liberal fue reemplazado por el Estado social y democrático de derecho, incorporándose los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, de modo que el Estado cumple un papel mucho más activo con el objeto de crear y extender derechos y, por tanto, construir el bienestar social mediante prestaciones activas y no simples abstenciones" (p. 5).

34 "De acuerdo con el artículo 1.1 de la Convención Americana, los Estados tienen la obligación erga omnes de respetar y garantizar las normas de protección y la efectividad de los derechos humanos reconocidos en su texto. De este modo, la responsabilidad internacional del Estado se fundamenta en acciones u omisiones de cualquiera de sus órganos o poderes, independiente de su jerarquía, que violen los derechos reconocidos en la Convención. Por consiguiente, los Estados se comprometen no solo a respetar los derechos y libertades en ella reconocidos (obligación negativa), sino también a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva)…" (Corte IDH, *Caso Iglesias vs. Argentina*, cit.).

35 "El artículo 2 de la Convención Americana establece una obligación general dirigida a que los Estados Partes adopten, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención…". El deber de adecuación "… implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen violaciones a las garantías previstas en la Convención y, por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías…" (OC-32/25, 29.5.2025).

previstas en el artículo 29[36] (interpretación) de la CADH explican la génesis, el contenido y las proyecciones del CCI en tanto obligación estatal y garantía ciudadana.

Del deber de respeto y garantía (art. 1.1 del PSJCR), a los efectos de este trabajo diré sintéticamente que: a) los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar las normas de protección, así como de asegurar la efectividad de los derechos humanos; y b) de tales obligaciones derivan deberes especiales determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.[37] Es la idea de restricción de las competencias públicas, por una parte, y la ampliación por la otra para proteger y preservar los derechos. Tanto la restricción como la ampliación de las competencias públicas, por cierto, son convencionalmente idóneas en la medida en que el control de proporcionalidad las valide. Por su parte, las obligaciones generales del artículo 2 del PSJCR enmarcan la dirección de las actividades estatales en punto a efectivizar la dimensión convencional en el compartimiento estatal interno: suprimir y adecuar normas internas con la adopción de prácticas estatales (de entre ellas las interpretativas) conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en los tratados de derechos humanos. Por último y en relación con el artículo 29 del PSJCR al fijar este las pautas interpretativas establecen un principio central: la interpretación más favorable a la persona ante una restricción a los derechos o controversia respecto a la extensión de un derecho reconocido.

El CCI, en este contexto, es una técnica que concreta un deber estatal permitiendo la aplicación de la dimensión convencional para la realización de los derechos, las libertades y las garantías. Dentro de otras técnicas y/o herramientas que persiguen la misma finalidad. En este sentido, el CCI, según ya se ha dicho, es complementario y no excluyente de una mirada sistémica de las diversas herramientas de garantía estatales internas. Tracciona de manera sinérgica dentro de un sistema y no aisladamente.

Ahora bien, en tal tarea cada autoridad estatal tiene determinados márgenes posibles de actuación según las atribuciones competenciales internas. Y es esto aquello que puede en determinadas ocasiones generar tensiones entre aquello que es requerido desde el CCI y aquello otro que es debido según esa atribución competencial interna.

El no ejercicio adecuado del CCI podrá generar, junto con otros recaudos, la infracción al marco obligacional general provocando una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) y llegado el caso la posterior intervención de la Corte IDH. Esta es la importancia de analizarlo como deber estatal, más allá de que su génesis sea de creación pretoriana y no una expresa previsión convencional. Ahora cierto es que el ejercicio no adecuado del CCI no es causa

---

36 "… Es en este sentido que la Convención Americana prevé expresamente determinadas pautas de interpretación en su artículo 29, entre las que alberga el principio *pro persona*" (Corte IDH OC-31/25, cit.).

37 Ver Corte IDH, opiniones consultivas Nros. 23/17 Medio ambiente y derechos humanos y 32/25 Emergencia climática y derechos humanos.

suficiente para responsabilizar al Estado, ya que, tal como lo indica la jurisprudencia interamericana, no todo ejercicio defectuoso de las obligaciones estatales (por acción u omisión) es generador de por sí del deber de responder. El deber de garantía y de prevención es una obligación de medio[38] y requiere, según los casos, la aplicación de un estándar de debida diligencia.

Si bien primariamente el CCI es un deber estatal, he argumentado en favor de una segunda característica: es una herramienta que protege el acceso a la defensa de los derechos y libertades del SIDH en el ámbito de la tutela administrativa y judicial, ambas efectivas. Su contenido se integra dentro de la garantía *ius* fundamental que contiene el artículo 25 del PSJCR, interpretado armónicamente con el artículo 8. Es el CCI una herramienta que permite analizar la vigencia, respeto y promoción de las debidas garantías en el ámbito propio de las Administraciones públicas como así también en el ámbito del control judicial.

No es un dato menor, a mi criterio, reconocer que el CCI es una garantía de la persona y no tan solo un deber estatal. Ello habilita la posibilidad de que la persona afectada pueda solicitar con efecto vinculante a la Administración pública la realización del correspondiente control de consistencia entre el derecho interno y el internacional. Exigirle que interprete de convencionalidad, la remoción de los obstáculos a los mínimos comunes asegurados en materia de derechos humanos, la adecuación a los estándares fijados por el SIDH, entre otras acciones posibles de ser exigidas. Ello con independencia, por cierto, de la obligación estatal de llevar tal tarea de oficio conforme el principio de juridicidad que vincula a toda la actividad administrativa. En este sentido, si bien las Administraciones públicas por los principios de juridicidad y verdad material deben realizar el estudio de compatibilidad entre las normas e interpretaciones administrativas con la sistemática de los derechos fundamentales, no menos cierto es que ello no desplaza la invocación de tal garantía por parte de la propia persona en el ámbito administrativo. Pero ambos, deber estatal y garantía ciudadana, no solo estarán encaminados a obtener una interpretación consistente, sino también a remover cualquier obstáculo que impida esa consistencia normativa. En este sentido, las prácticas administrativas pueden no adecuarse al deber general de garantía que pesa sobre las Administraciones públicas, debiendo estas proceder a su remoción. Como también a la adecuación de las propias prácticas de manera que sean consistentes con la sistemática de derechos humanos.

---

38 "… el deber de actuar con debida diligencia también corresponde, de manera general, a la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana a toda persona sujeta a su jurisdicción, según la cual los Estados deben adoptar todas las medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos consagrados en la Convención, así como organizar todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (conforme Corte IDH, opiniones consultivas N° 23/17 Medio ambiente y derechos humanos y 32/25 Emergencia climática y derechos humanos).

El procedimiento administrativo brinda, en este sentido, un marco excepcionalmente útil para la vigencia efectiva del CCI en su doble carácter de deber estatal y garantía de las personas. Deja, o debiera dejar, así atrás las sospechas posibles de un mecanismo burocrático o formalista para asumir un rol esencial en la concreción del CCI en la sede de las propias Administraciones públicas. El procedimiento administrativo adquiere la relevancia propia de la prevención como garantía general de los derechos fundamentales mediante el CCI.

Toca ahora analizar algunas proyecciones concretas en la actividad de las Administraciones públicas de esta doble característica del CCI que hemos descripto: deber estatal y garantía ciudadana.

7. Proyecciones en las Administraciones públicas

EL CCI, en tanto obligación estatal, proyecta en todas las autoridades públicas internas la aplicación e interpretación de normas de manera consistente con la convencionalidad de los derechos humanos. Dentro de ellas, especial atención he centrado en el rol de las Administraciones públicas, sus obligaciones concretas y las proyecciones de estas tanto en los planos organizacionales, procedimentales, procesales y sustanciales.

Sostener que la juridicidad contiene la dimensión convencional y no tan solo la constitucional posee efectos directos en dichos planos. ¿Podrían, acaso, organizarse burocráticamente las Administraciones públicas al margen de las obligaciones convencionales? ¿Podría carecer de motivación adecuada y suficiente un acto administrativo que afecta derechos fundamentales? ¿Es posible diseñar un procedimiento administrativo sancionador alejado principalmente de las garantías del artículo 8°, ap. 1 del PSJCR? ¿La debida diligencia respecto a personas vulnerables puede ser obstruida por mecanismos formales o sustanciales restringiendo el acceso a bienes y servicios fundamentales? ¿La tutela administrativa y judicial, ambas efectivas, pueden diseñarse al margen de la unidad temporal del plazo razonable? ¿Es posible que los cuadros de asesoramiento jurídico permanente de las Administraciones públicas no interpreten de convencionalidad en sus labores de asesoramiento?

Dichas preguntas tienen respuestas a partir del propio deber de prevención concretado mediante el CCI en la sede de las Administraciones públicas,[39] en tanto habilita a: a) suprimir normas (reglamentarias) y prácticas administrativas que infraccionan el SIDH; b) emitir normas y adoptar prácticas que efectivicen derechos y garantía;, c) adecuar prácticas administrativas, d) interpretar de manera consistente entre las normas y prácticas internas administrativas con el marco constitucional y convencional de los derechos humanos.

39 Coincide Sammartino (2025) en este enfoque preventivo del control de convencionalidad en sede de

Todo ello puede resumirse en la correcta, adecuada y oportuna aplicación del principio de juridicidad, al cual seguidamente me referiré.

7.1 Juridicidad globalizada

La juridicidad se ha globalizado y este es uno de los principales efectos a mi criterio de la constitucionalización de los tratados de derechos humanos.

El impacto de la interdependencia global (en sus variados aspectos económicos, financieros, tecnológicos, entre otros) en el derecho administrativo nos ocupa la atención hace ya un tiempo.[40] Cierto es que la globalización surge fundamentalmente por razones económicas y de seguridad principalmente, para avanzar luego en múltiples agendas (políticas, de gobernanza, laborales, ambientales, tecnológicas, desarrollo, salud, hábitat, migrantes, pueblos indígenas, entre tantas otras).

Es el derecho el que en paralelo intenta buscar las reglas de esa dimensión gestada más allá de los Estados pero en que estos se integran produciendo y aplicando la regulación global al tiempo que se integran directa o indirectamente en la propia burocracia global.[41]

Es en tal contexto que determinadas características propias del escenario local como la deslocalización y la escala temporal diversa, son objeto de estudio por parte del derecho. Con efectos directos en las competencias públicas, los derechos, las libertades y las garantías, aparecen nuevos contenidos sustanciales y procedimentales en el derecho administrativo.

No se trata aquí solamente de la ya conocida pérdida del monopolio estatal en la producción e interpretación normativa a manos de centros plurales de producción, interpretación y aplicación normativa. Ni tampoco de la pérdida del monopolio en la gestión del interés público por la autoridad interna y estatal. Intereses públicos (en plural, ya no en singular) gestionados ya hace tiempo por una multiplicidad de actores tanto públicos como privados e internos como externos. El derecho observa el fenómeno, lo estudia, lo analiza, lo interpreta para luego encontrar las reglas que mejor lo expresen y contengan. Con sus más y sus menos.[42]

Ciertamente, la contracara de todo ello puede acaso tratarse, en parte, de aspectos de la globalización vinculados a una suerte de "imposición" de agendas, programas y contenidos con vocación normativa (es decir, normativos y no normativos). Glo-

---

las Administraciones públicas.

40 Diana (2024) interpela: "Vale la pena cuestionarse qué derecho administrativo tenemos en la actualidad" (p. 80).

41 Cassese (2010a, p. 57) explica, siguiendo a Stiglitz, que la globalización económica se ha desarrollado más rápido que la política; luego le han seguido, entre otras, la jurídica.

42 "… cabría subrayar que es necesario repensar las cuestiones de justicia distributiva y de reparto de

balización a la que en gran parte los Estados se someten por mecanismos internos propios de su soberanía, aunque también es bien sabido que de no hacerlo pues el aislamiento de la comunidad internacional quizás asome en algunos aspectos de tal globalización.[43] Las críticas negativas de una realidad que se ha impuesto con total evidencia, no puede nublar la vista del intérprete del derecho al punto de desconocer el fenómeno, que ante todo es una realidad que se ha impuesto. Pero tampoco las críticas favorables pueden acaso promover una suerte de invisibilidad de asimetrías e inequidades que suceden alrededor del desarrollo, el acceso a los bienes y servicios fundamentales (esenciales para el desarrollo de las personas) tanto en términos ya de Estados como de la propia humanidad. Es ello una interpelación a la ciencia social que representa el derecho, la cual tiene mucho por ofrecer a una "gobernanza mundial" que se nos presta sin unidad de mando y sectorizada. Carece esta de una constitución única y sus reglas parecen derivar de la fuerza del más fuerte (poderío económico, armamentista, entre otros) antes que aquellas construidas alrededor del Estado de derecho que se observa en los sistemas estatales internos.

Todo ello convive en un escenario caracterizado por el creciente aumento tanto sustancial como de garantía del derecho común de los derechos humanos. Con la particularidad de que es este muestra también de tal derecho global. Sin embargo, parece no dársele el mismo valor de impacto dentro de dicho fenómeno como el que sí tienen los aspectos tecnológicos, económicos y financieros de entre otros tantos. No es práctica frecuente cuestionar a estos últimos desde la compatibilidad con aquel en la esfera internacional, más allá de que tenemos por claro que el derecho global, en gran parte, opera de manera sectorial. Las resistencias estatales internas son muchas y variadas en materia de derechos humanos, mientras que en los otros planos de la interdependencia global, especialmente el económico y el tecnológico, parecieran "consumirse" sin mayores resistencias.

---

la escasez, y los instrumentos para conseguir una mayor responsabilidad y control de las Administraciones globales ante aquéllos que hoy se encuentran excluidos" (Kingsbury y Stewart, 2016, p. 139). En la opinión de Cassese (2010a): "Pero más importante que el reparto desigual de las ventajas de la globalización son los casos en que las políticas nacionales producen efectos globales, que terminan por sufrir los autores de esas mismas políticas nacionales" (p. 20). Según Gordillo (2009): "Tenemos la posibilidad de soñar con realidades ya tangibles, que van dando un claro matiz de esperanza hacia el creciente orden jurídico mundial, en un mundo del cual aprovecharemos lo mejor de su derecho para nuestros países, a lo que nosotros también daremos lo mejor de lo que tenemos" (p. 48).

43 Explica Ferrajoli (2023): "La democracia actual está afectada de localismo y de presentismo. Así, entra en conflicto con la racionalidad y con los intereses a largo plazo de los mismos países democráticos, cuya defensa o cuya lesión dependen cada vez menos de decisiones estatales internas y cada vez más de decisiones externas, tanto de carácter político como económico" (p. 425).

7.2 Juridicidad y derechos humanos

En este sentido, cabe recordar que el derecho común de los derechos humanos no tan solo trae consigo previsiones positivas a nivel convencional, constitucional y legal en materia de derechos y garantías. Fundamentalmente, genera una manera de aplicar e interpretar el ordenamiento jurídico desde la centralidad de la dignidad de las personas, los derechos que hacen a esa dignidad, el acceso a bienes y servicios fundamentales, las garantías, los deberes de las personas y las obligaciones estatales (con sus impactos en las relaciones del sector privado y dentro de este en las relaciones entre privados). Subyace en todo ello la persona y su dignidad como centralidad de todo el sistema normativo interno e internacional de protección, promoción y garantía de los derechos fundamentales. Las dimensiones individuales, sociales y de la propia humanidad en clave de derechos y deberes humanos.

La globalización del ordenamiento jurídico interno con el derecho común de los derechos humanos posee un efecto no siempre tematizado: la notable ampliación del contenido de la juridicidad. Es esta una particularidad propia de este subsistema de interconexión normativa que lo diferencia de otros.[44]

Las consecuencias sobre el principio de juridicidad de la actividad administrativa, como es posible imaginar, son múltiples. Se requiere cierta flexibilidad propia del entramado de normas formales, no formales, criterios interpretativos, informes técnicos, entre tantos otros que atrae a manera de imán el orden global de los derechos humanos. Aquí la seguridad jurídica[45] adquiere una dinámica distinta, mucho menos rígida que en el sistema doméstico. No la cancela, pero sí la moldea de manera que sus bordes a priori no son tan claros ni exactos.

Otra particularidad de este subsistema es el fenómeno de la aparición de nuevos derechos y garantías "empujados" por el principio evolutivo de los derechos humanos.[46] No es intención detenerme en cada uno de ellos ni de la técnica empleada para ello,[47] pero sí al menos decir que: 1. nuevas obligaciones aparecen en cabeza de

---

44 Citamos la última expresión de la Corte IDH en su opinión consultiva en materia de cambio climático: "Las normas generales en materia de interpretación establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a su vez, requieren tener en cuenta el objeto y fin de los tratados a interpretar y que, en tanto instrumentos vivos, la interpretación debe acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida al momento de adopción de la presente opinión consultiva" (OC-32/25).

45 Ver, sobre el punto, Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*, 5.02.2018.

46 Tanto en su versión originaria como en la aumentada por la "creación" de nuevos derechos y garantías por la propia Corte IDH. Ello ha generado, a mi criterio, aquello que he denominado "derecho a nuevos derechos y garantías" por parte de las personas que se encuentran en la zona del PSJCR. Esta afirmación genera ciertas resistencias, pero no es más que darle contenido de manera complementaria a los derechos implícitos contenidos en el artículo 33 de la constitución nacional.

47 Ver en el análisis comparativo de los tres sistemas regionales de derechos humanos (europeo, africano e interamericano) las técnicas utilizadas en la interpretación dinámica que permite una protec-

las Administraciones públicas en punto a la promoción, protección, reparación de esos "nuevos derechos y garantías"; 2. existe una continua ampliación de la zona de derechos y garantías fundamentales de las personas; 3. aparecen nuevos legitimados individual y/o colectivamente ante afectaciones de los derechos autónomos nuevos reconocidos; 4. suceden readecuaciones de los procedimientos para la toma de decisión según parámetros de la debida diligencia simple o debida diligencia reforzada conforme lo requiera la situación del sujeto y/o sus derechos.

No quiero dejar de insistir en exhibir el impacto que posee esta dimensión de la juridicidad ampliada porque creo que es esta una de las principales características de este subsistema de los derechos humanos.[48]

¿Cuál es el contenido concreto del principio de juridicidad proveniente de la globalización en materia de derechos humanos? Pues al menos habrá que sostener que se ha operado una suerte de ensanche notable de su contenido concretado mediante el CCI. Es que, al tener que analizarse la compatibilidad o consistencia interna con aquella normatividad convencional, la Corte IDH analiza el derecho internacional de los derechos humanos teniendo en cuenta: a) las fuentes de derecho internacional relevantes; b) una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales; o c) las recogidas en el derecho internacional consuetudinario como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; d) los principios generales de derecho; y e) un conjunto de normas de carácter general o de *soft law* que sirven como guía de interpretación de las primeras.[49] Ello, como se ha explicado, integra el CCI por el cual se amplía el contenido de la juridicidad que rige todo tipo de expresión de la voluntad de las Administraciones públicas mediante la técnica interpretativa de consistencia, entrelazando el orden interno con el internacional. Al utilizarla se abre una dimensión plural convencional internacional que es atraída por la propia Corte IDH en sus interpretaciones tanto en su tarea consultiva como contenciosa. Pero también la interna de los propios Estados partes cuyos estándares en derechos humanos tanto en la dimensión de derechos como de garantías integran las decisiones de la

ción de derechos no previstos en el texto de las convenciones. La Corte Africana de Derechos Humanos lo hace mediante la técnica de los derechos implícitos; la Corte IDH, mediante la existencia de nuevos derechos; y el TEDH, a través de la protección cruzada de derechos existentes que le permite proteger aquel no previsto. Puede ampliarse en Gutiérrez Colantuono (2024, 2025a).

48 "… Asimismo, la Corte ha considerado que el artículo 64.1 de la Convención, al referirse a la facultad de la Corte de emitir una opinión sobre 'otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos' es amplio y no restrictivo. De ese modo, la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al Sistema Interamericano" (Corte IDH, OC 31/25, cit.).

49 Corte IDH, OC-24/17, cit. Criterio que se repite y amplía en otras opiniones consultivas y en la propia actividad jurisdiccional de la Corte IDH.

Corte IDH. La ampliación es, en este sentido, tanto horizontal en los demás tratados y convenciones de derechos humanos como ascendente desde los ordenamientos locales. Este tráfico de estándares consolidados en la instancia internacional de la Corte es parte del contenido del CCI que han de practicar todas las autoridades estatales internas de acuerdo con las propias competencias y procedimientos.

7.3 Tutela administrativa efectiva

Quizás aquí encontremos una de las mayores proyecciones hasta el día de hoy que pueda vincularse entre el SIDH y la actuación de las Administraciones públicas. En realidad, es un efecto que va aún más allá de estas y alcanza a toda actividad estatal que observa por fuera del Poder Judicial y que a veces denomina materialmente jurisdiccional, administrativa, etcétera.

Trátase de cualquier actividad estatal que, al determinar derechos y obligaciones,[50] provoca la aplicación de las garantías del artículo 8°, punto 1 y, en ocasiones, las propias del punto 2 a la actividad estatal.

Dentro de tal afirmación, según se explicará, la actividad sancionatoria ha tenido una especial atención por parte de la Corte IDH. Ello, según lo pienso, por la presencia de: a) altos componentes discrecionales; b) competencias que expresan el poder punitivo estatal; y c) cancelaciones de derechos fundamentales por fuera de la actividad jurisdiccional.

El gran acierto de la Corte IDH ha sido establecer la aplicación directa de las garantías del artículo 8° del PSJCR a la actividad no judicial. Esto es, principalmente, al ejercicio de las competencias administrativas y no jurisdiccionales que despliegan otros poderes del Estado al tiempo de determinar derechos y obligaciones. La mirada no se deposita ya en la autoridad pública del Poder Judicial (en origen a quien estaba destinada la tutela judicial efectiva del artículo 8° del PSJCR) pues el objetivo es obtener del Estado (en su diversa organización de poderes y competencias) que asegure las garantías mínimas previstas en el artículo 8° del PSJCR. De allí la aplicabilidad directa de estas a espacios estatales extrajudiciales bajo una interpretación evolutiva que realiza la Corte IDH y no literal, textual o histórica.

Si bien es importante detener el análisis como se viene haciendo en los distintos componentes de esta (plazo razonable, independencia e imparcialidad, debida mo-

50 Los casos de la Corte IDH en la materia son múltiples; pueden consultarse, entre otros: Caso *Gutiérrez Navas y otros vs. Honduras*, 29.11.2023; *Caso Viteri Ungaretti, cit; Caso Cajahuanca Vásquez vs. Perú*, 27 11.2023; *Caso Honorato y otros vs. Brasil*, 27.11.2023; *Caso Tavares Pereira y otros vs. Brasil*, 16.11.2023; *Caso Mina Cuero vs. Ecuador*; *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, 5.10.2015; *Caso Del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, 28.08.13, *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, 13.10.2011; *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, 2.2.2001; *Caso Perrone y Preckel vs. Argentina*, 8.10.2019.

tivación, derecho de defensa, impugnabilidad y control, entre otros), aquello que a mi criterio resulta de vital trascendencia es este cambio cultural de abordaje de las competencias no judiciales de orden sancionatorias y, ya en general, de la actividad administrativa estatal. En estas últimas se observa realmente un salto cualitativo: cambia la manera de interpretar a las garantías y los derechos especialmente en los procedimientos de tipo sancionatorio. En vez de construir su aplicabilidad desde las construcciones penalistas de manera extensiva, la Corte IDH fija la regla de la aplicación directa a la actividad estatal administrativa y, en especial, a la sancionatoria. Ya no es necesario recurrir a otras construcciones interpretativas (sean estas del derecho comparado en la materia o del derecho penal) pues la propia actividad administrativa y especialmente la sancionatoria deberán ser expresión de aquellas garantías según los estándares respectivos.

Ciertamente, podrá sostenerse que la previsión del debido proceso constitucional es una garantía ya contenida en los derechos internos y que, en tal sentido, las aportaciones de la Corte IDH no han innovado fuertemente en la materia. Pues ello no es acertado; si bien es cierta la existencia de tal regla en los sistemas nacionales, no menos cierto es que la actividad estatal no jurisdiccional en la materia ha sido refractaria a adoptar el nivel de garantías conforme el estándar del artículo 8° del PSJCR. Es que el poder, se sabe, tiene vocación de mayor poder, y ello se nota claramente en la actividad especialmente sancionatoria en donde se amplían las facultades previstas al tiempo que operan notables reducciones de las garantías. O se admite la subsanación de la violación de estas. Olvidan las autoridades estatales que no puede perseguirse objetivamente el buen funcionamiento de las Administraciones públicas bajo niveles éticos (también objetivos, por cierto) si para lograr ello incurren en violaciones al derecho a ser oído previamente, a defenderse, a la presunción de inocencia, a una decisión adecuadamente motivada, al plazo razonable, entre tantos otros aspectos que contiene la garantía de la tutela administrativa efectiva.[51]

Diré, entonces, que la tutela administrativa como deber de las Administraciones públicas tiene por finalidad asegurar que quien sea parte en un expediente administrativo en el cual se determinarán sus derechos y obligaciones tenga la posibilidad real, concreta y sin excepciones de: a) invocar el respeto efectivo de los derechos

51 "En términos convencionales el debido proceso se traduce centralmente en las "garantías judiciales", cuya aplicación se impone a cualquier autoridad pública, ya sea administrativa, legislativa o judicial, que mediante sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas […] Estas garantías comprenden el derecho de la persona a contar con amplias posibilidades de ser oída y actuar en los procesos respectivos, de manera que pueda formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y, consecuentemente, que estos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, sanciones y reparaciones, o, en general, sobre la determinación de sus derechos u obligaciones" (Corte IDH, *Caso Lynn vs. Argentina*, cit.).

fundamentales; b) obtener una decisión en un plazo razonable[52] que sea suficiente y razonablemente fundada; c) previo garantizarse el derecho a ser oído; y d) bajo determinados estándares de independencia e imparcialidad. Esto último refiere, al menos, a la objetividad en la construcción y la toma de la decisión administrativa que afectará los derechos y obligaciones de las personas. Mediante todo ello, se viabiliza la convencionalidad de los derechos humanos en la sede de las propias Administraciones públicas.

La tutela administrativa efectiva, en tanto síntesis no tan solo de un conjunto de garantías, sino también de un modelo de organización de las competencias públicas, pasa a adquirir un rol relevante en el contexto del Estado convencional y constitucional de derecho. Pero también desde la perspectiva social estatal que viene a potenciar a la debida diligencia según los sujetos protegidos o por el texto constitucional apalancando una tutela diferencial. La obligación estatal es de adecuar los procedimientos administrativos a los estándares propios de la debida diligencia según la protección especial o diferencial establecida.[53] En sede administrativa en los procedimientos se deben tutelar a consumidores y usuarios; niños, niñas y adolescentes; pueblos indígenas; ambiente incluso con mirada intergeneracional; personas con discapacidad; migrantes; mujeres; personas mayores; personas en situación de pobreza estructural entre otras personas y/o circunstancias especialmente protegidas, con una mirada intersectorial.

Las Administraciones públicas poseen, por lo general, una fuerte presencia en la vida ciudadana y, frecuentemente, los derechos de las personas se ven afectados directa o indirectamente por la actividad administrativa. La aplicación de las garantías que surgen de los tratados de derechos humanos viene a traducirse en un censor fundamental en el control de las decisiones administrativas y por consiguiente un límite imprescindible en el ejercicio del poder.

---

52 Cabe recordar que, en relación con el plazo razonable, se computará como unidad temporal el tiempo transcurrido en la propia sede no judicial (impugnación administrativa) más el transcurrido durante el proceso judicial respectivo (Corte IDH, *Caso Perrone y Preckel vs. Argentina*, cit.).

53 "Finalmente, en virtud del deber general de respeto y de no discriminación, consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana […] los Estados deben adoptar medidas diferenciadas y razonables para asegurar que las personas y grupos en situación de especial vulnerabilidad —incluidos pueblos indígenas, comunidades rurales, personas con discapacidad, niñas, niños y adolescentes— ejerzan sus derechos en igualdad de condiciones frente a los efectos del cambio climático y las respuestas estatales dirigidas a enfrentarlo" (Corte IDH, OC-32/25, 29.5.2025).

7.4 Actividad administrativa sancionadora

La Corte IDH ha prestado especial atención a la proyección de la tutela administrativa efectiva en la actividad sancionatoria. A manera de síntesis basada en las decisiones de aquella, es posible afirmar:

a) Los derechos humanos son un límite a la actividad discrecional presente en la potestad sancionatoria.

> … La discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Asimismo, el Tribunal ha señalado que es exigible a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, las adopte con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en el sentido de aplicar a los procedimientos administrativos disciplinarios las garantías del debido proceso.[54]

b) Las garantías no son exclusivas del Derecho penal.

> Por su parte, el artículo 8.2 de la Convención establece las garantías mínimas que deben ser aseguradas por los Estados en función del debido proceso legal. […] Esto implica que las garantías del artículo 8.2 de la Convención no son exclusivas de los procesos penales, sino que son aplicables a procesos de carácter sancionatorio. Lo que corresponde en cada caso es determinar las garantías mínimas que conciernen a un determinado proceso sancionatorio no penal, según su naturaleza y alcance.[55]

c) La potestad sancionatoria debe viabilizar el acceso a los medios de impugnación.

> A ese respecto, la Corte considera que, para evitar discrepancias como la antes advertida, la resolución que notifica la sanción disciplinaria adoptada, al igual que aquella que notifica el inicio de la investigación y los cargos, debe establecer los recursos a que tiene derecho el interesado, el plazo de su interposición y la autoridad competente para su conocimiento. Lo anterior, porque el acceso a las garantías judiciales exige que la persona que pueda verse afectada en sus derechos comprenda plenamente los recursos disponibles y cómo accionar. La Corte entiende que la materia sancionatoria es generalmente técnica y si no se conocen los recursos al alcance de la persona sancionada, su desconocimiento

54 Corte IDH, Caso *Mina Cuero…*, cit.

55 Ídem.

> se puede convertir en una barrera del acceso a los medios de impugnación previstos en el ordenamiento.[56]

d) Los tipos abiertos sancionatorios deben cumplir determinados parámetros para ser válidos.

> A juicio de la Corte, la aplicación de un tipo disciplinario abierto no constituye, en principio, una violación del derecho al debido proceso, siempre que se respeten los parámetros jurisprudenciales que se han definido para tal efecto […] De lo contrario, se expondría el alcance de estos tipos disciplinarios a las creencias morales o privadas del juzgador….[57]

e) La garantía de la ley penal más favorable es de aplicación plena a la potestad sancionatoria.[58]

> Si bien la Corte no se ha pronunciado de forma expresa sobre la aplicación del principio de aplicación de la ley penal más favorable a asuntos disciplinarios, en su jurisprudencia sobre el artículo 9 de la Convención no ha hecho distinción alguna entre el alcance de las garantías allí contenidas, antes bien, ha señalado de forma reiterada que dicho artículo, sin distinguir entre sus apartados, es aplicable en materia sancionatoria administrativa.[59]

f) El principio de legalidad rige toda la actividad sancionatoria.

> Este Tribunal, al abordar el contenido del artículo 9 de la Convención Americana, ha señalado que, en un Estado de Derecho, el principio de legalidad preside la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente frente al ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, las potestades de control a cargo de la organización estatal.[60]

---

56 Corte IDH, *Caso Nissen Pessolani vs. Paraguay*, 21.11.2022.

57 Corte IDH, *Caso Mina Cuero…*, cit. Sobre el tema, sugerimos consultar CSJN, *Colegio de Escribanos de la Provincia de Bs. As. c/ PEN s/ sumarísimo*, 4.09.2018. En especial, la disidencia del juez Lorenzetti al afirmar "… 10) En definitiva, lo que el citado art. 19 de la Constitución Nacional exige es que las normas tengan el mayor grado de precisión y previsibilidad posible". Sugerimos consultar: Salvatelli (2024) y Alonso Regueira (2025). También ver Comadira (2012).

58 "… la Corte se pronunció sobre el principio de aplicación de la ley penal más favorable a asuntos disciplinarios y sostuvo que en su jurisprudencia no ha hecho distinción alguna entre el alcance de las garantías contenidas en el artículo 9 de la Convención para casos penales y disciplinarios, antes bien, ha señalado de forma reiterada que dicho artículo, sin distinguir entre sus apartados, es aplicable en materia sancionatoria administrativa" (Corte IDH, *Caso Cajahuanca Vásquez vs. Perú*, cit.).

59 Corte IDH, Caso Cordero Bernal vs. Perú, 16.2.2021.

60 Corte IDH, *Caso Lynn vs. Argentina*, cit.

g) La motivación debe ser adecuada y proporcional.

> … Conforme a lo anterior, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos debe permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad […] es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión y que implica una exposición racional de las razones que llevan al juzgador a tomar una decisión…[61]
> … El deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso […] Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias.[62]

h) La motivación afianza la confianza democrática.

> … El deber de motivar las decisiones es una garantía que se desprende del artículo 8.1 de la Convención, vinculada a la correcta administración de justicia, pues protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra y da credibilidad a las decisiones jurídicas en una sociedad democrática.[63]

7.5 Proyecciones sobre las relaciones entre terceros e impactos en el deber de prevención estatal

Tal como he indicado, el deber de prevención como expresión del deber de garantía proyecta obligaciones estatales. Pero estas no tan solo se proyectan en el plano de las relaciones Estado-particular. Determinadas obligaciones son también exigibles al Estado en el ámbito de las relaciones entre terceros.[64]

---

61 Corte IDH, *Caso Cordero Bernal vs. Perú*, 16.2.2021.

62 Corte IDH, *Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*, 3.05.2016.

63 Corte IDH, *Caso Cordero Bernal vs. Perú*, 16.2.2021.

64 "En línea con lo anterior, este Tribunal ha señalado que la obligación positiva o de garantía se proyecta más allá de la relación entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, abarcando asimismo el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos. Dicho deber se cumple cuando, ante situaciones de riesgo real e inmediato que el Estado conoce o debe conocer y cuenta con posibilidades razonables de prevenir o evitar, este adopta medidas dirigidas a garantizar los derechos del individuo o grupo de individuos que se encuentra en riesgo. En tal sentido, la Corte recuerda que, de conformidad con el mismo artículo 1.1 de la Convención, en virtud del deber de garantizar los derechos, que incluye el deber de prevenir su vulneración, los Estados están obligados a regular, supervisar y fiscalizar la práctica de activida-

El deber de prevención estatal en la relación entre terceros es una exigencia que la Corte IDH ha delineado basándose en las obligaciones de regulación, fiscalización y supervisión de las relaciones entre privados. Aparecen estas típicas actividades estudiadas por el derecho administrativo (regulación y control) como contenido concreto del mandato convencional de la prevención, integrante este del deber genérico de garantía en materia de derechos humanos.

En este contexto, la omisión del deber de regulación y control o su ejercicio defectuoso pueden generar la responsabilidad internacional estatal por violaciones a los derechos humanos en el marco de actividades entre terceros (concesiones de servicios públicos, entre otras). Ello siempre bajo la coexistencia de determinados presupuestos al tratarse de una obligación de medio o de comportamiento.[65]

Algunos de los presupuestos fueron delineados en el caso "Iglesias"[66] cuya importancia, en parte, radica en haber sido fijados en un caso contra la Argentina. La Corte IDH, según entiendo, especificó que el deber de responder requiere, al menos: a) la existencia de un derecho violado; b) la afectación a la debida diligencia como estándar aplicable al caso concreto; c) un factor de riesgo que produzca una afectación al derecho humano previsto según el estándar de debida diligencia exigido;[67] d) este último debe estar vinculado a la magnitud y características de los riesgos que genera la actividad; y e) la existencia de un riesgo real e inmediato respecto del cual el Estado e´. lo conoce o debe conocerlo y e´´. posee posibilidades razonables de evitarlo o prevenirlo.

Esta línea argumental no es aislada, por el contrario, en diversas decisiones la Corte IDH ha fijado posición respecto a la procedencia del deber de responder estatal por actos entre terceros. Especialmente cuando se haya: a) omitido desplegar adecuadamente el deber de regular, supervisar y fiscalizar determinadas actividades; b) omitido intervenir para garantizar en el caso concreto la igualdad y no discriminación en el sector privado;[68] c) omitido supervisar actividades vinculadas a

---

des de empresas privadas que impliquen riesgos significativos a los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana y otros tratados sobre los que ejerce su competencia" (Corte IDH, *Caso Iglesias y otros vs. Argentina*, cit.).

65 Corte IDH, OC-32/25, cit.

66 Corte IDH, Caso Iglesias vs. Argentina, cit. La sentencia de la Corte IDH analiza la responsabilidad internacional derivada del fallecimiento de la niña Marcela Brenda Iglesias Ribaudo (6 años), ocurrido el 5 de febrero de 1996 en el excomplejo Paseo de la Infanta, ubicado en la ciudad de Buenos Aires. La trágica muerte fue provocada por el desplome de una escultura de 250 kg en un espacio público bajo concesión estatal que carecía de los debidos controles de seguridad, supervisión y fiscalización, entre otros.

67 El concepto general de debida diligencia en el derecho internacional es típicamente asociado a la posible responsabilidad de un Estado frente a obligaciones de conducta o comportamiento, en contraste con las obligaciones de resultado que requieren el logro de un objetivo específico. Ver Corte IDH, Opinión Consultiva 23/17, cit. Corte IDH, *Caso Iglesias vs. Argentina y otros*, cit.

68 Corte IDH, *Caso Olivera Fuentes vs. Perú*, 4.2.2023.

los servicios de salud;[69] d) omitido proteger el bien público involucrado en una actividad tercerizada pero de titularidad del Estado;[70] e) omitido prevenir violaciones producidas por empresas privadas regulando las acciones que estas deben adoptar para respetar los derechos humanos;[71] f) omitido garantizar el derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos originarios[72] incluida en el artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica[73]; g) omitido la regulación, supervisión o fiscalización de las actividades de terceros que causen un daño al ambiente.[74]

Aún más, la Corte IDH[75] ha sostenido respecto a las empresas: a) existe un deber de prevenir las violaciones a los derechos humanos por parte de las empresas; b) los Estados deben adoptar medidas legislativas y de otro carácter para regular las obligaciones empresariales en dirección a tal prevención; c) los Estados están obligados a investigar, castigar y reparar las violaciones ocurridas en dichos ámbitos empresariales; d) las empresas deben abstenerse de provocar o contribuir a provocar violaciones a los derechos humanos; e) las empresas poseen la obligación de adoptar medidas para subsanar las violaciones al deber de abstención.

Como puede apreciarse, el foco de atención está puesto en analizar si el Estado desplegó la debida diligencia de manera de prevenir el ilícito internacional. Con la particularidad de que la omisión en ello hará responsable al Estado por la afectación de un derecho y/o garantía *ius* fundamental generada en la relación jurídica base: entre terceros en donde una de ellas gestiona bienes y servicios públicos, o son estas actividades de interés público o se trata de una actividad riesgosa.

De regreso al caso *Iglesias*, la Corte IDH condena a la Argentina justamente por la omisión y defectuoso cumplimiento de las obligaciones tanto de regulación como de control en relación con la debida diligencia exigida en el caso concreto. Insiste en fijar el deber de responder internacionalmente del Estado ante la omisión o defec-

---

69 Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, 4.7.2006.

70 Ídem.

71 "… el Tribunal destaca que los Estados tienen el deber de prevenir las violaciones a derechos humanos producidas por empresas privadas, por lo que deben adoptar medidas legislativas y de otro carácter para prevenir dichas violaciones, e investigar, castigar y reparar tales violaciones cuando ocurran. Los Estados, de esta forma, se encuentran obligados a reglamentar que las empresas adopten acciones dirigidas a respetar los derechos humanos reconocidos en los distintos instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos —incluidas la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador— especialmente en relación con las actividades riesgosas. En virtud de esta regulación, las empresas deben evitar que sus actividades provoquen o contribuyan a provocar violaciones a derechos humanos, y adoptar medidas dirigidas a subsanar dichas violaciones…" (Corte IDH, *Caso de Los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras*, 31.08.2021).

72 Ver Gutiérrez Colantuono y Marconi (2025).

73 Corte IDH, *Caso "Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, 29.03.2006; Caso *Pueblo Indígena Xucuru vs. Brasil, c*it.

74 Corte IDH, OC 32-25, cit.

75 Corte IDH, *Caso Pueblos Indígenas Tagaeri y Taromenane vs. Ecuador*, 4.09.2024.

tuoso cumplimiento de las competencias regulatorias y de control de las actividades privadas que afecten derechos humanos protegidos. Según su criterio, la obligación de garantía contiene al deber de prevención en la esfera privada para que terceros no vulneren los bienes jurídicos protegidos. Desde allí fija la regla general en la materia: "… Los Estados están obligados a regular, supervisar y fiscalizar la práctica de actividades de empresas privadas que impliquen riesgos significativos a los derechos humanos…".[76]

Actualmente, según entiendo, existe una suerte de extensión refleja del control de convencionalidad en relación con la actividad del sector privado entre las relaciones privadas en la medida en que puede generar responsabilidad por omisión en las actividades de regulación, control y fiscalización al Estado.[77]

El deber de prevención, entonces, ordena que todas las autoridades estatales lleven adelante sus competencias de manera consistente con el derecho común de los derechos humanos. El control de convencionalidad es una herramienta de ello, y entre sus aspectos se destaca que cada autoridad estatal realice una correcta hermenéutica en su propio ámbito. Ese mismo deber de prevención obliga al Estado, en relación con las empresas, a: a) fomentar y promover la prevención empresarial de los derechos humanos en sus relaciones internas y con terceros; b) regular la actividad empresarial vinculada a la adecuación y prevención en materia de derechos humanos; c) supervisar y fiscalizar en especial actividades riesgosas empresariales que puedan generar lesiones a terceros en sus derechos fundamentales.

8. Inteligencia artificial (IA) y derechos humanos

¿El avance de la tecnología y especialmente de la IA agravará o corregirá las desigualdades existentes? ¿Promoverá la IA mayores niveles de vulnerabilidad o los reducirá? ¿Existe una suerte de presunción de vulnerabilidad universal a favor de los usuarios de la IA que debe ser desvirtuada? ¿Es posible formular una garantía a nivel global de prohibición del aumento de las vulnerabilidades? Las preguntas muchas veces son más importantes en su formulación que, incluso, en sus propias respuestas, máxime en estos tiempos que se presentan altamente cambiantes y ausentes de certezas suficientes de aquello que sucederá en el futuro cercano.

---

76 Ídem. La afectación a los derechos fundamentales de la niña (a la vida, a la integridad personal, a los derechos de la niñez, entre otros) y de su familia sucede en un espacio público en el que se desarronada una actividad privada. En dicho espacio fallece la menor, respecto a quien el Estado posee obligaciones concretas en relación con la accesibilidad, el cuidado y la seguridad en el ejercicio de los derechos de la niñez en tal espacio.

77 La Corte IDH ha indicado las obligaciones de las empresas en relación con la emergencia económica y el deber estatal de regular, fiscalizar y controlar (Corte IDH, OC 32/25, cit.).

En el ámbito de Naciones Unidas, más precisamente dentro del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos (2026), se emitieron una serie de recomendaciones en materia de IA centradas en la gobernanza pública y los riesgos que supone para los derechos humanos.

No se trata, por cierto, de negar una realidad, antes bien de transparentar que se trata de una actividad que constituye técnicamente un factor de riesgo. Para desde allí prevenir los posibles efectos negativos. O bien diseñar mecanismos correctivos adecuados y utilizados en el momento oportuno. El Estado aparece así con un rol fundamental cuyo alcance y modalidad habrá que debatir, más algo está por claro: no puede mostrarse ni prescindente ni ausente.

La aparición de la IA, su desarrollo e implementación poseen profundos efectos en la vida de cada persona aun sin ser cada una de ellas suficientemente consciente de lo que está sucediendo. El acceso a bienes y servicios básicos cada vez es más dependiente del acceso a la tecnología. Sin acceso universal y alfabetizado digitalmente tan solo se irá a un mayor agravamiento de las brechas sociales profundizando las vulnerabilidades existentes. Ello, de por sí, marca la necesidad ética y la obligatoriedad constitucional del involucramiento de los Estados con sus herramientas regulatorias y de control.

El Comité Asesor advierte en este punto algunas externalidades negativas: 1) La IA no es neutra, su diseño y su aplicación pueden reflejar y agravar los desequilibrios de poder existentes. 2) La mayor opacidad acarrea menor garantía del ejercicio de los derechos pues la falta de explicabilidad puede obstaculizar el acceso a la justicia. 3) Aparece el colonialismo digital, al cual el informe vincula con: a) la construcción y aplicación homogénea de la IA; y b) el sesgo en los datos y los algoritmos, que se ve agravado por el hecho de que el desarrollo de la IA se concentra en un grupo reducido de actores y contextos. 4) La injusticia automatizada en la que decisiones algorítmicas opacas niegan a las personas un trato equitativo o el acceso a servicios u oportunidades sobre la base de datos erróneos o sesgados. 5) La proliferación de la desinformación generada por IA pone en peligro el acceso a información fidedigna mediante la producción barata y a gran escala de información falsa o engañosa.

El informe propone la adopción de medidas preventivas de análisis del impacto del uso de la IA en los derechos fundamentales, los enfoques multipartitos por parte de los Estados, las plataformas privadas y la sociedad civil en el diseño y adopción de medidas protectorias, la participación de las personas en las decisiones que afectan a sus derechos y la promoción de ecosistemas de IA que respeten los derechos humanos basados en los principios de equidad, soberanía y justicia social.

En relación con este tópico cabe recordar que la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) de Naciones Unidas en su informe de 2024 ha afirmado la existencia de una creciente brecha en el desarrollo y adopción de la IA entre los países desarrollados y en desarrollo, lo cual representa un desafío significativo para

la equidad mundial (CEPAL, 2024).[78] Sin desconocer que para la región de América Latina y el Caribe el uso de la tecnología y especialmente de IA es un importante potencial transformador, advierte sobre la necesidad de cerrar la brecha tecnológica y asegurar que estas tecnologías beneficien a toda la población y no únicamente a una pequeña élite. En este sentido, dentro de la prevención en materia estatal deben generarse condiciones en el mercado que propendan a la mayor accesibilidad en condiciones de igualdad a la ciudadanía. Para ello el Estado cuenta con herramientas de "intervención" adecuadas, como acaso pueden ser los programas de fomento para el sector tecnológico.

Por su parte, con el Pacto de Futuro (NU, setiembre de 2024) rubricado por la gran mayoría de países del mundo, los Estados se han obligado a gestionar riesgos de la posible ampliación de la disparidad y desigualdad existentes dentro de cada país por parte del uso de la ciencia y la tecnología, además de integrar la perspectiva de derechos humanos en los procesos regulatorios y normativos del uso de la tecnología y exhortar a los sectores privados a que respeten los derechos humanos.[79]

En tal contexto, los Estados poseen un rol fundamental en punto a regular la IA en sus diversos tramos (creación, diseño, desarrollo y aplicación, entre otros). La adopción de marcos normativos que faciliten la prevención de riesgos o establezcan medidas compensatorias, en mi opinión, se integran dentro del deber de garantía ya enunciado. Con proyecciones concretas en las relaciones entre el Estado y la ciudadanía como también en relaciones entre terceros (desarrolladores y usuarios, por ejemplo). Consecuencia de ello será que el Estado en determinados supuestos pueda ser responsable no tan solo ética o políticamente, sino también jurídicamente por las afectaciones a los derechos fundamentales según he indicado en el apartado referido a la prevención estatal. Sin perjuicio del diseño de programas que exijan por una parte transparencia, rendición de cuentas y supervisión en la toma de decisiones algorítmicas y por la otra la necesaria participación ciudadana antes de tomar una decisión en la materia que afecte directamente los derechos humanos de las personas.

La regulación, en tanto expresión del mandato de prevención, aparece como un deber estatal en la materia. No se trata de obstaculizar la innovación, sino de evitar que el futuro tecnológico quede definido exclusivamente por una minoría de corporaciones capaces de: 1) administrar los flujos globales de información y conocimiento; y 2) incidir negativamente sobre el acceso a los bienes y servicios fundamentales.[80]

78 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2024).

79 He criticado de manera negativa la posición de Argentina respecto a dicho Pacto de Futuro en la nota de opinión "Legalidades aparentes" (Gutiérrez Colantuono, 2025b).

80 Ampliar en Ferrajoli (2023b).

9. Recapitulación

A manera de recapitulación de los principales temas abordados alrededor del CCI y las Administraciones públicas podré afirmar:

1. El CCI es un deber estatal y una garantía de las personas que expresa el mandato preventivo obligacional establecido de manera general en la propia CADH (arts. 1.1 y 2).
2. El CCI es desplegado de oficio por parte de todas las autoridades estatales siempre dentro del marco de las propias competencias y conforme las reglas procedimentales y procesales. Tales reglas son elegidas por cada Estado dentro de su propio margen de apreciación.
3. El margen de apreciación en ningún caso podrá habilitar la justificación de la violación a los derechos fundamentales. De suceder esto último, pues, el control de convencionalidad internacional se activará en caso de concurrir los demás requisitos que exige la Corte IDH.
4. La finalidad del deber de desplegar el CCI de oficio es la propia búsqueda de la consistencia entre el sistema interno y el regional de derechos humanos tanto en aspectos normativos, interpretativos como en prácticas institucionales.
5. Los criterios adoptados por la Corte IDH en el sistema argentino se integran dentro de la obligación del CCI como estándares interpretativos de dicha consistencia.
6. Las Administraciones públicas en sus propios ámbitos deben desplegar el CCI sabiendo que este tiene una particular importancia dentro de la actividad interpretativa de los órganos de asesoramiento jurídico permanentes.
7. La actividad sancionatoria es especialmente sensible a la vulneración de los derechos fundamentales por la presencia de fuertes cuotas de discrecionalidad. Al comportar esta una expresión del poder punitivo estatal requiere un estándar elevado de la aplicación de las garantías que componen la tutela judicial efectiva aplicable mediante la tutela administrativa efectiva (art. 8, PSJCR, numerales 1 y 2 según la naturaleza del asunto).
8. El mandato convencional de prevención obliga al Estado tanto en el marco de sus propias relaciones como en aquellas otras que se generan entre terceros, en especial si se trata de actividades riesgosas.
9. Los derechos humanos son parte del fenómeno mayor de la globalización del derecho, ampliando así notablemente el contenido del principio de juridicidad de las Administraciones públicas. Ello permite el despliegue de la tutela administrativa como parte de la prevención estatal consistente en la adopción de medidas tanto de remoción como de adecuación e interpretación, en el plano de los derechos humanos por parte de las Administraciones públicas.

Bibliografía

Ábalos, M. G. (2025). Margen de apreciación nacional como diálogo bidireccional. *El Derecho - Constitucional, Suplemento en homenaje a Néstor Pedro Sagüés*. ED-VI-CCXXXVI-791.

Balbín, C. (2025). *Manual de Derecho Administrativo* (6ª ed.). La Ley-Thomson Reuters.

Cabral, P. (2023). Margen de Apreciación Nacional. Valor de las sentencias de la Corte IDH CSJN, "Escalante, Esteban Iván y otros s/homicidio". *Debates sobre Derechos Humanos*, (7), 67-80. https://publicaciones.unpaz.edu.ar/OJS/index.php/debatesddhh/article/view/1645

Cassese, S. (2010a). *El Derecho Global, justicia y democracia más allá del Estado*. Editorial Derecho Global.

Cassese, S. (2010b). *Los tribunales ante la construcción de un sistema jurídico global*. Editorial Derecho Global.

Clérico, L. (2018). La enunciación del margen de apreciación: Fontevecchia 2017 desde los márgenes. *Revista Derechos en Acción*, *7*(7), 295-317.

Comadira, J. R. (Coord.). (2012). *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I, Capítulo III. El principio de juridicidad, discrecionalidad administrativa y situaciones jurídicas subjetivas*. Abeledo Perrot.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2024). *Superar las trampas del desarrollo de América Latina y el Caribe en la era digital: el potencial transformador de las tecnologías digitales y la inteligencia artificial (LC/CMSI.9/3)*.

Consejo de Derechos Humanos. (15 de junio de 2026). *Repercusiones de los Sistemas de Inteligencia Artificial en la Buena Gobernanza. Estudio del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos* (A/HRC/62/54). https://docs.un.org/A/HRC/62/54

Diana, N. (2024). Las falacias de la tutela administrativa efectiva. Mitos y leyendas. En Alonso Regueira, E. (Ed.), *Bases para la Libertad en el Derecho Administrativo Argentino* (Tomo Celeste, pp. 77-84). Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

Ferrajoli, L. (2023a). *La construcción de la democracia. Teoría del garantismo constitucional* (Trad. A. Perfecto). Trotta.

Ferrajoli, L. (2023b). *Por una constitución de la tierra. La humanidad en la encrucijada*. Trotta.

Garcés Ramírez, F. (2023). Una mirada crítica al control de convencionalidad. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, (28), 101-142.

Gelli, M. A. (2018). La globalización jurídica y el regreso de las soberanías nacionales en materia de derechos humanos. ¿Hacia un punto de equilibrio razonable? *La Le*y, 2018-D, 1033. AR/DOC/1645/2018.

Gordillo, A. (2009). Hacia la unidad del orden jurídico mundial. En *Tratado de derecho administrativo. Tomo 2: La defensa del usuario y del administrado* (9ª ed., Cap. XXII). Fundación de Derecho Administrativo. https://gordillo.com/pdf_tomo2/9ed/capitulo22.pdf

Gutiérrez Colantuono, P. (2022). *Control de Convencionalidad en las Administraciones Públicas*. Astrea.

Gutiérrez Colantuono, P. (5 de junio de 2024). El derecho autónomo al medio ambiente sano en clave de derechos humanos. *Palabras del Derecho*. https://goo.su/m7XzjXN

Gutiérrez Colantuono, P. (2025a,). *La Corte IDH lo hizo una vez más: nace el derecho al cuidado*. Palabras del Derecho. https://www.palabrasdelderecho.com.ar/articulo/6161/La-Corte-

IDH-lo-hizo-una-vez-mas-nace-el-derecho-al-cuidado

Gutiérrez Colantuono, P. (2025b). Legalidades aparentes. *El Cronista*. https://www.cronista.com/columnistas/legalidades-aparentes/

Gutiérrez Colantuono, P. y Marconi, C. (2025). Vaca Muerta y los estándares en materia de interculturalidad. *(En)clave Comahue. Revista Patagónica de Estudios* Sociales, 32(31), 103-132. https://revele.uncoma.edu.ar/index.php/revistadelafacultad/es/article/view/6839

Ivanega, M. M. (2015). Responsabilidad estatal y servicios públicos. Breves comentarios. En Ávila, S. M. (Coord.), *Responsabilidad del Estado: Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944* (1ª ed., pp. 325-336). Infojus. SAIJ: DACF160129.

Kingsbury, B. y Stewart, R. B. (2016). *Hacia el Derecho Administrativo Global: Fundamentos, Principios y Ámbito de Aplicación*. Editorial Derecho Global.

Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo XIV. La actividad regulatoria de la Administración*. BOE.

Alonso Regueira, E. (2025). El ocaso de la discrecionalidad. En Alonso Regueira, E. (Ed.), *Bases para la Libertad en el Derecho Administrativo Argentino* (Tomo Blanco, pp. 43-87). Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

Rodríguez-Arana, J. (2024). *Curso de derecho administrativo español* (Tomo III, Capítulo VI). Colex.

Sagués, M. S. (2017). Diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino. En Henríquez Viñas, M. y Morales Antoniazzi, M. (Coords.), *El control de convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile* (pp. 281-372). DER Ediciones.

Salvatelli, A. (2024). La doble garantía de fundamentación de los actos administrativos: derecho a una decisión fundada y motivación. Su impacto en la discrecionalidad administrativa. En Alonso Regueira, E. (Ed.), *Bases para la Libertad en el Derecho Administrativo Argentino* (Tomo Celeste, pp. 505-525). Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

Sammartino, P. (2025). Amparo y Administración. Amparo frente a actos y omisiones de la Administración (2ª ed., Tomo II, pp. 130-131). Abeledo Perrot/Thomson Reuters.

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° 2 (octubre de 2026): 85-105

La dimensión solidaria de la libertad en el Estado social de derecho

The Solidaristic Dimension of Freedom in the Social Rule-of-Law State

Leonardo Massimino[1]
Universidad Nacional de Córdoba

Sumario

1. Introducción
2. Algunas precisiones
3. El tránsito hacia la libertad solidaria: del individualismo al Estado social
3.1. La libertad en la matriz alberdiana: autonomía y pragmatismo
3.2. La reforma de 1994 y la humanización del derecho público
3.3. La libertad solidaria como corolario de la dignidad humana
4. La libertad solidaria desde la perspectiva de los valores. Una visión de la libertad solidaria desde la justicia (distributiva y conmutativa)
5. Fundamento de la libertad solidaria desde la perspectiva de los principios
6. La libertad solidaria desde la perspectiva de las reglas
6.1. La regulación de la libertad solidaria como una cuestión de Justicia General
6.2. La libertad solidaria en los autores de la escuela de Austria
6.3. La regulación de la libertad solidaria, una cuestión de prudencia
6.4. La fraternidad como criterio operativo de la libertad solidaria
6.5. La distinción entre justicia distributiva y políticas distributivas
6.6. La libertad solidaria y las fallas de mercado
6.7. La libertad solidaria desde la mirada institucional

1 Doctor y posdoctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Magister en Derecho Administrativo y Especialista en Regulación de los Servicios Públicos por la Universidad Austral; egresado sobresaliente. Premio "Corte Suprema de Justicia de la Nación" y "Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba". Profesor titular de Derecho Administrativo y de Derecho Procesal Administrativo de la Universidad Católica de Córdoba. Profesor adjunto de Derecho Procesal Administrativo de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA). Juez de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Córdoba.
lfmassimino@hotmail.com

7. Las modulaciones de los equilibrios de la libertad y la solidaridad: el continuo regulatorio e intervenciones óptimas
8. La libertad solidaria desde la mirada del control jurisprudencial
8.1. La solidaridad como argumento determinante en materia previsional
8.2. Solidaridad ambiental, servicios públicos y en la emergencia económica
8.3. La libertad solidaria en materia de acceso y tutela de los datos personales.
9. A modo de conclusión

Recibido: 17/08/2026
Aceptado: 31/08/2026

https://doi.org/10.26422/daec.2026.0200.mas

Resumen
La realidad argentina de los últimos años se ha caracterizado por exhibir políticas públicas zigzagueantes que oscilan entre medidas que importan una fuerte intervención estatal (Estado interventor) y otras que, en cambio, son propias de un Estado prescindente. En el fondo, esta Argentina pendular muestra una contraposición de valores entre la libertad y la solidaridad. En ese marco, este trabajo plantea que la perspectiva solidaria de la libertad no es una opción ideológica contingente, sino un estándar que encuentra su hontanar en el propio texto constitucional y en el bloque de constitucionalidad. Lejos de ser valores contrapuestos, la libertad solidaria (como valor, principio o norma) se erige como el presupuesto de cualquier intervención pública legítima y funciona como un criterio de mesura que brinda contenido y moldea los alcances de la actividad estatal y de los ciudadanos en su vínculo con el Estado.
Palabras clave: libertad solidaria, valor, principio, regulación, intervención pública, Estado social de derecho, dignidad humana, jurisprudencia.

Abstract
Recent years in Argentina have been characterized by erratic public policies that oscillate between measures involving strong state intervention (an interventionist state) and others that, conversely, are typical of a hands-off state. At its core, this pendulum-like Argentina reveals a conflict of values between freedom and solidarity. Within this framework, this paper argues that the solidarity-based perspective of freedom is not a contingent ideological choice, but rather a standard rooted in the Constitution itself and the body of constitutional law. Far from being opposing values, solidarity-based freedom (as a value, principle, or norm) stands as the prerequisite for any legitimate public intervention and functions as a criterion of moderation that provides content and shapes the scope of state activity and the role of citizens in their relationship with the state.
Key words: solidarity freedom, value, principle, regulation, public intervention, regulation, social state based on the rule of law, human dignity, jurisprudence.

1. Introducción

La labor del jurista, enseña Pedro Frías, no debe limitarse a la exégesis de la superficie normativa, sino que consiste esencialmente en mirar en prospectiva y estar atento a lo que subyace detrás del fenómeno jurídico. Bajo esa impronta, el presente trabajo indaga sobre una materia prima que ofrece la realidad argentina actual, caracterizada por lo que denominamos la "Argentina pendular". Este escenario exhibe políticas públicas zigzagueantes que oscilan entre medidas que importan una fuerte intervención estatal (Estado interventor) y otras que, en cambio, son propias de un Estado desregulador y prescindente. Para visualizar ese movimiento pendular, basta con tener presente las sucesivas normativas dictadas con motivo de las emergencias públicas declaradas en las últimas décadas en nuestro país (ejemplificadas en las recurrentes leyes de emergencia económica dictadas en los años 1989, 2002, 2015, 2019 y 2023).[2] Los regímenes más intervencionistas se fundan principalmente en principios tales como la "cuestión social" y "la solidaridad", entre otros. Las políticas públicas más prescindentes del rol del Estado resaltan, en cambio, "la libertad", la importancia de "la propiedad", "la autonomía" de las personas. En ambos casos, se esgrimen estos valores (solidaridad y libertad) como si pertenecieran a orbes diferentes y se excluyeran mutuamente.

El problema jurídico fundamental reside en que, en ambos extremos, se suelen esgrimir los valores de libertad y solidaridad como si pertenecieran a orbes excluyentes, donde la afirmación de uno implica necesariamente la aniquilación del otro. Este divorcio axiológico no es neutro, obedece a visiones antropológicas divergentes que condicionan el rol del derecho y los mecanismos de intervención pública.

En ese marco, la hipótesis central de este trabajo es que la perspectiva solidaria de la libertad no es una opción ideológica contingente, sino un estándar que encuentra su hontanar en el propio texto constitucional y en el bloque de constitucionalidad. Lejos de ser valores contrapuestos, la libertad solidaria se erige como el presupuesto de cualquier intervención pública legítima y funciona como un criterio de mesura que brinda contenido y moldea los alcances de la actividad estatal y de los ciudadanos particulares en tanto mantengan un vínculo con el Estado.

Para justificar esta afirmación, el plan de trabajo es el siguiente. En primer lugar, se efectúan algunas precisiones conceptuales con el propósito de brindar un marco teórico a la noción de libertad solidaria (punto 2). A continuación, se ubica la libertad

2 Por ejemplo, la Ley 23696 de Reforma del Estado (1989), la Ley 25561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario (2002), la Ley 27541 de solidaridad social y reactivación productiva (2019), la Ley 27742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (2023). Por su parte, el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2203, el Estado nacional, en su programa de desregulación, promoverá y asegurará la vigencia efectiva de un sistema económico basado en decisiones libres, adoptadas en un ámbito de libre concurrencia, con respeto a la propiedad privada y a los principios de libre circulación de bienes, servicios y trabajo.

solidaria en el texto constitucional argentino (punto 3). Posteriormente, se reflexiona en torno a los fundamentos de la libertad solidaria desde la perspectiva de los valores (punto 4), de los principios (punto 5) y de las reglas (punto 6). Sentado lo anterior, luego se refiere a las modulaciones regulatorias de la libertad solidaria (punto 7) y analiza jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) desde la mirada de este trabajo (punto 8). Finalmente, se formulan consideraciones a modo de conclusión (punto 9).

2. Algunas precisiones

A la hora de examinar el alcance de la afirmación anterior, siguiendo a Serna (1995), debe formularse una distinción —a mi entender, necesaria— que tiene que ver con el fundamento ambivalente de los derechos como producto histórico de la modernidad, en virtud de la cual han sido empleados simultáneamente como instrumentos de lucha político-ideológica y como categoría ético-jurídica. Desde la primera perspectiva, la libertad solidaria alude a un concepto pétreo del texto constitucional. Ello, porque ni la libertad ni la solidaridad son pertenencia de ninguna parcela política en particular, sino que la trascienden. Desde la segunda perspectiva, la libertad solidaria es un corolario necesario de la dignidad humana, que tiene un carácter principal en el derecho argentino.[3]

En nuestro ordenamiento jurídico, se resalta el enorme potencial fundamentador que posee el concepto de dignidad, principalmente mediante la inclusión de los tratados de derechos humanos mediante el artículo 75, inciso 22 y otras normas sobre materias específicas de nuestra Constitución Nacional (CN). Ese concepto (*dignidad*) se imbrica y se proyecta sobre la libertad solidaria. En particular en lo que respecta a sus caracteres fundamentales, que, por tanto, también son aquí aplicables. Consecuentemente, puede afirmarse que la libertad solidaria: (i) tiene fuerza motriz, en el sentido de que es una idea fuerza que tiene una imperativa vocación de proyección práctica; (ii) informa todo el ordenamiento constitucional, particularmente los sistemas político, económico y de derechos humanos previstos en la carta magna; y, al mismo tiempo y aunque resulte paradójico, (iii) también posee la virtualidad de imponer límites al ejercicio de los derechos, en tanto esas modulaciones permiten la pacífica convivencia social (Bidart Campos, 1991).

Al respecto, es útil recordar que el parágrafo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn consagra como primer principio constitucional el de la dignidad de la persona. En el mismo sentido, la Constitución española (CE), a pesar de profundos debates doctrinarios sobre si la dignidad humana tiene preeminencia o no sobre los restantes valo-

3 Para profundizar, puede verse, Massimino (2013).

res consagrados en dicho ordenamiento (por ejemplo, libertad, igualdad, pluralismo político),[4] reconoce la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes (artículo 10.1, CE) en beneficio de los valores superiores del precitado artículo 1.1 de dicha Constitución.[5]

Resta decir, finalmente, que la libertad solidaria no se identifica —aunque sí se vincula materialmente— con los fundamentos axiológicos que la doctrina y la jurisprudencia especializada le han brindado a la actividad administrativa. Recordemos que se ha sostenido que el fin de la actividad administrativa es, por ejemplo, la tutela del interés público o el bienestar general, el normal funcionamiento de los servicios públicos, el poder, entre otras explicaciones. En cambio, los fundamentos de la noción bajo estudio residen en el texto mismo de la ley fundamental, toda vez que allí se hace referencia directa al contenido sustancial de los derechos y garantías que gozan todas las personas. En otras palabras, la libertad solidaria, al ahondar sus fundamentos mismos en la carta magna, permite brindar un sustento más permanente y sostenido a las intervenciones públicas, evitando el zigzagueo antes aludido.

Al respecto, Rodríguez-Arana Muñoz (2015), iniciador de esta noción de la libertad solidaria, señala que el interés general, clave de bóveda del derecho administrativo, debe entenderse, desde el Estado social y democrático de derecho, como un concepto que sólo tiene sentido si está concretado en la realidad y si es objeto de argumentación o justificación. De lo contrario, estaríamos en las antípodas de un sistema democrático; estaríamos inmersos en el proceloso mundo del autoritarismo, sea patente o sutil. Agrega que, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, se nos invita a la tarea, ya iniciada hace algunos años, de adecuar las categorías e instituciones del derecho administrativo al Estado social y democrático de derecho. No se quiere decir, ni mucho menos, que estemos asistiendo al entierro de las instituciones clásicas del derecho administrativo. Más bien, hemos de afirmar que el nuevo derecho administrativo está demostrando que la tarea que tiene encomendada de garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos requiere de una suerte de presencia pública, quizás mayor en intensidad que en extensión, que hace buena aquella feliz definición del derecho administrativo como el derecho del poder público para la libertad solidaria, las categorías e instituciones del derecho administrativo al Estado social y democrático de derecho. No se quiere decir, añade, que estemos asistiendo al entierro de las instituciones clásicas del derecho administrativo. El autor concluye en que

> hemos de afirmar que el nuevo Derecho Administrativo está demostrando que la tarea que tiene encomendada de garantizar y asegurar los derechos de los

4 Sacristán (2015) argumenta que la noción de Estado de Justicia constituye un fundamento a la responsabilidad del Estado.

5 Para ampliar, ver González Pérez (2011). De igual modo, Pérez Luño (1995).

> ciudadanos requiere de una suerte de presencia pública, quizás mayor en intensidad que en extensión, que hace buena aquella feliz definición del Derecho Administrativo como el Derecho del poder público para la libertad solidaria. (Rodríguez-Arana Muñoz, 2015, p. 21)

3. El tránsito hacia la libertad solidaria: del individualismo al Estado social[6]

La formulación jurídico-positiva de la libertad solidaria hunde sus raíces filosóficas y se remonta al texto constitucional de 1853 y su evolución posterior.

3.1 La libertad en la matriz alberdiana: autonomía y pragmatismo

Para comprender la génesis de la libertad en nuestro sistema, es imperativo remontarse al pensamiento de Juan Bautista Alberdi en *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, donde la libertad se concibe con una obsesión pragmática: poblar y enriquecer la nación. En la matriz fundacional de 1853, la libertad era entendida primordialmente como autonomía de la persona frente al Estado (la "libertad de" que el Estado no interfiera), privilegiando las libertades civiles de industria, navegación y comercio sobre las políticas. En este esquema liberal-individual, la solidaridad era, en principio, ajena al texto positivo y quedaba delegada a la actividad privada o al derrame natural del progreso económico.

3.2 La reforma de 1994 y la humanización del derecho público

La evolución hacia el moderno Estado social de derecho en nuestro país se completa nítidamente con la reforma constitucional de 1994, receptora de la libertad solidaria, que añade a la libertad individual una dimensión de responsabilidad colectiva.[7]

Si bien el sustantivo "libertad" aparece en el Preámbulo y en los artículos 32 y 43 de la carta magna, puede afirmarse que el sistema constitucional argentino establece la libertad como la regla y la restricción como la excepción, encontrando su definición más potente en el principio de reserva del artículo 19.

En efecto, en el texto vigente de la Constitución Nacional, el sustantivo "libertad" se expresa en tres pasajes clave. En primer lugar, en el Preámbulo, donde se señala que el fin constitucional es "asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros,

6 Para ampliar, con provecho, Rodríguez-Arana Muñoz (2015).

7 En relación con este tema, ver Finnis (1980).

para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino…". En segundo lugar, el artículo 32 dispone que "El Congreso Federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal". En tercer lugar, el artículo 43 (referido al *habeas corpus*) establece que este remedio corresponde "… cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física…".

Si incluyéramos los tratados internacionales con jerarquía constitucional (mencionados en el artículo 75, inciso 22), como la Declaración Universal de Derechos Humanos o el Pacto de San José de Costa Rica, la palabra "libertad" aparece una gran cantidad de veces, ya que esos tratados forman parte de la Constitución misma desde la reforma del año 1994. En ese marco, cabe reparar en que, paradójicamente, la disposición constitucional más significativa y fundamentadora de la libertad no emplea la palabra "libertad" y es el artículo 19 el que consagra el denominado "principio de reserva": "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

A diferencia de la palabra "libertad", el concepto explícito de "solidaridad" es un invitado más reciente en nuestro texto constitucional. En realidad, la palabra "solidario" (como adjetivo) aparece sólo una vez en la Constitución Nacional y fue incorporada en la reforma de 1994 (no se encontraba en el texto original de la Constitución de 1853), ya que responde a una visión más actual del Estado social de derecho. Así, el artículo 75, inciso 2, referido a la coparticipación de impuestos entre la nación y las provincias, prescribe:

> … La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

No obstante esta particularidad lingüística, la solidaridad para nada es ajena al ideario constitucional, toda vez que, por ejemplo, el Preámbulo dispone que el fin constitucional de la Constitución es "promover el bienestar general", el artículo 75, inciso 19 consagra la "cláusula de progreso con justicia social" y el artículo 41 dispone la preservación del ambiente para generaciones futuras.

Por esa razón, es dable afirmar que la Constitución argentina no es puramente liberal-individualista, sino que establece un "Estado social y de derecho". En este marco, la solidaridad funciona como puente que equilibra la libertad con la igualdad. En otras palabras, la libertad solidaria no es una mera recomendación moral, sino un mandato jurídico que emerge de la carta magna.

De otro costado, y como se desprende de lo dicho hasta aquí, una atenta herme-

néutica constitucional permite advertir los diferentes grados de positivización de la libertad solidaria en la carta magna porque se concretiza como valor, como principio o como norma o regla de conducta fundamentales, cuestión que se profundiza en el apartado siguiente.

3.3 La libertad solidaria como corolario de la dignidad humana

La libertad solidaria constituye un presupuesto diverso a las teorías clásicas que le asignan a la actividad estatal un rol meramente prohibitivo o de vigilancia. En nuestro ordenamiento, la dignidad de la persona se erige como el centro sobre el cual gira la organización de los derechos fundamentales (Massimino, 2013). En este sentido, la libertad se legitima cuando contribuye al bien común, superando la visión de la libertad del otro como un límite para verla como una posibilidad de ampliación de la propia libertad mediante el diálogo y la cooperación. Esta visión ha sido receptada por la CSJN en fallos determinantes. Así, por ejemplo, en la causa *Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.* (Fallos: 327:3753, 2004), el máximo tribunal estableció como doctrina judicial que el hombre es el "eje y centro de todo el sistema jurídico", afirmando que la dignidad humana es un valor supremo y que la libertad de empresa no puede atropellar la integridad del trabajador. Ciertamente, el hilo conductor de esta jurisprudencia es, por tanto, la subordinación de la libertad económica a una axiología positiva basada en los principios de fraternidad y solidaridad.

4. La libertad solidaria desde la perspectiva de los valores. Una visión de la libertad solidaria desde la justicia (distributiva y conmutativa)

Abordar el tema de la libertad solidaria desde la perspectiva de la justicia (distributiva o conmutativa), es decir, desde la órbita de los valores que inspiran y fundamentan los distintos regímenes jurídicos, brinda un andamiaje más estable y permanente (no pendular) al propósito y contenido de las políticas públicas.

Al respecto, cabe tener presente que, como advierte Finnis (1980, como se citó en Sacristán, 2015), una cosa es la justicia distributiva según Santo Tomás de Aquino y otra cosa es la justicia distributiva según el cardenal Cayetano. Finnis dice que la asociación entre justicia distributiva y Estado aparece en la obra de este último; pero una lectura detenida de Aristóteles conduce al carácter no excluyente de la justicia distributiva en la relación de derecho público. Entonces, siguiendo a Finnis, la relación de derecho público no excluye la conmutación: si la relación jurídica es de justicia distributiva y conmutativa a la vez, los efectos emergentes de esa relación tendrán ambas características.

Desde esta mirada, entonces, no existe antagonismo alguno entre conmutación y distribución en la axiología que inspira el obrar humano, toda vez que, en realidad, se trata de una mirada de las clases de justicia que explica sendos aspectos —siempre relacionados— en la conducta unitaria de la persona humana. En tal sentido, y a modo de ejemplo, puede mencionarse que el pago de un certificado de obra pública comprende un intercambio patrimonial conmutativo en sus efectos *inter alia*, pero en la entrega de la parte de la obra, interesa a la comunidad por sus efectos, involucra justicia distributiva.[8] Por otro lado y yendo al campo del derecho ambiental o de los servicios públicos, Rawls (1971),[9] resalta las dificultades que presenta la justicia entre generaciones. La pregunta es si el mundo global del desarrollo competitivo puede estructurarse satisfaciendo los requerimientos del principio de justicia. Se pregunta hasta qué punto la generación presente está obligada a respetar las demandas de sus sucesores. Ello, cuando hay mínimos que las generaciones presentes han de satisfacer.

Como vemos, en cualquiera de estos casos es dable discernir un comportamiento humano unitario en el que aparecen de modo inescindible aspectos de la justicia conmutativa y la distributiva.

5. Fundamento de la libertad solidaria desde la perspectiva de los principios

Tal como ocurre con la mirada de los valores, encarar el tema de la libertad solidaria desde una perspectiva de principios brinda, ciertamente, un marco más estable de análisis de las intervenciones y políticas públicas.

Bidart Campos estudia la cuestión de los equilibrios de la libertad con otros aspectos o razones como son la igualdad, la economía, el poder, la ética, la cultura, la libertad política, la participación, la solidaridad y otras limitaciones razonables.

En lo que respecta a los equilibrios de la libertad y la solidaridad, Bidart Campos (1988, pp. 108 y ss.) afirma que sendos principios nos sirven para abordar la solidaridad. Uno dice que debe guardarse la libertad de cada hombre para realizar cualquier acto que no perjudique a terceros (latamente, perjudicar a terceros abarca todo lo que daña bienes sociales, como el orden y la moral pública). Otro dice que no se puede imponerle a ningún hombre un sacrificio que no redunde en su propio beneficio y que sólo beneficie a otro (Nino, 1984, pp. 11, 128 y 148). Tales principios provienen del principio de autonomía y del principio de inviolabilidad de la persona humana.

8 La cita del ejemplo corresponde al artículo de Estela B. Sacristán (2015).

9 En igual sentido, Cassagne (2016).

Parecería a primera vista desprenderse de estos principios que el hombre se abroquela en su autonomía y en su inviolabilidad sin posibilidad alguna de que, al margen de su consentimiento plenamente voluntario, tenga que aceptar limitaciones a su libertad de cumplir conductas sin repercusión social desfavorable o asumir sacrificios que no le reporten beneficio personal. Si la inclusión fuera tan drástica como la expresión gramatical parece serlo, poco margen queda para hacer jugar al valor solidaridad (Bidart Campos, 1988, pp. 108 y ss.).

Para salvarlo, es menester descubrir que, en algunos casos, la insolidaridad es un comportamiento neutro para terceros porque, al contrario, los perjudica y que la solidaridad justifica limitaciones con las que, además de beneficio ajeno, se consigue alguno propio o se comparte el de otros.

Al discurrir sobre la economía, sobre la igualdad y sobre la ética, el autor que seguimos en este apartado entiende que resulta viable limitar la libertad para equilibrarla, sobre todo con miras a favorecer a los hombres menos capacitados, o para ensancharles su órbita de libertad realmente disponible o para preservar valores comunitarios. Y todo ello, sin necesidad de que concurra el consentimiento de quienes soportan las limitaciones razonables. Entonces, ¿cómo compaginar eso con la solidaridad? En ese punto, tendríamos una regla negativa: no se puede actuar insolidariamente cuando la insolidaridad perjudica a otros y, por ende, no se recluye en la privacidad. Pero es claro que eso sería poco, porque habría que arribar, además, a la afirmación positiva o afirmativa y reconocer la exigibilidad de la solidaridad: se debe actuar solidariamente. Para eso, la imposición del deber de solidaridad tiene que encontrar base en algún beneficio propio, y no sólo en uno ajeno, aunque no siempre ocurre así (Bidart Campos, 1988, pp. 108 y ss.).

En suma, se trata de ver la solidaridad como amalgama que cohesiona al tejido social para integrar las partes en un todo, al que cada uno debe aportar algo y del que cada uno debe también recibir algo. Por ejemplo, en las reglamentaciones de tránsito, yo debo respetar las señales establecidas pues, al mismo tiempo, sé que puedo conducirme con fluidez sabiendo que otros también las respetan (Bidart Campos, 1988, pp. 108 y ss.).

6. La libertad solidaria desde la perspectiva de las reglas

El corolario del desarrollo de los apartados anteriores es que la libertad solidaria tiene, además de fundamento constitucional y convencional, una necesaria proyección práctica. Ahora bien, la solidaridad equilibrante de la libertad no puede quedar a merced de los meros impulsos morales de cada uno ni de la caridad privada. Por esa razón, como valor jurídico, la libertad solidaria incita al Estado para darle realización y hacerla exigible. Allí es justamente donde aparecen la regulación y la

intervención pública.[10] Consecuentemente, y como se desprende de lo dicho, el proceso de ajustamiento de la libertad solidaria al caso concreto —además de ser una cuestión central en esta temática— suscita el gran interrogante de cuál es la intensidad que debe revestir esa intervención pública, cuestión sobre la cual se enuncian diferentes explicaciones.

6.1 La regulación de la libertad solidaria como una cuestión de justicia general

Luego de afirmar que la "mano invisible" se encuentra en la naturaleza individual y social del ser humano y que, por tanto, aunque no sea consciente de ello, la justicia general está presente en sus actos. Barra (26 de mayo de 2024) explica que, en ocasiones y sobre cuestiones concretas, se necesita la presencia de la autoridad para garantizar que el proceso virtuoso no se vea afectado por vicios (hábito malo) que, por ejemplo, pueden llevar al panadero a alterar la balanza o a vender pan en mal estado; y al cliente, a pagar con moneda falsa. Hay allí una actividad de regulación legal que hace expresas y hasta coactivas las exigencias de la justicia general.[11]

Esta perspectiva permite conciliar visiones como las de Adam Smith y Aristóteles a través de la "Justicia General" analizada por este autor. La justicia general, entendida como el hábito espontáneo de orientar las conductas hacia el Bien Común, actúa como una "mano invisible" que enriquece el bien comunitario. En este esquema, el Estado no interviene para anular la autonomía, sino bajo el principio de subsidiariedad en su formulación positiva para garantizar que el proceso virtuoso no se vea afectado por "vicios" (Gelli, 2017).

6.2 La libertad solidaria en los autores de la escuela de Austria

Desde la tradición austríaca y libertaria, Ludwig von Mises, en su *Teoría del dinero y del crédito* (1912), argumenta que las crisis económicas e inflacionarias devienen de una inadecuada e ineficiente asignación de recursos provocada por la distorsión estatal. Estas vertientes rechazan la regulación estatal aduciendo que cualquier intervención distorsiona los precios relativos. Sin embargo, la perspectiva de la libertad solidaria demuestra que prescindir de toda regulación olvida que la libre interacción

10 Si bien los términos "regulación" e "intervención pública" son empleados en los textos jurídicos y normativos, la categoría que estudia específicamente la reglamentación de los derechos es el denominado "poder de policía". Para ampliar estos temas, puede verse Canda (2004, p. 123). De igual modo, Massimino (2012).

11 Una aplicación concreta de estos postulados puede verse en Gelli (2017).

de los mercados presupone condiciones mínimas de equidad estructural que el propio mercado no puede autogenerar.

Con el mismo ideario, Friedrich Von Hayek, premio Nobel de Economía 1974, sacraliza la capacidad autorreguladora de las fuerzas naturales de los mercados. El problema de la economía planificada, afirma, es que la tarea no recae en los representantes, sino sobre un pequeño grupo de "planificadores", técnicos o economistas, que serán incapaces de tener la información necesaria para concretar su tarea en forma eficiente (Hayek, 2008).

6.3 La regulación de la libertad solidaria, una cuestión de prudencia

Según Bidart Campos (1988), la solidaridad equilibrante de la libertad no puede quedar a merced de los meros impulsos morales de cada uno, ni de la caridad privada. Como valor jurídico, incita al Estado para darle realización y se hace exigible por el Estado. Si miramos las limitaciones que la solidaridad hace recaer en la libertad como un sacrificio que se impone la soporta para beneficio de otro, obturamos el camino. Pero si lo miramos como un sacrificio que al beneficiar a otro también de algún modo aprovecha al que carga con él, la cosa cambia mucho (Bidart Campos, 1988) .

El discurso racional filosófico es capaz de salir airoso al tratar a la solidaridad como un equilibrio de la libertad. Pero la práctica se vuelve más engorrosa. Hay que actuar con prudencia, porque la frontera de la razonabilidad (racionalidad) se esfuma en los casos concretos. Ni hay que acudir a la solidaridad (o insolidaridad) para convalidar cualquier limitación a la libertad ni abandonar el correlativo de la solidaridad para exonerar de limitaciones a la libertad.

La conclusión es que la insolidaridad puede provocar razonables limitaciones compulsivas, o la solidaridad puede ser requerida con similar resultado si una irroga perjuicio a terceros y si la otra permite compartir en alguna medida el beneficio que se persigue obtener para otros, o alcanzar uno propio (Bidart Campos, 1988).

6.4 La fraternidad como criterio operativo de la libertad solidaria

Para dotar de sustantividad a la intervención pública, es imperativo rescatar la fraternidad como criterio instrumental. En concordancia con este enfoque, Claudio Viale (2025) aborda el tema de la fraternidad como criterio instrumental para una estrategia que promueva la dignidad no solo como una proclama, sino también como realidad. Si la dignidad consiste en un atributo del ser humano, afirma, no debe limitarse a la reflexión especulativa y abstracta, indispensable pero no suficiente. En la medida en que resulta un supuesto del orden general y, por lo tanto, del orden

jurídico, por ser un atributo de la persona debe ampliarse y concretarse en una noción experiencial y existencial. La fraternidad, además de caracterizar a la persona, resulta útil como criterio operativo, en la medida en que encauza la libertad, el discernimiento y la igualdad desde la diferencia que le da identidad a aquella.

Como vemos, el concepto de libertad solidaria suministra un fundamento relevante y significativo a la intervención del Estado, que, como queda expuesto, es compatible con la mirada fraterna en el sentido instrumental expuesto.

6.5 La distinción entre justicia distributiva y políticas distributivas

Cassagne (2016), luego de referir al error de considerar que la justicia distributiva era la justicia del Estado al que ya nos referimos, señala que otro error ha consistido en no distinguir entre justicia distributiva y políticas distributivas. Para el autor, las políticas distributivas encierran un contenido más amplio que, si bien puede dar lugar a la creación —por vía legal— de relaciones propias de la justicia distributiva, esta última constituye siempre una relación de alteridad. La política distributiva se traduce en decisiones de política económica, social, etc. que entran en el campo de lo discrecional, a pesar de existir el deber genérico de los gobernantes de impulsar el progreso social. En suma, dice, las políticas distributivas, más que fundarse en la estructura clásica de la justicia distributiva, constituyen decisiones de política legislativa, de carácter discrecional (no por ello exentas del control judicial de razonabilidad), fundadas en valores inherentes a la solidaridad.[12]

6.6 La libertad solidaria y las fallas de mercado

La justificación tradicional de la intervención estatal se ha cimentado históricamente sobre una visión antropológica que presupone la tendencia del agente privado al abuso de su posición de mercado. Bajo este paradigma, el Estado interviene para corregir fallas atribuidas a los sujetos participantes.

Como postula Bustamante (1995), la crítica ética al "punto de partida" de los intercambios voluntarios —que asume una distribución inicial injusta— suele conducir a un círculo vicioso. Se presupone que la regulación es siempre idónea para rectificar resultados, cuando en la práctica la intervención puede inhibir los resultados sociales esperados. Recurrir a la decisión pública para sanar imperfecciones de la naturaleza humana es, según el autor, como recurrir a la magia para curar enfermedades. Se requiere una mirada axiológica superadora basada en la fraternidad.

12 Para ampliar, ver Durán Martínez (2016)

No obstante, tal como se viene argumentando, la intervención del Estado en la libertad de mercado puede atender a un fundamento diverso al que la teoría —económica y jurídica— clásica ha asignado tradicionalmente, como es el relativo a la necesidad de prevenir o evitar las conductas abusivas. Es posible complementar esas miradas tradicionales con remisión a una axiología positiva que se fundamente en los principios de fraternidad y solidaridad. En realidad, se trata de una visión antropológica diversa, que concibe a la persona humana —tanto en su naturaleza individual como social— siempre de modo compatible con el principio de subsidiariedad.

6.7 La libertad solidaria desde la mirada institucional

La solución institucional plantea que el desarrollo sostenido se logra con instituciones "inclusivas" (que garantizan el Estado de derecho, protegen los derechos de propiedad y fomentan la participación democrática). Esta mirada institucional enfatiza las ideas de pluralismo, participación y un Estado fuerte y capaz de hacer cumplir las leyes.

En ese mismo entendimiento, Pérez Luño (1995, pp. 237 y ss.), con referencia a la evolución de la jurisprudencia española y alemana —que en este aspecto resulta similar a la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina—, afirma que un avance importante en la determinación del contenido esencial de un derecho —aquí hablamos de la libertad solidaria— ha correspondido a la teoría institucional. A tenor de dicha tesis, dicha categoría se refiere a la dimensión institucional que define el sentido, alcances y condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales. Por eso, la libertad solidaria se refiere a la obligación de los poderes públicos y privados de salvaguardar la institución, definida como valor, norma y regla en la Constitución y las circunstancias concretas. De este modo, la postura institucional supone un planteamiento sólido para superar la conceptualización de la libertad solidaria como dato parcial.

7. Las modulaciones de los equilibrios de la libertad y la solidaridad: el continuo regulatorio e intervenciones óptimas

Los enfoques y aproximaciones anteriores con relación a la libertad solidaria se complementan, no se contradicen, en la medida en que cada uno de ellos reconozca y tome como punto de partida una visión del ser humano en sociedad, esto es, su vida digna en convivencia social. Ello es así porque la intervención estatal, para "asegurar los beneficios de la libertad" y "promover el bienestar general", supone una transferencia de autonomías entre las personas. Algunas intervenciones "ensanchan" y

otras "enangostan" esos aspectos en la medida en que reconozcan los requerimientos de esa dignidad en el caso concreto.

Bidart Campos (1988) lúcidamente expresa las modulaciones de la intervención diciendo que

> la actividad que insolidariamente compromete el bienestar de terceros, o lo perjudica, puede quedar sujeta a limitaciones razonables por motivos de solidaridad social. En ese contexto, se propone, aumentar la autonomía de cada persona, siempre que no se haga a costa de los demás. Y para que los demás participen de una autonomía más o menos comparativa a la mía (con diversidad de grados) hace falta algo fundamental: reconocerle un grado de autonomía al otro, del que solamente pueda gozar si yo limito mi grado de autonomía. Estas interconexiones demandan un correctivo: que la limitación razonable que se impone a mí autonomía para holgar la ajena no me irrogue una disminución en ella de tal dimensión que la sitúe por debajo de la que se quiere expandir. La solidaridad, entonces, circunvala a los principios de autonomía e inviolabilidad de la persona compatibilizando la holgura de la libertad individual el mismo tipo de libertad (comparativamente razonable) por parte de otras. (p. 112)

Consecuentemente, la intervención pública sobre la libertad por razones de solidaridad no constituye un acto binario o monolítico, sino que se despliega a través de un *continuo de intensidades* que se extiende desde la autonomía privada en la "libertad negocial" hasta la máxima intervención estatal representada por la expropiación por causa de utilidad pública (art. 17, CN).

Este continuo discurre permanentemente entre dos mandatos de la carta magna que son "asegurar los beneficios de la libertad" y "promover el bienestar general". En ese desarrollo se pueden identificar los siguientes momentos o etapas.[13]

En un primer momento encontramos la *libertad negocial y orden público civil*. Este constituye el momento distributivo básico. Aquí, la libertad de contratación se modula a través del concepto de *orden público*. Un ejemplo contemporáneo de esta alineación es la Ordenanza francesa 2016-131 de reforma del derecho de contratos, la cual recepta los principios europeos sobre el equilibrio contractual. El orden público se ha identificado históricamente con el derecho público (Demolombe), con el interés general (Planiol) o con la voluntad imperativa del legislador (Borda).

En un segundo momento, se vislumbra el *orden público de derecho administrativo*. Este es un momento intermedio en el que se sitúan las políticas públicas laborales, de protección al consumidor, ambientales, de fomento y regulaciones premiales. En este momento, y con una mayor intensidad de intervención, encontramos la catego-

13 Para ampliar, Barra (2004, p. 49).

ría del *servicio público*, que, en opinión de Barra (2024) cuando estudia los principios de la intervención pública, se sitúa justificadamente "fuera del mercado" para resguardar bienes jurídicos indispensables para la comunidad.

Por último encontramos un tercer momento, que es el referido a la expropiación por causa de utilidad pública. Se trata del máximo título de intervención por razones de interés público. En efecto, la expropiación está regulada en el artículo 17 de la Constitución Nacional; exige una ley previa e indemnización justa. Como vemos, en la expropiación se conjugan de forma prístina la justicia distributiva (la colectividad requiere el bien para un fin general) y la justicia conmutativa (el Estado compensa íntegramente al particular por el sacrificio patrimonial).

Finalmente, y además de tener presente estas etapas o modulaciones por las que transita la intervención pública, puede afirmarse que las intervenciones sustentables son aquellas que conservan su matriz conmutativa, en la medida en que permitan identificar los sujetos intervinientes y el modo en que las prestaciones comprendidas se entrelazan en un esquema regulatorio concreto. En ese entendimiento, la praxis demuestra que las intervenciones estatales operadas mediante incentivos resultan cuantitativa y cualitativamente más eficientes que aquellas estructuradas con base en directivas o mandatos compulsivos.[14]

8. La libertad solidaria desde la mirada del control jurisprudencial

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha utilizado la solidaridad como un criterio vinculante para discernir la decisión adoptada en casos significativos de distintas materias.

8.1 La solidaridad como argumento determinante en materia previsional

La solidaridad reviste un argumento central en las decisiones recaídas en las causas previsionales del máximo tribunal de la nación. Así, por ejemplo, en la causa *García, María Isabel c/ AFIP* (2019) declaró inconstitucional el impuesto a las ganancias sobre jubilaciones basándose en la vulnerabilidad y solidaridad social y en la tutela constitucional reforzada prevista en el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional. En *Blanco, Lucio Orlando c/ ANSES* (2018), resaltó que el sistema previsional es "esencialmente solidario", determinando que los índices de actualización de haberes deben ser sustanciales y justos para impedir que la inflación devalúe el esfuerzo contributivo realizado durante la vida activa del trabajador.

14 Para ampliar estas nociones, Aguilar Valdez (2004).

8.2 Solidaridad ambiental, servicios públicos y en la emergencia económica

De igual modo, el alto cuerpo ha sentado el criterio de que la solidaridad intergeneracional rige en materia ambiental (*Mendoza*, 2008), línea continuada en *Pino, Enrique* (2021), en la cual la Corte Suprema reafirmó la tutela de humedales y bosques nativos erigiendo la solidaridad intergeneracional como un mandato vinculante que exige la protección de los recursos naturales, aun ante la ausencia de un daño patrimonial directo e inmediato.

Más cerca en el tiempo, en una causa que se discutía una cuestión ambiental (*Mercau*, 2024), la Corte Suprema dictó un pronunciamiento que importó equilibrar la protección ambiental con el derecho de propiedad, exigiendo indemnización cuando la restricción desnaturaliza el derecho. En este caso, los propietarios de un predio impugnaron las normas municipales que declararon su inmueble como "reserva natural protegida", prohibiendo loteos y construcciones e imponiendo un uso puramente turístico, exigiendo en consecuencia una indemnización compensatoria. La CSJN dejó sin efecto la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de San Luis invocando la doctrina de la arbitrariedad, al constatar que la restricción, aunque fundada en la tutela ambiental, poseía una extensión que desnaturalizaba por completo el ejercicio del derecho dominial.

La Corte Suprema sostuvo que los procesos actuales de transformación urbana generan tensiones territoriales entre diversos usos del suelo. Para resolverlos de forma armónica, la sentencia acudió expresamente a la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, destacando que el equilibrio ambiental debe lograr que los asentamientos humanos sean *inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles*. En términos analíticos, *Mercau* constituye un fallo representativo del enfoque que se propicia en este trabajo: la solidaridad comunitaria autoriza al Estado a restringir el uso de la propiedad, pero si la restricción vacía de contenido al derecho individual, la solidaridad exige recomponer el equilibrio sinalagmático mediante una justa indemnización.

En materia de servicios públicos, el fallo *Cepis* (2016) revisó el concepto de tarifas razonables en la industria del gas y, para ello, consideró que los usuarios deben tener un trato "respetuoso y digno" en atención a su condición de personas amparadas por los preceptos constitucionales y convencionales. En concreto, hizo referencia a que debía considerarse la capacidad contributiva de los sectores vulnerables al definir que el acceso a los servicios esenciales es un derecho humano elemental regulado por la equidad distributiva.

8.3 La libertad solidaria en materia de acceso y tutela de los datos personales

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha referido a la libertad en su equilibrio con la solidaridad en pronunciamientos recientes referidos a la tutela de los datos personales.

En efecto, la sentencia recaída en la causa *Torres Abad* (2026) protegió los datos personales de una persona física frente a cesiones inconsentidas de esa información entre entes públicos. En efecto, en esta causa, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la normativa estatal que autorizaba a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) a cederle a la Secretaría de Comunicaciones datos de contacto privados (teléfono y correo electrónico) suministrados por una jubilada sin contar con su libre consentimiento. La Corte profundizó el alcance del derecho a la intimidad y la autodeterminación informativa del art. 19 de la CN, puntualizando:

> Cabe reiterar que, con particular referencia por el derecho garantizado por el art. 19 de la Constitución Nacional puede ser objeto de restricciones, siempre y cuando fueran dispuestos por una ley formal y estuvieran fundados en la necesidad de proteger "un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las costumbres o la persecución del crimen.[15]

El valor de este pronunciamiento estriba en demostrar que la solidaridad o la invocación de la "eficiencia estatal" no otorgan un cheque en blanco al Estado para vulnerar la reserva individual y los datos personales de los ciudadanos.

En suma, del examen de la praxis judicial de la Corte Suprema de Justicia referenciada en este apartado es posible señalar que se desprenden sendos lineamientos que podemos considerar respecto de la cuestión bajo estudio. En primer lugar, en una visión más tradicional, la Corte Suprema invoca habitualmente la solidaridad social para: (i) tutelar a la parte débil en relaciones asimétricas (consumidor, ahorrista, jubilado); (ii) preservar el futuro en materia ambiental y de servicios públicos; y (iii) distribuir cargas en situaciones excepcionales de emergencia. En segundo lugar, adscribiendo a una visión de la libertad solidaria más nítida, los fallos más recientes (*Mercau*, *Torres Abad*, entre otros) avanzan hacia una visión armónica y equilibrada que protege el futuro resguardando los derechos presentes, distribuye cargas sin aniquilar el contenido esencial de las libertades comprendidas en cada caso y evalúa la intervención mediante estándares objetivos de calidad pública y objetivos de desarrollo sostenidos (ODS).[16]

---

15 Fallos: 306:1892, 329:5266, 335:779, votos de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda; 335:888 y 343:2211.

16 En el ámbito estrictamente administrativo, nuestro país presenta aún una marcada debilidad insti-

9. A modo de conclusión

A lo largo de este trabajo, se ha validado la afirmación de que la libertad solidaria constituye un estándar constitucional ineludible que informa toda la actividad de los poderes públicos.

La libertad solidaria se erige como un criterio de mesura toda vez que condiciona los alcances de la potestad estatal brindándole contenido concreto. De igual modo, se trata de un estándar de responsabilidad integral porque exige diseñar herramientas que obliguen a internalizar las consecuencias de las conductas.

Como lógica implicancia de estas afirmaciones, cabe resaltar que se hace referencia a una libertad genuina. Por esa razón, la intervención estatal debe transformar libertades formales en libertades reales mediante el acceso a prestaciones básicas. Semejante imperativo resulta de tomar la consideración de la dignidad humana como núcleo de las decisiones públicas. En otras palabras, la dignidad humana armoniza la autonomía individual con la responsabilidad social.

En otras palabras, la libertad solidaria cohesiona el tejido social en un todo donde cada uno aporta algo al conjunto y recibe también algo de la sociedad, garantizando, de este modo, que el bien común sea, además de conmutativo, distributivo.

En definitiva, frente a la descrita encrucijada de la "Argentina pendular" —que oscila invariablemente entre un intervencionismo desmedido y un libre mercado desinteresado de las asimetrías sociales—, la libertad solidaria (sea como valor, como principio o como norma) no es una formulación utópica ni una concesión ideológica, sino un imperativo de equilibrio institucional en el marco del Estado de justicia. Constituye la amalgama donde cada persona aporta y recibe en justa medida, convirtiendo a la libertad y a la solidaridad en dos caras de una misma moneda indispensable para la convivencia pacífica y el desarrollo sostenible.

Bibliografía

Aguilar Valdez, O. R. (2004). Competencia y Regulación Económica. Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio. En *Servicio Público, Policía y Fomento (Jornadas de Derecho Administrativo, Universidad Austral, mayo de 2003)* (pp. 9-100). RAP.

Barra, R. (26 de mayo de 2024). La mano invisible de la justicia general: de Santo Tomás de Aquino a Adan Smith. *Infobae*.

tucional en materia de control de calidad regulatoria. Los dictámenes e informes de los organismos de control externo e interno (AGN y SIGEN) rara vez derivan en modificaciones normativas significativas. Por esa razón, la consolidación de los ODS como parámetro normativo resulta indispensable para elevar la calidad de las políticas públicas.

Barra, R. (2024). Los principios generales de la intervención pública: la regulación, la policía, el fomento y el servicio público. En *Servicio Público, Policía y Fomento (Jornadas de Derecho Administrativo, Universidad Austral, mayo de 2003)* (pp. 49-57). RAP.

Bidart Campos, G. J. (1988). *Los equilibrios de la libertad*. Ediar.

Bidart Campos, G. J. (1991). *Teoría General de los Derechos Humanos*. *Astrea*.

Bustamante, J. (1995). *Desregulación, entre el derecho y la economía*. Depalma.

Canda, F. (2004). Régimen Jurídico de la actividad de policía. En *Servicio Público, Policía y Fomento (Jornadas de Derecho Administrativo, Universidad Austral, mayo de 2003)* (pp. 123-148). RAP.

Cassagne, J. C. (24 de noviembre de 2016). *La dimensión social de la actividad administrativa y sus principios rectores*. El Derecho.

Durán Martínez, A. (24 de noviembre de 2016). *Dimensión social de la actividad administrativa*. El Derecho.

Finnis, J. (1980). *Law and Natural Rights*. Clarendon Press.

Gelli, M. A. (30 de octubre de 2017). La transparencia del mercado. Una exigencia constitucional. *La Ley*, *2017-E*.

Gonzalez Pérez, J. (2011). *La dignidad de la persona humana*. Tecnos.

Hayek, F. von. (2008). Camino de servidumbre (J. Vergara, Trad.). Alianza Editorial. (Trabajo original publicado en 1944).

Massimino, L. F. (2012). Las nuevas visiones sobre el poder de policía. *La Ley*, *02/2012*. AR/DOC/6309/2011.

Massimino, L. F. (2013). La dignidad de la persona como principio del Derecho Público. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, 06/2013*, 187-202.

Mises, L. von. (2012). La teoría del dinero y del crédito (J. M. Pérez, Trad.). Unión Editorial. (Trabajo original publicado en 1912).

Nino, C. S. (1984). Ética y derechos humanos. Paidós.

Pérez Luño, A. E. (1995). *Los derechos fundamentales* (6ª ed.). Tecnos.

Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2019). Un nuevo Derecho Administrativo. *Revista Jurídica de Canarias*, (13). 7-16.

Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2015). La cláusula del Estado Social y los derechos fundamentales sociales. *Revista Latinoamericana de Derecho Administrativo, 2*(1), 155-183.

Sacristán, E. B. (2015). Fundamentos iuspublicistas de la responsabilidad del Estado: una visión desde la justicia distributiva y conmutativa. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, XXXVII* (437), 67-80.

Serna, P. (1995). La dignidad de la persona como principio de derecho público. *Derechos y Libertades*, (4), 287-306.

Viale, C. (2025). La fraternidad como política pública. *Revista de Estudios Jurídicos y Sociales*, (8).

Von Mises, L. (1912). *Teoría del dinero y del crédito*.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A., Fallos: 327:3753 (2004).

Blanco, Lucio Orlando c/ ANSES (2018).

CEPIS c/ Ministerio de Energía y Minería (2016).
García, María Isabel c/ AFIP (2019).
Massa, Juan Agustín c/ PEN, Fallos: 329:5913 (2006).
Mendoza, Beatriz c/ Estado Nacional, Fallos: 331:1622 (2008)[cite: 1].
Mercau c/ Mun. de la Villa de Merlo s/ inconstitucionalidad (2024).
Pino, Enrique c/ Provincia de Tierra del Fuego s/ acción ambiental (2021)[cite: 2].
Torres Abad c/ EN - M. de Modernización - Sec. Com. s/ Habeas Data (30/04/2026).

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° 2 (octubre de 2026): 107-147

Fortalezas y debilidades de la reforma administrativa: evaluación sistemática y proyección judicial de la Ley 19549 reformada

Strengths and Weaknesses of Administrative Reform: Systematic Evaluation and Judicial Projection of Amended Act No. 19,549

Santiago Lauhirat[1]
Universidad Austral. Universidad de Buenos Aires

Sumario

1. Introducción
2. Primera parte. El *telos* de la reforma
2.1 Una reforma técnica, no un giro radical
2.2 Las fortalezas
2.3 Las debilidades
2.3.1 El riesgo de la preeminencia principialista
2.3.2 El enfoque selectivo y miope
2.3.3 El esquema de ordenación basado en principios por sobre reglas
2.3.4 La indeterminación en la configuración de los vicios del acto administrativo
2.3.5 La posibilidad de introducir la equidad para modificar el efecto de las sentencias
2.3.6 La limitación de la potestad de suspensión
2.3.7 La ampliación de las excepciones al agotamiento de la vía administrativa
2.3.8 La eliminación del principio de congruencia en el reclamo administrativo previo
3. Segunda Parte. Proyección judicial de las reformas introducidas por la Ley de Bases a la Ley 19549
3.1 Aplicación de la LNPA al ámbito de las Fuerzas Armadas y de Seguridad
3.2 Los recursos judiciales directos

1 Abogado (Universidad de Buenos Aires). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral).
lauhirat@gmail.com
https://orcid.org/0009-0004-3530-9566

3.3 El *solve et repete*
3.4 Amparo por mora
3.5 Las notificaciones
3.6 Principios fundamentales
3.7 Agotamiento la vía administrativa
4. Conclusión

Recibido: 24/07/2026
Aceptado: 31/08/2026

https://doi.org/10.26422/daec.2026.0200.lau

Resumen
Este trabajo examina la reforma de la Ley 27742 a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos a partir de una evaluación sistemática de sus fortalezas y debilidades y su vinculación con su incipiente aplicación judicial. La primera parte aborda el impacto de las modificaciones sustanciales en la previsibilidad del sistema, el ejercicio de la función administrativa y la articulación entre los poderes del Estado. La segunda parte pasa revista a los primeros criterios jurisprudenciales fijados por los fueros federales de la Capital Federal sobre los principales institutos reformados en el ámbito del procedimiento y proceso administrativos.
Palabras clave: tutela administrativa efectiva, tutela judicial efectiva, seguridad jurídica, previsibilidad, discrecionalidad judicial, principio de distinción de los poderes, reglas, principios.

Abstract
This paper examines the reform of the National Administrative Procedures Act introduced by Act No. 27,742 through a systematic evaluation of its strengths and weaknesses, linking the analysis to its emerging judicial application. The first part analyzes the impact of these substantial modifications on system predictability, the exercise of the administrative function, and the balance among the branches of government. The second part reviews the initial jurisprudential criteria established by the federal courts of the Capital Federal regarding the reformed legal institutes.
Key words: effective administrative protection, effective judicial protection, legal certainty, predictability, judicial discretion, principle of separation of powers, rules, principles.

1. Introducción

La promulgación de la Ley 27742 ha introducido profundas modificaciones a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (en adelante, LNPA), orientándose centralmente a fortalecer la tutela administrativa y judicial efectiva de los particulares. Sin embargo, la articulación de este nuevo esquema normativo genera tensiones

estructurales dentro de la dogmática y la práctica del derecho público administrativo, ya que, por un lado, se destacan mejoras técnicas que otorgan previsibilidad jurídica al sistema, mientras que, por el otro, la preeminencia de un adoptado modelo principialista incrementa la indeterminación en la aplicación del derecho.

En este marco, la primera parte del presente trabajo analiza de manera sistemática los alcances, fortalezas y debilidades de las reformas introducidas, examinando sus aciertos técnicos frente a la incertidumbre derivada de la fijación de estándares abiertos e indeterminados. En la segunda parte, se aborda el impacto de la reforma en la praxis contencioso-administrativa, evaluando cómo las distintas Salas del Fuero en lo Civil, Comercial y en lo Contencioso Administrativo Federal han comenzado a interpretar y fijar criterios sobre la nueva regulación y las tensiones que surgen respecto de la función administrativa y el principio de distinción de los poderes.

2. Primera parte. El *telos* de la reforma

Para abordar las fortalezas y debilidades de las recientes modificaciones incorporadas a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos por medio de la promulgación de la Ley 27742, es menester señalar, en primer lugar, que el objetivo central perseguido por el legislador —aquello que constituye el *telos* de la reforma— es el fortalecimiento de la tutela administrativa y judicial efectiva de los particulares frente al obrar estatal. En este sentido, se buscó dotar al particular de un conjunto de garantías de mayor intensidad defensiva ante la actividad o inactividad de la Administración pública.[2] Con todo, aunque las modificaciones representan un supuesto avance en la tutela efectiva de los particulares, su articulación no se encuentra exenta de generar ciertas tensiones y riesgos en otros ámbitos de la dogmática general del derecho administrativo.

De este modo, es necesario determinar si el esquema normativo resultante cumple efectivamente con sus cometidos o si, por el contrario, introduce tensiones estructurales que podrían, entre otras cosas, desdibujar las fronteras entre la función administrativa y la función judicial, alterando la dinámica del inveterado principio de distinción de los poderes.

2 Destacan Cassagne y Perrino (2024) que la finalidad de la reforma de la Ley de Bases a la Ley 19549 es precisamente ampliar la protección de los derechos fundamentales y, de este modo, la LNPA inaugura una nueva etapa en la evolución del derecho público argentino con una mayor protección a los derechos fundamentales que reconocen la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Protección de Derechos Humanos de jerarquía constitucional, constituyendo un paso del Estado de Derecho legal al Estado de Derecho Constitucional.

2.1 Una reforma técnica, no un giro radical

La reforma introducida por la Ley 27742 no implica de ningún modo un giro radical en el núcleo duro de la disciplina del derecho administrativo argentino.[3] En su esencia estructural, la nueva ley se limita a introducir una serie de cambios técnicos, precisos y puntuales en institutos concretos del procedimiento administrativo que demandaban una actualización frente a las transformaciones institucionales, políticas, económicas y sociales de las últimas décadas.[4]

No obstante, el cambio sustancial radica en la consagración de una particular justificación epistémica de nuestra disciplina a partir de principios o valores jurídicos.[5] Al sustituir la centralidad de las reglas en sentido estricto, dicho cambio de paradigma constituye el verdadero punto de inflexión normativo, al tiempo que delimita las fortalezas y las debilidades latentes de la nueva regulación procedimental.

Al adoptar una perspectiva fuertemente orientada a principios, la norma procedimental adquiere una notable flexibilidad interpretativa, pero, al mismo tiempo, introduce márgenes de indeterminación que alterarán la forma de aplicar el derecho, tanto en sede administrativa como judicial.

2.2 Las fortalezas

Dentro de las fortalezas de las modificaciones introducidas, se destacan disposiciones técnicas que impactan de manera muy positiva en la dinámica de la praxis jurídica y que, de alguna manera, cierran discusiones doctrinarias y jurisprudenciales añejas que han ocupado durante años demasiado tiempo, esfuerzo analítico y espacio en la práctica administrativa y judicial. Estas modificaciones aportan, sin duda, una mayor previsibilidad y seguridad jurídica a la relación entre el ciudadano y la Administración pública.

Entre los principales aciertos normativos de esta reforma —sin pretender agotar la lista— destacan los siguientes avances sustanciales:

---

3 Al respecto, Muratorio (2025) señala que con la Ley de Bases se buscó "la implementación de una reforma técnica que ponga al día la ley 19.549, con centro en la protección de los derechos fundamentales de los particulares, conforme el aprendizaje habido, siguiendo los lineamientos normativos, jurisprudenciales, derecho comparado y avances doctrinarios en ese sentido" (p. 495).

4 En este sentido, Mairal y Veramendi (2024) sostienen que "[l]a reforma significa un avance para nuestro derecho administrativo, que había quedado muy atrasado en comparación con los derechos europeos en lo que acostumbra a inspirarse, particularmente en las legislaciones de las últimas décadas de España, Francia e Italia" (p. 1).

5 Al respecto, Cassagne y Perrino (2024) sostienen que, a partir de la reforma introducida, "el derecho público argentino se orienta decididamente hacia una concepción principialista en sintonía con las construcciones de la Nueva Escuela del Derecho Natural (NEDN) (Finnis) y de pensadores del positivismo que incluyen a la moral, como ingrediente necesario del derecho (Alexy y Dworkin)" (p. 1).

a. *Ampliación del ámbito de aplicación:* se establece un ámbito de aplicación de la ley mucho más acorde a la compleja realidad del estado administrativo.[6] En este sentido, se procura superar vacíos legales respecto a qué órganos, entes o sujetos que ejercen cometidos públicos quedan supeditados a las prescripciones de la Ley 19549 y su reglamentación[7], brindando certeza sobre el régimen aplicable a las distintas manifestaciones del poder público.
b. *Regulación precisa de plazos clave:* se fija con claridad el plazo para elevar el recurso administrativo que debe ser resuelto por órganos superiores y se determinan las consecuencias de su incumplimiento por parte de la autoridad administrativa[8]. Además, garantiza un plazo mínimo para la vista del expediente y amplía los supuestos de concesión con efecto suspensivo,[9] reforzando la defensa antes de que el acto se perfeccione.
c. *Consecuencias jurídicas derivadas de una notificación defectuosa:* se establece que la omisión total o parcial de los recaudos de la notificación del acto administrativo acarrea automáticamente la invalidez e ineficacia de aquella.[10] Ello sustituye la regla del régimen anterior, que contemplaba la ampliación de los plazos para deducir recursos administrativos o iniciar la acción judicial, según correspondía.
d. *Régimen de prescripción y caducidad:* se precisa el efecto interruptivo que produce la interposición de los recursos y reclamos administrativos sobre los plazos de prescripción y caducidad, especificando claramente su extensión temporal. Este mismo criterio de certeza jurídica se extiende a la interposición de las acciones y recursos judiciales.[11]
e. *Precisiones sobre el acto administrativo:* se delinean con precisión los supuestos habilitantes para la ejecución coactiva del acto administrativo por parte de la Administración.[12] Paralelamente, fija con claridad las consecuencias procedimentales y sustantivas de la sanción jurídica de nulidad —tanto absoluta como

---

6 Sobre este nuevo ámbito de aplicación, Treacy (2024) sostiene que "… los cambios reflejan una tendencia hacia la universalización de un procedimiento administrativo de carácter general…" (p. 212) y, en particular, destaca "… la superación del criterio orgánico material que contenía la norma y su sustitución por un criterio material para establecer los ámbitos de la Administración Pública alcanzados por ella" (p. 233).

7 Ley 19549, modificada por la Ley 27742, BO 08/07/24, artículo 1.

8 *Ibidem*, artículo 1 bis, inc. g), ap. (v).

9 Ley 19549, modificada por la Ley 27742, BO 08/07/24, artículo 1 bis, inc. g), ap. (iv) y (vi). Sobre este tema, puede consultarse, Perrino (2024, p. 181).

10 *Ibidem*, artículo 1 bis, inc. g), ap. (iii).

11 *Ibidem*, artículo 1 bis, inc. i. Este punto, puede ampliarse en Durand (2024, pp. 243-264).

12 *Ibidem*, artículo 12. Señala Cassagne (2024) que la Constitución Nacional "… constituye un sistema material a favor del administrado y que la función de disponer las medidas de coacción sobre personas o bienes integra, en nuestro régimen jurídico, el contenido de la función judicial. Tal es el principio que admite algunas excepciones vinculadas a la necesidad que tiene la Administración,

relativa— del acto declarado inválido[13] y establece sus respectivos plazos de prescripción.[14] A su vez, determina el alcance de la indemnización en los supuestos de revocación de los actos administrativos por razones de oportunidad, mérito y conveniencia.[15]

f. *Impugnación de actos y régimen de silencio:* se avanzó en la determinación taxativa de cuáles son los actos administrativos que agotan la vía administrativa,[16] despejando dudas sobre la procedencia de la acción judicial. Del mismo modo, la normativa regula minuciosamente la relación entre las vías de impugnación directa e indirecta de las disposiciones de alcance general[17] y esclarece de manera contundente la articulación entre el instituto del silencio administrativo y el plazo de caducidad para iniciar la posterior demanda judicial.[18]

g. *Reglas claras para la tramitación de los recursos judiciales directos:* se destaca la fijación de un plazo genérico para interponer el recurso judicial directo previsto en regímenes especiales, así como la atribución del juicio de admisibilidad formal a la autoridad judicial, lo que previene desestimaciones arbitrarias o dilatorias. Asimismo, se habilita el ofrecimiento y la producción de prueba y se elimina, respecto de las sanciones pecuniarias, el pago previo (*solve et repete*) como requisito de admisibilidad.[19]

2.3 Las debilidades

A pesar de los indudables avances en materia de técnica legislativa antes expuestos, los mayores puntos de tensión de la reforma se derivan de la preeminencia que ad-

---

en ciertas situaciones excepcionales, de apelar al uso de la coacción para cumplir con las funciones asignadas, las cuales, desde la perspectiva histórica, constituyen facultades inherentes por el solo hecho —fácil de comprobar— de que siempre le pertenecieron. Entre los casos en que, excepcionalmente, se admite que la Administración pueda realizar la ejecución coactiva del acto administrativo corresponde señalar los relacionados con: (i) la autotutela del dominio público, que no comprende a los bienes del dominio privado estatal; (ii) la demolición de un edificio que amenaza ruina; (iii) la incautación de bienes muebles que impliquen un peligro inmediato para la salubridad y moralidad de los habitantes; (iv) la decisión ejecutoria en la ocupación temporánea anormal" (pp. 768-769).

13 Ley 19549, modificada por la Ley 27742, BO 08/07/24, artículos 14 y 15. Para un estudio profundo sobre el sistema de nulidades administrativas y los problemas cardinales derivados de las modificaciones introducidas por la Ley 27742, no puede dejar de verse Sammartino (2025, pp. 307-388).

14 Ley 19549, modificada por la Ley 27742, BO 08/07/24, artículo 22.

15 *Ibidem*, artículo 17.

16 *Ibidem*, artículo 23 inc. 3.

17 *Ibidem*, artículo 24

18 *Ibidem*, artículos 26 y 31.

19 *Ibidem*, artículo 25 bis.

quieren los principios sobre las reglas y de la consolidación de un enfoque selectivo y miope respecto de las funciones del Estado.

2.3.1 El riesgo de la preeminencia principialista

El diagnóstico formulado tiempo atrás por teóricos del derecho como Ronald Dworkin (2007, pp. 11-47 y 186-206) sobre la tendencia ineludible de los sistemas jurídicos contemporáneos a descansar más en principios que en reglas —como una respuesta a la creciente complejidad social, la aceleración del tiempo histórico y la necesidad impuesta de dar respuestas normativas rápidas y ágiles— se materializa marcadamente en la incorporación del nuevo artículo 1° *bis* de la Ley 19549.

Este nuevo precepto consagra más de una decena de principios fundamentales que deben regir el procedimiento administrativo.[20] Si bien este esquema principialista[21] otorga flexibilidad para adaptar el derecho a nuevas realidades, una dependencia excesiva o una aplicación irrestricta de estos principios puede comprometer, paradójicamente, la propia tutela efectiva que se pretende garantizar. El problema se acentúa en casos como el de la Ley 27742, donde los principios incorporados —a excepción de la tutela administrativa efectiva— no fueron desarrollados en su alcance y funciones por el legislador democrático, sino meramente enunciados.

En efecto, la literatura jurídica especializada en la materia,[22] enseña que una regla fija la solución jurídica *ex ante*, dejando la valoración normativa en manos del órgano emisor, sea el legislador o la autoridad administrativa. En cambio, cuando el ordenamiento jurídico recurre a principios, no define la solución de antemano, sino que transfiere el juicio de valor al momento de la aplicación *ex post*. Esto delega en el aplicador del derecho —fundamentalmente el juez— la tarea de ponderar el alcance de la norma en el caso concreto, lo cual incrementa notablemente sus exigencias informacionales (Vermeule, 2006, p. 167) y sus márgenes de discrecionalidad interpretativa.[23] En este sentido, la hipertrofia de los principios promovida por la Ley 27742 posterga las ventajas funcionales de las reglas. Mientras que los principios desplazan la certeza hacia el momento posterior del litigio, las reglas aseguran una

20 Los principios incorporados son: la juridicidad, la razonabilidad, la proporcionalidad, la buena fe, la confianza legítima, la transparencia, la tutela administrativa efectiva, la simplificación administrativa, la buena administración, la impulsión e instrucción de oficio, la celeridad, economía, sencillez, eficacia, eficiencia y gratuidad en los trámites, la eficiencia burocrática, el informalismo y verdad jurídica objetiva.

21 Para una defensa del enfoque principialista en el derecho público en general, puede verse Cassagne (2021).

22 Para la distinción de reglas y principios y sus consecuencias derivadas, sigo, en adelante, a Kaplow (1992) y a Sunstein (1995).

23 Sobre los riesgos que la discrecionalidad interpretativa judicial puede provocar sobre el criterio de legalidad, puede verse Schmitt (2015, p. 63).

solución anticipada que minimiza los costos de transacción e información para los particulares. Al sustituir la precisión normativa por estándares abiertos, la reforma debilita la previsibilidad del sistema, expone a los ciudadanos a criterios interpretativos dispares que atentan contra la igualdad de trato y, en última instancia, erosiona el principio de rendición de cuentas, al privar a la ciudadanía de un parámetro claro para controlar el ejercicio del poder público (Scalia, 1989).

La proliferación de principios abstractos, así, crea el riesgo de caer en una "personalización judicial de la ley" (Scalia, 1989). En efecto, cuando la pauta normativa se vuelve extremadamente difusa, el razonamiento jurídico deja de fundarse en parámetros objetivos y pasa a depender de las convicciones axiológicas del juzgador. Esta moralización de las soluciones jurídicas que se produce a través de la aplicación de los principios convierte a la interpretación en una práctica potencialmente peligrosa para la seguridad jurídica que la misma Ley 27742 pregona, degradando la certeza del derecho en favor de un subjetivismo decisional incompatible con la previsibilidad del sistema.

2.3.2 El enfoque selectivo y miope

La segunda debilidad que proyecta la Ley 27742 radica en la adopción de un enfoque marcadamente selectivo y miope sobre las funciones del Estado. La reforma parece articularse bajo el presupuesto casi exclusivo de limitar la amenaza que la acción administrativa supone para los derechos e intereses jurídicamente tutelados de los particulares, ignorando por completo la visión positiva e indispensable del Estado administrativo.[24]

La legitimidad de las instituciones públicas no es puramente negativa —es decir, no se agota en la mera abstención de vulnerar derechos o intereses jurídicamente tutelados—. Se mide, sobre todo, por su aptitud para promover, de forma activa y eficiente, los fines sociales de la comunidad[25] orientados a la efectividad de los derechos fundamentales.[26]

---

24 Sobre este punto, Landis (1951) explica que "[e]l procedimiento administrativo es, en esencia, la respuesta de nuestra generación a las insuficiencias de los procesos judicial y legislativo. Representa nuestro esfuerzo para encontrar una respuesta a esas insuficiencias mediante otro método que no sea simplemente el de acrecentar el poder ejecutivo. Si la doctrina de la separación de poderes implica división, también implica equilibrio, y el equilibrio demanda igualdad. La creación del poder administrativo puede ser el medio para preservar ese equilibrio, de modo que bastante paradójicamente, aunque parezca hallarse en violación teórica con la doctrina de la separación de poderes, puede en realidad ser el medio destinado a preservar el contenido de esa doctrina" (p. 45).

25 Concretamente, Forsthoff (1958) indica que "[l]a Administración está llamada a hacer realidad los cometidos del Estado. Estos cometidos se determinan de acuerdo con la realidad social básica y las ideas políticas que individualizan el Estado; es decir, de acuerdo con el contenido sustancial de la Constitución. A este contenido tiene que estar vinculada la Administración, y hacia él tiene que estar orientada toda su actividad" (p. 30).

26 Sostiene Maurer (2011) que "el procedimiento administrativo sirve para la realización y la ejecución

Una Ley Nacional de Procedimientos Administrativos genuinamente balanceada debe, indudablemente, promover la previsibilidad, la seguridad jurídica y la imposición de límites infranqueables al poder público. Sin embargo, como bien lo señalaron en los albores del constitucionalismo figuras como Alexander Hamilton (2010) o, en nuestro medio, Juan Bautista Alberdi (2017), también debe garantizar la existencia de un gobierno expeditivo, eficaz y dotado de la energía necesaria para cumplir sus fines constitucionales. La reforma de la Ley 27742 otorga un peso preponderante a la primera dimensión, en detrimento de la operatividad de la segunda.[27]

Esta atención selectiva conlleva una consecuencia no querida: la restricción de la discrecionalidad administrativa no se traduce en una mayor libertad para el ciudadano, sino en la transferencia directa de dicho margen de apreciación al ámbito jurisdiccional. Como la norma no predetermina la solución de manera *ex ante*, el juicio de oportunidad y valoración técnica que correspondía a la Administración es asumido *ex post* por el juzgador al momento de fallar. De este modo, la discrecionalidad no desaparece; simplemente cambia de sede. Se corre así el riesgo manifiesto de reconfigurar al Poder Judicial como un órgano con facultades sustitutivas de la voluntad de la Administración pública, desdibujando el principio de distinción de los poderes al asumir el juez valoraciones de mérito, oportunidad y conveniencia que no le son propias.[28]

Esta tensión estructural entre la tutela administrativa y judicial efectiva y el debilitamiento de la función administrativa se evidencia con claridad en diversos institutos de la reforma. Solo por citar algunos ejemplos, pueden mencionarse:

---

del Derecho material […] mediante la determinación y la observancia de normas procedimentales se garantiza la obtención de decisiones materialmente adecuadas e irreprochables" (p. 478). Asimismo, explica que en la doctrina y jurisprudencia alemanas se atribuye al procedimiento una importancia cada vez mayor a los efectos de la realización de los derechos fundamentales. En este sentido, precisa que "… no sólo las decisiones estatales deben estar en consonancia con los derechos fundamentales, sino que también el procedimiento administrativo y el subsiguiente sistema de garantías judiciales deben configurarse y desarrollarse de tal modo que aseguren una adecuada realización de las posiciones jurídicas garantizadas por los derechos fundamentales individuales" (pp. 478-479).

27 A la luz de la célebre tipología formulada por Barnes (2011) acerca de las generaciones de las leyes de procedimiento administrativo, la Ley 19549 —aun tras las reformas de la Ley 27742— se adscribe nítidamente a la primera generación, caracterizada, entre otras cosas, por la presencia de un enfoque reactivo e intervencionista, centrado en el acto administrativo formal y el control de su legalidad, una estructura bilateral y contradictoria del procedimiento (Administración vs. ciudadano) orientada a la tutela defensiva de derechos e intereses legítimos y un marcado carácter garantista-impugnatorio, enfocado en la revisión judicial posterior.

28 Sobre este punto, Rüthers (2020) recuerda: "La sujeción de los tribunales a la ley democráticamente establecida como principio fundamental del ordenamiento en el Estado de Derecho (separación de poderes) está doblemente anclada en la Ley Fundamental. Allí donde existe una ley corresponde al parlamento la prioridad regulatoria, según el principio democrático y del Estado de Derecho. Los tribunales son, en este sentido, servidores de las leyes; no señores del ordenamiento jurídico" (p. 83).

2.3.3 El esquema de ordenación basado en principios por sobre reglas

Genera el riesgo de que las preferencias morales, ideológicas o políticas de los magistrados primen por sobre la experticia técnica y la evaluación de oportunidad propias de los órganos y entes administrativos constituidos con especialidad técnica.[29]

2.3.4 La indeterminación en la configuración de los vicios del acto administrativo

Pese al intento del artículo 14 de la Ley 19549 de tasar los supuestos de nulidad del acto administrativo, la norma preserva un amplio margen de apreciación para que, eventualmente, el juzgador determine la existencia del vicio y su entidad,[30] lo que incrementa el riesgo de invalidez de los actos estatales bajo criterios de ponderación judicial subjetivos.

2.3.5 La posibilidad de introducir la equidad para modificar el efecto de las sentencias

Esta facultad judicial flexibiliza la rigurosidad de la sanción jurídica de nulidad, otorgando al juez la potestad de "moldear" los efectos del acto según su propio criterio para el caso en concreto.

2.3.6 La limitación de la potestad de suspensión

Al restringir las facultades administrativas de suspender los efectos del acto en sede administrativa cuando este no pueda ser revocado, se debilita la capacidad de auto-

29 Desde otra mirada, sobre la incidencia hermenéutica de los principios, puede consultarse Canda (2024).

30 Al respecto, Sammartino (2025) entiende que "los vicios determinantes de nulidad absoluta han sido abstractamente seleccionados por el legislador. Se puede decir entonces que están predominantemente tasados. Sin embargo, es necesario formular una aclaración: algunas causales de nulidad absoluta están descriptas de manera precisa y concreta (vgr., omisión de la audiencia previa del interesado). Otras, en cambio, exhiben vaguedad (vgr., grave violación del procedimiento aplicable, acto que no fuere conforme a las leyes o abuso de poder, entre otros). Las primeras atenúan y reducen el amplio margen de ponderación que el régimen anterior le confería a la Administración o, en su caso, al tribunal. Ello confiere mayor claridad y previsibilidad a los mandatos prohibitivos que impone el bloque de juridicidad, con arreglo al art. 19 de la CN. Las segundas, en cambio, dejan librado la concretización del vicio a la valoración del órgano de aplicación" (p. 338).

tutela ejecutiva de la Administración, obligándola en esos supuestos a acudir a la vía judicial para preservar el interés público comprometido en la juridicidad.

2.3.7 La ampliación de las excepciones al agotamiento de la vía administrativa

La consagración de excepciones de contornos amplios —como el "ritualismo inútil" tanto para la vía de impugnación como de reclamación administrativa—[31] queda sujeta a una interpretación judicial marcadamente discrecional. Esto corre el riesgo de desnaturalizar el régimen de agotamiento de la vía administrativa, cuya obligatoriedad la propia Ley 27742 buscó preservar.

2.3.8 La eliminación del principio de congruencia en el reclamo administrativo previo

Al desvincular la pretensión judicial de lo planteado en la instancia administrativa previa, se puede generar un factor de imprevisibilidad que afecta directamente el principio de distinción de los poderes. Ello ocurriría al incorporar en sede judicial pretensiones o argumentos novedosos, lo que privaría a la Administración de ejercer, con carácter previo, sus facultades propias antes de ser sometida a la revisión judicial.

3. Segunda Parte. Proyección judicial de las reformas introducidas por la Ley de Bases a la Ley 19549

Tras la evaluación sistemática de las modificaciones introducidas por la Ley de Bases a la Ley 19549, esta segunda parte tiene por objeto examinar la paulatina aplicación de esta reforma en la jurisprudencia de los Fueros en lo Contencioso Administrativo Federal y en lo Civil y Comercial Federal de la Capital Federal. A tales fines, se exponen los principales criterios fijados por los tribunales respecto de los institutos reformados y vinculados estrictamente con el procedimiento y proceso administrativos. Como es lógico, dada la reciente vigencia de la Ley 27742, no todos los preceptos han sido aún objeto de interpretación por las distintas Salas; por ello, este relevamiento se concentra de manera exclusiva en aquellos puntos que ya han recibido tratamiento judicial.

31 Ley 19549, modificada por la Ley 27742, BO 08/07/24, artículos 23 inc. b, ap. (ii), 32 inc. c.

3.1 Aplicación de la LNPA al ámbito de las Fuerzas Armadas y de Seguridad

Una de las modificaciones importantes introducidas por la Ley de Bases en su artículo 1° es la extensión del ámbito de aplicación de la Ley 19549 a los organismos militares y de defensa y seguridad, "salvo en las materias regidas por leyes especiales y en aquellas cuestiones que el Poder Ejecutivo excluya por estar vinculados a la disciplina y al desenvolvimiento técnico y operativo de las respectivas fuerzas, entes u organismos".[32] Como es sabido, el texto anterior de la Ley 19549 excluía expresamente a dichos organismos.[33] En materia de acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, esta solución legislativa significó que, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)[34] y del Fuero Contencioso Administrativo Federal,[35] los requisitos de admisibilidad de la acción previstos en la LNPA no resultaban aplicables a las Fuerzas Armadas y de Seguridad. Asimismo, se entendía que la norma general tampoco podía invocarse supletoriamente para los procedimientos especiales regulados por el Decreto 722/96, bajo la premisa de que las disposiciones restrictivas de derechos no admiten una interpretación extensiva.

En este nuevo escenario, la reforma de la LNPA plantea diversos interrogantes sobre si ahora resultan exigibles los recaudos de admisibilidad previstos en su Título IV para los organismos de las fuerzas armadas y de seguridad, o si, por el contrario, la jurisprudencia previa mantiene lozanía. Al respecto, distintas salas del fuero Contencioso Administrativo Federal ya han comenzado a delinear los primeros criterios interpretativos.

En materia de reclamos por diferencias salariales, la Sala II se pronunció en una causa donde —por razones de vigencia temporal en los términos del artículo 7 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN)— resultaba aplicable el texto anterior de la Ley 19549. Allí, el tribunal rechazó la defensa de falta de habilitación de la instancia judicial mediante la aplicación de los precedentes clásicos del máximo

32 *Ibidem*, BO 08/07/24, artículo 1.

33 Ley 19549, BO 27/04/72, artículo 1: "Las normas del procedimiento que se aplicará ante la Administración Pública Nacional, centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad, se ajustarán a las propias de la presente ley y a los siguientes requisitos".

34 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Daus*, 18/07/2006, 329:2886; *Resch, Héctor Juan*, 26/10/24, 327:4681; *Tajes, Raúl Eduardo*, 31/03/1999, 322:551; *Sire, Guillermo Eduardo*, 08/08/1989, 312:1250; *Bagnat, Juan Carlos*, 10/3/1988, 311:255, entre otros.

35 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, *Zamorano, Analía Verónica c/ EN- M° Seguridad- PFA s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg*, 20/02/17; Sala II, *Pascuali, Pablo César y otros c/ EN- M° Justicia s/ personal militar de las FFAA y de Seg*, 06/10/16.

tribunal *Daus*,[36] *Bone*[37] y *Abregú*.[38] No obstante, consideró necesario advertir que la solución no habría variado bajo la nueva redacción del artículo 1°, señalando que la inclusión de las fuerzas armadas y de seguridad debe interpretarse

> … en conjunción con el principio receptado en los actuales artículos 23, inciso b, apartado ii y artículo 32, inciso c, de dicha Ley 19549 en cuanto contemplan, expresamente – tanto para la vía "impugnatoria" como para la "reclamatoria", la innecesariedad de agotar la instancia administrativa previa a la judicial cuando se configure un supuesto de ritualismo inútil. Y, en el caso, esa situación se configura atento la reiteración de reclamos salariales análogos al del presente juicio, a la conducta asumida respecto de ellos por la Administración y a las decisiones judiciales adoptadas por esta Sala y demás tribunales del fuero.[39]

En una línea concordante, la Sala V adoptó un criterio similar para este tipo de controversias salariales. Si bien reconoció que, tras la sanción de la Ley 27742, la LNPA se extiende a los organismos militares y de seguridad, sostuvo que la exigencia del agotamiento de la vía administrativa debe matizarse frente a la conducta del propio Estado.[40] Cuando esta torna ineficaz el procedimiento previo, aquella exigencia deviene en un ritualismo inútil.[41] La Sala IV compartió idéntica solución para reclamos salariales, admitiendo expresamente que la Ley 27742 modifica el estándar tradicional que la Corte Suprema había fijado en los precedentes citados.[42]

Esta misma postura se trasladó al ámbito del personal de inteligencia frente a un planteo de caducidad del plazo para interponer la acción judicial en los términos

---

36 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Daus*, 18/07/2006, 329:2886.

37 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Bone, César Adrián*, 19/02/2008, Fallos: 331:144.

38 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Abregú, Fermín Ricardo y otros*, 04/03/08, Fallos: 331:415.

39 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, *Ibañes Montalvo, Gabriel Andrés c/ EN- M° Justicia y DDHH- SPF- Dto 586/19 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.*, 29/09/24. En idéntico sentido, Sala III, *Báez, Salvador Alejandro c/ EN- M° Justicia DDHH-SPF-Dto 586/19 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.*, 10/06/25.

40 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, Barrios, *Cristian Damián c/ EN- M° Justicia y DDHH- SPF- Dto. 586/19 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg*, 29/10/24.

41 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, *Llanos, Fernando Oscar c/ EN-M° Justicia y DDHH- SPF- Dto. 586/19 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.*, 06/03/25. Un punto tangencial es que en estos casos, frente a la imposición de costas contra el Estado nacional, esta Sala consideró que correspondía imponerlas por su orden, ya que a raíz de la modificación dispuesta por la Ley 27742 en la Ley 19549, "… pudo considerarse con derecho a efectuar su planteo [defensa de falta de agotamiento de la vía administrativa]…" (Sala V, *Rojas, Guido Oscar c/ EN- M° Justicia DDHH-SPF- Dto. 586/19 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.*, 19/03/26).

42 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, *Sosa, Lidia Belén c/ EN- M° Justicia y DDHH-SPF- Dec. 216/89-607/19 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.*, 01/07/25.

del artículo 25 de la Ley 19549. La única diferencia radicó en los precedentes de la CSJN tomados como referencia, que en este supuesto fueron *Marcelo, Osvaldo Mario*,[43] *Dona, Agustín Carlos*[44] y *Gravina, Eduardo*.[45]

Por otra parte, en el marco de procesos de amparo donde se cuestionaba la legitimidad de actos administrativos de las fuerzas de seguridad que desestimaban solicitudes de reincorporación, el Estado nacional argumentó que la Ley 19549 no resultaba aplicable a los organismos militares, de defensa y de seguridad, invocando la doctrina del máximo tribunal en la causa *Tajes*.[46] Bajo esa premisa, la defensa estatal pretendía excluir el análisis de validez de los actos a la luz del artículo 7 de la LNPA y desechar cualquier imputación de vicios en la motivación. La Sala III rechazó este argumento y señaló que, más allá de la invocación del precedente *Tajes*, el artículo 1°, inciso d) de la LNPA reformada dispone expresamente su aplicación a los ámbitos militar, de defensa y de seguridad. En consecuencia, concluyó que

> … lo que aquí se halla en tela de juicio es el ejercicio de una potestad administrativa por parte de la Policía Federal Argentina y los recaudos que han de cumplir los actos administrativos dictados por ella, no se advierten razones válidas para apartarse de la aplicación de los requisitos esenciales que a tal efecto reconoce la Ley N° 19.549.[47]

Finalmente, ante un planteo de falta de agotamiento de la vía administrativa por no haberse impugnado el rechazo de una solicitud de traslado por permuta regida por una reglamentación especial, la Sala V desestimó la defensa de la representación estatal. Sin embargo, no lo hizo sobre la base de la jurisprudencia clásica de la CSJN, sino por aplicación directa de la LNPA reformada: el tribunal consideró que, por remisión del propio artículo 1°, inciso d), correspondía estarse a lo dispuesto por las leyes especiales. En el caso concreto, dado que la Reglamentación del Personal aprobada por el Decreto 6242/71 no establecía la obligatoriedad de interponer recursos o reclamos para tener por configurado el agotamiento de la vía administrativa,[48] no resultaba viable predicar la firmeza ni la irrevisibilidad judicial del acto administra-

---

43 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Marcelo, Osvaldo Mario*, 12/08/08, M. 1401. XLIII. REX.

44 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Dona, Agustín Carlos*, 09/03/11, D. 43. XLVI. REX.

45 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Gravina, Eduardo Damián*, 12/07/11, G. 646. XLVI. REX.

46 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Tajes, Raúl Eduardo*, 31/03/1999, 322:551.

47 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, *Manjak, Cristina Norma c/ EN-M° Seguridad- PFA s/ amparo ley 16.986*, 13/11/25.

48 El art. 10.206 del Decreto 6242/71, reglamentario de la Ley 18398, establece que "… el personal puede solicitar se deje sin efecto el procedimiento o decisión que lo perjudique o se le acuerde legítimamente lo que le corresponde, siempre que considere: a) Que el decreto, resolución o disposición de carácter administrativa que se le aplica fuera ilegal, injusta o errónea; b) Que es acreedor a que se le declare comprendido en un derecho o beneficio establecido por una prescripción legal".

tivo por la omisión de transitar una vía que revestía un carácter puramente facultativo para el agente.[49]

3.2 Los recursos judiciales directos

En materia de recursos judiciales directos, la LNPA reformada procuró dotar de mayor seguridad jurídica al sistema y resolver diversos problemas que se suscitaban en la práctica cotidiana. Concretamente, el legislador unificó los distintos plazos de interposición derivados de regímenes especiales en un término único de treinta (30) días hábiles judiciales, contados a partir de la notificación de la resolución definitiva que agote la instancia administrativa. Asimismo, la norma aclaró que quedan derogadas todas las prescripciones normativas especiales que establezcan plazos menores.[50]

Frente al cuestionamiento de la validez de un acto de la Subsecretaría de Acciones para la Defensa de los Consumidores —que había declarado extemporáneo un recurso directo interpuesto contra una sanción de multa—, la Sala IV revocó dicha decisión. El tribunal fundó su pronunciamiento en el principio *pro actione*, en la aplicación analógica del artículo 124 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) y en la nueva redacción del artículo 25 bis de la LNPA, que fija el plazo de treinta días hábiles judiciales para deducir el recurso directo. A criterio de la Sala, esta solución no solo se conjugaba con el texto de la ley reformada y con el principio de tutela judicial efectiva, sino que también se alineaba con "… el espíritu del régimen de los recursos directos impuesta por la referida Ley 27742".[51]

Por otro lado, la reforma de la LNPA deja en claro que

> … En ningún caso el órgano administrativo ante quien se interponga el recurso judicial podrá denegar su procedencia, debiendo limitarse a elevarlo al tribunal competente. Salvo que se hubiese fijado un plazo menor, el plazo para la elevación del expediente será de cinco (5) días. Si no se cumpliere este plazo, el interesado podrá ocurrir directamente ante el tribunal judicial.[52]

En el marco de una causa donde se discutía precisamente la competencia de la autoridad administrativa para resolver sobre la admisibilidad de un recurso directo,

---

49 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, *Ríos, Heraldo José Saúl (Sec. N° 7) c/ EN- M- Seguridad- PNA- EX 132405349/24 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg*", 22/04/26.

50 Ley 19549, modificada por la Ley 27742, artículo 25 bis.

51 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, Incidente N° 1- Actor: *Reba Compañía Financiera SA s/ recurso de queja*, 19/12/24.

52 Ley 19549, modificada por la Ley 27742, artículo 25 bis.

la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal resolvió que "… no puede ser el órgano de control quien resuelva una cuestión judicial que no le compete, lo que a su vez se reafirma si se repara en la reciente reforma a la Ley de Procedimiento Administrativo".[53] De esta manera, el tribunal determinó que cuando la propia autoridad de aplicación cuyo acto se impugna ante el Poder Judicial evalúa si se reúnen las condiciones para revisar la validez de lo resuelto, se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio *pro actione* que rigen en nuestro ordenamiento.

En esta misma línea, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal tuvo la oportunidad de pronunciarse al resolver un recurso de revocatoria interpuesto contra un auto de Secretaría. En dicho trámite, se había tenido por presente la contestación de un recurso directo en el cual el Estado nacional se tomó más de 130 días hábiles judiciales para responder, omitiendo el plazo de 10 días previsto en la ley aplicable. Al respecto, la Sala resolvió, en primer término, que "la competencia para verificar si se hallan reunidos los requisitos mínimos de admisibilidad de los recursos directos que se deducen contra las decisiones tomadas en la Secretaría de Comercio corresponde a esta cámara".[54] Bajo esta premisa, el tribunal sostuvo que el plazo de contestación es perentorio por aplicación del artículo 155 del CPCCN, y que resultaría irrazonable reputarlo como meramente ordenatorio. Al respecto, argumentó que, dado que el plazo para interponer el recurso directo sí tiene carácter perentorio, no corresponde consagrar una distinción que no surge expresa ni implícitamente de las normas aplicables. En consecuencia, descartó el criterio propuesto por la Administración de computar el plazo desde la fecha de concesión del recurso —en tanto carece de competencia para realizar ese examen de admisibilidad— y determinó que debe contarse a partir de la efectiva interposición del recurso directo.

Por otra parte, ante un planteo de caducidad de instancia formulado por el Estado nacional bajo el argumento de que la parte actora no había instado el procedimiento, la Sala I lo desestimó. Para así resolver, consideró que la demora en la incorporación de las actuaciones administrativas no podía imputarse al accionante, ya que el artículo 25 bis de la LNPA impone expresamente a la Administración la carga de elevar las actuaciones al tribunal competente para su resolución.[55] En la misma

53 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, *Exor NV c/ Estado Nacional-Ministerio de Economía Secretaría de Industria y Comercio CNDC s/ recurso de queja CNDC*, 18/02/25.

54 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, *Molinos Río de la Plata SA c/ EN-M Economía- Secretaría de Industria y Desarrollo Productivo (Ex 14159510/23- Disp 1562/23 s/ recurso directo ley 24.240- art. 45*, 05/09/24.

55 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, *La Pequeña Familia SA c/ EN- M Seguridad-REN.PRE. (EX 88552497/21- Resol 4346/23) s/ Registro Nacional de Precursores Químicos- Ley 26.045- Art. 16*, 17/03/26.

línea, la Sala IV ordenó a la Oficina de Asignación de Causas del Fuero que proceda a radicar el expediente principal ante tribunal a fin de imprimirle el trámite correspondiente, atento al tiempo transcurrido desde la interposición del recurso directo sin que la autoridad administrativa haya remitido las actuaciones administrativas correspondientes y en expreso reconocimiento de la posibilidad de que el particular ocurra en forma directa, de conformidad con el art. 25 bis de la Ley 19549, ante el tribunal que considera competente para entender en el recurso deducido contra el acto cuestionado.[56]

Respecto del cómputo de los plazos, la misma Sala se pronunció sobre su naturaleza jurídica frente a un planteo de caducidad de la acción deducido por la Universidad de Buenos Aires. La institución universitaria fundaba su postura en que, entre la fecha de notificación del rechazo del recurso administrativo y la presentación del recurso judicial directo previsto en el artículo 32 de la Ley 24521, había transcurrido el plazo legalmente previsto. Frente al vacío de la Ley 24521, que no especifica en qué términos debe presentarse la impugnación, la Sala acudió a lo dispuesto en el artículo 25 *in fine* de la Ley 19549 y concluyó que, al tratarse de un recurso judicial, el plazo debe computarse exclusivamente en días hábiles judiciales.[57]

En cuanto a la aplicación del plazo de treinta días hábiles judiciales previsto en el artículo 25 bis de la Ley 19549, las Salas IV y V desestimaron por extemporáneos diversos recursos directos. Los tribunales señalaron que esta conclusión no se veía conmovida por las modificaciones introducidas por la LNPA, dado que, a la fecha de entrada en vigencia de la reforma, los plazos no se encontraban en curso, sino que ya habían vencido sin que se hubiera presentado oportunamente el recurso.[58]

Finalmente, la redacción actual de la norma admite la posibilidad de que el particular, además de acompañar la prueba documental, ofrezca todos los restantes medios de prueba de los que intente valerse en el recurso directo. La admisibilidad de tales medidas es evaluada por el tribunal de conformidad con las pautas previstas en el artículo 364 del CPCCN,[59] el cual faculta al juez a rechazar de oficio aquellas pruebas que resulten manifiestamente improcedentes, superfluas o meramente dila-

---

56 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, *Incidente N° 1-Actor: OSDE AC s/ recurso de queja*", 05/05/26.

57 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, *Mandalunis, Patricia Mónica c/ UBA- Facultad de Odontología (Resol 387/23) s/ Educación Superior- LEY 24.521- Art. 32*, 16/09/25.

58 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, *Incidente N° 1, Actor: Cencosud SA s/ recurso de queja*, 18/03/25; Sala V, *Mastellone Hermanos SA c/ EN-M° Economía (EX 76253214/23) s/ recurso directo ley 24.240- art. 45*, 23/12/24.

59 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, BO 27/08/1981, artículo 364: "No podrán producirse prueba sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos. No serán admitidas las que fueren manifiestamente improcedentes o superfluas o meramente dilatorias".

torias. Así, aun cuando la producción probatoria en este tipo de procesos recursivos posee un carácter excepcional para impedir su "ordinarización",[60] la Sala I —con base en la nueva redacción y en el principio de amplitud probatoria— consideró viable la apertura a prueba por un término de 40 días en el marco de un recurso directo interpuesto contra la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, por el que se pretendía acceder a la reparación económica de la Ley 27573. El tribunal entendió que esta medida constituía la vía idónea para resguardar las garantías del debido proceso y la tutela judicial efectiva.[61]

3.3 El *solve et repete*

Otra de las modificaciones sustanciales introducidas por el artículo 25 bis de la LNPA en el régimen de los recursos judiciales directos concierne al pago previo (*solve et repete*) como requisito de admisibilidad para acceder a la revisión judicial. Si bien diversos regímenes especiales supeditaban la instancia judicial al cumplimiento previo de la sanción pecuniaria, la nueva redacción establece de modo taxativo que dicho recaudo no puede ser exigido en ningún caso e, incluso, deroga todas las prescripciones normativas que dispongan lo contrario.[62]

A partir de esta reforma, numerosos tribunales comenzaron a considerar insustancial expedirse sobre la constitucionalidad del pago previo, sobre medidas cautelares tendientes a enervar su aplicación, o bien sobre su exigencia como condición de admisibilidad. Estos supuestos dieron lugar a pronunciamientos disímiles por parte de las Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, especialmente en aquellos casos donde el recurso judicial había sido interpuesto con anterioridad a la entrada en vigencia de las modificaciones introducidas por la Ley Bases.

En efecto, la Sala II, en el marco de un recurso judicial directo previsto en la Ley 25871, fijó como criterio que

> el examen del cumplimiento de los recaudos de admisibilidad de un recurso debe efectuarse conforme a la normativa vigente al momento de su interposición; y en el caso, ello remite al texto del artículo 92 de la Ley 25.871 en su redac-

60 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, *Banco Macro SA y otros c/ UIF*, 14/04/15.

61 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, *Elia, Florencia Anahí c/ EN-M Salus- Superintendencia de Riesgos del Trabajo (EX 75405223/23) y otro s/ recurso directo de organismo externo*, 17/03/26; *Suárez Elvira, Graciela c/ Superintendencia de Riesgos de Trabajo- Comisión Médica Jurisdiccional- Expte. 57952877/22 y otro s/ recurso directo de organismo externo*, 24/06/25.

62 Ley 19549, modificada por la Ley 27742, artículo 25 bis.

ción vigente al momento en que el recurso fue presentado, con independencia de la modificación introducida con posterioridad por la Ley 27.742.[63]

Bajo este lineamiento, al no haberse acreditado el depósito de la multa, el recurso devenía inadmisible; el tribunal ponderó que, si bien las nuevas normas procesales son operativas respecto de los juicios iniciados y no concluidos, debe respetarse la preclusión de los actos o etapas ya cumplidos. Así, sostuvo que "cuando los hechos o situaciones se consumaron de manera íntegra durante la vigencia de una ley, de acuerdo con el principio de retroactividad, cabe estar a su texto anterior"[64]. En igual sentido se expidieron las Salas III y IV. La primera descartó la aplicación de las modificaciones de la Ley 27742 atendiendo también al momento en que ocurrió el hecho que motivó la sanción y a la fecha de su dictado.[65] Por su parte, la Sala IV adhirió al criterio jurisprudencial de la CSJN relativo a la aplicación inmediata de las normas procesales a los juicios en trámite, siempre que no se invaliden actuaciones firmes con arreglo a leyes anteriores.[66]

En sentido contrario, la Sala V eximió a la recurrente del pago previo de la multa a pesar de tratarse de un recurso directo interpuesto antes de la vigencia de la Ley 27742, fundándose precisamente en el cambio normativo. El tribunal sostuvo que esta solución es la que mejor se compadece con la aplicación inmediata de las modificaciones procesales a las causas pendientes, la inexistencia de un derecho adquirido a ser juzgado por un procedimiento determinado, la necesidad de evitar injustificados rigores formales[67] y la operatividad del principio *in dubio pro actione* como eje del acceso a la justicia.[68]

---

63 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, *Air Europa Líneas Aéreas SA c/ EN- M° Economía (EX 105198187/21- CDIM 138484627/23) s/ recurso directo ley 24.240- art. 45*, 05/12/25; *Molino Victoria SA c/ EN- Secretaria de Agricultura, Ganadería y Pesca (EX 65656718/20) s/ recurso directo de organismo externo*, 30/09/25; *Tarjeta Naranja SAU c/ EN- M Economía (EX 71734805/21)- CEDMI 15241703/23 s/ recurso directo ley 24.240- art. 45*, 05/08/25.

64 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, *Deutsche Lufthansa Aktiengesellschaft c/ EN- M Interior- DNM- Expte 23348146/18 s/ recurso directo DNM*, 30/12/25.

65 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, *Norauto Argentina SA c/ EN-M Economía (EX 47466890/22- CDIM 52025781/24) s/ recurso directo ley 24.240- art. 45*, 27/12/24.

66 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, *Deutsche Lufthansa Aktiengesellschaft Bs. As. c/ EN- DNM- Ex. 112103413/21 s/ recurso directo DNM*, 29/04/25.

67 CNACAF, Sala V, *Redtex SRL c/ EN- M Interior- DNM- Expte 11800940/22 s/ recurso directo DNM*, 02/10/25.

68 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, *Compañía Panameña de Aviación Sociedad Anónima (Sucursal Argentina) c/ EN- M Economía (EX. 44020450/21) s/ recurso directo Ley 24.240- art. 45*, 05/03/26. En su voto particular, el juez Gallegos Fedriani recordó que, aun antes de que fuera consagrada mediante la reforma a la Ley 19549, sostuvo la ilegitimidad de la exigencia del pago previo de la multa como requisito de admisibilidad del recurso directo en el entendimiento, entre otras cosas, de que, por aplicación de los principios del derecho administra-

En idéntico sentido, la Sala I dictaminó que el "requisito del previo pago de la multa para interponer los recursos de revisión, inequívocamente es un recaudo de índole procesal, que exige ser examinado de conformidad con las modificaciones introducidas en el artículo 25 bis de la Ley 19549", y añadió que "… actualmente no es razonable interpretar que el pago de las multas es exigible como recaudo de admisibilidad de su impugnación judicial pues esa solución es la mejor que se compadece con los criterios enunciados [acceso a la justicia, *in dubio pro actione*]…".[69]

Por último, respecto de los recursos judiciales directos presentados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 27742, las distintas Salas han adoptado el criterio pacífico de no exigir el pago de la multa para habilitar la instancia judicial y, en aquellos casos donde se planteó subsidiariamente la inconstitucionalidad del requisito o se solicitó una medida cautelar para suspenderlo,[70] los tribunales entendieron que su tratamiento devino inoficioso.[71] Esta postura se mantiene inalterada aun cuando ciertas reparticiones administrativas todavía insisten en que, por tratarse de regímenes específicos, estos no fueron derogados y deben aplicarse. Sin embargo, no es esa la hermenéutica que se desprende de la reforma introducida por la Ley 27742, en tanto prescribe que se derogan "… todas las prescrip-

tivo sancionador que ha sido equiparado desde antiguo al derecho penal, "la actora debe cumplir la pena antes de poder ser escuchada y ejercer su derecho de defensa y sin tener una sentencia firme y pasada en autoridad de cosa juzgada. En síntesis, es culpable antes de condenada, yendo en contra del principio de presunción de inocencia; por lo que resulta, la aplicación de la norma, contraria a los principios del derecho constitucional y de los tratados de derechos humanos".

69 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, *Modo SA c/ CNRT (EX 24870766/24) s/ servicio público de autotransporte- Ley 21844- art. 8*, 08/04/25; *Emirates c/ EN- M Interior-DNM-Expte 125542311/22 s/ recurso directo DNM*, 05/08/25. En su voto particular, el juez Facio llama la atención acerca de que la literalidad de la ley no puede comportar una guía exclusiva, sin modulaciones, de la interpretación judicial en la actualidad, en tanto la Ley 27742: "… representa la primera revisión integral (o reformulación), de la ley de procedimiento administrativo realizada por un gobierno democrático después de cincuenta años de su creación normativa". De allí que "… esas modificaciones deben servir de guía en la interpretación y en la aplicación de las disposiciones normativas de naturaleza administrativa como son las disposiciones que contiene la ley 25.871". Así, concluye diciendo que la exigencia del pago previo desconocería la relevancia que proyecta la reformulación efectuada por la Ley 27742 y comportaría la aprobación de un excesivo rigor formal que soslayaría la aplicación de los principios *in dubio pro actione* y la tutela judicial efectiva.

70 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, *Incidente N° 1- ACTOR: La Planta Granos SA DEMANDADO: Dirección Nacional de Control Comercial Agropecuario s/ inc. de medida cautelar*, 19/08/25.

71 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, *Empresa de Transporte de Pasajeros Koko SRL c/ CNRT (Ex. 103726487/24- Sum. Adm. 502125) s/ servicio público de autotransporte- Ley 21.844- art. 8*, 07/11/25; Sala III, *INC SA c/ EN-M Economía (EX 55900420/23- Disp 209/24) s/ recurso directo ley 24.240- art. 45*, 16/09/25; Sala IV, *Empresa Distribuidora de Energía Atlántica SA c/ EN- M Economía (EX 12437136/23- CDIM 123046872/24) s/ recurso directo ley 24.240- art. 45*, 16/10/25; Sala V, *Autopistas de Buenos Aires (AUBASA) SA c/ EN- M Economía (Exp. 78908695/21) s/ recurso directo ley 24.240- art. 45*, 15/07/25.

ciones normativas que dispongan lo contrario", razón por la cual debe estarse a la expresa letra de la norma.[72]

3.4 Amparo por mora

El instituto del amparo por mora también ha sido objeto de modificaciones respecto de "las reglas de apelación y de ejecución de las sentencias dictadas en este tipo de procesos",[73] lo cual, en muchos casos, ha dado lugar a "una nueva mirada de la cuestión".[74]

En lo relativo a los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias de grado que admiten la acción, la Sala V —a partir de una interpretación literal del nuevo artículo 28 de la Ley 19549— sostuvo que dichos pronunciamientos solo son apelables "… en lo que concierne al plazo otorgado a la Administración para que se expida".[75] Bajo este criterio, declaró mal concedidos aquellos recursos de apelación que pretendían controvertir la decisión del juez de grado en cuanto a la acreditación de la situación de mora de la Administración.[76]

En sentido contrario, la Sala IV admitió la posibilidad de cuestionar vía apelación la imposición de costas en un pronunciamiento de grado que había declarado abstracta la cuestión. El tribunal fundó su decisión en que

> … la modificación del art. 28 de la Ley 19549 por su par 27742 no resulta motivo válido para impedir la apelación de las costas cuando la cuestión deviene abstracta, porque la pérdida de actualidad del objeto procesal es asimilable al rechazo de la acción y, por ende, resulta recurrible en su redacción actual, como también lo era en la anterior.[77]

---

72 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, *Vía Bariloche SA c/ CNRT (ex 37446758/23- SUM ADM 298787) s/ servicio público de autotransporte- Ley 21.844- art. 8°*, 11/09/25.

73 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, *Chen, Junjie c/ EN- M° Interior-DNM-Expte 162951/16 s/ amparo por mora*, 07/10/25

74 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, *Yan, Zhihang c/ EN-DNM-EX 15945/23 s/ amparo por mora*, apreciación de la jueza Heiland en el voto suscripto junto con el juez Facio.

75 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, *Fohama Electromecánica SRL c/ EN- M° Economía- Sec de Planeamiento y Gestión para el Desarrollo Productivo y de la Nioeconomía- EX 691811615/23 s/ amparo por mora*, 30/10/25.

76 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, *Fernández González, Griselda c/ EN- M Justicia y DDHH (Exp. 61726/12) s/ amparo por mora*, 30/10/25; *Li, Shusheng c/ EN-DNM-EX 87925/23 s/ amparo por mora*, 06/11/25; *Mansilla, Rómulo c/ EN- M Justicia y DDHH s/ amparo por mora*, 18/11/25.

77 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, Recurso de

Para así resolver, consideró el carácter excepcional del principio de inapelabilidad y la concepción amplia del "derecho al recurso" sostenida por la CSJN.[78] La misma tesitura adoptó, por mayoría, al entender en un recurso de queja interpuesto contra la providencia que había denegado la apelación contra una declaración de incompetencia del juez de grado. Al respecto, si bien reconoció las limitaciones recursivas previstas en la reforma del artículo 28 de la Ley 19549 —en consonancia con el criterio del artículo 15 de la ley 16.986, de aplicación supletoria—, exceptuó dicho principio general en atención a que la resolución cuestionada denegaba el fuero federal reclamado por la recurrente.[79]

Por otra parte, el nuevo texto del artículo 28 de la Ley 19549 dio lugar a una disidencia formulada por el juez Facio en el marco de una discusión en torno a si la norma supletoria aplicable en los amparos por mora es la Ley 16986 o el CPCCN. El magistrado se inclinó por la aplicación de este último, fundamentándolo en el nuevo contexto normativo y doctrinario introducido por la Ley 27742, el cual procura

> … consolidar las normas, las reglas y principios, de naturaleza constitucional y convencional, que tutelan los derechos de las personas que actúan en el procedimiento administrativo y, por otro lado, paralelamente, fortalecer el rol que desempeña la administración en ese procedimiento.[80]

Así, concluyó que la aplicación del plazo genérico de cinco días establecido en el artículo 244 del CPCCN resultaba más justa, razonable y consistente con el plazo de cinco días previsto en el artículo 28 de la Ley 19549 —según la reforma de la Ley 27742— para diversas situaciones del trámite del amparo por mora.

Finalmente, se advierten pronunciamientos de las Salas del Fuero frente a argumentos de distintas reparticiones administrativas que pretendían excluir la aplicación del instituto en sus respectivos ámbitos. Así, ante la postura de que el artículo 28 de la Ley 19549 no regía para la materia policial ni para el personal de seguridad,

---

Queja N° 1, *Agrogliano, Antonio c/ EN- M Salud de la Nación- Ley 19.549 27.350- Resol 1780/25 s/ amparo por mora*, 10/02/26; Recurso de Queja N° 1, *Martinese, Marcos Hernán c/ EN- M Salud de la Nación 19549 27350 Resol 1780/25 s/ amparo por mora*, 23/10/25.

78 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ojeda Hernández,* 10/07/14, O. 113. XLVIII. RHE.

79 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, Recurso de Queja N° 1, *Sindicato de Conductores de Camiones Obreros y Empleados del Transporte Automotores de Cargas Logísticas y Servicios de la provincia de Santa Fe c/ EN- Secretaria de Trabajo, Empleo y Seguridad Social- Expte 17892508/24 s/ amparo por mora*, 06/08/24. En disidencia, votó el juez Vincenti.

80 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, disidencia del juez Facio, *PFP Joker Club de Cultivo Solidario Medicinal en Red Simple Asociación c/ EN- M Salud de la Nación- Registro del Programa Cannabis- Ley 27.350 s/ amparo por mora*, 31/10/24; Recurso de queja N° 1, *Fundación Grupo Perfil para la Formación de la Educación y el Desarrollo Profesional y Cultural en Periodismo y Ciencias de la Comunicación c/ EN-M Capital Humano- Secretaría de Educación s/ amparo por mora*, 29/05/25.

la Sala IV determinó que este "resulta aplicable directamente a los organismos militares y de defensa y de seguridad por expresa disposición del art. 1°, inc. d, de la Ley de Procedimiento Administrativo". En el mismo pronunciamiento, rechazó el argumento de que en las fuerzas de seguridad los plazos poseen un carácter meramente ordenatorio y prorrogable, concluyendo que tales términos

> … participan del carácter obligatorio que predica el art. 1°, inc. g, ap. i, de la citada Ley de Procedimientos Administrativos, razón por la que el incumplimiento de aquéllos —y sus prórrogas— habilitan la orden de pronto despacho judicial establecida por el art. 218 de esta última norma.[81]

Por su parte, la Sala I examinó un agravio formulado por la ARCA, según el cual el artículo 28 de la Ley 19549 no constituía la vía idónea para obtener una orden de pronto despacho en su contra, debiendo aplicarse la norma específica de los artículos 182 y 183 de la Ley 11683. El tribunal descartó el planteo mediante una interpretación textual del citado artículo 182. Al respecto, sostuvo que, al no establecerse expresamente que el mecanismo de la ley de rito fiscal sea la única vía idónea para compeler al organismo a expedirse ante la demora en un trámite, el contribuyente se encuentra facultado para acudir indistintamente tanto a la vía de la Ley 11683 como a la del artículo 28 de la Ley 19549.[82]

3.5 Las notificaciones

Si bien los recaudos de la notificación para poder predicar su validez no se modificaron con la Ley 27742, sí cambiaron sus consecuencias derivadas. Actualmente, una notificación que no cumple con los recaudos fijados por el art. 40 del Decreto 1759/72 (modificado por el Decreto 695/24) resulta inválida e ineficaz. Algunos precedentes del Fuero han dado cuenta de estas modificaciones y también han definido el alcance con el que deben interpretarse los recaudos que determinan, como se dijo, su validez o no.

En el marco de un recurso de apelación interpuesto por la Dirección Nacional de Migraciones contra una sentencia que había rechazado una medida de retención por falta de debida notificación del extranjero —a quien no se le anoticiaron expresamente los recursos admisibles ni el plazo para recurrir—, la Sala III consideró que el acta de notificación no merecía reproche jurídico alguno. El instrumento le hacía

---

81 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, *Denis Fucci, Hugo Aníbal c/ PFA-Act Adm 1010/18/005.837/21 s/ amparo por mora*, 28/04/26.

82 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, *Gotzl, Nicolás c/ EN-ARCA-Ley 19.549 s/ amparo por mora*, 11/12/25.

saber al migrante que "contra la presente medida podrá interponer los recursos previstos en el Título VI de la Ley N° 25.871". Para el tribunal,

> … considerar nula la notificación por el solo hecho de que no se haya transcripto en forma íntegra el articulado correspondiente a los recursos en el cuerpo de la cédula —cuando esta refiere expresamente a su existencia, informa que la Disposición se entrega en copia con la indicación de la normativa que los regula y señala cual es la autoridad ante la cual deben ser interpuestos—, no encuentra sustento en la normativa aplicable.[83]

En esta misma línea, la Sala II también convalidó una notificación que informaba al interesado sobre la posibilidad de interponer los recursos indicados en la resolución adjunta en copia, los cuales debían presentarse ante la Dirección Nacional de Migraciones, a pesar de haberse transcripto el art. 86 de la Ley 25871 en una versión anterior a la vigente al momento de la notificación, bajo el entendimiento de que no se privó al migrante de información sustancial sobre sus derechos. De esta manera,

> tales referencias, contenidas en el acta de notificación, dan cuenta del contenido y suministro de la información relevante, lo cual lleva a considerar cumplidos, en el ámbito del procedimiento administrativo bajo examen, los recaudos del debido proceso y del ejercicio de un adecuado derecho de defensa.[84]

Asimismo, la misma Sala reputó válida la notificación practicada según lo dispuesto en los arts. 140 y 141 del CPCCN[85] y en el art. 41, inc. c) del Decreto 1759/72,[86]

---

83 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, *DNM c/ Ruíz Díaz Martínez, Julio Alberto- EX 809994/84 s/ medidas de retención*, 08/07/25.

84 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, *González, Gerardo Andrés c/ EN- M° Interior- DNM-EX 76693/19 s/ recurso directo DNM*, 07/04/26.

85 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, BO 27/08/1981, artículo 140: "Si la notificación se hiciere por cédula o acta notarial, el funcionario o empleado encargado de practicarla dejará al interesado copia del instrumento haciendo constar, con su firma, el día y la hora de la entrega. El original se agregará al expediente con nota de lo actuado, lugar, día y hora de la diligencia, suscripta por el notificador y el interesado, salvo que éste se negare o no pudiere firmar, de lo cual se dejará constancia"; artículo 141: "Cuando el notificador no encontrare a la persona a quien va a notificar, entregará el instrumento a otra persona de la casa, departamento u oficina, o al encargado del edificio, y procederá en la forma dispuesta en el artículo anterior. Si no pudiere entregarlo, lo fijará en la puerta de acceso correspondiente a esos lugares".

86 Decreto 1759/72, modificado por Decreto 695/24, BO 5/8/24, artículo 41 inc. c: "Forma de las notificaciones. Las notificaciones podrán realizarse por cualquier medio que dé certeza de la fecha de recepción del instrumento en que se recibió la notificación y, en su caso, el contenido del sobre cerrado si éste se empleare. Las notificaciones podrán realizarse: […] Por cédula, que se diligenciará en forma similar a la dispuesta por los artículos 140 y 141 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación".

a pesar de la falta de intervención de oficio del Ministerio Público de la Defensa[87]. El tribunal consideró, además, que la indicación en el propio acto administrativo de que su dictado agotaba la vía administrativa resultaba no idónea

> … para alterar la normativa aplicable o apartarse de la jurisprudencia imperante en la materia, y no subsana el incumplimiento de los plazos previstos en la ley 25.871, ni constituye una declaración jurídicamente eficaz para generar derechos subjetivos. Ello así, por cuanto dicha expresión, lejos de poseer la virtualidad de revivir prerrogativas jurídicas extinguidas por el transcurso del tiempo, se limita a exteriorizar una afirmación de alcance formal y genérico —como lo es el derecho a cuestionar una decisión administrativa—, sin adelantar juicio alguno sobre su eficacia, viabilidad y/o resultado, extremos que obviamente están sujetos a las circunstancias configuradas en cada causa.[88]

En otro orden de cosas, en el marco de un planteo de inhabilidad de título en una ejecución fiscal, se discutió la validez de la notificación de un acto administrativo sancionatorio. Allí se informó al interesado que el plazo para interponer el recurso judicial directo era el previsto en el régimen específico y no el del art. 25 bis de la Ley 19549. La Sala I tachó de inválida a esa notificación a los fines de considerar que el referido acto se encontraba firme y consentido; máxime cuando el particular había solicitado vista de las actuaciones administrativas y formulado un pedido de aclaración respecto de los plazos para recurrir que nunca recibió resolución. Consecuentemente, a criterio del tribunal, el defecto en la notificación del acto sancionatorio impidió su perfeccionamiento a los efectos de la ejecución judicial.[89]

La misma Sala se expidió en torno a la validez de la notificación del acto cuestionado en el marco de una excepción de inhabilidad de la instancia judicial, fundada en la falta de interposición del recurso jerárquico ante el plenario del Consejo de la Magistratura (de conformidad con el art. 19 de la Ley 24937). El agravio de la parte actora se centró en que, al momento de notificar el acto administrativo, el Consejo de la Magistratura debió haber transcripto el art. 19 de la Ley 24937 y el art. 44 del Reglamento General. Por lo tanto, a criterio de la parte accionante, el defecto de la diligencia acarreaba su nulidad absoluta. Por su parte, tanto la representación estatal como el juez de grado descartaron ese argumento, debido a que el letrado patro-

87 Para así decidir, la Sala II, en consonancia con el criterio de la CSJN en *Zuluaga, Celemín* (Fallos: 345:1114), sostuvo que de la normativa aplicable —art. 86 de la Ley 25871— no se desprende un deber de intervención oficiosa del Ministerio Público de la Defensa, sino ante el requerimiento del interesado.

88 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, *Muñoz Calderón, William Antonio c/ EN- M° Interior- DNM- EX 68021/21 s/ recurso directo DNM*, 28/04/26.

89 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, *Superintendencia de Servicios de Salud c/ Swiss Medical SA- IF 15567768/25 s/ proceso de ejecución tributaria*, 14/04/26.

cinante de la actora se notificó personalmente del acto en cuestión y retiró las copias correspondientes. Con todo, la Sala I rechazó la excepción de falta de habilitación de la instancia judicial. Para resolver de ese modo aplicó, además del régimen procedimental especial, la Ley 19549 y su reglamentación —en concreto, el art. 40, según la modificación del art. 23 del Decreto 695/24—, y concluyó que el actor no fue notificado válidamente del acto administrativo al omitirse la indicación precisa de los recursos disponibles. En ese sentido, sostuvo que las consecuencias de dicha omisión deben recaer en el Consejo de la Magistratura como responsable exclusiva, y descartó que la mera presentación del letrado patrocinante en el expediente permitiera presumir un conocimiento mayor al que surgía de las constancias documentales.[90]

Finalmente, en el marco de una demanda donde el Estado nacional reclamaba el cumplimiento del objeto de un acto sancionatorio y la actora argumentaba que este no había sido notificado debidamente, la Sala V resolvió que la notificación era inválida y, por ende, ineficaz, ante la falta de mención del acto en el cuerpo de la cédula, aun cuando existía una "constancia de notificación electrónica". Para así decidir, el tribunal indicó que "es un principio esencial del derecho procedimental administrativo, que debe asegurarse la correspondiente defensa en sede del organismo. Ello implica la notificación debida del acto administrativo, pues de lo contrario es pasible de impugnación (conf. art. 1 bis, inc. a) y concordantes de la Ley 19549, con la modificación de la Ley 27742)".[91]

3.6 Principios fundamentales

La inclusión de numerosos principios fundamentales en el artículo 1° bis de la Ley 19549 constituyó una de las principales modificaciones introducidas por la reforma de la Ley 27742. Estos principios robustecen la presunción de legitimidad de los actos estatales y excluyen toda aplicación discrecional, selectiva, caprichosa e ilegítima. Como señala la Sala I,

> si esos principios no fueran respetados ni observados, ocasionalmente, en un acto de aplicación concreta, entonces podría ponerse en marcha las vías procedimentales y procesales idóneas para poner un límite a la hipotética ilegitimidad y remediar las eventuales consecuencias no aceptadas por la Constitución Nacional, por los tratados internacionales que tutelan los derechos humanos y por las leyes, con la celeridad y la inmediatez pertinentes.[92]

90 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, *Lazarte, Omar Marcelo c/ EN- PJN- Consejo de la Magistratura de la Nación s/ empleo público*, 21/10/25.

91 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, *EN- M Desarrollo Productivo c/ D Arc Libertador SA- EX 65465287/2018 s/ proceso de conocimiento*, 19/12/25.

92 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, *Incidente N° 2-*

Diversas salas del fuero aplicaron de manera progresiva estos nuevos mandatos normativos.

Tutela administrativa efectiva

En el marco de un cuestionamiento sobre la validez de un reclamo tributario, la Sala V invalidó el requerimiento fiscal debido a que se dictó sin la sustanciación del sumario correspondiente. El tribunal destacó el defecto procedimental: aunque se corrió vista a la importadora sobre las imputaciones y esta compareció para ejercer su defensa y ofrecer prueba, el servicio aduanero omitió valorar tales elementos. La autoridad dictó de inmediato el acto sancionatorio sin ponderar los antecedentes de las actuaciones administrativas. En ese sentido, la Sala consideró que el cumplimiento del procedimiento previsto es propio de todo acto administrativo y

> … es el reverso del derecho de los administrados al debido proceso adjetivo —o la actualmente denominada tutela administrativa efectiva— (art. 1, inc. f) LNPA; art. 1 bis, en el texto según Ley 27742, que comprende —como es lógico— no solamente el derecho de exponer las razones de sus pretensiones y defensas… y producir la prueba conducente para acreditarlas […], sino también de que la decisión haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas […] De otro modo, se estaría consintiendo que el acto del artículo 1101 constituyera un inútil formalismo sacramental y no la verdadera consagración del derecho del administrado a ser oído.[93]

La misma Sala declaró la ilegitimidad de otro acto sancionatorio por falta de motivación, ya que la Administración no explicitó de manera concreta y fundada las razones para rechazar la posición de la parte accionante. En este contexto, el tribunal vinculó de forma directa la motivación —requisito esencial del acto administrativo según el artículo 7 de la Ley 19549— con el principio de tutela administrativa efectiva del artículo 1° bis. Esta garantía comprende

> … la posibilidad del derecho a una decisión fundada, es decir, que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso, lo que garantiza también el derecho al debido proceso adjetivo.[94]

ACTOR: Unión de Trabajadores y Trabajadoras de la Economía Popular DEMANDADO: EN- M Capital Humano de la Nación s/ inc. de medida cautelar, 06/03/26.

93 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, *Ingeniería Prodol SA-TF 38931-A c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo*, 16/10/25.

94 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, *Molinos Balcarce SA c/ Secretaría de Agricultura Ganadería y Pesca (EX 41464952/20) s/ recurso directo de organismo exter-*

En esta misma línea, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal declaró la nulidad de una prueba pericial contable en sede administrativa y de todas las actuaciones posteriores, incluido el acto sancionatorio impugnado. Para ello, invocó el principio de tutela administrativa efectiva aplicable a todo procedimiento,

> … prerrogativa a la que la Corte Suprema en el fallo "Astorga Bracht" […] le otorgó raigambre constitucional y convencional, cuando la decisión que en el expediente recaiga pueda llegar a desembocar en una sanción administrativa, atento a estar en juego la reprobación de lo que hizo un sujeto y, como consecuencia, la imposición de una restricción a su esfera de derecho, es lógico y natural que deban fortalecerse sus garantías en el procedimiento administrativo sancionador.[95]

A partir de este análisis, el tribunal concluyó que la autoridad administrativa incurrió en una grave violación del procedimiento aplicable, en los términos del artículo 14, inciso b), apartado iv) de la Ley 19549.[96]

Otra novedad en la jurisprudencia del Fuero es la aplicación de la garantía del plazo razonable como una extensión de la tutela administrativa efectiva. Con base en esta incorporación, algunas Salas revisaron sus criterios anteriores para adecuarlos a las modificaciones de la Ley 27742. Por ejemplo, la Sala IV limitaba antes la aplicación del plazo razonable a los procesos de imposición de penas.[97] Sin embargo, bajo el impulso de la reforma, modificó el alcance de su posición y la extendió a todo tipo de trámite "… en la medida en que la Ley 19549, de Procedimiento Administrativo… reafirma en su actual redacción que la duración 'razonable' es un principio fundamental aplicable a toda clase de procedimientos administrativos (cfr. art. 1° bis, ap. a, pto. iv, Ley 19549)".[98] De consuno con el principio clásico de impulsión de oficio,[99] la Sala I sostuvo que "… aun tratándose de tributos, la reciente reforma a la

---

no, 24/10/24.

95 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, *Arte Radiotelevisivo Argentino SA y otro c/ Estado Nacional Ministerio de Economía Secretaría de Comercio CNDC s/ apel resol Comisión Nac Defensa de la Compet*, 19/12/24.

96 Artículo 14, inciso b), apartado iv): "El acto administrativo es de nulidad absoluta e insanable en los siguientes casos… b) Cuando:… (iv) Se hubiere omitido la audiencia previa del interesado cuando ella es requerida o se hubiere incurrido en otra grave violación del procedimiento aplicable".

97 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, *Iveco Argentina SA c/ DGA*, 14/04/16.

98 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, *Alba Compañía Argentina de Seguros SA (TF 35612-A) c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo*, 29/10/24.

99 Ley 19549, modificada por la Ley 27742, BO 08/07/24, artículo 1° bis inc. d). CNACAF, Sala I, *Ultramar Argentina SA (TF 33241-A) c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo*, 11/11/25.

LNPA incorporó, como principio fundamental de la tutela administrativa efectiva, el 'derecho a un plazo razonable' a toda clase de procedimiento".[100]

La Sala V adoptó un criterio similar al hacer extensible la garantía del plazo razonable a cualquier clase de procedimiento,[101] en consonancia con la doctrina de la Corte Suprema en el precedente *Losicer*[102] y el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,[103] bajo la premisa de que "los jueces deben verificar la aplicación efectiva de las cláusulas de la Convención Americana de Derechos Humanos en tanto ellas tienen jerarquía constitucional".[104]

Asimismo, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal advirtió que la dilación de los procedimientos administrativos perturba la actividad de los particulares al prolongar la inseguridad jurídica. El tribunal sostuvo que

> … la falta de resolución del sumario administrativo en un plazo razonable resulta inconciliable con el derecho a una buena administración…que, a esta altura, se encuentra reconocido como un principio de todo procedimiento administrativo de conformidad con lo dispuesto en el nuevo art. 1 bis de la LNPA. No huelga destacar que, incluso, la tutela administrativa efectiva, luego de esa misma reforma legislativa, también se integra con el derecho a la finalización

100 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, *Cosena Seguros SA (TF 27939-A) c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo*, 23/09/25.

101 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, *HTI Cono Sur SA (TF 62161222-A c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo*, 03/07/25; *Compañía de Seguros La Mercantil Andina SA (TF 121517942-A) c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo*, 22/04/25; *Cosena Seguros SA (TF 119550844-A) c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo*, 04/02/25. En este último precedente, el juez Alemany, en sentido contrario, sostuvo que el principio del plazo razonable de duración de los procesos "… fue concebido para ser aplicado en cuestiones relativas a la materia penal, tal como resulta de los términos en que se encuentra concebido en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Dicho concepto fue asimismo aplicado a los procedimientos infraccionales y; en tal sentido, se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente L. 216 XLV "Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA" del 26 de junio de 2012, respecto del procedimiento ante el Banco Central de la República Argentina y en el precedente de Fallos: 334:1264, en cuanto al procedimiento infraccional ante el servicio aduanero, que en ese caso se había extendido durante 23 años. Por tal motivo, y en atención a que en los presentes autos se discute la procedencia de un reclamo estrictamente tributario dirigido contra la compañía aseguradora y que además se dispuso el archivo de la multa eventualmente exigible a la firma importadora, no cabe aplicar el referido principio".

102 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Losicer, Jorge Alberto*, 26/06/12, Fallos: 335:1126.

103 Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por la Ley 23054, BO 19/03/84, artículo 8, inc. 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".

104 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, *Banco Masventas SA y otros c/ BCRA s/ Entidades Financieras- ley 21526- n art.42*, 07/10/25.

> de los procedimientos administrativos en un plazo razonable […] Dicha garantía debe ser de especial observancia, sobre todo, en aquellos procedimientos de corte sancionador.[105]

Buena fe

El principio de buena fe es otro de los principios fundamentales recibidos por las Salas del Fuero. En el marco de un pedido de levantamiento de una medida de retención —motivado por la interposición de un recurso de revisión—, la Sala III rechazó la solicitud. El tribunal fundó su decisión en que el acto de expulsión había adquirido firmeza cinco años antes del planteo de revisión, tras el rechazo del recurso jerárquico respectivo. Al notificarse debidamente al migrante sin que este interpusiera oportunamente el recurso judicial pertinente,

> … mal podría alegar que corresponde levantar la medida de retención por hallarse pendiente de resolución un recurso judicial, puesto que el mismo fue presentado en plazo claramente extemporáneo y, en consecuencia, resulta manifiestamente improcedente, por lo que se violaría el principio de buena fe que debe regir el procedimiento administrativo. Cabe recordar que este principio fue expresamente incorporado por la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos N° 27.742 en el artículo 1° bis de la Ley N° 19.549.[106]

En otro precedente relativo a la validez de una multa por infracción a la Ley 24240, la Sala IV descartó el agravio sobre la falta de participación de la firma accionante en la infracción. El tribunal señaló que convalidar esa postura —luego de haber suscripto un convenio en el que se comprometía a no modificar el valor del precio de ciertos productos por encima de un porcentual indicado— "… sería reivindicar una conducta contraria a la buena fe en los términos concebidos por el art. 961 del CCCN […] Máxime, cuando la buena fe fue recientemente receptada como principio por la ley 27.742".[107]

Celeridad, economía, sencillez, eficacia y eficiencia burocrática

En el marco de un proceso de amparo orientado a obtener la inscripción en el Registro del Programa de Cannabis, la Sala I aplicó los principios de celeridad, economía,

---

105 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, *Mundo Bursátil SA y otros c/ CNV s/ apelación de resolución de la Comisión Nacional de Valores*, 03/06/25.

106 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, *EN-DNM c/ Montes Marín, Diego Enrique- EX 351963/05 s/ medidas de retención*, 16/09/25; *EN- DNM c/ Aliaga Torres, Jesús Alberto- EX 166424/17 s/ medidas de retención*, 03/07/25.

107 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, *Asociación de Fabricantes Argentinos de Coca Cola c/ EN-M Economía (EX 24408624/22- Disp 1289/23) s/ recurso directo ley 24.240- art. 45*, 05/09/24.

sencillez, eficacia y eficiencia del artículo 1° bis para admitir la acción. La Administración había reconocido que el amparista cumplía los requisitos, pero rechazó la inscripción bajo la exigencia de iniciar un nuevo trámite en la plataforma REPROCANN. El tribunal concluyó que "… no es razonable exigir al actor que inicie un nuevo trámite, en tanto ese requisito comparta un arbitrario retraso en la decisión que motivó el inicio de la causa…".[108] La misma Sala aplicó el principio de eficiencia burocrática en un amparo por mora. El juez de primera instancia había rechazado la acción con el argumento de que la demora obedecía a la falta de presentación de una documentación a cargo del particular. En sentido contrario, la Sala consideró que había transcurrido un plazo razonable para que la Administración se expidiera en forma concreta y, por aplicación del principio de eficiencia burocrática, el argumento del juez de grado para rechazar la pretensión no podía ser admitido en el entendimiento de que "… la parte demandada debió requerir la información que fue solicitada al actor directamente a la ANSES, a fin de dictar el acto administrativo que resuelva el pedido".[109]

3.7 Agotamiento la vía administrativa

En lo relativo al agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la acción contencioso-administrativa, la Ley 27742 no modificó su carácter obligatorio para los particulares. Asimismo, como sostuvo la Sala III, mantuvo

> … el doble sistema conformado por la vía impugnatoria y la reclamatoria, cuya diferencia radica —en esencia— en el diferente contenido de la pretensión articulada contra la Administración Pública. Así, pues, cuando se pretenda obtener la anulación de un acto administrativo, el interesado deberá interponer los recursos o el reclamo, según lo que corresponda según la naturaleza del acto que se pretende impugnar, para su revisión por la propia Administración […] mientras que —en cambio— cuando la pretensión no tiene contenido impugnatorio el ordenamiento jurídico exige la interposición de una reclamación administrativa previa para la obtención del pronunciamiento que se requiere de la autoridad pública, ya sea vinculada al reconocimiento de un derecho o la adopción de una determinada conducta positiva o negativa…[110]

108 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, *Perego, Alan Yair c/EN- M Salud de la Nación- Registro del Programa Cannabis s/ amparo ley 16.986*, 30/09/25.

109 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, *Salas Martínez, Vicente Guillermo c/ EN-M RREE- EX 140355979/23 s/ amparo por mora*, 03/07/25.

110 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, *Novakovich, Diana c/ Superintendencia de Seguros de la Nación s/ proceso de conocimiento*, 23/12/25.

En este contexto, si bien se conservó la obligatoriedad del tránsito previo por la sede administrativa y la distinción entre ambos carriles, la Ley 27742 incorporó un importante número de excepciones al agotamiento de la vía que las diferentes Salas del Fuero aplicaron de manera sucesiva.

El reclamo administrativo previo

En el marco de pretensiones resarcitorias por despidos, la Sala I rechazó una excepción de inhabilidad de instancia judicial opuesta por falta de reclamo administrativo previo. Para ello, aplicó el artículo 32, inciso b) de la Ley 19549[111] y sostuvo que "… a partir de la modificación de la Ley 19549, no se exige la presentación del reclamo administrativo previo previsto en el artículo 30 de la citada ley, en los casos de daños y perjuicios contra el Estado Nacional".[112] Por su parte, las Salas II y IV también desestimaron defensas estatales de igual tenor, pero por aplicación de la excepción prevista en el artículo 32, inciso c) de la Ley 19549, esto es, el ritualismo inútil. Frente a la conducta asumida por el Estado nacional en las actuaciones, los tribunales concluyeron que el reenvío de los autos a la sede administrativa carecía de eficacia práctica y configuraba un mero dispendio administrativo y jurisdiccional.[113] Asimismo, la Sala V, en un reclamo por diferencias salariales contra el Poder Judicial de la Nación, rechazó la excepción de inhabilidad de instancia por aplicación del mismo artículo 32, inciso c). El tribunal determinó que la conducta desplegada por la accionada en su propia sede y en el trámite judicial tornaba ineficaz cualquier procedimiento administrativo previo a la demanda judicial.[114]

Por último, una de las modificaciones introducidas por la Ley Bases al régimen de reclamación administrativa previa consiste en la eliminación del recaudo de congruencia exigido de anteriormente.[115] No obstante ello, la Sala III resolvió que

---

111 Ley 19549, modificada por la Ley 27742, BO 08/07/24, artículo 32 inciso b): "El reclamo administrativo previo a que se refieren los artículos anteriores no será necesario si mediare una norma expresa que así lo establezca y cuando:… b) Se reclamaren daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad contractual o extracontractual o se intentare una acción de desalojo contra él o una acción que no tramite por vía ordinaria".

112 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, *Pérez Diez, Mora c/ Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social s/ empleo público*, 03/06/25. En su voto concurrente, el juez Facio fundó su rechazo a la excepción opuesta, a diferencia de las otras integrantes de la Sala, en el art. 32, inc. e) de la ley 19.549 que prevé el instituto del ritualismo inútil.

113 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, *Benitez, María Lidia c/ EN- Jefatura de Gabinete de Ministros- Agencia Nacional de Discapacidad- rescisión de contrato de empleo público s/ empleo público*, 16/04/25; Sala IV, *Abril Lucia Oferlia y otro c/ Dirección Nacional de Migraciones del Ministerio del Interior s/ empleo público*, 03/06/25.

114 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, *Aranovich, Mariana Esther y otro c/ EN- PJN- EX 1273/06 s/ empleo público*, 15/10/24.

115 Ley 19549, BO 03/04/72, artículo 30: "… El reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial y será resuelto por el Poder Ejecutivo, o por las

> … aun cuando la Ley 19.549 con la reforma de la ley 27.742 haya eliminado el segundo párrafo del art. 30 antes citado, se ha señalado que el principio de congruencia entre lo reclamado en sede administrativa y el planteo judicial sigue existiendo más allá de la supresión del nuevo texto legal, tal como sucedió en otras situaciones, como, por ejemplo, la excepción de ritualismo inútil.

A criterio de la Sala, esto es así debido a que

> el principio de congruencia administrativa encuentra su fundamento en el principio de división de poderes, que exige que la demanda en esta sede verse sobre los mismos hechos y el derecho invocados al efectuar el descargo o impugnar el acto en sede administrativa. Quiere decir, que sean los mismos temas y motivos propuestos a decisión administrativa los sometidos a juzgamiento judicial…[116]

Los recursos administrativos

Una de las nuevas excepciones al agotamiento de la vía administrativa en el marco de la impugnación de actos administrativos es el ritualismo inútil, en los términos del artículo 23, inciso b), apartado ii) de la Ley 19549.[117] La Sala I aplicó este supuesto en un caso donde un migrante interpuso un recurso judicial directo contra el acto de expulsión mientras se encontraba pendiente de resolución el recurso de reconsideración en sede administrativa. Por aplicación del principio *in dubio pro actione*, la tutela judicial efectiva y la excepción de ritualismo inútil, el tribunal habilitó la instancia judicial "… teniendo en cuenta el particular contexto y el tiempo transcurrido sin que la Dirección Nacional de Migraciones se haya expedido acerca del recurso de reconsideración que dedujo el actor…".[118] Por otra parte, la Sala IV analizó una pretensión indemnizatoria por la terminación de un vínculo laboral, respecto de la cual se había interpuesto en sede administrativa un recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio. Si bien el tribunal consideró que el encuadre correcto debió ser el de la reclamación administrativa previa, aplicó la excepción de ritualismo inútil

autoridades citadas si mediare delegación de esa facultad".

116 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal Sala III, *Mencarini, Martín Alberto y otros c/ CPACF (EX 328/92/22) s/ ejercicio de la abogacía- ley 23187- art. 47*, 05/02/26. En dicho precedente se citan los siguientes trabajos: Vincenti (2025, pp. 399-400) y García Pullés (2024, p. 6).

117 Ley 19549, modificada por la Ley 27742, BO 08/07/24, artículo 23, inciso b), apartado ii): "El administrado cuyos derechos o sus intereses jurídicamente tutelados puedan verse afectados podrá impugnarlo judicialmente cuando: […] b) En los supuestos de los sub-incisos (i) y (ii) del inciso a) será requisito previo a la impugnación judicial el agotamiento de la vía administrativa salvo que: […] (ii) Mediare una clara conducta del Estado que haga presumible la ineficacia cierta del procedimiento, transformándolo en un ritualismo inútil".

118 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, *Jokubauskas, Tautvydas c/ EN-DNM-Ley 25.871 art. 85- EX 47544/21- Dispo 184267 s/ recurso directo DNM*, 09/09/25.

para habilitar la instancia judicial. La decisión se fundó en la posición adoptada por la propia Administración que evidenciaba la inutilidad de retrotraer la cuestión a la etapa previa, sumado a que "… la ley 27.742 contempló expresamente —tanto para la vía 'impugnatoria' como para la 'reclamatoria'—, la innecesariedad de agotar la instancia administrativa previa a la judicial cuando ello constituyera un 'ritualismo inútil'".[119]

Pretensiones de inconstitucionalidad

En un proceso orientado al cese de retenciones del impuesto a las ganancias sobre haberes de retiro y a la declaración de inconstitucionalidad de las normas que le daban sustento, la Sala II aplicó la excepción de ritualismo inútil del artículo 32 de la Ley 19549. El tribunal señaló que "… el control de constitucionalidad de las normas es competencia exclusiva de los jueces que integran el Poder Judicial". Por lo tanto,

> obligar a la actora a acudir a sede administrativa como requisito previo de la interposición de la demanda comporta un excesivo rigor incompatible con las reglas del debido proceso y del adecuado servicio de justicia, ello en atención a que preliminarmente debe establecerse la inconstitucionalidad o no de la norma impugnada.[120]

En el ámbito del Fuero Civil y Comercial Federal, ante rechazos liminares de solicitudes de cartas de ciudadanía —fundados en que, por aplicación del Decreto 366/25, la Dirección Nacional de Migraciones posee la competencia para otorgarlas en reemplazo de los jueces federales—, las Salas I y II revocaron tales decisiones. Los tribunales entendieron que

> … el reconocimiento del derecho sustancial se encuentra inescindiblemente ligado al examen de constitucionalidad de las disposiciones introducidas por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 366/2025, en cuanto modificó tanto los requisitos sustanciales como el procedimiento para la obtención de la ciudadanía argentina, materia cuyo conocimiento resulta propio de la jurisdicción judicial.

De esta forma, juzgaron que lo resuelto en primera instancia era incompatible con el artículo 23, inciso b), apartado i) de la Ley 19549. En efecto, dicha cláusula

---

119 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, *Murtagian, Adriana c/ EN- Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas s/ empleo público*, 09/09/25.

120 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal , Sala II, *Romero, Jorge Alberto y otros s/ Servicio Penitenciario Federal s/ proceso de conocimiento*, 04/11/25. La Sala no invocó la excepción al agotamiento prevista en el art. 23, inc. b), ap. (i).

> … ante la improcedencia de que se decrete en sede administrativa la invalidez o inconstitucionalidad de una "norma de jerarquía legal o superior", en los casos en que la impugnación al acto verse sobre tal vicio, exime al administrado del agotamiento de la vía administrativa.

Los magistrados reforzaron la solución con la invocación del ritualismo inútil, en tanto

> … remitir al peticionario a la tramitación ante la Dirección Nacional de Migraciones —cuando la procedencia misma de su solicitud se encuentra condicionada por la validez constitucional de la normativa aplicable— importaría someterlo a un derrotero procedimental carente de aptitud para resolver la cuestión sustancial debatida, configurando un supuesto de ritualismo incompatible con una tutela judicial efectiva.[121]

La denuncia de ilegitimidad

En el marco de una discusión sobre la firmeza de un acto de expulsión en una medida de retención, la Sala II aplicó la nueva redacción del instituto de la denuncia de ilegitimidad del artículo 1, inciso h) de la Ley 19549. Como novedad, la reforma introduce un plazo de 180 días desde la notificación del acto como parámetro para determinar si se excedieron las pautas temporales razonables. Si el particular impugna el acto de manera posterior a ese plazo, se interpreta que medió un abandono voluntario del derecho. De esta manera, el tribunal, tras convalidar la notificación del acto de expulsión, sostuvo que este se encontraba firme bajo los términos del artículo 1, inciso h), dado que "… a la fecha de presentación de los recursos… transcurrieron más de ciento ochenta días desde que fue notificada [la disposición] que el migrante intentó recurrir".[122]

En otro orden de cosas, la Sala V confirmó la suspensión de la retención dictada en primera instancia debido a que el recurso administrativo contra el acto de expulsión no había sido resuelto por la autoridad competente. Para ello, el tribunal consideró que

> … no obsta a la solución que aquí se propicia la invocación de la nueva regulación que en materia de denuncia de ilegitimidad ha efectuado la Ley 27742 […] en cuanto fijó un plazo máximo de 180 días a contar desde la notificación del

121 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, *Spasibo, Denis s/ solicitud de carta de ciudadanía*, 23/06/26; Sala II, *Platonenka, Darya s/ solicitud de carta de ciudadanía*, 23/04/26.

122 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, *DNM c/ Gonzales, Alfredo Sebastián- Expte 113127/10 Disp 55568/24 s/ medida de retención*, 10/06/25.

> acto para considerar excedidas "razonables pautas temporales" para, con ello, exceptuar la consideración como denuncia de ilegitimidad del recurso interpuesto fuera de plazo […] Ello es así dado que, eventualmente […],"el órgano que hubiera debido resolver el recurso" […] no se ha expedido.[123]

Las formas empresariales del Estado

El artículo 1 de la Ley 19549, en su actual redacción, excluye de su ámbito de aplicación

> a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras sociedades y demás organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga, directa o indirectamente, participación total o mayoritaria, en el capital o en la formación de las decisiones societarias.[124]

Dicha exclusión genera ciertos interrogantes sobre el agotamiento de la vía que las distintas Salas del Fuero comenzaron a responder.

Así, la Sala I, por mayoría de los votos de las juezas Heiland y Do Pico, puntualizó que

> la especial naturaleza de estos tipos societarios diagramados instrumentalmente y de antemano por el Estado bajo formas jurídicas privadas, hizo a la existencia de regímenes jurídicos heterogéneos que entrelazaron la aplicación simultánea de normas de derecho público y derecho privado, con preponderancia de uno u otro, según el caso. Situación que parece hoy receptar la ley 27.742.

De allí que, al resolver una excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, la desestimó con fundamento en que la representación estatal no pudo explicar por qué entendía aplicable e incumplido el artículo 30 de la Ley 19549, sumado a que de las actuaciones surgía un intercambio epistolar suficiente para cumplir la finalidad de dicha norma. Más concluyente fue el voto concurrente del juez Facio, quien sostuvo que, en virtud de las modificaciones de la Ley 27742 sobre el artículo 1° de la Ley 19549, "los requisitos allí previstos y en su decreto reglamentario para habilitar la instancia judicial no son aplicables".[125]

---

123 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, *DNM c/ Vera Gómez, David Edgar- Expte 179723/23 Disp 1460/24 s/ medida de retención*, 13/11/25.

124 Ley 19549, modificada por la Ley 27742, BO 08/07/24, artículo 1.

125 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, Emelec SA c/ Operadora Ferroviaria SE s/ proceso de conocimiento, 11/02/25; *Maqchin Rioplatense SA c/ Operadora Ferroviaria SE s/ contrato administrativo*, 23/12/24.

Por su parte, la Sala IV rechazó una excepción de falta de agotamiento de la instancia administrativa interpuesta por una sociedad del Estado. Para ello, sostuvo la inaplicabilidad de las disposiciones de la Ley 19549 según lo previsto en el artículo 7 de la Ley 26.352, el entonces vigente artículo 6 de la Ley 20.705 y el artículo 1 de la Ley 19549, sumado "… a la irrazonabilidad e impertinencia de exigir el agotamiento de la vía administrativa en el marco de un proceso de ejecución".[126]

Los actos administrativos emitidos con posterioridad al dictado de la sentencia definitiva y firme

El artículo 23, inciso b), apartado iv) de la Ley 19549 prevé una nueva excepción al agotamiento de la vía administrativa respecto de aquellos actos emitidos en relación con la materia de un proceso judicial con posterioridad al dictado de una sentencia definitiva y firme. En esos supuestos, tales actos pueden ser impugnados de forma directa en el procedimiento de ejecución de sentencia.

En cumplimiento de esta nueva prescripción, en un caso donde se ordenó un plazo de 60 días hábiles administrativos para resolver trámites de solicitudes de compensaciones, la Sala IV anticipó que "… cualquier cuestionamiento del acto que se ordena emitir estará exento de impugnación en sede administrativa y debería cuestionarse directamente en el correspondiente incidente de ejecución de sentencia".[127] De allí que esta Sala revocara la resolución de un juez de grado que había considerado precluida la posibilidad de la actora de impugnar el acto dictado en cumplimiento de la manda judicial, por resultar contraria a la garantía del debido proceso y al derecho de defensa. Asimismo, en el mismo pronunciamiento, ordenó dictar un nuevo acto y aclaró que el Estado nacional debe omitir la reedición de requisitos de admisibilidad formal ya revocados.[128]

La misma tesitura adoptó la Sala I frente a un planteo de la representación es-

126 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, *Talleres Trama SA c/ Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado s/ proceso de ejecución*, 24/09/24.

127 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, *Pavón Arriba Cereales SA c/ EN-M Economía- Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación y otro s/ proceso de conocimiento*, 11/11/25; *Masat, Ariel Fabián c/ EN- M Agricultura, Ganadería y Pesca- Dirección Nacional de Control Comercial Agropecuaria s/ proceso de conocimiento*, 26/06/25; *Aceitera General Deheza SA c/ EN- M Agricultura, Ganadería y Pesca s/ proceso de conocimiento*, 13/03/25.

128 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, *Morixe Hermanos SA c/ EN- M Economía- Mercado Interno- Noviembre 2010 Enero 2011 y otro s/ proceso de conocimiento*, 19/08/25. Distinta solución fue adoptada por la Sala III, ya que, en vez de ordenar el dictado de un nuevo acto administrativo, tratándose del cuestionamiento legal de un acto administrativo dictado en relación con lo que era materia del proceso judicial y con posterioridad al dictado de la sentencia definitiva y firme y para evitar una nueva demora potencialmente frustratoria de derechos constitucionales, juzgo conveniente "avanzar en un pronunciamiento que trate concretamente la petición de compensación formulada por la actora a partir del cumplimiento o no de los recaudos establecidos" (CNACAF, Sala III, *Morixe Hermanos SA c/ En- UCESCI- Disp 13/11 s/ proceso de conocimiento*, 05/12/24).

tatal, según el cual la manda de la sentencia firme ya se encontraba cumplida y, por ende, el cuestionamiento de la contraparte excedía el marco del litigio. De conformidad con el artículo 23, inciso b), apartado iv) de la Ley 19549 invocado por la parte accionante, el tribunal concluyó que la pretensión actoral "… se encuentra inescindiblemente unida al cumplimiento de la sentencia dictada por esta sala".[129] En consecuencia, revocó el pronunciamiento de grado por resultar incompatible con la garantía de la tutela judicial efectiva.

Se trae a colación, ahora, un caso donde el juez de grado admitió el recurso judicial directo de un migrante y, en consecuencia, condenó a la accionada a dictar un nuevo acto administrativo de conformidad con los términos del pronunciamiento emitido. Con posterioridad, el actor solicitó que se intimara a la Dirección Nacional de Migraciones a expedir en su favor una residencia precaria y a dictar un nuevo acto, bajo el argumento de que la disposición acompañada por la demandada tras la sentencia no cumplía con los lineamientos fijados. El magistrado de primera instancia rechazó la petición en los términos del artículo 166 del CPCCN.[130] Al respecto, consideró que el dictado del nuevo acto administrativo agotaba el cumplimiento de la sentencia definitiva, sin que ello implicara habilitar un nuevo juicio sobre su validez ni clausurar las vías judiciales y administrativas disponibles para el interesado. De este modo, concluyó que el análisis de los vicios del nuevo acto significaría soslayar el objeto del proceso. Apelada dicha resolución, la Sala II, en línea con el artículo 23, inciso b), apartado iv) de la Ley 19549, dio la razón al apelante y modificó el pronunciamiento de grado "… en el sentido de que corresponde en el marco de estas actuaciones examinar si la disposición aportada por la demandada se ajusta a las decisiones adoptadas en la causa".[131]

En sentido contrario, en un expediente donde la parte accionante requería —por invocación del artículo 23, inciso b), apartado iv)— que se determinara judicialmente la compensación ante la omisión administrativa ilegítima de hacerlo, el juez de grado ordenó en su lugar la emisión de un nuevo acto para que la autoridad resolviera lo que estimara corresponder. Apelada la sentencia bajo el argumento de que el magistrado desconoció el marco de la Ley Bases, la Sala I descartó los planteos de la recurrente relativos al artículo 23, inciso b), apartado iv), ya que

---

129 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, *Torres Molina, Ester del Valle c/ EN- M Justicia DDHH- DNRPACP s/ proceso de conocimiento*, 03/07/25.

130 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, BO 27/08/1981, artículo 166: "Pronunciada la sentencia, concluirá la competencia del juez respecto del objeto del juicio y no podrá sustituirla o modificarla".

131 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, *Jianhong, Zhuo c/ EN- M Interior OP y V- DNM s/ recurso directo DNM*, 01/11/24.

> … con dicha reforma se libera al particular de la necesidad de agotar la vía administrativa en aquellos supuestos donde se cuestione judicialmente un acto administrativo emitido con posterioridad al dictado de una "sentencia definitiva y firme", debiendo impugnarse "directamente en el procedimiento de ejecución de sentencia" […] Este presupuesto […] aquí no se configura, ya que se requiere, claramente, de una decisión de la administración sobre la pretensión de la firma actora.[132]

El recurso de revisión

El recurso de revisión, antes previsto en el artículo 22 de la Ley 19549 y actualmente desplazado al artículo 100 del Decreto reglamentario 695/24, fue objeto de tratamiento por la Sala IV. El caso versó sobre una solicitud de levantamiento de una orden de retención motivada por la interposición de dicho recurso para reevaluar la expulsión de un migrante dispuesta veinte años atrás. A partir de una interpretación restrictiva del instituto, debido a su carácter excepcional por afectar la estabilidad de los actos administrativos, el tribunal descartó su procedencia por no encuadrar en ninguno de los supuestos taxativamente previstos en el artículo 100 del Decreto 695/24. Asimismo, consideró que

> … por tratarse la expulsión de un acto "recurrido" en diversas oportunidades, los fundamentos de esas presentaciones "deben haber sido diferentes a los que se esgrimen en el pedido de revisión" […] una solución contraria que confiera a la "revisión" un efecto idéntico, en los hechos, al del procedimiento recursivo general contemplado en las leyes 25.871 y 19.549 significaría (además de dar a la ley un alcance que no tiene) tanto como admitir la posibilidad de un replanteo —prácticamente ad infinitum— de cuestiones ya resueltas (por encima incluso de los plazos más largos de prescripción legal), minando de tal modo no sólo la estabilidad de las decisiones administrativas y judiciales, sino principios fundamentales de nuestro ordenamiento, como el de seguridad jurídica.[133]

4. Conclusión

La Ley 27742 aporta valiosas herramientas técnicas que dotan de mayor previsibilidad al procedimiento y al proceso administrativo nacional, un avance que la juris-

132 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, *Morixe Hermanos SA c/ Ministerio de Hacienda y Finanzas s/ proceso de conocimiento*, 08/06/26.

133 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, *EN-DNM c/ Rivadeneyra Justo, Víctor Omar s/ medidas de retención*, 23/09/25. Allí se cita como doctrina Pozo Gowland et al. (2012, pp. 512 y ss.).

prudencia ha venido consolidando en favor de una tutela administrativa y judicial efectiva. Sin embargo, el marcado talante principialista de la norma proyecta incertidumbres debilitantes sobre el sistema jurídico al sustituir la certeza de las reglas por estándares abiertos e indeterminados, lo que, en definitiva, transfiere la valoración normativa al momento posterior del litigio y expone a la ciudadanía a posibles criterios interpretativos dispares.

A su vez, este enfoque conlleva el riesgo de trasladar el juzgamiento de oportunidad, mérito o conveniencia hacia la sede judicial, desnaturalizando el principio de distinción de los poderes. Por ello, el desafío central de la reforma reside, como no es nuevo,[134] en alcanzar un equilibrio adecuado entre las garantías de los particulares y la eficacia de la gestión pública, evitando que las restricciones (legítimas) al ejercicio de la función administrativa devengan en una indebida intrusión judicial sobre las decisiones administrativas.

Bibliografía

Alberdi, J. B. (2017). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Biblioteca del Congreso de la Nación, Buenos Aires.

Barnes, J. (2011). Tres generaciones del procedimiento administrativo. *Derecho PUCP*, (67), 77-108. https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656148005

Canda, F. O. (2024). Principios fundamentales del procedimiento administrativo en la LNPA reformada según la Ley de Bases. En Alonso Regueira, E. (Ed.), *Bases para la libertad en el derecho administrativo argentino* (Tomo Amarillo, pp. 61-87). Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

Cassagne, J. C. (2021). *Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo)* (2ª ed.). Rubinzal Culzoni.

Cassagne, J. C. (2024). *Curso de Derecho Administrativo* (14ª ed., Tomo 1). La Ley.

Cassagne, J. C. y Perrino, P. (2024). *El acto administrativo en la Ley de Bases*. La Ley.

Comadira, J. R. (Coord.). (2013). *Curso de Derecho Administrativo* (Tomo I). Abeledo Perrot.

Durand, J. C. (2024). Un primer análisis de las modificaciones a la LNPA sobre cuestiones varias en materia de "caducidad" y "prescripción" de acciones y derechos. En Alonso Regueira, E. (Ed.), *Bases para la libertad en el derecho administrativo argentino* (Tomo Blanco, pp. 243-264). Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

134 Enseñaba Comadira (2013) que "la característica central del régimen jurídico de la función administrativa y, en consecuencia, del derecho administrativo, es su *exorbitancia*… que, bien entendida, está alejada de construcciones autoritarias o insolidarias y que concibe el derecho administrativo como un instrumento equilibrado, orientado no sólo a la debida protección de los intereses individuales sino, también, a la adecuada preservación de las prerrogativas públicas" (p. 6).

Dworkin, R. (2007). *La justicia con toga*. Marcial Pons.
Forsthoff, E. (1958). *Tratado de derecho administrativo*. Instituto de Estudios Políticos.
García Pullés, F. (13 de noviembre de 2024). La habilitación de la instancia en la Ley de Procedimiento Administrativo reformada. *La Ley*.
Hamilton, A. (2010). El Federalista N° 70. En Hamilton A., Madison J. y Jay J., *El Federalista* (pp. 297-303). Fondo de Cultura Económica.
Kaplow L. (1992). Rules Versus Standards: An Economic Analysis. *Duke Law Journal*, (42), 557-629. https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol42/iss3/2
Landis, J. M. (1951). *El poder administrativo*. Depalma, Buenos Aires.
Mairal, H. A. y Veramendi, E. V. (12 de julio de 2024). La Reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos. *La Ley*.
Maurer, H. (2011). *Derecho administrativo*. Parte General. Marcial Pons.
Muratorio, J. I. (2025). La reforma del procedimiento administrativo. En Confalonieri (h), Juan Ángel (Dir.), *Reforma laboral y del procedimiento administrativo* (pp. 485-522). La Ley.
Pozo Gowland, H. M., Halperín, D. A., Aguilar Valdez, O. R., Lima, F. J., y Canosa, A. N. (2012). *Procedimiento Administrativo* (Tomo III). La Ley.
Rüthers, B. (2020). *La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método*. Marcial Pons.
Sammartino, P. M. E. (2025). Amparo y Administración. Amparo frente a actos y omisiones de la Administración (2ª ed., Tomo I). La Ley.
Scalia, A. (1989). The Rule of Law as a Law of Rules. *University of Chicago Law Review, 56*(4), Article 1. https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol56/iss4/1
Scalia, A. (1989). Originalism: The Lesser Evil. *University of Cincinnati Law Review, 57*, 849-865.
Schmitt, C. (2015). Posiciones ante el derecho. (Trad. y ed. M. Herrero). Tecnos.
Sunstein, C. R. (1995). Problems with Rules. *California Law Review*, (83), 953-1026.
Treacy, G. F. (2024). El ámbito de aplicación de la LPA luego de las reformas de la Ley de Bases. En Alonso Regueira, E. (Ed.), *Bases para la libertad en el derecho administrativo argentino* (Tomo Celeste, pp. 211-234). Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.
Vermeule, A. (2006). *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Harvard University Press.
Vincenti, R. W. (2025). Reformas de la ley bases en materia de reclamo administrativo previo. En Alonso Regueira, E. (Ed.), *Bases para la libertad en el Derecho administrativo argentino* (Tomo Celeste, pp. 393-407). Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

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.

Estudios de derecho administrativo y derecho público general

Derecho Administrativo en el Estado Constitucional
N° 2 (octubre de 2026): 151-185

Dignidad humana y derecho[1]

Human Dignity and Law

Augusto Durán Martínez[2]
Universidad CLAEH. Universidad Católica del Uruguay "Dámaso Antonio Larrañaga"

Sumario

1. Introducción
2. aproximación a la noción de dignidad humana
3. contenido de la dignidad humana
4. dignidad humana derecho absoluto
5. Precisión terminológica
6. Proyección de la dignidad humana en el sistema jurídico
7. Sistemas de gobierno
8. Democracia como sistema de gobierno
9. Democracia como situación jurídica subjetiva
10. Relación entre la democracia como sistema y la democracia como situación jurídica subjetiva
11. El descontento democrático
12. apreciaciones finales

https://doi.org/10.26422/daec.2026.0200.dur

Resumen

La dignidad deriva de la naturaleza humana, concretamente de su racionalidad. Por eso, solo el ser humano posee dignidad. Es el estatus que deriva de la aptitud que tiene el ser humano

1 Versión escrita de la Conferencia pronunciada el 29 de abril de 2026 en el Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

2 Catedrático de Procesos Constitucionales en la Facultad de Derecho de la Universidad CLAEH. Excatedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Decano Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Académico de número fundador de la Academia Nacional de Derecho del Uruguay. Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en la República Oriental del Uruguay. Vicepresidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo.
aduranmartinez@vera.com.uy

de elegir libre y responsablemente su proyecto de vida, lo que lo hace ser titular de derechos y deberes e impide que sea tratado meramente como instrumento. La dignidad está en el centro del sistema jurídico contemporáneo del mundo occidental. Incide en todo el derecho, entre otras cosas, en el sistema de gobierno. Por eso hoy en día se considera al sistema democrático como el más apto para una adecuada tutela de los derechos humanos y se percibe a la democracia no solo como sistema, sino también como un derecho fundamental.
Palabras clave: dignidad humana, racionalidad, libertad, igualdad, responsabilidad, democracia, derechos humanos, derecho a la democracia.

Abstract
Human dignity derives from human nature, specifically from its rationality. Therefore, only human beings possess dignity. Dignity is the status that arises from the human capacity to freely and responsibly choose one's own life project, which makes individuals bearers of rights and duties and precludes their being treated merely as instruments. Human dignity lies at the heart of the contemporary legal systems of the Western world. It permeates all areas of law, including, among other things, systems of government. Accordingly, democracy is now regarded as the system best suited to ensuring the effective protection of human rights, and democracy itself is understood not only as a system of government but also as a fundamental right.
Key words: human dignity, rationality, freedom, equality, responsibility, democracy, human rights, right to democracy.

1. Introducción

Hace unos años, tuve la oportunidad de asistir a una exposición en la Catedral de Pamplona titulada *Occident*. Allí se explicaba que el Occidente, más que una referencia geográfica, es un ámbito social basado en la dignidad de la persona humana.

Roma conquistó militarmente Grecia, pero la cultura del conquistado conquistó al conquistador. La poderosa Roma tuvo un fogonazo de asombrosa humildad al asumir que la cultura griega era muy superior a la suya y la adoptó. A tal punto que hay constancia de que en el siglo I a. C. una delegación griega hizo uso de la palabra en su propia lengua ante el Senado romano sin necesidad de intérprete (Vallejo, 2024, pp. 259 y ss.).

Sobre esa cultura griega tomada por los romanos, Roma elaboró el derecho. Este fue el gran aporte de esa civilización romana helenizada que se expandió por todos los territorios por ella conquistados. "En el año 312 Constantino reconoció al cristianismo como una de las religiones permisibles, y en el 383 Teodosio I la declaró religión oficial del Imperio" (Herzog, 2019, p. 55). El cristianismo es hijo del judaísmo (p. 56). Toma de él el Antiguo Testamento, pero le agrega el Nuevo Testamento.

Al pasar a ser religión oficial de Roma, el Cristianismo toma toda la estructura

del Imperio y se sirve de ella para influir en toda Europa. La combinación del Cristianismo con el Imperio Romano, al decir de Herzog (2019, p. 55), produce un terremoto. Ese terremoto dejó una cultura que se expandió por toda Europa y, desde allí, a los territorios descubiertos y ocupados por los europeos.

Esa cultura es el Cristianismo. Por eso se habla de "civilización occidental cristiana" (Barbé Pérez, 1982, p. 11).

El Cristianismo es, desde luego, una religión, pero también es algo más. Es un estilo de vida que comprende no solo a los que profesan esa religión, sino también a los que no la profesan pero participan de ese mismo estilo de vida. Es, así, una cultura, una civilización.

Nuestra cultura, forjada en una matriz grecolatina y judeocristiana, ha tenido siempre como punto de referencia al ser humano. El proceso de nuestra civilización, por cierto, no fue lineal; tuvo y tiene imperfecciones, pues imperfecto es el hombre, pero su filosofía esencial contiene los instrumentos necesarios para la rectificación de los errores padecidos y su superación en aras de la realización de los más altos valores. Esta cultura incluye su propio mecanismo de autocorrección para superar sus propios desvíos (Johnson, 1989, p. 580) derivados de la imperfección humana.

Es así que asistimos hoy, ya avanzado el siglo XXI, en el llamado *mundo occidental cristiano*, a un sistema jurídico y a un nuevo modelo de Estado centrado en la dignidad de la persona humana.

2. Aproximación a la noción de dignidad humana

Atienza (2022) expresó que

> el concepto de dignidad humana es uno de los más básicos del Derecho, por no decir el más básico. La razón para pensar así es bastante obvia: en los Derechos del Estado constitucional la dignidad es considerada —por el propio ordenamiento— el fundamento de todos los derechos, y el test de validez de las normas del sistema incluye por ello, necesariamente, una referencia a ese concepto: una norma que vulnere la dignidad humana no puede, pues, considerarse una norma válida. (p. 11)

Participo plenamente de esa opinión. Pero adelanto que eso es así aun sin que hubiera sido dispuesto por el derecho positivo, y agrego que la dignidad humana es también en sí un derecho. Si es el fundamento de todos los derechos y el test de validez de las normas del sistema, como bien dice Atienza (2022), la dignidad humana es una regla de derecho, concretamente, un principio de derecho. Pero, además, es un derecho. La dignidad humana es un principio y un derecho.

Pero, añade el filósofo con razón, la dignidad humana dista de ser una noción simple y su fundamento no ha suscitado unanimidades.

Las acepciones de la palabra *dignidad* que figuran en el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española (2002)[3] evocan algo valioso, algo superior. El término compuesto *dignidad humana*, en el sentido de dignidad de la persona humana, denota la superioridad del ser humano en el plano terrenal.

La Iglesia católica deriva la dignidad humana de la *Imago Dei* (Pontificio Consejo Justicia y Paz, 2005, pp. 53 y ss.). En el Génesis se dice:

> Y dijo Dios: "Hagamos al ser humano a nuestra imagen, como semejanza nuestra, y mande en los peces del mar y en las aves del cielo, y en las bestias y en todas las alimañas terrestres, y en todos los reptiles que reptan por la tierra".
> Creó, pues, Dios al ser humano a imagen suya, a imagen suya lo creó, macho y hembra los creó.
> Y los bendijo Dios con estas palabras: "sed fecundos y multiplicaos y henchid la tierra y sometedla; mandad en los peces del mar y en las aves del cielo y en todo animal que repta sobre la tierra".
> Dijo Dios: "ved que os he dado toda hierba de semillas que existe sobre la faz de toda la tierra, así como todo árbol que lleva fruto de semilla; os servirá de alimento".
> "Y a todo animal terrestre, y a toda ave del cielo y a todos los reptiles de la tierra, a todo ser animado de vida, le doy la hierba verde como alimento". Y así fue. Vio Dios cuanto había hecho, y todo estaba muy bien. Y atardeció y amaneció: Día sexto. (*Biblia de Jerusalén*, 1998, pp. 14 y ss.)

De este pasaje del primer libro del Pentateuco se desprenden básicamente dos cosas:

a. que Dios le asignó superioridad al ser humano sobre todos los seres vivos que pueblan la Tierra y sobre todos los seres en general. Toda la Tierra, tanto los seres animados como los inanimados, están al servicio del ser humano;
b. que esa superioridad deriva del hecho de que el ser humano es imagen de Dios.

Esto es común al judaísmo y al Cristianismo, puesto que el Antiguo Testamento es común a ambas religiones.

El islamismo, la otra gran religión monoteísta que existe en el mundo, también

---

3 De la palabra *dignidad* el *Diccionario…* trae las siguientes acepciones: "1. Cualidad de digno. 2. Excelencia, reales. 3. Gravedad y decoro de las personas en la manera de comportarse. 4. Cargo o empleo honorífico y de autoridad. 5. En las catedrales y colegiatas, prevenda que se corresponde a un oficio honorífico y preeminente, como el decanato, el arcodianato, etc. 6. Persona que posee una de estas prevendas. 7. Prevenda del Arzobispo u Obispo. *Las rentas de la dignidad*. 8. En las órdenes militares de caballería, cargo de maestre, trece, comendador, mayor, clavero, etc." (Real Academia Española, 2002, p. 823).

proviene del Judaísmo. Este sigue la línea de Isaac, hijo de Abraham y su esposa Sara. El Islamismo sigue la línea de Ismael, hijo de Abraham y su sierva egipcia Agar.

Del Corán surge que Dios creó al ser humano.

> Recuerda cuando dijo tu Señor a los ángeles: "pondré en la tierra un vicario". Dijeron: "¿pondrás en ella a quien extiende la corrupción y derrama la sangre, mientras nosotros cantamos tu loor y te santificamos?". Respondió: "Yo sé lo que no sabéis".
> E instruyó a Adán en todos los nombres de los seres. Luego los presentó a los ángeles y dijo: "informadme de los nombres de estos seres si sois verídicos".
> Dijeron: "¡Tú seas alabado! Carecemos de ciencia, excepto la que nos enseñaste. Tú, Tú eres el Omnisciente, el Sabio".
> Dijo: "Adán, infórmales de sus nombres".
> Cuando les hubo enseñado sus nombres, dijo: "¿no os dije que soy más Sabio en los misterios de los cielos y de la tierra y conozco lo que decís y lo que ocultáis?".
> Entonces dijimos a los ángeles: "postraos ante Adán; y se postraron, excepto Iblis, que rehusó, se enorgulleció y fue uno de los infieles".
> Dijimos: "Adán: habita tú con tu mujer el Paraíso. Comed donde os apetezca pero no os acerquéis a este árbol, pues seríais impuros".
> Satanás los hizo pecar *por causa de este árbol*, y Dios los expulsó y les *quitó el usufructo* de aquello que tenían en el Paraíso. Les dijimos: "descended *del Paraíso:* los unos por los otros *sois* un enemigo. Tendréis en la Tierra morada y goce temporal".
> Adán recibió de su Señor la palabra *de plegaria* y se arrepintió. Ciertamente, Él es el Remisorio, el Misericordioso.
> Dijimos: "descended todos del Paraíso, pero os llegará, procedente de Mí una revelación: quienes sigan mi revelación no tendrán temor, pues no serán afligidos.
> Quienes sean infieles y consideran falsas nuestras leyes, esos serán pasto del fuego: ellos *permanecerán* en él eternamente". (*El Corán*, 2001, p. 46)[4]

Como se percibe, para el Islamismo también Dios es el creador del hombre y de todas las cosas. También de este pasaje del Corán se desprende la superioridad del hombre sobre todos los demás seres, ya que es al hombre al que Dios le ha dado el conocimiento del nombre de todos los seres y es ante el hombre que deben postrarse los ángeles. Pero no hay referencia en el Corán a la *Imago Dei.*

La dignidad humana para el Islamismo proviene de un acto de voluntad, de la voluntad de Dios. Para el Judaísmo y para el Cristianismo, la dignidad proviene de la *Imago Dei.*

4 Cursivas en el original.

Es cierto que, en definitiva, todo depende de la voluntad de Dios, al ser Dios el creador de todas las cosas. Pero, para el Islamismo, la dignidad deriva directamente de la voluntad de Dios, mientras que para el Judaísmo y el Cristianismo deriva indirectamente de Dios y directamente de la *Imago Dei*.

Tan importante es esta diferencia que es lo que llevó a Suárez (1966, pp. 31 y ss.) a sostener la responsabilidad del Estado contra la tesis de la irresponsabilidad de Jacobo I de Inglaterra, y ese mismo pensamiento será el fundamento ideológico de la revolución independentista en América Latina cuando, como consecuencia de la caída del monarca español por la invasión napoleónica, se consideró que el poder retornaba al pueblo (Barbé Pérez, 1982, pp. 23 y ss.).

Los que no tienen fe no tienen por qué aceptar este argumento. Pero ocurre que la fe y la razón no son incompatibles. Se puede así aceptar el mismo fundamento de un modo racional sin acudir a la fe.

La expresión *Imago Dei* debe tomarse en sentido alegórico. Es que ni aun con fe se puede ver en esta expresión una igualdad entre Dios y el hombre. En efecto, el hombre es un *ens in ali,* Dios es *a se*; el hombre es un ser vivo que puede dejar de vivir, Dios es un ser viviente; el hombre es un ser finito, Dios es infinito; Dios es puro espíritu, el hombre es espíritu y materia. Cuando hablamos de la *Imago Dei* nos referimos a un mero reflejo, y ese reflejo es la racionalidad. Dios es un espíritu racional, el hombre es también racional, pero no espíritu solo, sino materia y espíritu. Eso es lo que distingue al hombre de todos los demás seres vivos del planeta. De aquí deriva la dignidad humana y, para percibir la racionalidad, basta la razón, no necesitamos la fe, aunque la fe lo confirma como una suerte de prueba del nueve.

El hombre es un animal racional (Aristóteles, 1965, p. 7, 1972, p. 33; De Aquino, 1975a, pp. 257 y ss.; Vitoria, 2021, pp. 10 y ss.; Suárez, 1966, pp. 31 y ss.). La racionalidad implica inteligencia y voluntad. La inteligencia le permite al hombre conocer; la voluntad, actuar. La voluntad, que posibilita la acción, implica la libertad. El hombre es un ser libre. La razonabilidad conlleva la libertad y de ahí deriva la dignidad.

Ramón Hernández, al analizar la *Relección sobre el poder civil* de Vitoria en un pasaje claramente inspirado en Tomás de Aquino, que refiere a la naturaleza racional del hombre, expresó:

> es esta la raíz de los derechos del hombre, y es por aquí por donde es necesario empezar. Sin esa base firme de la dignidad de la persona humana, todo el edificio de tan numerosas y complicadas plantas se vendría abajo al impulso de los utilitarios, siempre al acecho, de los poderosos.
>
> La naturaleza humana ha dotado al hombre de la razón y de la virtud para su defensa y perfeccionamiento, frente a los medios puramente corporales, con que dotó a los otros seres vivientes. (Hernández, en Vitoria, 2023, p. 45)

Decir que la dignidad deriva de la *Imago Dei* es decir que deriva de la naturaleza humana, y decir que deriva de la naturaleza humana es decir que deriva de la racionalidad.

Barak (2024, p. 19) advirtió que nos ocupamos de la dignidad humana desde hace más de dos mil años. Lo hemos hecho desde una perspectiva teológica y filosófica. Pero, a partir de las atrocidades ocurridas en la Segunda Guerra Mundial, se comenzó a encarar el tema también desde una perspectiva jurídica.

Lo afirmado por Barak es correcto en términos generales. No podemos negar que Vitoria y Suárez, además de teólogos y filósofos, fueron juristas. La dignidad humana tiene en ellos un tratamiento jurídico, además de teológico y filosófico.

El pensamiento de Vitoria, además de la prédica de Bartolomé de Las Casas, impulsó a Carlos V a promulgar las Leyes Nuevas de 1542-43 que prohibían las encomiendas que suponían un tratamiento servil para con los indios. La resistencia a estas leyes suscitada en América impidió su aplicación (Barbé Pérez, 1982, p. 9; Martínez-Cardós Ruiz, 2021, pp. L y LI). Pero lo importante es que esa concepción fundada en la dignidad humana tuvo su recepción en el derecho positivo. Incluso merece recordar la preocupación manifestada por Isabel la Católica unos años antes, para con los indios. En efecto, en su testamento

> redactado tres días antes de su muerte, en 1504, suplica a su marido y a su hija y heredera Juana, ya madre de Carlos V, "no consientan ni den lugar a que los indios vecinos y moradores de las dichas Islas y Tierra firme, ganadas y por ganar, reciban agravio en sus personas y bienes; mas manden que sean bien y perfectamente tratados, y si algún agravio han recibido lo remedien". (Dumont, 2023, pp. 186 y ss.)

Lo cierto es que, a partir de la segunda mitad del siglo XX, se incrementó la preocupación del derecho por la dignidad humana.

Barak (2024, pp. 65 y ss.) nos ha mostrado que, a partir del Holocausto del pueblo judío, la dignidad humana pasó a ser un integrante frecuente del discurso jurídico. Ha tenido su recepción en el derecho internacional, tanto en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en convenios de las Naciones Unidas, tanto generales sobre derechos humanos como particulares, así como en convenios de órganos especializados de las Naciones Unidas (pp. 68 y ss.).

Pero también ha tenido receptividad en convenios regionales de Europa, de América, de África, de la Liga Árabe y de la Organización de Cooperación Islámica (Barak, 2024, pp. 74 y ss.). Esto demuestra que la dignidad humana, centro de preocupación del mundo occidental, trascendió a otras culturas.

También muestra Barak (2024, pp. 81 y ss.) cómo casi todas las constituciones elaboradas después de la Segunda Guerra Mundial expresamente recogen el térmi-

no *dignidad humana* o *dignidad de la persona humana* o se le reconoce implícitamente. Observa, asimismo, que todas las constituciones de América Latina, a excepción de la de Uruguay, mencionan expresamente a la dignidad humana (p. 91). Acoto que, sin perjuicio de que nuestra Constitución no recoja expresamente el término *dignidad humana*, cabe admitir que todo nuestro sistema constitucional presupone la dignidad humana y parte de allí, y esto no solo por el artículo 72.

Barak (2024) escribe desde la perspectiva de la dignidad como valor constitucional y como derecho constitucional. En tal sentido dice que

> la dignidad humana es la humanidad de una persona en tanto tal. Detrás de esa humanidad están la libre voluntad y la autonomía de las personas. Es la libertad de cada persona para escribir su propia historia. Esta humanidad siempre ve a las personas como fines en sí mismos y no como medios. Es la humanidad de una persona en el marco de una sociedad en la que vive. (p. 21)

Esta opinión del autor es perfectamente compartible y no es para nada incompatible —sino más bien conciliable— con el enfoque teológico y filosófico que hemos efectuado precedentemente y nos aproxima correctamente a la noción de dignidad humana a la que llegaré luego de considerar el contenido de la dignidad.

3. Contenido de la dignidad humana

Si, como bien dice Atienza (2022, p. 77), la dignidad humana es la fuente de todos los derechos, debe de tener algún contenido; de no ser así, estaríamos fundando los derechos en el vacío.

El bien es el fin de todas las acciones humanas (Aristóteles, 1972, p. 23). La razón es lo que posibilita conocer ese bien, pero es la libertad —que es el motor de la voluntad— la que, iluminada por la razón, le permite al hombre trazar su destino. La libertad guiada por la razón es la llave del bien individual y del bien común.

Incluso la libertad permite superar los instintos naturales e ir hasta contra la voluntad de su Creador. No digo que eso sea bueno ni que se deba hacer, sino que lo puede hacer. De todos los seres de la tierra, solo el hombre tiene libertad, de ahí su dignidad.

La razonabilidad conlleva también la sociabilidad (Aristóteles, 1965, p. 7, 1972, p. 33; De Aquino, 1975a, p. 28, 1975c, art. 2, Suárez, 1966, pp. 31 y ss., Vitoria, 2021, pp. 10 y ss.), "el hombre no ha sido creado para vivir solo" (Juan Pablo II, 1999, p. 44). Y al ser esto común a todos los hombres, de aquí deriva el principio de igualdad.

Libertad e igualdad forman así, inescindiblemente, parte del contenido de la dignidad humana.

Para hacer que el hombre actúe conforme a lo que debe, está la inteligencia que ilumina el camino. Por eso el derecho, conformado por la recta razón, limita la libertad. Bien decía Montesquieu (1984) que "en una sociedad que tiene leyes, la libertad no puede consistir en otra cosa que en poder hacer lo que se debe querer y en no ser obligado a hacer lo que no debe quererse" (p. 186). Por eso completaba su idea diciendo "que nadie sea obligado a hacer lo que la ley no manda expresamente, ni a no hacer lo que expresamente no prohíbe" (p. 186).

Esta idea pasó al artículo 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y de aquí al constitucionalismo iberoamericano. Así, esta fórmula se recogió en el artículo 163 de la Constitución de las Provincias Unidas del Río de la Plata de 1826, fuente y precedente de nuestra Constitución de 1830, que también la recogió en el texto que se trasmitió en todas las Constituciones siguientes hasta la vigente (artículo 10).

La igualdad limita la libertad. Por eso el hombre no puede dañar a otro. Al dañar a otro, se rompe el equilibrio existente, se viola la igualdad y se compromete la responsabilidad.

La libertad debe ejercerse con responsabilidad. La libertad conlleva la responsabilidad.

Si se produce un daño, es preciso restablecer el equilibrio alterado, lo que se produce por un acto de justicia. La justicia consiste en dar a cada uno lo suyo (De Aquino, 1975b, pp. 122 y ss.) y esto, en definitiva, lo determina el juez a través de la sentencia con la que culmina el juicio. Este importa declaración y determinación del derecho; el juez está para determinar qué ha de juzgarse y qué es el derecho. Es quien dice el derecho (Vitoria, 2001, p. 61) según las resultancias del proceso.

Por eso Aristóteles (1965) pudo afirmar: "Justicia: esa es la base de la sociedad; Derecho, ese es el principio de la asociación política" (p. 8).

La justicia custodia el ejercicio de la libertad con responsabilidad, tutela el principio de igualdad y hace efectiva la responsabilidad. Libertad, igualdad, responsabilidad y justicia son principios éticos, pero también jurídicos, de máximo valor y fuerza y configuran los pilares de toda sociedad civilizada.

La libertad y la igualdad conforman el contenido esencial de la dignidad, imponen un ejercicio responsable de las potencialidades humanas, lo que es asegurado por la justicia. La justicia es la clave de bóveda para el respeto de la dignidad. De ahí la necesidad del cumplimiento de las sentencias.

Luego de su condena, Sócrates, mientras esperaba al verdugo portador de la cicuta, recibe en prisión la visita de Critón. Su discípulo, desolado ante la inminente ejecución, alienta a su maestro a fugarse. Sócrates rechaza la idea con varios argumentos. Uno de ellos, formulado en forma de pregunta que admite una sola respuesta correcta, es el siguiente: "¿Crees que puede subsistir un Estado cuando las sentencias legales carecen de fuerza y las puede violar un particular?" (Platón, 1925, pp. 187 y ss.).

Con esto, Sócrates nos muestra una verdad evidente. Su valor se incrementa si se tiene en cuenta que dio su vida por sostenerla.

En virtud de lo expuesto, se puede concluir con Atienza (2022) que

> el núcleo de la dignidad puede hacerse residir en el derecho y la obligación que tiene cada individuo (cada ente moral) de desarrollarse a sí mismo como persona (un desarrollo que admite obviamente una pluralidad de formas, de maneras de vivir; aunque no cualquier forma de vida sea aceptable) y, al mismo tiempo, en la obligación, en relación con los demás, con cada uno de los individuos humanos, de contribuir a su libre (e igual) desarrollo. (p. 81)

Esa noción de dignidad es lo que explica que las personas deban verse como fines en sí mismos y no como medios (Barak, 2024, p. 21). En términos de Atienza (2022), "lo prohibido no es tratar a otro (o a uno mismo) de manera instrumental, sino tratarlo solamente como un instrumento, sin reconocerle la condición de fin en sí mismo" (p. 78).

En suma, estimo que la dignidad es un estatus que deriva de la aptitud que tiene el ser humano, inherente a su racionalidad, para elegir libre y responsablemente su proyecto de vida que hace que deba ser considerado como persona, un ente titular de derechos y deberes, lo que impide que sea tratado meramente como instrumento. En suma, como expresa González Pérez (1986), la dignidad humana es "el rango de la persona como tal" (p. 24).

Es cierto que quien está en estado de coma en un centro de tratamiento intensivo no puede elegir su proyecto de vida. Pero, por ser un individuo de la especie humana, tiene el referido estatus que lo hace persona e impide ser tratado como un mero instrumento.

4. Dignidad humana, derecho absoluto

Si la dignidad humana es el test de validez de todas las normas del sistema jurídico y el fundamento de todo el derecho, es un principio general de derecho de máximo valor y fuerza. De él emanan los derechos fundamentales. Pero también es un derecho: derecho a la dignidad humana.

El derecho a la dignidad humana es el primero de los derechos. En tal sentido expresa Atienza (2022):

> Podemos, pues, hablar aquí de un derecho fundamental a la dignidad, que no significa otra cosa que el derecho a ser considerado persona, o, para emplear la fórmula de Hannah Arendt que tanto éxito ha tenido últimamente: el derecho a tener derechos. (p. 76)

El tener derechos implica también tener deberes. La persona es un ser sujeto de derechos y deberes. La dignidad implica, así, la aptitud de tener derechos y deberes (Atienza, 2022, p. 148).

Para Atienza, la resolución de los conflictos de derechos se lleva a cabo enteramente a través de la ponderación, esto es, la estructura del razonamiento por medio del cual se resuelven no es otra que la del análisis de proporcionalidad (Bayón, 2023, p. 80). Desde esa perspectiva, no hay derechos absolutos, puesto que cualquiera de ellos puede ser derrotado al practicarse el test de razonabilidad.

No obstante, Bayón (2023, p. 68) observa que lo expuesto, por lo menos con respecto a la dignidad humana, parecería ser incompatible con la visión del propio Atienza cuando afirmó que esta era el concepto más básico del derecho y fundamento de todos los derechos.

Bayón (2023) centró su atención en la posibilidad de considerar a una persona como un mero instrumento, cuestión que afecta el cerno de la dignidad. En tal sentido escribió:

> … instrumentalizar a alguien, tratarle meramente como un medio, no supone sin más un desvalor, un mal que puede ser ponderado con otros males y eventualmente justificado si exista un mal mayor, sino que es algo categóricamente prohibido, puesto que la prohibición de instrumentalización constituye precisamente un criterio específico de distribución del mal en situaciones de conflicto en las que solo es posible salvar los derechos de unos mediante el sacrificio (no consentido) de los derechos de otros. Ese es el sentido último de la idea de límite o restricciones deontológicas o la maximización de lo bueno o lo valioso. Cuando no se instrumentaliza a alguien para fines ajenos no entran en juego restricciones deontológicas y las situaciones de conflicto se resuelven meramente en términos de proporcionalidad, de maximización de lo valioso, está justificado el sacrificio de un bien si con ello se protege un bien mayor. Pero la prohibición de instrumentalizar a alguien para fines ajenos supone que no siempre está justificado resolver el conflicto de esa manera, es decir, a costa precisamente del titular o titulares de los derechos cuya lesión representaría comparativamente el mal menor. (p. 81)

Los derechos derivados de la dignidad humana admiten ponderación porque pueden ser derrotados para evitar un mal mayor. Pero el derecho a no ser tratado como un instrumento o el derecho a ser considerado como persona o el derecho a tener derechos, que están en la médula de la dignidad humana, no pueden estar sujetos a la ponderación porque no hay otros valores superiores a preservar. De ahí que la dignidad humana sea un derecho absoluto.

Por eso coincido con Bayón (2023) cuando, teniendo en consideración a la dignidad humana, expresó que "la idea de que ningún derecho fundamental es absoluto

y todos los conflictos entre derechos se resuelven meramente a través de la ponderación debería ser revisada" (p. 83).

5. Precisión terminológica

A esta altura, estimo conveniente una precisión terminológica. Confieso que el término *dignidad humana* no termina de convencerme. Lo uso porque es habitualmente empleado. A tal punto que Barak y Atienza, entre otros, emplean ese término para titular los libros que he citado reiteradamente en este estudio. También es un término frecuentemente adoptado en el derecho positivo.

Asimismo, lo uso por economía del lenguaje. El término que estimo más apropiado es *dignidad de la persona humana*, pero es muy largo. Uso, así, el término *dignidad humana* como sinónimo de *dignidad de la persona humana* y ahorro palabras. No me convence el término *dignidad humana* porque puede dar a entender que existe dignidad en otros seres fuera de la persona humana.

Lo expresado precedentemente no es baladí. En efecto, se ha planteado últimamente si la naturaleza o los animales pueden tener dignidad y hay quienes así lo sostienen.

En esta línea, la Constitución ecuatoriana de 2008 en su Título II expresa que "la naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución" (Muñoz Machado, 2025, p. 689). Y, específicamente, su artículo 71 dice:

> [L]a naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructuras, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución en lo que procedan. La naturaleza tiene derecho a la restauración. (p. 700)

Muñoz Machado (2025) sostiene que el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos procede, por extensión, de un debate sostenido previamente sobre si los animales pueden tener derechos, lo que se remonta por lo menos a Jeremy Bentham cuando en el siglo XVIII "auguraba que llegaría un día en que los animales adquirirían derechos que nunca debieron negárseles" (p. 701).

Esta línea ideológica tuvo una importante recepción en el pensamiento ambientalista que llegó a obtener la Declaración Universal de los Derechos del Animal, aprobada por la Unesco el 17 de octubre de 1978, en cuyo Preámbulo se expresa:

> Considerando que todo animal posee derechos. Considerando que el desconocimiento y desprecio de dichos derechos han conducido y siguen conduciendo al hombre a cometer crímenes contra la naturaleza y contra los animales. Considerando que el reconocimiento por parte de la especie humana de los derechos a la existencia de las otras especies de animales constituye el fundamento de la coexistencia de las especies en el mundo. (Muñoz Machado, 2025, p. 701)

Muñoz Machado (2025) celebra la generalización de esta tendencia calificándola como "una excelente aportación" y señalando que es "el camino del nuevo biocentrismo cosmopolita, que es bueno estimular" (p. 702).

Empero, admite que

> aún se discute si es jurídicamente posible reconocer derechos a la naturaleza, o sobre cómo las declaraciones en favor de los derechos de la naturaleza supone aceptar principios de una cosmogonía que era ajena al antropocentrismo con que se ha gobernado el mundo. (Muñoz Machado, 2025, p. 702)

Decir que la naturaleza o los animales pueden tener derechos es decir que poseen dignidad, puesto que la dignidad como derecho, en esencia, consiste en el derecho a tener derechos. Y, por supuesto, también a tener deberes, ya que la personería implica ser titular de derechos y deberes.

Atienza (2022) abordó expresamente esta cuestión. Para encarar este problema, consideró cuatro aspectos: "[L]a capacidad de sentir; la capacidad de experimentar una vida en mayor o menor grado; la competencia comunicativa, la racionalidad, la inteligencia o como queramos llamarlo; la pertenencia a una especie (la especie humana)" (p. 145).

Hay consenso, dice, en el sentido de que las entidades que poseen esas cuatro propiedades son personas, o sea, titulares de derechos y deberes, es decir, seres dotados de dignidad. Las discrepancias surgen cuando se carece de alguna de esas propiedades (Atienza, 2022, p. 145).

Desde esa perspectiva, el autor descarta que la naturaleza pueda tener derechos y, por ende, dignidad, porque no posee ninguna de esas cuatro propiedades.

> Un río, una montaña, un ecosistema —dice— pueden ser muy valiosos; si se quiere, se les puede atribuir un valor no puramente instrumental, en el sentido de considerar que son valiosos en sí mismos, pero desde luego, no son valiosos para sí mismos, por tanto, puede estar perfectamente justificado establecer un deber de preservación; por ejemplo, de un paisaje, pero lo que no tiene sentido es atribuirle derechos a ese paisaje, porque la noción de derecho es una noción práctica que requiere la existencia de un agente titular del mismo y eso es algo que no puede predicarse de la naturaleza. (Atienza, 2022, p. 146)

De esos cuatro aspectos que considera Atienza, pienso que el primero no es decisivo, puesto que sirve para descartar la dignidad en caso de que no se posea, pero si se posee, no es necesariamente demostrativo de la dignidad. El último estimo que también debe descartarse, dado que conforma una suerte de petición de principios, ya que solo el hombre puede considerarse integrante de la especie humana, no así, por ejemplo, un chimpancé. El segundo también podría descartarse, porque la capacidad de experimentar una vida tal vez pueda tenerla un animal superior y no uno inferior o vegetal, pero no creo que eso sea suficiente para otorgarle dignidad a un chimpancé y no a una cucaracha. Además, entre la cucaracha y el chimpancé hay una cantidad de especies, entonces, ¿dónde está el límite? En definitiva, creo que el aspecto relevante es el tercero, y no en su totalidad, sino solo una parte. La capacidad comunicativa no me parece suficiente, puesto que las franciscanas, los delfines del Río de la Plata, tienen un cerebro tan desarrollado que les permite formular un lenguaje para comunicarse entre ellas. En definitiva, lo relevante es la racionalidad.

Por la racionalidad advertimos que entre los grandes simios, los delfines o las ballenas y el *Homo sapiens* existen diferencias cualitativas que no se pueden desconocer. Coincide en esto Atienza (2022) con Adela Cortina: "[U]n animal puede dañar, pero no humillar, puede sufrir, pero no saberse despreciado por ser violado sus derechos" (p. 148). O sea, concluye:

> [S]omos los únicos seres capaces de entender lo que significa tener derechos, poseer dignidad. Los únicos […] capaces de formular y discutir normas morales, y de emitir juicios morales y de construir teorías morales. Los únicos seres que tienen la capacidad de infringir las normas morales y de comportarse con un grado de crueldad que quizás no tenga equivalente en otras especies de animales; aunque, al mismo tiempo, dotados de un "sentido moral" que ha llevado —lleva— algunos miembros de la especie a la realización de actos comparativos y altruistas, también sin parangón posible en los otros ámbitos del reino animal. Y (si se quiere, una consecuencia de lo anterior) los únicos a los que es posible atribuirles deberes y responsabilidad. (Atienza, 2022, p. 148)

Por eso afirma que

> a ninguna especie animal (fuera de la nuestra) cabe atribuirle una dignidad plena pero quizás sí (a nuestros parientes más próximos) una dignidad incipiente, precaria, o algún atributo análogo a la dignidad. Eso permitiría también en algún caso, hablar de derechos de los animales, pero no serían tampoco derechos en el sentido pleno de la expresión. (Atienza, 2022, p. 149)

O sea, si se trata de una dignidad incipiente y de derechos que carecen del sentido pleno de la expresión, no serían exactamente ni dignidad ni derechos.

En suma, estimo que atribuirles dignidad o derechos a los animales significa asignarle a esos términos un sentido impropio que puede justificarse para obtener un resultado ecológico, pero no significa que cuando hablamos de dignidad o derecho de los animales esos términos tengan el mismo significado que cuando los aplicamos con relación al ser humano (Atienza, 2022, p. 149). Eso no significa que podamos maltratar a los animales ni desentendernos de la suerte de las otras especies, tanto animales como vegetales, ni afectar la naturaleza.

No debemos maltratar a los animales, porque siendo estos seres sensibles sufren y no debemos dañarlos inútilmente. Y no podemos desentendernos de la suerte de las otras especies ni afectar la naturaleza porque toda ella conforma un equilibrio ecológico básico para la supervivencia de todos.

Los seres humanos tenemos el deber de actuar de esta manera sin que la naturaleza o los animales tengan un derecho correlativo. El deber, a diferencia de la obligación, carece de un derecho correlativo. Los seres humanos tenemos así el deber de cuidar la *casa común*, por emplear los términos del papa Francisco en su Carta Encíclica *Laudato Si'* (2015), en nuestro propio interés. Y no debemos maltratar a los animales porque no debemos provocar sufrimientos innecesarios.

En definitiva, solo el ser humano posee dignidad. Como bien observa González Pérez (1986), "la dignidad de la persona no es superioridad de un hombre sobre otro, sino de todo hombre sobre los seres que carecen de razón" (p. 25).

Demás está decir que las máquinas de inteligencia artificial carecen de dignidad porque no pueden sentir, no tienen conciencia moral y carecen de emociones (Atienza, 2022, pp. 150 y ss.), aspecto que pesa, y mucho, en el ser humano a la hora de tomar decisiones.

En suma, vuelvo al principio, a la *Imago Dei* que significa la racionalidad, que es lo que le permite al hombre conocer el bien y el mal, y la libertad, que le permite elegir sabiendo qué está bien y qué está mal y hacerlo con conciencia y voluntad. De ahí que los únicos seres que pueden tener dignidad sean los seres humanos.

Por eso, estimo que la expresión *dignidad humana* es redundante. La que estimo más ajustada es *dignidad de la persona humana*. Si uso el término *dignidad humana*, como ya dije, es porque habitualmente se emplea y por economía del lenguaje, sin que implícitamente admita que los otros animales y los seres inanimados puedan tener dignidad.

6. Proyección de la dignidad humana en el sistema jurídico

La toma de conciencia generalizada de la dignidad humana en el mundo del derecho provocó una verdadera revolución que se manifiesta en el neoconstitucionalismo (Durán Martínez, 2012, pp. 3 y ss.).

El neoconstitucionalismo genera un sistema jurídico centrado o basado en la dignidad de la persona humana. Esto coloca a los principios inherentes a la persona humana en una posición supravalente dentro del sistema jurídico, lo que hace que todo se encare desde la perspectiva de los derechos humanos, término también redundante —pues, como se vio, solo los seres humanos pueden tener derechos—, pero que se usa habitualmente; o derechos fundamentales, término que tomo como sinónimo al de *derechos humanos* (Durán Martínez, 2020, p. 310).

Esta nueva concepción tiene proyecciones sobre todo el derecho en todas sus disciplinas. El impresionante desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, el trabajo digno impulsado por la Organización Internacional del Trabajo en el ámbito del derecho del trabajo, la regulación del trato hacia el paciente en el ámbito del derecho de la salud, los nuevos enfoques jurídicos en la bioética, el desarrollo progresivo de los llamados *derechos sociales*, la atención que se presta a los sectores más vulnerables, la prestación de los servicios públicos centrada en el interés del usuario, la evolución seguida en el derecho penal en cuanto a la recepción del principio *nullum crimen y nulla poena sine lege*, la determinación de las penas admisibles así como el tratamiento de los delincuentes, entre otros, tienen su causa en la dignidad humana. El cambio en el derecho penal se remonta hasta Beccaría, que, con su conocido libro *De los delitos y de las penas* (2024), reaccionó contra el indigno tratamiento a los delincuentes existentes hasta ese momento. Para captar la dimensión de esto último, basta pensar en la pena asignada a Robert Damiens por haber herido a Luis XV con un cuchillo con intención de matarlo.[5]

Es imposible, dada la dimensión de este estudio, referirme a todas esas proyecciones. Por eso solo mencionaré cómo impacta la dignidad humana en los sistemas de gobierno.

---

5 "La sentencia le sometía al tormento ordinario y extraordinario. Los cirujanos, interrogados sobre el caso, aconsejaron como el más terrible y menos peligroso para la vida del paciente el tormento de los borceguíes (que consistía en sujetar fuertemente las piernas del reo entre cuatro tablas e introducir cuñas a martillazos de forma que los huesos saltaran por la presión). Damiens lo soportó con entereza y repitió que no había en su crimen ni complot ni cómplices. Conducido en una carreta a la plaza de Grève, donde se alzaba el cadalso, fue tendido sobre él y sujetado fuertemente con aros de hierro atornillados a las tablas. Diez verdugos participaban en la ejecución y dos confesores le asistían. En la mano derecha se le colocó el arma del crimen y a continuación se le quemó con fuego de azufre. Después, con unas tenazas calentadas al rojo se le fue arrancando la carne de las partes más carnosas de su cuerpo y luego se vertió en las llagas una mezcla hirviente de plomo, aceite, pez, cera y azufre, fundidos juntamente. Por fin sus miembros fueron atados con tirantes a cuatro fogosos caballos para que fuera descuartizado. Durante una hora tiraron los caballos sin lograr arrancarlos.

7. Sistemas de gobierno

Aristóteles (1965) concibe tres sistemas de gobierno: la monarquía, la aristocracia y la república.

> El gobierno de una sola persona, basado en el interés general, se denomina monarquía. El de varios sea cualquiera su número, se llama aristocracia, es decir, gobierno de los mejores, que deben tener por base el interés general de los asociados. El de todos, cuando está combinado con miras a la común utilidad, toma el nombre genérico de los gobiernos, y se denomina república. (p. 61)

Estas tres formas de gobierno tienen por fin el interés general o la común utilidad de los asociados, por repetir los términos aristotélicos.

Pero estos tres sistemas tienen sus desviaciones: la tiranía, la oligarquía y la demagogia, que son —en ese orden— la degeneración de la monarquía, de la aristocracia y de la república (Aristóteles, 1965, pp. 62 y 123).

> La tiranía es el gobierno de uno solo que no contempla sino su interés personal, la oligarquía es la preeminencia de algunos en beneficio de la clase a que pertenecen, la aristocracia, y la demagogía en el abuso del poder supremo en provecho de los pobres. Ninguno de estos tres gobiernos tiene en consideración para nada el interés general. (p. 62)

Más adelante, el estagirita sostiene que la república es una forma de democracia (Aristóteles, 1965); dice que hay democracia "donde mandan los hombres libres" (p. 124). Como en toda sociedad hay mayoría de pobres, decía: "[N]o hay democracia sino donde allí los hombres y pobres forman una soberana mayoría" (p. 125).

De esto se desprende que en la democracia hay una mayoría de pobres, y esto es legítimo. Lo que es ilegítimo es que se gobierne en interés exclusivo de los pobres y no conforme al interés general.

El número de caballos se aumentó hasta seis, pero siempre en vano, hasta que los jueces permitieron que se le hicieran incisiones en las articulaciones para facilitar la tarea. Al fin uno de los caballos arrancó la pierna izquierda. Llegaba la noche cuando, en el momento en que un caballo arrancaba el último brazo. Damiens expiró. Su cuerpo, que solo era un montón informe de carne, fue quemado todavía palpitante. Sus cenizas se arrojaron al viento. Se confiscaron todos sus bienes en provecho del rey, y la casa en que había nacido fue arrasada hasta los cimientos, sin que sobre ella pudiera construirse en el futuro ningún otro edificio. Un decreto del Parlamento determinaba que su mujer, su hija y su padre serían obligados a abandonar el Reino con la prohibición de no volver nunca bajo pena de ser colgados y ahorcados sin forma ni figura de proceso, y prohibía a todas las personas de la familia que llevasen el nombre de Damiens usarlo en el futuro bajo las mismas penas.
Un tratamiento parecido se dio, hasta el siglo XVIII, no sólo a otros regicidas, como Jean Chatel o Ravaillac, sino también a los que habían cometido delitos de lesa majestad divina o humana" (Delval, 1994, pp. 7).

Esta tipología aristotélica es tomada por la escolástica, tanto por la primera (De Aquino, 1975a, pp. 258 y ss.) como por la segunda (Suárez, 1966, p. 32; Vitoria, 2021, pp. 23 y ss.) con algunas variantes en la terminología (Tomás De Aquino llama *democracia* lo que Aristóteles llama *demagogia*, y Vitoria y Suárez llaman *democracias* lo que Aristóteles llama *república*), pero con el mismo sentido.

8. Democracia como sistema de gobierno

El término *democracia* en el sentido dado por Aristóteles, Vitoria y Suárez se irá recibiendo en forma generalizada en el tiempo y es lo que el presidente Lincoln definirá como "el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo".

Debemos reconocer que la democracia como sistema, a lo largo de la historia de la humanidad, ha sido una forma de gobierno minoritaria.

Se suele invocar la democracia ateniense del siglo V a. C. como el primer ejemplo de democracia. Ese modelo contó con el decidido impulso de Pericles (1989). Este, en su *Discurso en loor de los muertos*, expresó:

> … tenemos una república que no sigue las leyes de las otras ciudades vecinas y, comarcanas, sino que da leyes y ejemplo a las otras, y nuestro gobierno se llama Democracia, porque la administración de la república no pertenece ni está en pocos sino en muchos. (p. 140)

Pero más allá del entusiasmo de Pericles por la democracia, esta tuvo en su época sus detractores, entre los cuales destaco a Sócrates y a Platón.

Sócrates, escribió Glotz (1957),

> no tenía el menor respeto por una asamblea "compuesta de bataneros, zapateros, albañiles, obreros, metalúrgicos, labradores, recoveros, buhoneros, ropavejeros". Siendo él mismo hijo de artesano, no despreciaba los trabajos manuales y nada le gustaba tanto como despertar los espíritus en las tiendas y en los mercados; pero estaba convencido de que solo hay mérito y virtud en el saber y se asustaba de ver la ciudad gobernada por la ignorancia. La elección de los magistrados por sorteo le parecía pura y simplemente una aberración. (p. 124)

Platón (1925) fue aún más crítico. Veía en la democracia la causa de todos los males. Opinaba que es necesario hacer reinar el orden en la ciudad;

> es preciso suprimir las dignidades personales, prohibir lo particular, obtener que todos piensen igual sobre toda cosa. A eso se llegará el día en que el linaje de los filósofos, apoyados por los guerreros y liberado de todo egoísmo por

> la comunidad de bienes, mujeres e hijos domine la masa de trabajadores. La democracia es justamente lo contrario de ese ideal. La democracia es el régimen del individualismo en que cada uno hace lo que quiere, y por esa razón está sometida a una variedad desconcertante, a una inestabilidad perpetua. La libertad por ella instituida y que hace pensar la vida tan dulce y radiante, no es sino la ausencia de toda regla, un caos en el que aun el resplandor del talento y del genio solo son fantasmagoría e impotencia. La igualdad de lo que se envanece al poner en el mismo rango a hombres desiguales, es una desigualdad irritante. (p. 125)

Tomás de Aquino (1975a, pp. 259 y ss.) y Vitoria (2021, pp. 18 y ss.), sin perjuicio de compartir con Aristóteles que todas las formas sanas de su tipología procuran el bien común, manifestaron su preferencia por la monarquía. Suárez (1966, p. 35) se distanciará de sus maestros en este punto al sostener que la democracia es el único sistema natural.

Más allá de algunos experimentos puntuales y poco duraderos, fue recién después de las grandes revoluciones —la americana, que se nutre de la inglesa y de la francesa— que, con el advenimiento del Estado de derecho, comienza a prender la idea de la democracia en forma generalizada en el mundo occidental. Esta tendencia se incrementará en el siglo XX luego de la Segunda Guerra Mundial.

La comunidad internacional fue explícita en ese sentido. A nivel de Naciones Unidas, basta con mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado en Uruguay por la Ley 13751, de 11 de julio de 1969.

En el primer inciso del Preámbulo de la Declaración se menciona expresamente la dignidad. En tal sentido, se dice: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

El artículo 1 de dicha Declaración establece: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

Y el artículo 21 establece:

> 1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
> 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.
> 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por el sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

El contenido de ese derecho recogido en este artículo 21 no es otro que el sistema democrático.

El Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice:

> Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables.
> Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana.
> Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales.

Si coordinamos el artículo 21 de la Declaración con el primero y el inciso primero del Preámbulo de la Declaración Universal y con el Preámbulo del mencionado Pacto Internacional, se percibe la relación existente entre la dignidad humana y la democracia.

A nivel interamericano se ha seguido una orientación similar.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 expresa: "Considerando: Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana […]". En el primer inciso del Preámbulo dice: "Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos […]". Y en el artículo XX expresa: "Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres".

El Pacto de San José de Costa Rica, además de recoger la libertad de pensamiento y de expresión (artículo 13), el derecho de reunión (artículo 15) y la libertad de asociación (artículo 16), esenciales en una democracia, por el artículo 23, cuyo *nomen iuris*, es "Derechos Políticos" establece:

> Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
> a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
> b. de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
> c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

También aquí se percibe la clara relación existente entre la dignidad humana y la democracia.

En otro documento, la Organización de los Estados Americanos (OEA) profundizará la línea democrática, lo que será recogido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En efecto, en la Carta de la OEA, en su Preámbulo se dice que "la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región". Y en el artículo 2, al fijar los propósitos de la OEA, por su literal b) incluye "promover y consolidar la democracia representativa".

La Carta Democrática Interamericana, aprobada en Lima en 2011, en su parte enunciativa reconoce que "la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática". En su artículo 2 establece: "[E]l ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del Estado de Derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos". Y en el artículo 3 menciona:

> Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

La indisoluble relación entre Estado de derecho, derechos humanos y democracia es innegable. Esto ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, en la sentencia recaída en el caso *Capriles vs. Venezuela*, de 10 de octubre de 2024, expresó: "La Corte ha establecido que la interdependencia entre la democracia, Estado de Derecho y protección de los derechos humanos es la base de todo el sistema del que la Convención forma parte" (párr. 93). También en la Unión Europea se percibe esta interrelación entre democracia y derechos humanos (Garat Delgado, 2020, p. 414).

Desde esta perspectiva, no puede sino compartirse lo expresado por Badell Madrid (2025b) cuando afirmó: "[L]a democracia es la base del Estado de Derecho y una condición indispensable para el respeto y garantía de los derechos humanos" (p. 89).

Por cierto que esa referencia a la democracia que efectúan la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Badell Madrid es sobre la democracia representativa. Es que, como lo ha observado Brewer-Carias (2025), "el constitucionalismo moderno ha estado regido por el principio de la democracia representativa" (p. 166).

En Uruguay, esto surge muy claro al tenor del artículo 82 de la Constitución.[6] Conforme a este artículo, el principio es el sistema representativo; los institutos de democracia directa son una excepción (Durán Martínez, 2024, pp. 346 y ss.).

En suma, con el nuevo sistema de derecho que se impone con el neoconstitucionalismo para una adecuada tutela de los derechos humanos no se concibe otro sistema de gobierno que el democrático. Por algo una de las denominaciones que recibe el actual modelo de Estado es *estado social y democrático de derecho*. Claro está que refiero a la democracia representativa. La dignidad humana impone este sistema.

Vitoria (2021), en su época, no llegó a verlo tan claro. Pero con sus *Relecciones sobre los indios*, al sostener que ellos pertenecen a la especie humana y que tienen derechos y deberes como los demás hombres y al propiciar la *comunidad de todo el orbe* a partir de la común naturaleza de todos los seres humanos (Martínez-Cardós Ruiz, 2021, pp. LXVII y ss.), no solo hará que sea considerado, con razón, el fundador del derecho internacional moderno, sino que también dará pie para que en el futuro se considere la democracia el sistema más acorde a la dignidad humana. Es que, en definitiva, la de Vitoria es una concepción a partir de la dignidad de la persona humana.

9. Democracia como situación jurídica subjetiva

Además de la perspectiva de sistema de gobierno, la democracia ha sido vista como una situación jurídica subjetiva.

Pericles (1989), en su *Discurso en loor de los muertos*, expresa que en la democracia "cada uno de nosotros, de cualquier estado o condición que sea, si tiene algún conocimiento de virtud, tan obligado está a procurar el bien y honra de la ciudad como los otros…" (p. 140) y, a mayor abundamiento, agrega más adelante que al que no cuida de la república se le tiene por ciudadano ocioso y negligente y hombre inútil y sin provecho (p. 142). Como se percibe, pone el énfasis en la perspectiva del deber.

Pero, sin perjuicio de lo expuesto, no dejó de lado la perspectiva del derecho. En tal sentido, en ese mismo discurso más adelante expresó "que por pobre o de bajo suelo que sea, con tal que pueda hacer bien y provecho a la república, no será excluido de los cargos y dignidades públicas" (Pericles, 1989, p. 140).

Con el tiempo se acentuará hasta prevalecer la perspectiva del derecho. En este sentido, conviene recordar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída en el caso *Capriles vs. Venezuela*, de 10 de enero de 2024.

---

6 "Artículo 82. La nación adopta para su Gobierno la forma democrática republicana.
Su soberanía será ejercida directamente por el Cuerpo Electoral en los casos de elección, iniciativa y referéndum, e indirectamente por los Poderes representativos que establece esta Constitución, todo conforme a las reglas expresadas en la misma".

Esta sentencia es emblemática. Vale la pena retener lo expresado por el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en su muy bien fundado voto concurrente:

> 1. La celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto es uno de los elementos esenciales de la *democracia representativa*. Constituye el mecanismo por excelencia para dilucidar la voluntad popular y dar efecto a la soberanía del pueblo. Es, por un lado, un proceso que permite el acceso a los cargos públicos y, por otro, un mecanismo de rendición de cuentas, que permite a la ciudadanía elegir la dirección en la cual se encaminará su país, reeligiendo al partido o candidato oficialista si apoyan el existente proyecto político o reemplazándolo en el supuesto inverso. Sin elecciones no se puede hablar de democracia, pero aun cuando existan, como lo indica la presente sentencia, las mismas deben estar sujetas a garantías mínimas para asegurar la *integridad de la contienda electoral* y la vigencia del sistema de la democracia representativa.
> 2. El *Caso Capriles vs. Venezuela* constituye la primera ocasión en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte IDH" o "el Tribunal Interamericano") aborda "el derecho a ser elegido" (vertiente pasiva del derecho al sufragio) de un candidato presidencial frente a un contexto de deterioro de la institucionalidad democrática y un "abandono de los principios del Estado de derecho".
> 3. Además constituye el primer caso en el cual se considera que los artículos 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("la Convención Americana" o "el Pacto de San José") protegen la "equidad en la contienda". También es el primer precedente donde se considera que, para garantizar el derecho y la oportunidad de ser elegido y la equidad en la contienda entre personas que aspiran a un cargo público mediante elecciones, es necesario que los Estados observen "el principio de integridad electoral", para el cual se establecen unas garantías mínimas necesarias para garantizarlo. Todo lo cual, a nuestro entender, repercute en el derecho a la democracia, especialmente en su dimensión colectiva.[7]

Y más adelante destaca el derecho a la democracia en su dimensión colectiva y remite a los párrafos 85-108 de la sentencia (párrafo 5).

Ferrer Mac-Gregor destaca en su voto algunos aspectos especialmente relevantes del caso *Capriles vs. Venezuela*:

a. el derecho a ser elegido, vertiente pasiva del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos (párrafo 73);

7 Cursivas en el original.

b. que la Corte vincula el artículo 23.1 con el contenido del artículo 24 de la Convención (igualdad ante la ley) y de ahí estima que queda protegida la equidad en la contienda electoral (párrafo 74);
c. la importancia de la regulación y vigilancia sobre los medios de comunicación para que exista equidad en la contienda electoral (párrafo 75);
d. que la Corte, de manera implícita, entiende que, a partir de los artículos 13, 23 y 24 del Pacto de San José de Costa Rica, en conjunción con los artículos 1.1 y 2, tanto el derecho a ser votado como el hecho de que se respete y garantice la equidad en la contienda requieren necesariamente que se cristalice el principio de integridad electoral en todas las etapas de la elección. Y para eso se debe:
   - asegurar transparencia en todo el proceso;
   - brindarles oportunidad a quienes compiten a dar a conocer sus propuestas por los medios de comunicaciones tradicionales y digitales;
   - evitar el uso abusivo del aparato del Estado;
   - asegurar imparcialidad, independencia y transparencia en los organismos encargados de organizar las elecciones;
   - asegurar recursos judiciales o administrativos idóneos y efectivos frente a hechos que atenten contra la integridad electoral (párrafo 80).

Además de esos aspectos que refieren a la faz individual del derecho a la democracia, en el Capítulo IV de su voto desarrolla la dimensión colectiva del derecho a la democracia como un derecho de los pueblos.

Sostiene con razón que estos tienen sustento en el Pacto de San José, en la Carta de la OEA, así como en la Carta Democrática Iberoamericana.

Llega a hablar de un *derecho humano a la democracia* (párrafo 95). Y con particular énfasis expresa:

> Al ser la "base del Estado de Derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos", *la democracia representativa* se erige, por tanto, no únicamente como un ideal al cual deben aspirar los estados miembros de la OEA, incluyendo los Estados Miembro de la Convención, sino como una *obligación jurídica*, un *derecho a la democracia de los pueblos americanos*, exigible ante las instancias jurisdiccionales nacionales e internacionales en determinados supuestos. (párrafo 102)[8]

En definitiva, con relación al derecho a la democracia, el citado juez concluye:

> 106. Este derecho *a la democracia* tiene dos facetas: una subjetiva-personal y otra colectiva. En cuanto a la primera, el derecho a la democracia implica que aque-

8 Ídem.

> llos que busquen participar en el juego democrático, deben poder hacerlo en condiciones que respeten las exigencias propias de la democracia representativa —transparencia, probidad y responsabilidad, respeto a los derechos sociales y civiles/políticos, y el pleno respeto a los parámetros del Estado de Derecho (art. 4 CDI)— y del derecho internacional de los derechos humanos: en particular, como añade la sentencia, la exigencia de la igualdad. Parte del reconocimiento de que, cada individuo en un Estado Constitucional de Derecho tiene un derecho a participar en los asuntos públicos de su país. Como se puede entrever, dicha protección tiene implicancias directas con las obligaciones derivadas por el artículo 23 del Pacto de San José.
>
> 107. Por otro lado, *la faceta colectiva del derecho a la democracia* reconoce que todos los ciudadanos de un Estado Democrático y Constitucional de Derecho tienen un interés legítimo en el correcto desarrollo del juego democrático; así, en tanto se esté afectando la integridad del juego democrático, especialmente si estas alteraciones provienen del poder público, se puede decir que no se está afectando únicamente el derecho de las personas directamente afectadas, como los partidos de oposición u otros sectores sociales no afines al poder oficialista, sino que está afectando el derecho de todos los ciudadanos al ofuscar el proceso que busca hacer valer su "expresión de […] soberanía". Se trata, en definitiva, de una protección autónoma al propio sistema de democracia representativa, reconociendo que, en su conjunto, un pueblo tiene el derecho a que su gobierno se maneje con sujeción a límites propios del Estado Constitucional de Derecho.[9]

Esta sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo lugar como consecuencia de las elecciones presidenciales de Venezuela del 14 de abril de 2013.

La Corte condenó a Venezuela, en esencia, por:

a. uso abusivo del poder de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) al habilitar al señor Nicolás Maduro como candidato a la presidencia de la República mientras se desempeñaba simultáneamente como "presidente encargado" por una resolución de la misma Sala Constitucional (parágrafos 112 a 116). Ya con anterioridad, la Corte había condenado por abuso de poder en la actividad jurisdiccional en el caso *Gadea Mantilla vs. Nicaragua*, de 16 de octubre de 2024 (Morales Antoniazzi y Garat, 2025, pp. 276 y ss.);
b. falta de garantías judiciales (parágrafos 167 a 173);
c. vicio en la motivación de la sentencia (parágrafo 174);
d. desviación de poder de la Sala Constitucional del TSJ por usar sus poderes para favorecer la candidatura del señor Maduro (parágrafos 187 a 189);
e. presiones a los electores, uso de las funciones públicas y de bienes estatales en beneficio del candidato oficialista (parágrafos 117 a 123);

9 Ídem.

f. desproporcionado empleo de los medios de comunicación en la campaña electoral en favor del candidato oficialista (parágrafos 124 a 128);
g. actuación del órgano rector de las elecciones sin imparcialidad, sin independencia, sin transparencia e inexistencia de medios idóneos de impugnación (parágrafos 124 a 134);
h. falta de transparencia en el proceso electoral, especialmente en la fase del cómputo de votos (parágrafos 135 a 138);
i. violación del derecho de defensa del señor Capriles y de la libertad de expresión (parágrafos 178 a 186).

Por esa razón, la Corte Interamericana de Derechos Humanos entendió que el señor CAPRILES "vio afectado su derecho y oportunidad de acceder a la función pública mediante una elección auténtica que refleje la libre expresión de los electores". Asimismo, entendió que se vulneró el derecho del señor Capriles de competir en condiciones generales de igualdad (parágrafo 153).

Pero, además, la Corte recordó que

> el artículo 23 de la Convención reconoce el derecho colectivo de las personas de manifestar su voluntad y de escoger a sus representantes en elecciones auténticas y libres. De esta forma, los Estados deben garantizar la integridad del proceso y la equidad no solo en beneficio de quienes se postulan a cargos de elección popular, sino también de los electores. (parágrafo 144)

Si bien es cierto que la Corte en esta sentencia no llegó a hablar expresamente de un derecho autónomo a la democracia, como bien lo observan Morales Antoniazzi y Garat (2025, p. 269), eso lo hace Ferrer Mac-Gregor, como se ha visto, en su voto concurrente, pero reconoce una serie de derechos que son inherentes a la democracia; alude a la dimensión colectiva de los derechos políticos y de la libertad de expresión.

Con esto y el desarrollo de Ferrer Mac-Gregor es suficiente para concluir en el derecho a la democracia.

Puede compartirse, así, la afirmación de Badell Madrid (2025a) cuando expresa:

> La democracia es un derecho fundamental reconocido universalmente, consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Carta Democrática Interamericana, que ha tenido un desarrollo extenso, constante y permanentemente en desarrollo por parte de la jurisprudencia y doctrina. (p. 767)

Ese derecho humano a la democracia supone, según Badell Madrid (2025a),

> a) el principio de separación e independencia de los poderes;
> b) reconocimiento y respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales;

c) pluralismo político;
d) derecho a la libertad de recibir y difundir informaciones e ideas;
e) derecho al sufragio en elecciones periódicas, universales, libres y justas, incluyendo el derecho a elegir y a ser elegido;
f) régimen plural de partidos y organizaciones políticas;
g) derecho a instituciones de gobierno responsables y transparentes, así como derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a la función pública;
h) subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado. (p. 731)

Vale la pena tomar conciencia de estos aspectos porque revelan que la separación de poderes y su independencia no son una mera cuestión organizativa, sino un derecho-garantía para asegurar la libertad.

Si bien es cierto que el Pacto de San José de Costa Rica no menciona expresamente al principio de separación de poderes, el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana lo considera un elemento esencial de la democracia. Y esta Carta ha sido considerada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos una interpretación auténtica de los tratados, pues recoge la exégesis de los propios Estados miembros de la OEA, incluyendo los Estados miembros de la Convención (sentencia en caso *Capriles Vs. Venezuela*, parágrafo 94) (Morales Antoniazzi y Garat, 2025, pp. 264 y ss.).

De lo expuesto extraemos claramente que el derecho a la democracia tiene su apoyatura en diversos artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de la Carta de la OEA, del Pacto de San José de Costa Rica y de la Carta Democrática Iberoamericana, entre otros.

Pero, más allá de esa apoyatura de derecho positivo, debemos admitir que el derecho a la democracia es preexistente a esas normas y lo veníamos aplicando con anterioridad por ser, precisamente, un derecho humano. Por eso Brewer-Carias (2025, pp. 120 y ss.) afirmó con razón —evocando al burgués de Molière, que hablaba en prosa aun sin saberlo—, que veníamos ejerciendo el derecho a la democracia sin saberlo.

Sin perjuicio del énfasis que se pone en la actualidad en la perspectiva del derecho, no se ignora la perspectiva del deber. En el caso de Uruguay, eso es muy claro porque, conforme al artículo 77, numeral 2 de nuestra Constitución, el voto es secreto y obligatorio. El sufragio —pilar esencial de la democracia representativa— es, por un lado, un derecho, una situación jurídica subjetiva activa, y, por otro, es un deber, una situación jurídica subjetiva pasiva. Es, entonces, una situación jurídica subjetiva mixta.

10. Relación entre la democracia como sistema y la democracia como situación jurídica subjetiva

La relación entre la democracia como sistema y como derecho es obvia y particularmente relevante.

Aparte de que el sistema democrático es el único natural, como decía Suárez (1966), porque basta con que los hombres no hagan nada para vivir en democracia, se sostiene con nuestra voluntad. Y lo sostenemos con la voluntad porque tenemos derecho a ello. Es un derecho humano y, por ende, natural.

Por ser un derecho humano el derecho a la democracia es que interviene en estos temas la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Si no lo fuese y la democracia fuera solamente un sistema de gobierno, la cuestión sería solamente de derecho constitucional y no de derechos humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos no podría intervenir. Esta Corte no es juez constitucional, sino juez de derechos humanos.

Pero, si bien desde el punto de vista de las situaciones jurídicas subjetivas predomina, como se ha dicho, la perspectiva del derecho, no se desentiende de la perspectiva del derecho que, como también se ha visto, se remonta hasta Pericles.

Por lo pronto, en muchos países —Uruguay, entre otros—, el voto es un derecho y un deber. Pero ese no es el único deber existente. Hay otros, aunque el derecho positivo no los imponga expresamente, pero que son un presupuesto necesario de la democracia. Entre ellos, destaco ahora el deber de ser tolerantes y el deber de no mentir.

La sociedad actual se caracteriza por su diversidad. En tales circunstancias, la democracia se asienta en un ámbito pluralista y eso requiere tolerancia. Esa tolerancia implica el aceptar que el otro puede tener un punto de vista distinto que el de uno, aunque no lo comparta. Cada uno tiene el mismo derecho a sustentar sus opiniones, por eso tenemos el deber de respetar las opiniones ajenas.

Pero atención. Como observa Garzón Valdés (2006, p. 15 y ss.), no podemos confundir tolerancia con relativismo moral. Tolerancia no es vale todo.

"La tolerancia indiscriminada, la tolerancia pura, sin limitaciones, la tolerancia de toda forma de vida, termina negándose a sí misma, y, en su versión más radical, equivale a la eliminación de toda regulación del comportamiento humano", explica Garzón Valdés (2006, p. 16). Por ello, este autor distingue entre tolerancia sensata e insensata. La diferencia entre ambas depende del tipo de razones que se aduzcan en defensa de la tolerancia (p. 16).

Esto implica admitir límites, y la idea de límite conlleva la de prohibiciones.

> Pero esto no significa que imponer prohibiciones sea exactamente lo mismo que expresar intolerancia. La intolerancia tiene una connotación negativa de la que, en principio carece la prohibición. Lo que molesta en la intolerancia es que ella se basa en malas razones. En este sentido tiene algo en común con la

> tolerancia insensata. La diferencia consiste en que la intolerancia aduce malas razones para imponer prohibiciones mientras que la tolerancia insensata se apoya en malas razones para aumentar el campo de lo permitido. (Garzón Valdés, 2006, p. 17)

Claro que las razones justificantes no pueden ser de una índole tal que los valores en los que se apoyan sirvan únicamente como guía de mi propia vida y no sirvan como pauta para la vida social. Deben tener un mínimo de objetividad (Garzón Valdés, 2006, p. 17).

Las buenas razones son las que parten de una actitud de imparcialidad, es decir, de la consideración de los intereses de los demás en tanto seres autónomos, capaces de formular planes de una vida respetable sin dañar a los demás (Garzón Valdés, 2006, p. 18).

El otro deber que deseo ahora mencionar es el de no mentir.

Siguiendo a Finnis (1980, p. 253), Cassagne (2021, p. 82) indicó como un derecho absoluto el derecho a que la autoridad no nos mienta. En realidad, ese derecho no es solo ante la autoridad, sino ante cualquier operador político. Si tenemos ese derecho, es claro que existe el correlativo deber o, más bien, obligación de todo operador político de no mentir.

Mentir es faltar a la verdad. La verdad es, para Aristóteles, "una correspondencia entre lo pensado y lo real" (Larroyo, 1993, p. 47). Este concepto se extrae de los *Tratados de Lógica* de Aristóteles (1993, cap. 1, p. 49), concretamente del llamado *PERI HERMENEIAS (De la preposición)*.

No se debe confundir la verdad con la verosimilitud. Aristóteles (2010) dice que la retórica es "la facultad de conocer en cada caso aquello que puede persuadir" (p. 44). La persuasión en la retórica proviene de lo verosímil, por lo que no se refiere a la verdad absoluta, sino a aquello que hace que lo que se plantea sea creíble (Granero, 2010, pp. 17 y ss.).

Verdad es la coincidencia de lo pensado con el objeto; verosímil es lo creíble, puede ser verdad o no. Aristóteles trata la verdad en los *Tratados de Lógica* (1993), es ciencia; trata la verosimilitud en *El arte de la retórica* (2010), es arte.

La retórica es un método (Granero, 2010, p. 25). Procura convencer, no mostrar la verdad. Por eso, desde ese punto de vista, es amoral. Pero el retórico Aristóteles no se desliga del Aristóteles ético, ya que suministra una serie de elementos para una ética oratoria (p. 24).

El político en una democracia necesita la retórica para poder persuadir, pero debe hacerlo para mostrar la verdad, no para apartarse de ella y engañar al pueblo. Si lo hace, provoca un daño considerable porque distorsiona la voluntad popular para acceder al poder o para permanecer en él. Y la voluntad popular es la esencia de la democracia. Esto es una cuestión de actualidad.

Ginsburg y Aziz (2024, pp. 57 y ss.) sostienen que la democracia puede sucumbir por una vía rápida, por un colapso, por la fuerza o por una vía lenta, por medio de una erosión de alguno de los pilares fundamentales de la democracia (pp. 66 y ss.). Sostienen que, en general, en la actualidad no están dadas las condiciones para la vía rápida. En cambio, actualmente la erosión es la principal forma del decaimiento democrático en América Latina, Europa del Este, Rusia y Asia (p. 101). Ese lento pero progresivo desconocimiento del derecho por una sucesión de violaciones de las normas jurídicas lleva a un acostumbramiento de ese apartamiento de la legalidad y produce una erosión democrática.

Esta visión es también la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, en la Opinión Consultiva Nº 28 de 21 de junio de 2021, emitida a solicitud de Colombia, expresó que en la actualidad los mayores peligros para la democracia no derivan de su rompimiento abrupto, sino de su erosión paulatina, como la que se deriva de la permanencia indefinida en el poder de los gobernantes (Brewer-Carias, 2025, pp. 147 y 264; Morales Antoniazzi y Garat, 2025, p. 279).

En general, en la actualidad los populistas acceden legítimamente al poder. Ganan las elecciones y ocupan el Estado. "El Estado de Derecho ya se cambiará después para hacer la ruptura con el pasado y la construcción de una nueva sociedad" (Ariño Ortiz, 2021, p. 15).

Hoy día, dice con razón Cassagne (2017) que,

> a diferencia del marxismo clásico, la ideología de la razón populista no tiene por finalidad última la desaparición del Estado, sino la construcción de "Estado Integral" (Gramsci) en el que la dominación que el capitalismo ejerce sobre el Estado, específicamente denominados "burguesía capitalista" es sustituida por el decisionismo del líder popular que encarna el poder del Estado con el apoyo de la mayor parte de intelectuales posible a quienes se les encomienda la tarea de elaborar y unificar el discurso o relato populista. (pp. 101 y ss.)

Esto, en el marxismo gramscista, es muy claro.

Ante el fracaso de la lucha armada propiciada por el marxismo leninismo, Gramsci propone la batalla cultural (Arocena, 2022, pp. 75 y ss.). Para eso, alienta enfrentamientos de todo tipo (pp. 109 y ss.) a partir de un problema real, pero, en lugar de procurar componer, se radicalizan las diferencias a fin de crear descontento en la sociedad y desestabilizar —para lo cual la mentira es un instrumento importante para el logro de sus objetivos—; incluso para eso se manipula el lenguaje, distorsionando el significado de las palabras (pp. 185 y ss.).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ya está prestando atención a estos aspectos. En efecto, en el ya citado caso *Gadea Mansilla vs. Nicaragua*, en el que se estimó que existió uso abusivo de poder en la actividad jurisdiccional, se indicó que la Suprema Corte de Justicia de Nicaragua pretendió dotar de una apariencia de legalidad a su actuación, invocando —abusivamente— el control de convencionalidad.

> La gravedad del caso radica, entonces, no solo en la falta de independencia e imparcialidad, ni únicamente en la cooptación de las instituciones judiciales y la carencia de separación de poderes; y no solo en los efectos negativos para la integridad electoral, los derechos políticos, y la democracia. Descansa, asimismo, en cuanto para perpetrar un régimen autocrático se pretendió dar un discurso democrático, utilizando el control de convencionalidad como ropaje de un verdadero abuso de poder. (Morales Antoniazzi y Garat, 2025, p. 278)

En su voto concurrente, Ferrer Mac-Gregor consideró que este es uno de los aspectos más preocupantes del caso porque tiende a desnaturalizar los valores fundamentales del sistema interamericano, entre los que se encuentra la democracia (Morales Antoniazzi y Garat, 2025, p. 278).

El falseamiento de la verdad es un elemento importante para la erosión democrática y esto ya lo vio la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta Corte se ocupa de esto porque es una cuestión de derechos humanos, ya que, en definitiva, afecta la dignidad al distorsionar la libre voluntad de los integrantes de la comunidad política.

De lo expuesto se desprende la interdependencia entre la democracia como sistema y la democracia como derecho, pero también con los deberes que implica la democracia. Ya se vio que la dignidad implica el derecho a tener derechos, pero también conlleva tener deberes.

11. El descontento democrático

No puedo terminar este trabajo sin hacer una referencia, al menos breve, al llamado *descontento democrático*.

Sin perjuicio de lo expresado, no se puede negar que en la actualidad, en general, existe en la sociedad un descontento democrático. Sandel (2023), en tal sentido, expresó: "A menudo parece como si la filosofía política residiese en algún lugar alejado del mundo real. Los principios son una cosa, la política es otra" (p. 13). Lo cierto es que hay malestar.

A veces este malestar ocurre aun en Gobiernos verdaderamente democráticos porque sus buenas intenciones no se plasman en la realidad.

En estos casos, lo que falla es el Estado, no la democracia. Pero se confunde Estado con democracia y le imputamos a la democracia lo que le corresponde al Estado (De Posadas, 2023, p. 238). La democracia no asegura nuestro bienestar; la democracia está para procurar la libertad (p. 82).

El bienestar debemos lograrlo nosotros mismos ejerciendo responsablemente nuestra libertad con la esencial presencia del Estado desempeñando una importante

función subsidiaria. Si no ejercemos bien nuestra libertad y si la función del Estado se ejerce mal, el bienestar social no se logra.

A menudo, la falla se produce en la función administrativa, que es la más importante a estos efectos porque es la única función que se traduce en operaciones materiales. Consolidada la democracia en lo político, debe proyectarse a la Administración.

Democratizar la gestión no es fácil, puesto que aquí nos encontramos ante cuestiones altamente técnicas que escapan al conocimiento general del ciudadano. Pero en los grandes temas, con los debidos cuidados y sin desnaturalizar la democracia representativa, la participación es posible. Debemos encarar una participación ciudadana responsable y asumir que, además de consumidores, somos ciudadanos con deberes democráticos.

Para esto, sin perjuicio de las otras funciones del Estado, la actividad de la Administración es esencial. Pero no cualquier tipo de Administración; lo que se requiere es una "que actúe para la conciliación de los diversos intereses en juego por medio de mecanismos de gobernanza democrática orientados a afianzar la calidad de su actividad servicial" (Hernández, 2023, p. 192).

El bienestar social se consigue aplicando correctamente los principios jurídicos con un razonable ejercicio de la libertad y de las funciones estatales.

12. Apreciaciones finales

En suma, la dignidad de la persona humana deriva de la naturaleza humana, en concreto, de su racionalidad. Solo el ser humano posee dignidad.

La dignidad humana es el estatus que deriva de la aptitud que tiene el ser humano, inherente a su racionalidad, de elegir libre y responsablemente su proyecto de vida, que lo hace titular de derechos y deberes, es decir que lo hace persona, lo que impide que sea tratado meramente como instrumento.

La dignidad humana está en el centro de la civilización occidental cristiana, pero ha trascendido a otras culturas.

Sin perjuicio de los valiosos antecedentes del pasado, no cabe duda de que la dignidad humana tuvo una extraordinaria recepción jurídica después de la Segunda Guerra Mundial, tanto a nivel del derecho internacional como de los derechos internos. Esto propició un cambio en el sistema jurídico impulsado por el neoconstitucionalismo, que puso a la dignidad humana en el centro del sistema.

La dignidad humana se proyecta en todos los ámbitos del derecho, incluso en el sistema de gobierno. Esto hace que hoy en día se considere a la democracia como el sistema más acorde a la dignidad humana. Por eso, no puedo sino coincidir con Zagrebelsky (2010) cuando expresó que "la democracia es la única forma de régimen

político que respeta mi dignidad en la esfera pública, me reconoce la capacidad de discutir y decidir sobre mi existencia en relación con los demás" (p. 113).

La democracia no asegura el bienestar, asegura la libertad. Con un ejercicio responsable de la libertad y un adecuado ejercicio de las funciones estatales, se puede lograr el bienestar que la sociedad requiere para una vida en dignidad.

Bibliografía

Ariño Ortiz, G. (2021). *Democracia e igualdad. Populismo y Estado de Derecho.* Unión Editorial.

Aristóteles. (1965). *La Política*. Tor.

Aristóteles. (1972). *Moral a Nicómaco* (Libro I, Cap. 1). Espasa Calpe.

Aristóteles. (1993). *Tratados de lógica (El organon)*. *PERI HERMENEIAS*. Editorial Porrúa.

Aristóteles. (2010). *El arte de la retórica.* Eudeba.

Arocena, J. P. (2022). *Gramsci. Su influencia en el Uruguay.* Ediciones de la Plaza/Instituto Manuel Oribe.

Atienza, M. (2022). *Sobre la dignidad humana.* Trotta.

Badell Madrid, R. (2025a). El Estado democrático en la Constitución Venezolana de 1999. En Brewer-Carias, A. R., *Derecho a la democracia* (pp. XX-XX). Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezolana.

Badell Madrid, R. (2025b). Sobre la democracia. En Brewer-Carias, A. R., *Derecho a la democracia* (pp. XX-XX). Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezolana.

Barak, A. (2024). *La dignidad humana. Como valor y como derecho constitucional.* Palestra.

Barbé Pérez, H. (1982). Raíces hispánicas de la defensa del administrado en nuestro derecho. *Revista de la Facultad de Derecho*, (1), XX-XX.

Bayón, J. C. (2023). ¿Hay derechos absolutos? Proporcionalidad, autoridad y dignidad. En Díaz, E. y Laporta, F. (Dirs.), *Leer a Manuel Atienza* (pp. XX-XX). CEPC.

Beccaría, C. (2024). *De los delitos y de las penas*. Praxis.

Biblia de Jerusalén. (1998). (Nueva edición revisada y aumentada). Desclée De Brouwer.

Brewer-Carias, A. R. (2025). *Derecho a la democracia.* Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezolana.

Cassagne, J. C. (2017). *El Estado populista.* BdeF.

Cassagne, J. C. (2021). *Los grandes principios del derecho público (Constitucional y Administrativo)* (2ª ed.). Rubinzal-Culzoni.

De Aquino, T. (1975a). *Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*. En *Tratado de la ley. Tratado de la justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes.* Porrúa.

De Aquino, T. (1975b). *Suma teológica. Tratado de la Justicia* (II, II, cuestión 58, art. 1). En *Tratado de la ley. Tratado de la justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes.* Porrúa.

De Aquino, T. (1975c). *Suma Teológica-Tratado de la ley* (I.II. cuestión 94, cap. V, art. 2). En *Tratado de la ley. Tratado de la justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes.* Porrúa.

De Posadas, I. (2023). *Al rescate de una democracia incomprendida. Análisis, ideas y propuestas.* Planeta.

Delval, J. A. (1994). Introducción. En Beccaría, C., *De los delitos y de las penas* (pp. XX-XX). Altaya.

Dumont, J. (2023). *La incomparable Isabel la Católica.* Ediciones Encuentros.

Durán Martínez, A. (2012). En torno al neoconstitucionalismo. En Durán Martínez, A., *Neoconstitucionalismo y derecho administrativo* (pp. XX-XX). La Ley.

Durán Martínez, A. (2020). Derechos sociales fundamentales. En Durán Martínez, A., *Derecho Administrativo. Dimensión Social* (pp. XX-XX). La Ley.

Durán Martínez, A. (2024). Principio de buena administración, participación Estado Social y Democrático de Derecho en el Derecho uruguayo. En Durán Martínez, A., *Derecho administrativo en el primer tercio del siglo XXI* (pp. XX-XX). La Ley.

El Corán. (2001). Editorial Óptima.

Finnis, J. (1980). *Ley natural y derechos naturales*. Abeledo-Perrot.

Francisco. (24 de mayo de 2015). Carta Encíclica Laudato Si'. Sobre el cuidado de la casa común.

Garat Delgado, M. P. (2020). *Derechos fundamentales ante el orden público.* Tirant Lo Blanch.

Garzón Valdés, E. (2006). *Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural.* Universidad Nacional del Litoral.

Ginsburg, T. y Aziz, H. (2024). *Como salvar una democracia constitucional.* Zela Punto.

González Pérez, J. (1986). *La dignidad de la persona.* Civitas.

Glotz, G. (1957). *La ciudad griega.* UTEHA.

Granero, I. E. (2010). Introducción. En Aristóteles. *El arte de la de la retórica* (pp. XX-XX). Eudeba.

Hernández, G, J. I. (2023). El derecho administrativo interamericano, la dignidad humana y el bien común. En Ruocco, G. y Vázquez, C. (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Dr. Augusto Durán Martínez* (pp. XX-XX). Fundación Cultura Universitaria.

Herzog, T. (2019). *Una breve historia del derecho europeo. Los últimos 2500 años.* Alianza Editorial.

Johnson, P. (1989). *Historia del cristianismo.* Javier Vergara Editor.

Juan Pablo II. (1999). *Fides et ratio* (4ª ed.). Paulinas.

Larroyo, F. (1993). Preámbulo al Tratado Peri Hermeneias (De la preposición). En Aristóteles, *Tratados de lógica (El organon)* (pp. XX-XX). Editorial Porrúa.

Martínez-Cardós Ruiz, J. L. (2021). Comentario crítico. En Vitoria, F. de, *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra* (pp. XX-XX). Tecnos.

Montesquieu. (1984). *Del espíritu de las leyes* (6ª ed.). Heliasta.

Morales Antoniazzi, M. y Garat, M. P. (2025). La sentencia del *caso Capriles Vs. Venezuela* de la Corte IDH y tres conceptos centrales: independencia judicial, no regresión y garantía colectiva de la democracia. En Von Bogdandy, A. y Morales Antoniazzi, M. (Coords.), *La respuesta del IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE a la autocratización: el caso de Venezuela* (pp. XX-XX). Instituto Max Planck/Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Muñoz Machado, S. (2025). *De la democracia en Hispanoamérica.* Taurus.

Pericles. (1989). Discurso en loor de los muertos. En Tucidides, *Historia de la guerra del Peloponeso* (Tomo I, pp. XX-XX). Librería de la Viuda de Hernando y C.a.

Platón. (1925). Critón. En Platón, *El banquete o del amor. Eutifron. La defensa de Sócrates. Critón.* Francisco Beltrán. Librería Española y Extranjera.
Pontificio Consejo Justicia y Paz. (2005). *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia.* Librería Editorial Arquidiocesana.
Real Academia Española. (2002). *Diccionario de la Lengua Española* (22ª ed., Tomo I). Espasa Calpe.
Sandel, M. J. (2023). *El descontento democrático.* Debate.
Suárez, F. (1966). *Selección de Defensio Fidei y otras obras.* Depalma.
Vallejo, I. (2024). *El infinito en un junco.* Debolsillo.
Vitoria, F. de. (2001). *La Justicia.* Tecnos.
Vitoria, F. de. (2021). *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra.* Tecnos.
Vitoria, F. de. (2023). *Los derechos humanos* (Ed. e int. R. Hernández). Editorial San Esteban.
Zagrebelsky, G. (2010). *Contra la ética de la verdad*. Editorial Trotta.

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° 2 (octubre de 2026): 187-202

La transición como desafío para el derecho[1]

Transition as a Challenge for Law

Fabrizio Fracchia[2]
Dipartimento di Studi Giuridici, Università Commerciale Luigi Bocconi

Sumario

1. La transición en el debate actual: breves consideraciones
2. La transición y el derecho: objeto y razones de la investigación
3. La primera parte de la definición: la transición como forma de la función
4. La segunda parte de la definición, con una digresión sobre la necesidad de considerar y otorgar relevancia a una pluralidad de caracteres típicos de las transiciones
5. Continúa: la emergencia de un derecho objetivo de las responsabilidades intergeneracionales.
6. Una reflexión de síntesis: transición y responsabilidades intergeneracionales
7. La paz positiva: breves consideraciones
8. La centralidad de la tutela del ambiente

https://doi.org/10.26422/daec.2026.0200.fra

Resumen

El artículo propone una noción específicamente jurídica de transición, entendida como forma de la función y como forma de cumplimiento de responsabilidades intergeneracionales. A partir de la autonomía funcional del derecho y de la perspectiva sistémica, examina las transiciones ecológica y digital, el Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia italiano y las principales fuentes europeas para identificar objetivos, instrumentos, sujetos y deberes jurí-

1 El presente trabajo retoma y sintetiza las reflexiones desarrolladas, en particular, en el volumen *Transizioni: il punto di vista del diritto amministrativo* (Fracchia, 2024).

2 Catedrático de Derecho Administrativo en la Università Bocconi (Italia). Sus principales líneas de investigación comprenden el derecho administrativo, la contratación pública, el procedimiento y la justicia administrativa, el derecho ambiental y el derecho público de la economía. Es director de la revista *Il diritto dell'economia* y del Observatorio sobre Contratación Pública y Sostenibilidad. Ha sido *visiting scholar* o profesor invitado en universidades europeas y americanas y es autor de numerosos libros y contribuciones científicas.
fabrizio.fracchia@unibocconi.it
https://orcid.org/0000-0002-8745-5395

dicos. La investigación sostiene la emergencia de un derecho objetivo de las responsabilidades intergeneracionales, cuyo eje es el desarrollo sostenible y cuyos principios proceden en gran medida del derecho ambiental. En este marco, la paz positiva se interpreta como una transición permanente y sostenible, orientada a construir condiciones de justicia, inclusión y responsabilidad institucional para las generaciones presentes y futuras.
Palabras clave: transición, derecho administrativo, responsabilidades intergeneracionales, desarrollo sostenible, paz positiva, derecho ambiental.

Abstract
This article develops a specifically legal notion of transition, understood both as a form of public function and as a means of fulfilling intergenerational responsibilities. Drawing on the functional autonomy of law and a systems-theory perspective, it examines the ecological and digital transitions, Italy's National Recovery and Resilience Plan, and key European Union sources in order to identify their objectives, instruments, actors, and legal duties. It argues that an objective body of law on intergenerational responsibilities is emerging, centred on sustainable development and largely informed by the principles of environmental law. Within this framework, positive peace is interpreted as a permanent and sustainable transition aimed at securing justice, inclusion, and continuous institutional responsibility for present and future generations.
Key words: transition, administrative law, intergenerational responsibilities, sustainable development, positive peace, environmental law.

1. La transición en el debate actual: breves consideraciones

De transición se habla ya ampliamente dentro y fuera del derecho.[3] El término indica una dirección de marcha que involucra a una pluralidad de sujetos, incluidas las administraciones, y expresa el pasaje de un "antes" a un "después"; no por casualidad suele estar acompañado de adjetivos que precisan su trayectoria: ecológica, digital, sanitaria, demográfica.

La frecuencia de este uso señala que la transición está emergiendo como categoría interpretativa de algunas crisis de la contemporaneidad, de las cuales constituye una respuesta. Sus figuras paradigmáticas son la ecológica y la digital: la primera remite a la transformación de la relación con el ambiente y de los modelos de mercado y de sociedad; la segunda, también gobernada por las administraciones públicas,

3 Sobre la transición, en sus principales declinaciones, ver De Leonardis (2021, 2023), Petrachi (2023), Di Salvatore (2025), Severini (2022); Vetrò (2022), Masini (2022), Ventimiglia (2021), Sgueo (2021, 2022), Galletta (2022), Boschetti (2021), Ronchi (2021), Italiadecide (2021), Becchetti y Forte (2021), Bresso (2021), Rieu (2021), Moliterni (2020), Favaro (2020) y Scalia (2020). Ver, asimismo, las contribuciones publicadas en el fascículo N° 6 de 2024 del *Giornale di diritto amministrativo*.

evoca una transformación profunda, rica en oportunidades pero también en riesgos, como muestra el debate sobre la inteligencia artificial.

La referencia a la transición responde, en definitiva, a la exigencia de identificar un horizonte de sentido y un criterio de ordenación de la realidad compleja. A diferencia de los grandes relatos del pasado, insiste en un camino orientado hacia un resultado, aunque marcado por incertidumbres, detenciones y dificultades.

2. La transición y el derecho: objeto y razones de la investigación

La atención hacia las transiciones ya ha alcanzado también a los estudiosos del derecho. El concepto, sin embargo, con frecuencia se halla sólo presupuesto, mientras que aún falta una noción jurídica rigurosa y, sobre todo, se echa en falta un régimen específico al que aquel quede sujeto.[4]

Para analizar jurídicamente las transiciones, es preciso mantener firme el punto de vista del derecho. Si bien la interdisciplinariedad resulta ciertamente útil, esta debe, no obstante, cerrarse en el plano jurídico, preservando la especificidad funcional del sistema y su autonomía respecto de la economía, la ciencia, la política y la filosofía.[5]

A tal fin, resulta útil evocar a Niklas Luhmann.[6] En su perspectiva, la sociedad se reproduce mediante comunicaciones y se articula en sistemas diferenciados según la función que cada uno de ellos cumple. Cada sistema observa el mundo conforme a un código propio, reduciendo la complejidad y tratando únicamente los problemas "capturados" por ese mismo código. También el derecho, por tanto, debe conservar su propio punto de vista y no puede confundirse con otros sistemas, so pena de perder su identidad.

El derecho se distingue gracias al código "legal/ilegal", que establece qué puede considerarse conforme a la ley y qué no. Este código le permite al derecho estabilizar las expectativas normativas en el seno de la sociedad (es esta la prestación específica que brinda el sistema del derecho) (De Giorgi, 1979, p. 224), reduciendo la complejidad y ofreciendo seguridad jurídica.

Deteniéndonos aún en la diferenciación entre los diversos sistemas sociales, el enfoque luhmanniano nos recuerda que esta resulta crucial para su supervivencia y

---

4 Una relevante excepción está constituida por el valioso escrito de Severini (2022). Sobre la necesidad de definir la transición ecológica, en criterio que se comparte, ver De Leonardis (2023, p. 779). Según el autor, la transición ecológica es un modelo de desarrollo, cuyo fundamento constitucional es el art. 41 de la Constitución italiana, que tiene por objeto cuatro sistemas complejos.

5 Sea permitido, al respecto, remitir a Fracchia (2023).

6 Véanse, al menos, las siguientes obras de este autor: *Rechtssoziologie* (1972), *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (1974) (traducida al itaiano: *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, 1978); asimismo, Luhmann y De Giorgi (1992). Sobre el pensamiento de Luhmann, véanse, *ex multis*, De Giorgi (1979), Romano (1996), Febbrajo (1975), Costantino (1983), Avitabile (1998).

operatividad. El derecho no puede desempeñar la función de otros sistemas, como el económico o el científico.

Los distintos sistemas, al producir autopoiéticamente comunicación y al "observar" el mundo (regulando por sí mismos los temas que abordan), crean además sus propias semánticas, esto es, modos condensados de comunicación. Piénsese en el sistema del derecho, en nociones tales como "persona jurídica", "capacidad", "condición de la acción" y así sucesivamente.

También el derecho administrativo conserva su propia autonomía funcional como conjunto diferenciado de comunicaciones jurídicas. Su semántica específica viene dada por el régimen administrativo: un poder funcionalizado, atribuido a sujetos públicos para la satisfacción de intereses supraindividuales, y una tutela específica (dispensada por el juez administrativo) del ciudadano frente al ejercicio del poder.

Este andamiaje teórico debe orientar también el estudio de las transiciones. El derecho puede y debe ocuparse de ellas porque, por un lado, implican cuestiones de justicia, y, por el otro, es preciso estructurar expectativas normativas y tornarlas aceptables incluso cuando resulten frustradas. Ni la economía, ni la ciencia, ni la filosofía ni la historia pueden cumplir esta función, esencial también para el tratamiento de las "transiciones". Al respecto, el derecho administrativo ha definido ya una completa "subsemántica" que cabe considerar plenamente idónea (y acaso más idónea que la atribuible a otros subsistemas, como el derecho internacional, el derecho comparado o el constitucional) para tratar estos problemas, permitiendo ofrecer una convincente definición de "transición" y delinear su régimen jurídico.

3. La primera parte de la definición: la transición como forma de la función

Al no poder analizar todas las formas de transición, como ya se anticipó, se hará referencia sobre todo a la ecológica —sobre el presupuesto de que ella constituye el ejemplo principal, apto para erigirse en un paradigma aplicable a las demás tipologías— y a la digital, por lo demás, estrechamente conectadas entre sí (al respecto, resulta significativo que, en el ámbito europeo, se hable de *twin green and digital transition*).

Ya se ha observado cómo la palabra "transición" expresa un pasaje de un "antes" a un "después", mientras que el adjetivo "ambiental" (aunque un análogo discurso puede extenderse a las transiciones energéticas, digitales, sanitarias, demográficas, epidemiológicas) explica e indica la dirección o el cauce de este cambio.

El señalamiento no permite ofrecer una explicación específica del fenómeno y, sobre todo, no constituye un concepto jurídicamente útil. No se está, en efecto, ante una observación distinta de la que podrían brindar otros sistemas (historia, economía, ciencia).

No carecen del todo de utilidad, en realidad, algunas fuentes europeas recientes,

que ponen bien de relieve ciertos rasgos esenciales —aun sin ofrecer una definición general y concluyente del fenómeno— y que, sobre todo, no delinean un régimen jurídico unitario. La Recomendación del Consejo de la Unión Europea (UE) del 16 de junio de 2022 (2022/C 243/04), relativa a la garantía de una transición justa hacia la neutralidad climática, define la "transición verde" como la transición de la economía y de la sociedad de la Unión Europea hacia el logro de los objetivos climáticos y ambientales, principalmente a través de políticas e inversiones, en línea con la normativa europea sobre el clima, con el Green Deal europeo, con el Acuerdo de París, con los demás acuerdos multilaterales en materia ambiental y con los objetivos de desarrollo sostenible. A su vez, la Recomendación (UE) 2023/1425 de la Comisión del 27 de junio de 2023, sobre la facilitación de la financiación para la transición hacia una economía sostenible, define la *transition finance*" como el pasaje desde los actuales niveles de desempeño ambiental y climático hacia una economía climáticamente neutra, resiliente al cambio climático y sostenible desde el punto de vista ambiental, dentro de un arco temporal idóneo para lograr la contención del aumento de la temperatura global a 1,5 °C en línea con el Acuerdo de París, la neutralidad climática para 2050, la adaptación al cambio climático y los demás objetivos ambientales de la Unión Europea, tales como la prevención y reducción de la contaminación, la protección y restauración de la biodiversidad y de los ecosistemas, el uso sostenible y la protección de los recursos marinos y de agua dulce y el pasaje a una economía circular. Estas indicaciones confirman que la transición es, para el derecho, un proceso orientado por objetivos, escandido en el tiempo y sostenido por medidas, inversiones y responsabilidades institucionales.

Un elemento análogo surge de la consideración de la respuesta institucional y jurídica a la crisis pandémica. En extrema síntesis, cabe recordar que, a raíz de la epidemia de COVID-19, la Unión Europea adoptó el paquete Next Generation EU, cuyo componente más relevante está representado por el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia instituido mediante el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo del 12 de febrero de 2021. Dicho Reglamento, al individualizar seis pilares (transición verde; transformación digital; crecimiento inteligente, sostenible e inclusivo; cohesión social y territorial; salud y resiliencia económica, social e institucional; políticas para la próxima generación, la infancia y la juventud), hace frecuente y reiterada referencia a la transición verde y a la transición digital. La fuente europea evoca además los "hitos y metas" a alcanzar, definidos en su conjunto como las medidas de los progresos realizados hacia la concreción de una reforma o de una inversión, entendiéndose por "hitos" los resultados cualitativos; y por "metas", los resultados cuantitativos. Los Estados miembros fueron llamados a redactar planes de recuperación para acceder a la financiación. También el Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia italiano (PNRR) se estructura en seis ámbitos de intervención (denominados "pilares") y gira en torno a tres "ejes" estratégicos y

prioridades "transversales" (digitalización e innovación, transición ecológica, inclusión social). El PNRR previó ingentes inversiones, en gran parte financiadas con el mecanismo de recuperación y resiliencia. Entre los pilares se cuentan, también en este caso, la transición verde (en el plan aparece, asimismo, el término ecológica) y la digital (en verdad, el plan emplea a veces las fórmulas "transformación" o "revolución"). La misión 2 (revolución verde y transición ecológica) es la que se beneficia de la mayor dotación de fondos. Particular atención se reserva a la temática energética, por la obvia razón de que la producción de energía mediante fuentes tradicionales contribuye de manera determinante al cambio climático.

Sentado cuanto antecede en general, un primer dato jurídico, útil a nuestros fines, surge de los estudios realizados precisamente sobre el PNRR. En doctrina, este ha sido agudamente considerado como un acto de planificación con cobertura tanto legislativa como de derecho eurounitario y, sobre todo, relativo a una serie de actividades e iniciativas desarrolladas en vista de un resultado.[7] Este último aspecto es importante, considerando que la consecución de los resultados de la transición es una condición para obtener fondos europeos. Por consiguiente, el resultado debe tener una precisa densidad jurídica.[8]

Lo observado sugiere la necesidad de forjar un paradigma teórico capaz de expresar tanto la mencionada "continuidad" como la relevancia del resultado.

En cuanto al primer perfil, basta con notar cómo el esfuerzo que la transición exige, también en actuación del PNRR, halla concreción en actos legislativos, medidas administrativas y comportamientos concretos que, dislocados en el tiempo, involucran a diversos sujetos públicos, en diferentes niveles del ordenamiento, pero también a los particulares. Ellos resultan relevantes sólo si se consideran en su conjunto y en la perspectiva de una continuidad funcionalizada en vista de un resultado.

Se llega así al segundo perfil, concerniente a la centralidad del resultado de las (y en las) transiciones, consideradas en la perspectiva del PNRR. Ella parece fuera de discusión: como ya se ilustró, su consecución es una condición para obtener fondos

---

7 Nos remitimos a F. Cintioli (2021). Véase, asimismo, G. Severini (2022, párr. 5).

8 Las metas establecidas por el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima fueron revisadas y tornadas más ambiciosas por el Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia y por el Plan de Transición Ecológica, estableciéndose que la contribución de las energías renovables deberá ser de al menos el 72% para 2030, mientras que la eliminación gradual del carbón debería alcanzarse para 2025. Además, en línea con los compromisos internacionales y europeos, la descarbonización italiana (emisiones "net zero") se alcanzará para 2050, con una reducción del 55% de las emisiones de CO2 para 2030 (v. infra). Análoga tensión hacia los objetivos puede captarse analizando la "transición digital del País", inserta en la misión 2: más en detalle, en este contexto, la transición tiene como objetivo el pasaje a la modalidad operativa digital, de modo que puede hablarse de transición "al" digital. V., asimismo, el paquete orgánico de propuestas normativas presentado por la Comisión y denominado "*Fit for 55*" [Comunicación de la Comisión *"Pronti per il 55%": realizzare l'obiettivo climatico dell'UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica*, COM (2021) 550 final del 14 de julio de 2021)].

europeos. El art. 1 del Decreto Ley italiano del 31 de mayo de 2021, n. 77, convertido en la Ley del 29 de julio de 2021, n. 108, previó que la "tempestiva y puntual actuación de las intervenciones" insertas en el PNRR "asume valor preeminente para el interés nacional". La transición digital (en el seno de la misión 1) "tiene el objetivo de garantizar la cobertura de todo el territorio con redes de banda ultra-ancha, mejorar la competitividad de las cadenas industriales, facilitar la internacionalización de las empresas". Ampliando la mirada, no carece de significado el hecho de que también los llamados "objetivos de desarrollo sostenible" (ODS) de la Agenda 2030 (objeto de la resolución adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de septiembre de 2015 y titulada "Transformar nuestro mundo. La Agenda para el desarrollo sostenible") están constituidos, precisamente, por objetivos a alcanzar, articulados luego en 169 metas. También la llamada "ley sobre el clima" —en realidad se trata de un reglamento— de la Unión Europea (Reglamento UE 2021/1119 del 30 de junio de 2021[9]), fija a nivel de la UE los objetivos vinculantes de la completa neutralidad climática para 2050 y de la reducción del 55% de las emisiones netas para 2030 respecto a 1990.

Emerge, así, una primera (parte de la) definición que pretende ser específicamente jurídica: la transición es una "forma de función". En esta expresión de síntesis,[10] el término "función" indica la actividad (considerada en su conjunto) desarrollada para alcanzar un objetivo; el término "forma" se emplea, en cambio, para significar que la transición es la forma jurídica a través de la cual la función puede ser "observada" en el curso de su "hacerse". Es la manifestación externa y jurídicamente relevante de una función: la forma visible para el observador y para el estudioso.

Conviene reiterar que esta función involucra diversas medidas (leyes, actos de dirección y de programación, resoluciones, controles, acciones y actividades, todos orientados a las reformas y a la consecución de los objetivos), diversos sujetos (en varios niveles institucionales), así como variados "instrumentos jurídicos" (del *command and control* a los *market based tools*, de los contratos de río a las comunidades energéticas, hasta llegar a los mecanismos de valorización y de compensación de los servicios ecosistémicos: los llamados PES (siglas en inglés para payments for ecosystem services), e interesa incluso a los jueces y, en cierta medida, requiere la cooperación de los actores privados.

Para recurrir al léxico luhmanniano, la transición es una "forma" dotada de la aptitud de reunir en una síntesis diversas operaciones comunicativas coordinadas y unificadas entre sí.

---

9 La fuente [que modifica el Reglamento (CE) n. 401/2009 y el Reglamento (UE) 2018/1999] prevé un sistema de monitoreo sobre la consecución de los objetivos intermedios confiado a la Comisión Europea, que puede formular recomendaciones a los Estados miembros si advierte desviaciones.

10 Ella, obviamente, se inspira en las reflexiones, surgidas en el seno de la ciencia jurídica, de F. Benvenuti (1952, pp. 118 y ss.).

4. La segunda parte de la definición, con una digresión sobre la necesidad de considerar y otorgar relevancia a una pluralidad de caracteres típicos de las transiciones

La definición propuesta hasta aquí no es aún suficiente, porque no aclara cómo el derecho debe tratar los distintos intereses involucrados ni qué principios pueden gobernar las transiciones. Es preciso, pues, dotarla de ulterior espesor jurídico.

El desafío de brindar una más meditada y completa definición jurídica de la transición debe afrontarse mediante una ulterior profundización, a fin de considerar algunos aspectos de la problemática de fondo y otorgarles la oportuna relevancia jurídica.

Las transiciones, ante todo, no son simples estrategias sectoriales: apuntan a un cambio estructural de la sociedad y de los modelos de desarrollo. Por ello presentan a menudo dinámicas de *stop and go*, influidas por sobrevenientes económicos, energéticos o geopolíticos sin que decaiga la relevancia del objetivo final. La crisis energética ligada a la guerra, por ejemplo, ha perturbado la transición ambiental, estimulando debates sobre la reapertura de las centrales de carbón o sobre la revalorización de la energía nuclear.

Las transiciones, además, ponen en juego a las generaciones futuras, verdadero "convidado de piedra" de muchas decisiones públicas, y se sitúan siempre dentro de un entramado de crisis conectadas entre sí: ambiente, energía, finanzas públicas, salud, tecnología, demografía, migraciones. De aquí, la exigencia de reglas capaces de gobernar responsabilidades y relaciones intergeneracionales.

Asimismo, las crisis (a las cuales las transiciones procuran dar respuestas), junto con sus efectos, se presentan a veces como imprevisibles (crisis económica, crisis financiera, crisis sanitaria, crisis energética). En realidad, a menudo se advierte *ex post* que decisiones más responsables en el pasado habrían podido contenerlas o, en todo caso, prefigurarlas.[11]

Por último, es posible detenerse en un ulterior y decisivo elemento, particularmente útil para la reconstrucción teórica, consistente en el señalamiento de que, desde el punto de vista jurídico, la transición suscita la producción de un conjunto de normas de caracteres del todo específicos.

Se trata de normas que gobiernan las relaciones y las responsabilidades inter-

11 Significativo es el esfuerzo realizado por el Decreto legislativo italiano del 4 de septiembre de 2024, n. 138 (que traspone la directiva UE 2022/2555, relativa a medidas para un nivel común elevado de ciberseguridad en la Unión, que modifica el reglamento UE n. 910/2014 y la directiva UE 2018/1972 y que deroga la directiva UE 2016/1148), para gestionar las crisis informáticas en el contexto de aquellas que involucran aspectos de ciberseguridad. El entramado normativo, entre otras cosas, se caracteriza por un enfoque multinivel, pone en primer plano el rol de las administraciones, se inspira en el principio de prevención e impone numerosas obligaciones a los sujetos involucrados (ver, infra, párr. 5).

generacionales y que se aplican cuando emerge la necesidad de adoptar decisiones que impactan sobre las generaciones futuras. Todo ello, precisamente, ocurre en el contexto de las crisis ambientales, de las crisis económico-financieras, de las cuestiones sanitarias (Pantalone, 2023), de la inmigración, de las finanzas públicas, de la corrupción, de las crisis alimentarias, del crecimiento demográfico y, naturalmente, de las crisis energéticas.

5. Continúa: la emergencia de un derecho objetivo de las responsabilidades intergeneracionales

La plausibilidad de la propuesta aquí delineada (esto es, el surgimiento progresivo de un sector autónomo del derecho, susceptible de ser considerado científicamente de manera unitaria y que tiene por objeto las responsabilidades y las relaciones intergeneracionales, capaz de guiar la acción de los diversos actores involucrados en las transiciones) se apoya en diversas consideraciones.

Ante todo, las transiciones constituyen respuestas estructuradas a crisis diversas, pero unidas por algunos rasgos: globalidad o, en todo caso, irreductibilidad a la sola escala estatal, pluralidad de las causas, desconexión entre causas y efectos, asimetrías informativas, entrelazamiento con la ética, dificultad de individualizar los centros decisorios más apropiados.

El denominador común de estas transiciones, además, es el desarrollo sostenible, cuyo radio de acción se ha ampliado progresivamente mucho más allá del ambiente, hasta incluir el presupuesto, la deuda pública, la instrucción.

Asimismo, la gestión de las transiciones tiene lugar (o se espera que tenga lugar) también a nivel supranacional (en particular a nivel europeo, un buen ejemplo paradigmático está representado por la deuda común asumida a nivel de la UE con el paquete Next Generation EU). También este rasgo común insta a individualizar un filtro teórico común y un marco jurídico unitario, sin olvidar, empero, las "repercusiones" del fenómeno a nivel doméstico.

Cabe agregar que todas las crisis de la contemporaneidad (dotadas de repercusiones intergeneracionales) impactan sobre ciertos elementos.

Estas tienen que ver con el tema de la justicia, lo cual, como se anticipó, no puede sino interesar a los juristas. Considérese, por citar una sola confirmación, que, en el ámbito de la política de cohesión, el Reglamento 2021/1056/UE del 24 de junio de 2021 instituyó un Fondo para una Transición Justa (JTF) con el fin de sostener a los territorios que afrontan graves desafíos socioeconómicos derivados del proceso de transición hacia los objetivos de neutralidad climática, esto es, para evitar una transición injusta. La referencia a la equidad intergeneracional, ínsita en el principio del desarrollo sostenible, además, puede fácilmente transformarse en equidad

intrageneracional. A la luz de un canon de razonabilidad y de equidad, en efecto, no cabe hacerse cargo de las generaciones futuras y descuidar a quien sufre aquí y ahora. Ello determina una diferente forma de ampliación de los contenidos del principio (que, por ejemplo, ilumine la solución de los problemas de la distribución de la riqueza, del alimento, etcétera): solidaridad diacrónica y sincrónica, pues, se sueldan entre sí.

Bajo otro perfil, las crisis inciden sobre las cuentas públicas, exigiendo una acción que coloca en el centro al poder público.

Las respuestas a las crisis, además, implican casi siempre la acción de la Administración pública. La centralidad de sus funciones en la pandemia, en el combate al cambio climático, en la transición energética y en la regulación de los flujos migratorios confirma que el derecho administrativo constituye un observatorio privilegiado para reconstruir el régimen de las transiciones.

6. Una reflexión de síntesis: transición y responsabilidades intergeneracionales

El eje de la rama unitaria del derecho aquí evocada es el principio del desarrollo sostenible, entendido como canon de responsabilidad intergeneracional. Las decisiones públicas y privadas que inciden sobre el futuro no pueden leerse únicamente en términos de libertad o de utilidad presente: implican deberes de protección, de prevención y de equitativa distribución de los costos entre sujetos, territorios y generaciones.

En todos los casos mencionados, en efecto, las decisiones a adoptar apuntan a salvaguardar también los intereses de las generaciones futuras, y ello se asegura gracias al cumplimiento de deberes jurídicos por parte de las generaciones actuales, las cuales deben dejar de lado la pretensión de derechos intocables e inalienables, como significativamente ocurrió en el período COVID y como se nos exige en la transición verde.

En el contexto italiano, el paradigma de las responsabilidades intergeneracionales puede fundarse fácilmente en el artículo 9 de la Constitución italiana (modificado en 2022), que obliga a la República a tutelar el ambiente, la biodiversidad y los ecosistemas también en interés de las generaciones futuras. Aunque referida expresamente al ambiente, la norma expresa un principio de responsabilidad que puede fungir como criterio de lectura también para decisiones y políticas que impacten sobre las generaciones futuras. En esta perspectiva, la transición puede definirse no sólo como forma de la función, sino también como forma de cumplimiento de deberes intergeneracionales, comunes pero diferenciados.

Este planteo permite leer de modo unitario algunos rasgos típicos de las tran-

siciones antes mencionados: su carácter estructural, la presencia constante de las generaciones futuras, el desenvolvimiento no lineal de los procesos, la interconexión de las crisis y la exigencia de una continua evaluación de los riesgos. La sostenibilidad, en efecto, es un criterio de justicia: impone atender a la duración de los efectos, a su distribución y a la prohibición de descargar sobre los vulnerables de hoy o sobre las generaciones de mañana los costos de las decisiones presentes.

También los momentos de *stop and go* que caracterizan —y a veces frenan— las transiciones son reconducibles al paradigma o justificables por éste: las políticas que tienen un impacto sobre las generaciones futuras son recorridos largos y articulados; la responsabilidad y la solidaridad intergeneracional, por su naturaleza, deben ser adaptadas y recalibradas, padecen momentos de crisis y detención, aun manteniendo firme el objetivo final.

Los principios del derecho de las responsabilidades intergeneracionales, además, les imponen a los decisores (en el cumplimiento, precisamente, de deberes de protección) considerar las interconexiones entre las diversas crisis, evitando saltos de crisis y contagios entre ellas.

El enfoque fundado en la dimensión del deber y de la responsabilidad,[12] además, exige reflexionar sobre la efectiva imprevisibilidad de las crisis, planificando las actividades y evaluando constantemente los riesgos.

El paradigma, en fin, es coherente con la solidaridad intergeneracional y con la intrageneracional, que nutre el principio del desarrollo sostenible y justifica el enfoque multinivel, involucrando a cada sede decisoria según sus propias responsabilidades.

En términos luhmannianos, la definición de la transición como forma de la función y como forma de cumplimiento de responsabilidades intergeneracionales no excluye que el fenómeno pueda ser tematizado por otros sistemas sociales con códigos y semánticas propios, iluminando de él perfiles diferentes. El derecho, empero, ofrece no sólo una "propia" definición, sino también un marco de principios (aun cuando muy genéricos) a la luz de los cuales iluminar y procesar las políticas públicas y los comportamientos de los particulares.

La alusión induce a detenerse en el régimen jurídico de las transiciones, en ver-

12 La relevancia del deber, de la responsabilidad y de la perspectiva intergeneracionales halla confirmación en el análisis de la Corte Constitucional italiana, sentencia del 19 de junio de 2024, n. 105: "Peculiar es, asimismo, la perspectiva de tutela hoy indicada por el legislador constitucional, que no sólo remite a los intereses de los individuos y de la colectividad en el momento presente, sino que se extiende también (como ya, por lo demás, prefigurado por numerosos pronunciamientos de esta Corte anteriores a la reforma: […]) a los intereses de las generaciones futuras: y, por ende, de personas aún no venidas a la existencia, pero respecto de las cuales las generaciones actuales tienen un preciso deber de preservar las condiciones para que también ellas puedan gozar de un patrimonio ambiental lo más íntegro posible, y cuyas diversas matrices permanezcan caracterizadas por la riqueza y diversidad que lo connotan".

dad ya esbozado. Este puede extraerse fácilmente al analizar el derecho del ambiente. Los pilares de la nueva rama del derecho, en efecto, son los principios surgidos en aquel contexto. Estos son capaces de guiar los esfuerzos que deben realizarse en las transiciones y en las actividades mencionadas y tienen el mérito de penetrar —y de estar ya presentes— en todo sistema jurídico. Parecen referirse, precisamente, al ambiente; sin embargo, con una mirada más profunda, se advierte que son principios que atañen a toda la rama del derecho aquí discutida (en particular, "quien contamina paga", el principio de "responsabilidad común pero diferenciada", los principios de prevención y precaución). No faltan confirmaciones en el ordenamiento jurídico. En el terreno de la transición digital, por ejemplo, la evaluación y la gestión del riesgo, pilares de la disciplina ambiental, son un fundamento también de la disciplina europea sobre la IA.[13]

7. La paz positiva: breves consideraciones

La referencia a la transición permite enfocar mejor el espacio y la fisonomía de la paz positiva.

La distinción entre paz negativa y paz positiva se reconduce normalmente a Johan Galtung (1969), que ya en las reflexiones de la década de 1970 proponía pensar la paz no sólo como ausencia de violencia directa, sino también como remoción de las condiciones estructurales que producen sufrimiento evitable y como transformación de las semánticas culturales que legitiman exclusión y opresión. La paz negativa, en su significado mínimo, remite en cambio a la no guerra o, más precisamente, a la ausencia de violencia organizada; esta permanece esencial, pero dice poco acerca de la calidad jurídica e institucional de la convivencia. Por esta razón, definir la paz sólo en relación con la guerra crea problemas teóricos y axiológicos: la paz termina por construirse por sustracción, casi como simple contrario del conflicto armado, mientras que la perspectiva de la paz positiva permite pensarla por adición, como práctica de justicia, inclusión, equidad y seguridad (valores que, como se percibe de inmediato, remiten al principio de la sostenibilidad tal como es declinado por la Agenda 2030).

Junto a esta raíz sociológica y política, la semántica contemporánea de la paz positiva se ha nutrido también de un léxico de matriz religiosa y, en particular, de la idea de que la paz resulta de un orden justo de la convivencia y se actualiza a través de mujeres y hombres que se inspiran en la justicia y la practican. En esta línea se

13 La expansión de algunos institutos o principios (destinados a superar los confines del sector ambiental más restringido) podría justificar el uso de políticas de adaptación (y no sólo de mitigación) en el sector digital o la aplicación del principio "quien utiliza paga" por la transferencia incesante de datos a plataformas y redes.

sitúa el magisterio social de la Iglesia, que desde la Encíclica *Pacem in terris* hasta la más reciente *Magnifica Humanitas* concibe la paz no como mera ausencia de guerra, sino como construcción de un orden justo, inclusivo e institucionalmente responsable, fundado en el diálogo, en la mediación, en la contención de la escalada lingüística y en el fortalecimiento de las instituciones multilaterales. En esta dirección se ha movido también la reflexión más reciente, que ha extendido la paz positiva hasta comprender justicia social, no violencia personal y estructural, sostenibilidad ambiental, relaciones interpersonales constructivas y transformación institucional e internacional.

La paz positiva puede definirse como una forma de transición perenne y sostenible. Precisamente, la sostenibilidad permite delimitar el campo jurídico de la paz positiva: los 17 Objetivos de la Agenda 2030 —en particular los relativos a pobreza, salud, educación, igualdad, reducción de las desigualdades, ciudades sostenibles, clima, paz, justicia e instituciones sólidas— constituyen el lugar en el cual toma forma. Quien habla de paz positiva, en el fondo, evoca la urgencia de trabajar dentro de aquellos objetivos.

La sostenibilidad, por lo demás, permite no sólo perimetrar el "campo" y los objetivos de la paz positiva, sino también enfocar la actitud que debe guiar los esfuerzos para conseguirla y mantenerla, actitud que, al menos en parte, está regida por un régimen jurídico mínimo: deberes y responsabilidades (y no ya un genérico "que todos nos queramos"), con un fundamento constitucional que, en Italia, se halla no sólo en el art. 9, sino también en el art. 2 de la Constitución italiana.

De este modo, es posible, por ejemplo, "recortar" aquello que es reconducible a la paz positiva en la acción de las instituciones, en las relaciones laborales o en las relaciones familiares, e individualizar un criterio para calificar los comportamientos.

Es aquí donde la sostenibilidad muestra su significado más riguroso: la paz positiva es practicable sólo si las instituciones, con el tiempo, evitan que los costos de las crisis se descarguen sobre los vulnerables (hoy) o sobre las generaciones futuras (mañana).

Esta es la esencia de la paz positiva: entregar a las generaciones futuras condiciones de convivencia mejores —o no peores— que las que hemos heredado.

En última instancia, la esencia de la paz positiva es una justicia sostenible, al menos en parte jurídicamente relevante (en la medida en que sea traducible, en términos luhmannianos, a la comunicación jurídica), que se traduce en responsabilidad institucional continua.

8. La centralidad de la tutela del ambiente

El derecho del medioambiente sigue siendo el laboratorio principal del régimen jurídico de las transiciones. Este ofrece, en efecto, una semántica ya estructurada para tratar problemas intergeneracionales: centralidad del poder público, deber, prevención, precaución, responsabilidad, control del ejercicio de los poderes. Precisamente porque el ambiente constituye la punta más visible de una más amplia constelación de crisis, el derecho ha comenzado desde allí a construir instrumentos que hoy pueden irradiarse también hacia otros ámbitos.

El ambiente permanece central también porque, más que otros bienes, hace evidente la necesidad de adoptar decisiones estratégicas capaces de incidir en el largo plazo y de orientar la responsabilidad hacia el futuro. Por esta vía, el derecho ambiental se postula para brindar la primera y más sólida respuesta jurídica al problema de las elecciones intergeneracionales.

En el plano del derecho positivo, ello significa, en Italia, que el art. 9 de la Constitución italiana es una norma central para las transiciones bajo al menos dos perfiles. Por un lado, expresa el principio base que las gobierna (que conduce a la responsabilidad intergeneracional: "también en interés de las generaciones futuras") y que puede aplicarse a las elecciones de los sujetos involucrados en la "función" de la cual la transición es forma. Se trata, pues, de la norma fundamental sobre las transiciones.

Finalmente, debe considerarse que todas las grandes crisis de la contemporaneidad y las respuestas que frente a ellas se articulan —esto es, las transiciones— inciden sobre los recursos ambientales: piénsese en la crisis económica, en la transición digital, en las guerras, entre otros fenómenos. De ello se desprende que la norma constitucional italiana posee también una dimensión prescriptiva. Con referencia a la transición entendida como cumplimiento de una responsabilidad, dicha norma impone, en todo caso, la tutela del medio ambiente, de la biodiversidad y de los ecosistemas cuando —y precisamente porque—, al adoptarse decisiones "también en interés de las generaciones futuras", la acción de la generación actual corre el riesgo de menoscabar el ambiente del que es depositaria y que puede constituir, a la vez, palanca o víctima de la transición.

Bibliografía

Avitabile, L. (1998). *Diritto e osservatore. Un'interpretazione di Jaspers in costante riferimento a Luhmann*. Giuffrè.

Becchetti, L. y Forte, G. A. (2021). *Il libro bianco della transizione ecologica*. Rubbettino.

Benvenuti, F. (1952). Funzione amministrativa, procedimento, processo. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 118 y ss.

Boschetti, B. (2021). Transizione digitale e amministrazione (eco)sistemica. *Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale*, (209), 53-81.

Bresso, M. (2021). *Economia ecologica. La transizione ambientale verso uno sviluppo sostenibile*. Jaca Book.

Cintioli, F. (2021). Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice. *Giustizia Amministrativa*. https://goo.su/Abq572G

Comisión Europea. (14 de julio de 2021). *COM (2021) 550. Pronti per il 55%": realizzare l'obiettivo climatico dell'UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica.*

Comisión Europea. (2023). Recomendación (UE) 2023/1425 de la Comisión, de 27 de junio de 2023, sobre la facilitación de financiación para la transición a una economía sostenible. *Diario Oficial de la Unión Europea, L 174*, 19-46.

Consejo de la Unión Europea. (2022). Recomendación del Consejo, de 16 de junio de 2022, para garantizar una transición justa hacia la neutralidad climática (2022/C 243/04). *Diario Oficial de la Unión Europea, C 243*, 35-51.

Costantino, S. (1983). *La ragione amministrata*. Ila Palma.

De Giorgi, R. (1979). *Scienza del diritto e legittimazione. Critica dell'epistemologia tedesca da Kelsen a Luhmann*. De Donato.

De Leonardis, F. (2023). *Lo Stato ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercati*. Giappichelli.

Di Salvatore, E. (Ed.). (2025). *Transizione ecologica e mobilità sostenibile*. Giuffrè.

F. de Leonardis, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni, en Dir. amm.*, 2021, 779 y ss.;

Favaro, T. (2020). *Regolare la "transizione energetica". Stato, mercato, innovazione*. CEDAM.

Febbrajo, A. (1975). *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*. Giuffrè.

Fracchia, F. (2023). *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme*. *Diritto dell'Economia*, (2).

Fracchia, F. (2024). *Transizioni: il punto di vista del diritto amministrativo*. Editoriale Scientifica.

Galletta, D. U. (2022). Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare. *Federalismi*, (7/2022), 103 y ss.

Galtung, J. (1969). Violence, Peace, and Peace Research. *Journal of Peace Research, 6*(3), 167-191.

Italiadecide. (2021). *Rapporto 2021. Una fiducia sostenibile. La collaborazione tra pubblico e privato per la transizione ecologica*. Il Mulino.

Luhmann, N. (1972). *Rechtssoziologie*. Rowohlt.

Luhmann, N. (1974). *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*.

Luhmann, N. (1978). *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. W. Kohlhammer.

Luhmann, N. y De Giorgi, R. (1992). *Teoria della società*. FrancoAngeli.

Masini, S. (2022). "Transizione ecologica" dell'agricoltura. *Diritto Agroalimentare, 7*(1), 45-66.

Moliterni, A. (2020). La transizione alla "green economy" e il ruolo dei pubblici poteri. En Rossi, G. y Monteduro, M. (Ed.), *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici* (pp. 53 y ss.). Giappichelli.

Pantalone, V. P. (2023). *La crisi pandemica dal punto di vista dei doveri. Diagnosi, prognosi e terapia dei problemi intergenerazionali secondo il diritto amministrativo*. Editoriale Scientifica.

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2021a). Reglamento (UE) 2021/241, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. *Diario Oficial de la Unión Europea, L 57*, 17-75.

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2021b). *Reglamento (UE) 2021/1056, de 24 de junio de 2021, por el que se establece el Fondo de Transición Justa*. *Diario Oficial de la Unión Europea, L 231*, 1-20.

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2021c). *Reglamento (UE) 2021/1119, de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática («Legislación europea sobre el clima»)*. *Diario Oficial de la Unión Europea, L 243*, 1-17.

Petrachi, M. (2023). *La tutela dell'ambiente nel prisma della transizione ecologica*. Giappichelli.

Rieu, A.M. (2021). *Managing Knowledge, Governing Society: Social Theory, Research Policy and Environmental Transition*. Routledge.

Romano, B. (1996). *Filosofia e diritto dopo Luhmann. Il tragico del moderno*. Bulzoni Editore.

Ronchi, E. (2021). *Le sfide della transizione ecologica*. Piemme.

Scalia, F. (2020). *Energia sostenibile e cambiamento climatico. Profili giuridici della transizione energetica*. Giappichelli.

Severini, G. (2022). *La "transizione" come ordinamento giuridico*. Giustizia Insieme.

Sgueo, G. (2021). La transizione digitale. Giornale di Diritto Amministrativo, (6-2021), 746 y ss.

Sgueo, G. (2022). La visione e la voce nella transizione digitale dei governi democratici. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1015 y ss.

Ventimiglia, C. (2021). *Cultura e amministrazione nella transizione digitale*. Cacucci Editore.

Vetrò, F. (2022). Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica. *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comparato*, (1), 53-100.

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta haber cumplido los siguientes roles de autoría: conceptualización, investigación, metodología, análisis formal, redacción del borrador original. revisión y edición. supervisión. Asimismo, declara no tener conflicto de intereses.

Doctrina de derecho administrativo en el Estado constitucional

Derecho Administrativo en el Estado Constitucional
N° 2 (octubre de 2026): 205-211

El principio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

The Principle of Equality in the Case Law of the Supreme Court of Argentina

Roberto Saggese[1]
Secretario letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Sumario

1. El concepto clásico de igualdad
2. Categorías sospechosas
3. Igualdad estructural
4. Nuevo concepto de categorías sospechosas
5. Categorías sospechosas y acciones afirmativas
6. Conclusión

https://doi.org/10.26422/daec.2026.0200.sag

Resumen

El propósito de este artículo es realizar un breve análisis sobre la evolución del principio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El concepto clásico de igualdad como no discriminación ha sufrido en los últimos años dos modificaciones importantes. La primera, en el año 2004, en el caso *Hooft*, donde la Corte introdujo por pri-

1 Doctor en Derecho por la Universidad Católica Argentina. Posdoctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Profesor de posgrado en la Universidad de Buenos Aires (Especialización y Maestría en Derecho Constitucional, Maestría en Derecho Procesal Constitucional y Especialización en Derecho Procesal Civil), Universidad Austral (Maestría en Derecho Procesal) y Universidad de San Andrés (codirector de la Diplomatura en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación). Autor de los libros *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino* (Rubinzal-Culzoni, 2010) y *El estándar de presunción de inconstitucionalidad en la jurisprudencia de la CSJN* (Rubinzal-Culzoni, 2024) y de artículos sobre control de constitucionalidad publicados en revistas especializadas.
rsaggese@csjn.gov.ar

mera vez en su jurisprudencia el concepto de categorías sospechosas. La segunda, aún más importante que la primera, se produjo en 2017 con el precedente *Castillo*. Allí, el tribunal sentó el criterio de que la igualdad debe ser entendida también desde una perspectiva estructural que tenga en cuenta el contexto social en el que las normas se aplican y, sobre todo, el modo en que impactan en los grupos desaventajados. Esta nueva visión implicó, a su vez, una reformulación del concepto de categorías sospechosas, que resulta más compatible con las acciones afirmativas previstas en el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional.
Palabras clave: igualdad, jurisprudencia, Corte Suprema de Justicia de la Nación, discriminación, categorías sospechosas, perspectiva estructural, contexto social, grupos desaventajados, discriminación sistémica, control de constitucionalidad, estándar, presunción, inconstitucionalidad, acciones afirmativas, democracia, proceso político.

Abstract
The purpose of this article is to provide a brief analysis of the evolution of the principle of equality in the case law of the Supreme Court of Argentina. In recent years, the traditional conception of equality as non-discrimination has undergone two significant changes. The first occurred in 2004, in *Hooft*, when the Court introduced the concept of suspect classifications into its case law for the first time. The second, even more significant development took place in 2017, with the landmark decision in *Castillo*. In that case, the Court established that equality must also be understood from a structural perspective that takes into account the social context in which legal norms are applied and, above all, their impact on disadvantaged groups. This new approach, in turn, entailed a reformulation of the concept of suspect classifications, making it more compatible with the affirmative action measures provided for in Article 75(23) of the Argentine Constitution.
Key words: equality, case law, Supreme Court of Argentina, discrimination, suspect classifications, structural perspective, social context, disadvantaged groups, systemic discrimination, judicial review, standard, presumption, unconstitutionality, affirmative action, democracy, political process.

1. El concepto clásico de igualdad

En la jurisprudencia clásica de nuestra Corte Suprema en materia de igualdad, el derecho de las personas a ser tratadas de igual modo por la ley no implicaba una equiparación rígida entre ellas, sino un principio genérico que no impedía la existencia de diferenciaciones legítimas. La igualdad no era otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a algunos de lo que en iguales circunstancias se concedía a otros. El criterio de distinción no debía ser arbitrario o responder a un propósito de hostilidad a personas o grupos de personas determinados. De ahí que se atribuyera a la prudencia del legislador una amplia

latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de su reglamentación en la medida en que dichas distinciones obedecieran a una razón objetiva de diferenciación.[2]

De acuerdo con ello, las clasificaciones introducidas por la ley, a la luz del artículo 16 de la Constitución Nacional, tenían siempre una presunción favorable que debía ser derrotada por la parte interesada, demostrando que la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional era manifiesta, clara e indudable.[3]

No obstante, esa concepción tradicional ha sufrido en los últimos años cambios sustanciales en la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal. Primero fue complementada con el concepto de categorías sospechosas, con fundamento en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, y luego con la idea de igualdad estructural, con sustento en el inciso 23 de ese artículo. Esto último implicó, a su vez, una redefinición de las categorías sospechosas, que permitió compatibilizar esa nueva visión de la igualdad con las acciones afirmativas previstas en dicho inciso.

2. Categorías sospechosas

En el precedente *Hooft* del año 2004,[4] la Corte empezó a delinear una nueva concepción de la igualdad, al considerar —por primera vez en una decisión mayoritaria— que a partir de la incorporación de los tratados de derechos humanos a la Constitución (artículo 75, inciso 22) existe en nuestro derecho la prohibición expresa de realizar distinciones o clasificaciones fundadas en los motivos mencionados en el artículo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social).[5]

Este tipo de clasificaciones pasaron a ser sospechosas (de inconstitucionalidad), y esa sospecha motiva la aplicación de un estándar específico de control de constitucionalidad, mucho más intenso que los tradicionales, conocido como "estándar de presunción de inconstitucionalidad". Mientras en el enfoque tradicional, para decidir si una diferencia de trato era legítima, se analizaba su mera razonabilidad —es decir, si la distinción perseguía *fines legítimos* y constituía un *medio adecuado* para alcanzar esos fines—, en esta nueva concepción, cuando las diferencias de trato están basadas en ca-

2 Fallos: 153:67; 229:428; 229:765; 302:457; 306:195; 306:1560; 306:2147; 320:1166.

3 Fallos: 100:318; 209:200; 210:848; 210:1129; 246:172; 314:424.

4 Fallos: 327:5118.

5 La primera referencia a esta idea en la jurisprudencia de la Corte aparece en el voto concurrente de los jueces Petracchi y Bacqué en el caso *Repetto*, fallado en 1988 (Fallos: 311:2272). También puede verse en el voto concurrente del juez Petracchi en *González Delgado*, del año 2000 (Fallos: 323:2659).

tegorías específicamente prohibidas (sospechosas), se aplica un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez. Esa presunción, como cualquier otra, conlleva la inversión de la carga de la prueba o de la argumentación, de modo que será el demandado quien tendrá que probar o argumentar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el *medio necesario* (menos restrictivo) para cumplir un *fin sustancial*.[6]

3. Igualdad estructural

En el año 2017, la Corte dio otro paso importante. En el precedente *Castillo*,[7] consideró que, a la luz del artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional y de las diversas disposiciones contenidas en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, la igualdad debe ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una *perspectiva estructural* que tenga en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. Esta nueva comprensión considera el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas, las prácticas que de ellas se derivan y el modo en que impactan en los grupos desventajados.

La Corte entendió que hay supuestos en los cuales las normas no contienen una distinción sospechosa en sentido estricto, sino que en su literalidad aparecen como neutras porque no distinguen entre grupos para dar o quitar derechos a algunos y no a otros. A pesar de su apariencia —que por sí sola no ofrece ningún reparo de constitucionalidad—, puede ocurrir que, *prima facie*, la norma aplicada en un contexto social determinado produzca un impacto desproporcionado sobre un grupo. Se trata de leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras, pero causantes de una *discriminación sistémica* que genera desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros.

Bajo esa premisa, la Corte consideró que en esos supuestos será necesario comprobar la manera en que la norma se implementó. Es decir, la disposición cuestionada por la existencia *prima facie* de discriminación requiere analizar los efectos que su aplicación generó en la realidad y, si se comprobara la desigualdad, el Estado debería justificar la necesidad de esos efectos desproporcionados para evitar la declaración de inconstitucionalidad.

---

6 Esta doctrina se fue consolidando en varios precedentes posteriores, entre los que pueden mencionarse *Gottschau* (2006, Fallos: 329:2986), *Reyes Aguilera* (2007, Fallos: 330:3853), *Mantecón Valdés* (2008, Fallos: 331:1715), *Partido Nuevo Triunfo* (2009, Fallos: 332:433), *Pérez Ortega* (2013, Fallos: 336:131), *Sisnero* (2014, Fallos: 337:611), *Zartarian* (*Z., J. J. c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/ plena jurisdicción*, sentencia del 20 de agosto de 2014, no publicada en la Colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) y *Cosani* (2024, Fallos: 347:2115).

7 Fallos: 340:1795.

A diferencia de la concepción anterior, donde la categoría sospechosa y la consecuente presunción de inconstitucionalidad surgen del propio texto de la norma, aquí ambas cosas derivan de los efectos que la norma produce en un caso dado. Mientras que en el primer supuesto la discriminación es expresa y se conoce de antemano, en el segundo está encubierta y solo puede percibirse luego de examinar las consecuencias prácticas que genera. En definitiva, una norma de apariencia neutral que pierde su presunción de constitucionalidad por los efectos que produce.

De esta manera, la Corte cambió una antigua doctrina según la cual la colisión con los principios y garantías de la Constitución Nacional debía surgir de la ley misma y no de la aplicación irrazonable que de ella pudiera hacerse en un caso concreto.[8] En ese sentido, el tribunal tenía dicho que efectuar el análisis de constitucionalidad de las normas sobre la base de los resultados obtenidos en su aplicación importaría valorarlas en mérito a factores extraños a ellas y que, por tanto, resultaría inadmisible declarar la inconstitucionalidad de una ley a causa de contingencias atinentes a su cumplimiento, dado que éstas pueden ser modificadas permanentemente.[9] A su vez, con especial referencia a la igualdad, tenía un criterio consolidado según el cual la afectación a la garantía del artículo 16 de la Constitución Nacional requería que la desigualdad resultara del texto mismo de la ley y no de la aplicación que de ella hubiera realizado la autoridad encargada de su ejecución.[10]

4. Nuevo concepto de categorías sospechosas

En todos los casos fallados con anterioridad a *Castillo*, la Corte centró el análisis exclusivamente en que las normas o actos cuestionados hacían distinciones en función de alguno de los criterios prohibidos.[11] En cambio, en *Castillo* valoró que esa distinción, además de basarse en un criterio prohibido, resultaba en perjuicio de un grupo minoritario, desaventajado o excluido.

Bajo el fundamento anterior a *Castillo*, la sola distinción en función de un criterio prohibido por la Constitución o por los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional era suficiente para transformar esa distinción en sospechosa, sin importar si resultaba en favor o en contra de algún grupo en particular. En cambio, según el fundamento de *Castillo*, la configuración de una categoría como sospechosa requiere necesariamente que la distinción sea en perjuicio de un grupo minoritario o vulnerable.

---

8 Fallos: 288:325; 317:44; 324:920; 330:3109.

9 Fallos: 288:325.

10 Fallos: 237:266; 272:231; 294:87.

11 Nacionalidad, en *Hooft*, *Gottschau*, *Reyes Aguilera*, *Mantecón Valdés* y *Pérez Ortega*; género, en *Zartarian* y *Sisnero*; ideas políticas, en *Partido Nuevo Triunfo*; edad, en *Cosani*.

Se trata de dos conceptos distintos de categorías sospechosas que responden, a su vez, a diferentes concepciones de la igualdad. Mientras que el primero se identifica con el principio de igualdad como no discriminación, el segundo está asociado a la idea de igualdad estructural.

El primer concepto de categorías sospechosas no persigue la protección de ningún grupo en especial, sino que tiende simplemente a evitar cualquier trato discriminatorio considerado objetivamente, partiendo de la idea de que sería muy difícil justificar un trato desigual basado en alguno de los criterios prohibidos. Todas esas distinciones serán, por esa sola circunstancia, sospechosas. Este concepto no pondera el contexto social en el que las normas o actos se aplican ni considera si el sujeto discriminado pertenece o no a un grupo minoritario o vulnerable.

Por el contrario, el segundo concepto de categorías sospechosas tiene en cuenta el contexto social y apunta a la protección de los grupos desaventajados, intentando revertir o compensar la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los miembros de esos grupos para ejercer plenamente sus derechos en razón de distintas circunstancias.

Mientras que para el primer concepto las eventuales desventajas que puedan sufrir ciertos grupos son irrelevantes, para el segundo resultan dirimentes. En el primer caso, lo que convierte a una clasificación (o categoría) en sospechosa es la mera elección de un criterio prohibido; en el segundo, la elección de un criterio prohibido que perjudique a un grupo vulnerable.

Por esa razón, en todos los casos anteriores a *Castillo*, la Corte no realizó consideraciones sobre la situación de algún grupo en particular, pero sí lo hizo en ese precedente, al aludir a grupos (religiosos) minoritarios y estructural o históricamente excluidos.

Estas distintas concepciones no son meramente teóricas. Tienen consecuencias prácticas importantes y en muchos casos podrían llevar a decisiones diferentes. Por ejemplo, una norma que otorgue un trato preferencial a los varones respecto de las mujeres resultaría sospechosa bajo ambos conceptos; pero si el trato preferente fuera en favor de las mujeres, la norma seguiría siendo sospechosa para el primero, pero no para el segundo. Ello es así porque el primer concepto es neutro en cuanto protege a ambos sexos por igual, sin reconocer la situación de que uno de ellos ha sido históricamente desfavorecido. En cambio, para el segundo concepto, el trato preferente hacia las mujeres no solo no sería sospechoso, sino que incluso resultaría necesario para revertir aquella situación.

5. Categorías sospechosas y acciones afirmativas

Las diferencias apuntadas ponen en evidencia cierta dificultad a la hora de congeniar el primer concepto de categorías sospechosas con las acciones afirmativas previstas

en el artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional, pues estas últimas deberían ser consideradas sospechosas en tanto generan un trato desigual en función de alguno de los criterios prohibidos. Se daría así la paradoja de que acciones tendientes a revertir una eventual situación de desigualdad serían vistas con desconfianza y, por consiguiente, sometidas a un escrutinio judicial más estricto.

La cuestión fue zanjada por la Corte en *Castillo*, al sostener que el fundamento de las categorías sospechosas es *revertir la situación de desventaja* en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico en razón de muy variadas circunstancias (sociales, étnicas, culturales, religiosas, etcétera).

De esta manera, la Corte compatibilizó el concepto de categorías sospechosas con las acciones afirmativas. A partir de *Castillo*, para que una distinción configure una categoría sospechosa, se requieren dos condiciones: [i] una distinción basada en alguno de los criterios prohibidos por la Constitución Nacional o por los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional; y [ii] que esa distinción resulte en perjuicio de una o más personas pertenecientes a un grupo minoritario o desaventajado.

6. Conclusión

Dado que la principal consecuencia de calificar cualquier distinción como una categoría sospechosa consiste en la aplicación de un estándar de control de constitucionalidad mucho más intenso que los tradicionales, la doctrina actual de la Corte en materia de igualdad muestra que el tribunal ha querido otorgar la máxima protección posible a los derechos de las minorías y de los grupos históricamente marginados o subordinados.

Aun bajo el normal desenvolvimiento de las reglas democráticas, existe el riesgo de que ciertos grupos minoritarios o desaventajados resulten perjudicados. En contextos de desigualdad estructural, es frecuente que sus integrantes tengan dificultades para influir en la esfera pública en general y en la acción política en particular. Por distintas razones, suelen tener serios inconvenientes para hacer escuchar su voz en los procesos en los cuales las mayorías toman las decisiones. Por ello, es posible pensar que, cuando esos resultados afectan los derechos de estos grupos (o de alguno de sus integrantes), se genera una desconfianza que justifica someter esas decisiones a un escrutinio judicial más estricto, como un modo de compensar aquellas dificultades para participar en el proceso político democrático.

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 responsabilidad del Estado por daños sufridos por personas privadas de libertad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

State Liability for Damages Suffered by Persons Deprived of Their Liberty in the Jurisprudence of the Supreme Court of Argentina

María Josefina Rotaeche[1]
Universidad de Buenos Aires. Ministerio Público de la Defensa de la Nación

Sumario

1. Introducción
2. La responsabilidad del Estado por actividad u omisión ilegítima
3. La privación de libertad y la posición de garante del Estado
4. La jurisprudencia de la Corte Suprema
4.1 El precedente *Badín*: el contenido operativo del artículo 18 de la Constitución Nacional
4.2 *Gatica*: la consolidación de la posición especial de garante
4.3 *Sosa*: el deber reforzado de prevención frente a daños ocasionados por la propia víctima
4.4 La extensión del deber de garantía: violencia de género dentro del ámbito penitenciario
5. La Ley 26944 y la configuración de la falta de servicio por omisión en contextos de encierro
6. Conclusión

https://doi.org/10.26422/daec.2026.0200.rot

1 Abogada. Magíster en Derecho Administrativo y Administración Pública de la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (orientación en Derecho Constitucional) de la Universidad de Bolonia (Italia). Profesora de grado y posgrado en la Universidad de Buenos Aires y en las Maestrías de la Universidad Nacional del Litoral, de la Universidad Nacional de Tucumán y de la Universidad Católica de Salta. Secretaria letrada del Ministerio Público de la Defensa de la Nación. Defensora pública coadyuvante en la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Federales de CABA.
mjrotaeche@gmail.com

Resumen
El trabajo analiza la responsabilidad del Estado por los daños sufridos por parte de personas privadas de libertad, a partir de los deberes específicos que surgen de la relación de especial sujeción y de la posición especial de garante que asume la Administración respecto de quienes se encuentran bajo su custodia. En particular, se examina la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de los precedentes *Badín*, *Gatica* y *Sosa*, en los que se delinean y profundizan las obligaciones estatales de custodia, protección y prevención. El análisis permite advertir que la responsabilidad estatal no depende necesariamente de una intervención directa de sus agentes en la producción del daño, sino que puede derivar del incumplimiento de deberes positivos orientados a prevenir riesgos propios del contexto de encierro. Asimismo, se aborda la incidencia de la conducta de terceros y de la propia víctima, así como la extensión de los deberes de protección a personas que, sin encontrarse privadas de libertad, ingresan a establecimientos penitenciarios bajo condiciones reguladas y controladas por la Administración. Finalmente, se sostiene que la posición especial de garante no transforma al Estado en un asegurador universal, pero sí intensifica los deberes cuya inobservancia puede configurar una prestación irregular del servicio y comprometer su responsabilidad.
Palabras clave: responsabilidad estatal, personas privadas de libertad, deberes de protección, posición de garante, relación de especial sujeción, deber de custodia.

Abstract
This paper analyzes State liability for harm suffered by persons deprived of their liberty, based on the specific duties arising from the special relationship of subjection and the special position of guarantor assumed by the State with respect to persons under its custody. In particular, it examines the development of the case law of the Supreme Court of Argentina through the "Badín", "Gatica", and "Sosa" decisions, in which the State's duties of custody, protection, and prevention are progressively defined and strengthened. The analysis shows that State liability does not necessarily depend on the direct involvement of State agents in causing the harm, but may arise from the breach of positive duties aimed at preventing risks inherent to the context of incarceration. The paper also addresses the relevance of the conduct of third parties and of the victim themselves, as well as the extension of protective duties to persons who, although not deprived of their liberty, enter penitentiary facilities under conditions regulated and controlled by the Administration. Finally, it argues that the special position of guarantor does not transform the State into a universal insurer, but rather intensifies the duties whose breach may constitute an improper provision of the public service and give rise to State liability.
Key words: state liability, persons deprived of their liberty, duties of protection, position of guarantor, special relationship of subjection, duty of custody.

1. Introducción

La responsabilidad del Estado por los daños ocasionados a personas privadas de libertad constituye un ámbito muy específico dentro del régimen general de la responsabilidad estatal, en tanto en este confluyen dos intereses jurídicos de singular relevancia. Por un lado, el ejercicio de una de las potestades más intensas de las que dispone el Estado: el poder punitivo y la ejecución de las medidas privativas de la libertad. Por otro, la obligación de garantizar la dignidad humana y los derechos fundamentales de quienes permanecen en centros de detención.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha desarrollado en esta materia una doctrina que presenta rasgos distintivos respecto del régimen general de la responsabilidad por actividad o inactividad administrativa. Mientras que, como regla, ha mantenido un criterio particularmente estricto para admitir la responsabilidad derivada de las omisiones estatales, en los casos de daños producidos en contextos de encierro esa solución se flexibiliza considerablemente. La razón de esta diferencia radica en la particular relación jurídica que se establece entre el Estado y las personas privadas de libertad.

El objetivo de este trabajo consiste en analizar la evolución de esa línea jurisprudencial y demostrar que, en los supuestos de privación de libertad, la Corte Suprema ha construido una doctrina específica de responsabilidad estatal, diferenciada de la aplicación tradicionalmente restrictiva de la responsabilidad por omisiones administrativas.

2. La responsabilidad del Estado por actividad u omisión ilegítima

La responsabilidad extracontractual del Estado por actividad o inactividad ilegítima exige, entre otros presupuestos, la existencia de una falta de servicio, categoría sobre la cual la Corte Suprema ha construido su doctrina en materia de reparación de daños derivados de la actuación estatal.

A partir del conocido precedente *Vadell*,[2] el tribunal abandonó definitivamente las construcciones subjetivas inspiradas en la culpa del agente para centrar el análisis en el funcionamiento objetivo del servicio que debe prestar el Estado. Desde entonces, la falta de servicio ha sido edificada a partir de la identificación de los deberes y obligaciones que el ordenamiento jurídico le impone a la Administración y de la verificación de su cumplimiento o incumplimiento conforme al régimen jurídico aplicable (Cassagne, 2022).

Esta concepción fue receptada por la Ley 26944, cuyo artículo 3 establece que la

2 CSJN, *Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires*, sentencia del 18/12/1984, Fallos: 306:2030.

responsabilidad por actividad o inactividad ilegítima requiere, entre otros presupuestos, la existencia de una falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de la Administración. La norma positiviza, de este modo, una categoría que ya se encontraba firmemente consolidada en la jurisprudencia de la Corte Suprema (Monti, 2015; Perrino, 2015).

En ese marco, la determinación de la falta de servicio exige, según lo ha señalado el tribunal, examinar el sistema normativo dentro del cual se desarrolla la actividad administrativa, identificar los deberes concretos impuestos por la norma aplicable y verificar si tales obligaciones fueron observadas o, por el contrario, incumplidas o ejecutadas de manera irregular.[3]

Sin embargo, la jurisprudencia del tribunal ha efectuado una distinción relevante entre los daños ocasionados por las acciones estatales y aquellos derivados de sus omisiones. Mientras que la responsabilidad originada en actuaciones positivas de la Administración ha sido admitida con mayor frecuencia y relativa amplitud, los supuestos de responsabilidad por omisión han recibido un tratamiento considerablemente más restrictivo.

En este punto, la Corte Suprema ha distinguido dos categorías de omisiones: las derivadas del incumplimiento de mandatos expresos y determinados contenidos en una norma jurídica, supuesto en el cual la falta de servicio resulta claramente identificable, y las vinculadas con objetivos legales formulados de manera general e indeterminada, respecto de las cuales la atribución de responsabilidad exige un juicio particularmente estricto, sustentado en la ponderación de los bienes jurídicos comprometidos y de las consecuencias generalizables de la decisión a tomar.[4]

Ese criterio responde a una preocupación constante del alto tribunal: evitar que la responsabilidad estatal se transforme en un sistema de garantía universal frente a cualquier daño padecido por los particulares.[5]

Sin embargo, esa construcción, que constituye la regla general en materia de responsabilidad por omisiones, no agota la doctrina elaborada por la Corte Suprema.

---

3 Ver la doctrina de la Corte en el fallo *Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense y otros s/ daños y perjuicios*, sentencia del 06/03/2007, Fallos: 330:563. Sobre la configuración de la falta de servicio como factor de atribución y su determinación a partir de la confrontación entre la actuación administrativa y los deberes jurídicos impuestos por el ordenamiento, véase Balbín (2025, t. IV, pp. 299-329).

4 Ver el fallo *Mosca* citado anteriormente. Ver comentario a esta sentencia en: Vega y Rotaeche (2008, pp. 301-320).

5 La Corte ha señalado: "El deber genérico de proveer al bienestar y a la seguridad general no se traduce automáticamente en la existencia de una obligación positiva de obrar de un modo tal que evite cualquier resultado dañoso, ni la circunstancia de que éste haya tenido lugar autoriza per se a presumir que ha mediado una omisión culposa en materializar el deber indicado. Sostener lo contrario significaría tanto como instituir al Estado en un asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quienes no está obligado a responder" (*Cohen, Eliazar v. Provincia de Río Negro y otros*, sentencia 30/05/2006, Fallos: 329:4147).

En determinados supuestos, el Tribunal ha entendido que la naturaleza de la relación jurídica existente entre el Estado y la persona damnificada modifica sustancialmente el alcance de los deberes de actuación que pesan sobre la Administración. Tal es el caso de las personas privadas de libertad.

La cuestión presenta una dificultad adicional. Si bien la Ley 26944 receptó la doctrina jurisprudencial de la falta de servicio, adoptó un criterio aún más estricto respecto de las omisiones al disponer que la responsabilidad solo procederá cuando se verifique el incumplimiento de un deber normativo expreso y determinado. La incorporación de este requisito pareciera excluir la posibilidad de fundar la responsabilidad del Estado en deberes genéricos de vigilancia, control o protección cuya delimitación dependa exclusivamente de una valoración judicial posterior. Se plantea, así, el interrogante acerca de la subsistencia de la doctrina elaborada por la Corte Suprema en relación con las personas en contexto de encierro.

3. La privación de libertad y la posición de garante del Estado

La particularidad de los daños producidos en contextos de encierro no radica únicamente en la gravedad de las consecuencias que pueden derivarse de estos. Su rasgo distintivo reside, fundamentalmente, en la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas privadas de libertad como consecuencia de la relación jurídica que se establece entre el Estado y quien se encuentra sometido a su custodia.[6]

La privación de libertad impuesta como medida precautoria o como consecuencia de una condena penal implica mucho más que una restricción ambulatoria: supone la separación de una persona del mundo exterior y el alejamiento de su entorno natural, familiar y social.

Además, el ingreso a un establecimiento penitenciario conlleva la incorporación del individuo a una organización estatal que pasa a ejercer un fuerte control sobre prácticamente todos los aspectos relevantes de su existencia cotidiana. La persona detenida pierde la posibilidad de adoptar por sí misma numerosas decisiones indispensables para la preservación de su vida, su salud y su integridad física. La alimentación, la asistencia médica, las condiciones de alojamiento, la seguridad personal, el contacto con el exterior e incluso la protección frente a la violencia de otros internos quedan, en gran medida, bajo la órbita de decisión de las autoridades penitencia-

6 La situación de vulnerabilidad de las personas sometidas al sistema penal constituye una consecuencia de la posición de subordinación en la que se encuentran frente al ejercicio del poder punitivo estatal. En este sentido, se ha destacado la necesidad de establecer límites jurídicos al poder penal para evitar que la persona sometida a dicho poder pierda la condición plena de sujeto de derechos. Para este tema, ver Zaffaroni (1989).

rias.[7] Esta situación genera una relación de dependencia particularmente intensa que modifica el contenido de las obligaciones estatales.

En efecto, los deberes generales de respeto y garantía de los derechos humanos que vinculan al Estado en virtud de los numerosos tratados internacionales con jerarquía constitucional se intensifican e implican para éste un mayor nivel de compromiso al tratarse de personas que se encuentran en una situación de fuerte dependencia de la organización estatal.

La razón es evidente: quien se encuentra privado de libertad ya no dispone de los medios necesarios para evitar por sí mismo buena parte de los riesgos a los que se encuentra expuesto. Es el Estado quien ha asumido el control de esas condiciones de existencia y, con ello, la responsabilidad jurídica derivada de esta situación (Lloveras et al., 2010).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha desarrollado esta idea mediante la noción de "posición especial de garante". Según ha señalado reiteradamente ese tribunal,

> Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna.[8]

Desde esta perspectiva, el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal no sólo le imponen al Estado el deber de no afectar esos bienes jurídicos mediante sus propias acciones; le exigen, además, adoptar todas las medidas razonablemente necesarias para preservarlos frente a riesgos previsibles derivados del propio contexto de encierro. De este modo, la obligación de garantía se ve reforzada y exige deberes específicos de protección y prevención.

En este sentido, la Corte IDH ha sostenido que

---

7 La doctrina ha destacado que la institución penitenciaria posee características propias de una organización cerrada en la cual la administración concentra la capacidad de regular dimensiones esenciales de la vida de las personas privadas de libertad, produciendo una situación de dependencia que condiciona el ejercicio efectivo de sus derechos fundamentales. Sobre este tema, puede verse Rivera Beiras (1997).

8 Corte IDH, Caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, párr. 152.

> [a]nte esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible.[9]

La Constitución Nacional recoge esta concepción al establecer, en el artículo 18, que las cárceles de la nación serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en estas. Tradicionalmente interpretada como una norma destinada a limitar las condiciones de ejecución de la pena, la disposición ha recibido de la Corte Suprema una interpretación más amplia. El tribunal ha entendido que posee contenido operativo y constituye una verdadera fuente de obligaciones positivas para el Estado, imponiéndole el deber de brindar una adecuada custodia que comprende el respeto por la vida, la salud y la integridad física y moral de las personas privadas de libertad.[10]

Ese mandato constitucional se ve reforzado por los instrumentos internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen el derecho de toda persona privada de libertad a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.[11]

También deben tenerse en cuenta los estándares elaborados por las Naciones Unidas, particularmente las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Ad-

---

9 *Ibidem*, párr. 153.

10 "El art. 18 de la Constitución Nacional al prescribir que 'las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ella, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que ella exija, hará responsable al juez que la autorice', reconoce a las personas privadas de su libertad el derecho a un trato digno y humano, como así también establece la tutela judicial efectiva que garantice su cumplimiento […] la privación de libertad, al título que fuese, tiene un efecto aflictivo y deteriorante para toda persona institucionalizada, que en cierta medida es imposible eliminar por ser inherente a su situación, pero que de ningún modo puede tolerarse que se agrave indebidamente" (CSJN, *Verbitsky, Horacio*, sentencia del 03/05/2005, Fallos: 328:1146).

11 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en el art. XXV que "todo individuo tiene también un tratamiento humano durante la privación de su libertad"; el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que "toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"; y el art. 5, inc. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que "toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

ministración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok), que, si bien carecen de jerarquía constitucional, han sido expresamente utilizados por la Corte IDH como criterio interpretativo para precisar el alcance de las obligaciones que pesan sobre los Estados.[12]

Estas obligaciones reforzadas de protección y garantía transforman el deber general de seguridad en una obligación específica de custodia y prevención. Aquello que respecto al común de los habitantes constituye un deber genérico, insuficiente por sí solo para fundar responsabilidad patrimonial, adquiere aquí un contenido concreto. Ello deriva de la especial relación de sujeción existente entre el Estado y la persona privada de libertad, así como del control efectivo que aquel ejerce sobre las condiciones de vida de esta última.

Esta perspectiva no implica la instauración de un régimen de responsabilidad objetiva por todos los daños que ocurran dentro de un establecimiento penitenciario. Sin embargo, las obligaciones reforzadas de protección y los deberes de prevención que pesan sobre el Estado respecto a quienes se encuentran en una relación especial de sujeción explican que la Corte Suprema haya construido, en este ámbito, un régimen de responsabilidad sensiblemente diferente del aplicable a las omisiones administrativas en general.

Como veremos a continuación, tratándose de daños sufridos por personas privadas de libertad, el Estado —en determinados supuestos— ha sido considerado responsable aun cuando el resultado dañoso haya sido provocado por terceros por quienes, en principio, no tendría el deber de responder e incluso por la actuación de la propia víctima.

12 Corte IDH, Caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, párr. 163; Caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, sentencia de 14 de mayo de 2013, párr. 147 y 149; Caso *Hernández vs. Argentina*, sentencia de 22 de noviembre de 2019, párrs. 87-88; Caso *López y otros vs. Argentina*, sentencia de 25 de noviembre de 2019, párrs. 106-109. En nuestro país, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que "[l]as Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas —si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal— se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad. No cabe duda de que hay un marco normativo, no sólo nacional sino también internacional que, de confirmarse y continuarse la situación planteada, estaría claramente violado en la Provincia de Buenos Aires" (CSJN, *Verbitsky, Horacio*, sentencia del 03/05/2005).

4. La jurisprudencia de la Corte Suprema

4.1 El precedente *Badín*: el contenido operativo del artículo 18 de la Constitución Nacional

La doctrina elaborada por la Corte Suprema en materia de responsabilidad estatal por los daños sufridos por personas privadas de libertad encuentra su punto de partida en la sentencia dictada en la causa *Badín*.[13] El caso tuvo origen en el incendio ocurrido en la Unidad Penitenciaria de Olmos, Provincia de Buenos Aires, en mayo de 1990, en el que perdieron la vida 35 internos y otros 9 resultaron gravemente heridos; sin embargo, su verdadera trascendencia excede ampliamente las circunstancias fácticas de este trágico episodio.[14]

En esta sentencia, el tribunal sentó las bases de una concepción renovada acerca del contenido de las obligaciones que pesan sobre el Estado frente a quienes se encuentran bajo su custodia.

La primera afirmación de relevancia consiste en reconocerle carácter plenamente operativo al artículo 18 de la Constitución Nacional. La cláusula constitucional relativa a que las cárceles deben ser "sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas" deja de ser concebida como una mera directriz dirigida al legislador o a la administración penitenciaria para convertirse en una verdadera norma jurídica generadora de obligaciones concretas. A partir de esa interpretación, el deber de custodia deja de constituir una formulación programática y pasa a integrar el contenido exigible de la actividad administrativa.

Esta conclusión resulta decisiva desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado por omisión. En efecto, si el artículo 18 impone deberes específicos exigibles a la autoridad penitenciaria, su incumplimiento configura una clara falta de servicio en los términos desarrollados por la propia jurisprudencia del tribunal.

Sobre esa base, la Corte Suprema afirmó que "la cláusula del art. 18 CN impone la obligación del Estado de dar a quienes están cumpliendo una condena una adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral". Sostuvo, asimismo, que "la seguridad de los internos es un deber primario del Estado", inseparable de la propia decisión estatal de restringir la libertad ambulatoria de una persona.

La importancia de esta afirmación radica en que modifica sustancialmente el contenido del deber de seguridad que le corresponde al Estado. En otros ámbitos de

---

13 CSJN, *Badín, Rubén y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios*, 19/10/1995, Fallos: 318:2002. Esta doctrina fue reiterada en los fallos *Bustamante, Elda y otra c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios*, 10/12/1996, LA LEY AR/JUR/5994/1996; y *Gothelf, Clara M. v. Provincia de Santa Fe*, 10/04/2003, Fallos: 326:1269.

14 Ver comentario de Bustamante Alsina (1996, p. 1115).

actuación administrativa, la seguridad constituye normalmente un objetivo general cuya satisfacción depende de múltiples factores y cuya realización involucra decisiones de política pública, asignación de recursos y valoración de prioridades. Por el contrario, en el contexto de privación de libertad, la Corte Suprema entiende que la obligación adquiere un contenido específico, pues el Estado asume directamente la custodia de personas cuya capacidad de autoprotección ha sido severamente restringida por decisión estatal. Por ello, sostiene que la omisión en el cumplimiento de los deberes primarios a cargo de la autoridad penitenciaria constituye una irregular prestación del servicio que conlleva el rechazo de los eximentes de la responsabilidad planteados por la provincia de Buenos Aires. En efecto, el tribunal descartó que el incendio pudiera ser considerado un supuesto de caso fortuito y entendió que la participación de los internos en la producción del siniestro constituía "una eventualidad previsible en el régimen del penal, que pudo evitarse si aquél se hubiera encontrado en las condiciones apropiadas para el cumplimiento de sus fines".

Este aspecto del fallo posee especial relevancia. La Corte Suprema no desconoce la incidencia causal del accionar de los propios internos. Lo que afirma es que esas conductas no eximen de responsabilidad al Estado cuando el daño se produce dentro de un ámbito cuya organización y custodia corresponden a la autoridad pública y que, además, se encontraba en condiciones claramente deficientes por falta de infraestructura edilicia, carencia de recursos humanos, insuficiencia de formación del personal y excesivas poblaciones penales, como era el caso del penal de Olmos.

La sentencia también descarta expresamente que las restricciones presupuestarias puedan justificar el incumplimiento de esas obligaciones. Según sostuvo el tribunal,

> 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 aquélla.

Desde la perspectiva de la teoría general de la responsabilidad del Estado, el aporte más importante de *Badín* consiste en haber transformado un deber constitucional formulado en términos generales en un deber jurídico específico de actuación.

Sin embargo, la Corte Suprema no le impone al Estado una obligación ilimitada de impedir cualquier daño que pueda ocurrir dentro de un establecimiento penitenciario. En efecto, el tribunal no abandona la noción clásica de falta de servicio, sino que exige que el servicio penitenciario sea organizado y prestado de manera compatible con los deberes de custodia y protección que derivan directamente del artículo 18 de la Constitución Nacional.

4.2 *Gatica*: la consolidación de la posición especial de garante

El precedente *Gatica*[15] constituye un paso decisivo en la consolidación de la doctrina de la Corte Suprema sobre la responsabilidad estatal en contextos de encierro. A diferencia de lo ocurrido en *Badín*, en el que el daño tuvo origen en un incendio producido dentro de un establecimiento penitenciario, en este caso la lesión fue ocasionada por la acción de otros internos.

Los hechos del caso tuvieron origen en una reyerta ocurrida en la Unidad Penitenciaria N° 30 de General Alvear, provincia de Buenos Aires. Como consecuencia del enfrentamiento entre varios internos, Nicolás Ignacio Sansalone sufrió lesiones provocadas con un elemento punzocortante y posteriormente falleció a causa de estas. La cuestión central consistía en determinar si podía atribuirse responsabilidad al Estado por el daño causado materialmente por otros internos.

La respuesta afirmativa de la Corte Suprema se construyó a partir de la noción de falta de servicio. Para determinar si existía un cumplimiento irregular de las obligaciones impuestas al servicio penitenciario, el tribunal partió de una premisa fundamental: la persona privada de libertad se encuentra en una situación de especial dependencia del Estado, que asume una posición especial de garante de sus derechos fundamentales.

Para fundamentar esa conclusión, el tribunal retomó la doctrina iniciada en *Badín* respecto de las obligaciones que les impone el artículo 18 de la Constitución Nacional a las autoridades encargadas de la custodia de personas privadas de libertad. Asimismo, acudió expresamente a la jurisprudencia de la Corte IDH, que caracteriza la relación entre el Estado y la persona privada de libertad como una relación especial de sujeción y reconoce, como consecuencia de esta, que el Estado asume una posición especial de garante respecto a la vida y la integridad personal de los internos. Finalmente, señaló que ese deber también encontraba sustento en la normativa provincial que regulaba las funciones del Servicio Penitenciario Bonaerense.[16]

En esa línea, la Corte Suprema identificó como obligación propia del Servicio Penitenciario la prevención de situaciones que pudieran poner en peligro la integridad física de las personas alojadas en sus establecimientos. Así, señaló que

---

15 CSJN, *Gatica, Susana Mercedes c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios*, 22/12/2009, 332:2842. También puede citarse: *Vergnano de Rodríguez, Susana B. v. Provincia de Buenos Aires y otro*, 28/05/2002, Fallos: 325:1277.

16 En este sentido, la Corte Suprema señaló que "el artículo 21 del decreto-ley provincial 9079/78 dispone que 'será misión del Servicio Penitenciario Bonaerense la custodia y guardia de los procesados'; y el artículo 31 inciso a, establece que entre las funciones de ese Servicio se encuentra la de 'velar por la seguridad y custodia de las personas que se encuentren en establecimientos de su dependencia, sometidas a procesos o cumpliendo penas privativas de libertad, procurando que el régimen carcelario contribuya a preservar y/o mejorar sus condiciones morales, educación y salud'".

> para cumplir con ese objetivo, el Servicio Penitenciario tiene la obligación de evitar que los internos tengan a su alcance elementos de evidente peligrosidad, tales como los secuestrados en este caso, susceptibles de producir daños en la salud física de aquéllos y de terceros.

Esta perspectiva modifica sustancialmente la forma de analizar la responsabilidad estatal. Si la persona detenida se encuentra bajo control efectivo de la autoridad penitenciaria, el Estado no puede ser considerado un mero espectador frente a los riesgos propios del encierro. Por el contrario, debe adoptar medidas positivas destinadas a prevenir aquellos daños que resulten previsibles dentro de una organización cuya dirección, gestión y funcionamiento se encuentran bajo su responsabilidad.

La Corte Suprema destacó que el derecho a la integridad personal no impone únicamente una obligación negativa —esto es, el deber de no causar daños mediante la actuación de sus propios agentes—, sino también una obligación positiva consistente en adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar ese derecho.

Por ello, la existencia de un elemento punzocortante dentro del establecimiento penitenciario no fue considerada un hecho ajeno al servicio ni una contingencia imposible de prever. Por el contrario, el Tribunal entendió que la presencia de ese elemento constituía una deficiencia en las tareas de control y seguridad, al evidenciar un incumplimiento de las obligaciones de prevención que integraban el deber de custodia.

Esta conclusión permite formular una idea central: en contextos de encierro, la intervención de terceros no elimina necesariamente la responsabilidad estatal. En estos supuestos, el deber incumplido no consiste en evitar de manera abstracta cualquier daño causado por terceros, sino en organizar el servicio de manera adecuada para reducir los riesgos previsibles propios de la situación sometida al control estatal.

Manteniendo la doctrina de *Badín*, la Corte Suprema rechazó que la conducta de la propia víctima pudiera actuar como una causal eximente. Aun cuando hubiera existido participación del interno en la situación conflictiva, ello no resultaba suficiente para excluir la responsabilidad estatal, dado que los episodios de violencia entre personas privadas de libertad constituyen contingencias inherentes al funcionamiento penitenciario que deben ser consideradas dentro de las obligaciones de prevención y custodia.

Así, la relevancia de *Gatica* radica en que muestra cómo la posición especial de garante incide directamente en la determinación de la falta de servicio. La relación especial de sujeción no convierte al Estado en un asegurador universal de todos los daños sufridos por las personas privadas de libertad, pero sí intensifica sus deberes de custodia y prevención, ampliando el contenido de las obligaciones cuya observancia resulta exigible.

Desde esa perspectiva, la responsabilidad estatal no deriva de haber causado directamente el daño, sino del incumplimiento de los deberes de protección que nacen

del control efectivo que el Estado ejerce sobre la persona privada de libertad. Cuando un riesgo propio del encierro podía ser razonablemente prevenido mediante una adecuada organización y prestación del servicio penitenciario, su omisión configura una falta de servicio susceptible de generar responsabilidad.

4.3 *Sosa*: el deber reforzado de prevención frente a daños ocasionados por la propia víctima

La doctrina de la Corte Suprema en esta materia encuentra una nueva proyección en el precedente *Sosa*.[17] A diferencia de los supuestos analizados anteriormente, en los que el daño había sido ocasionado por factores externos —aunque, en algunos casos, con participación de la propia víctima—, aquí el resultado dañoso derivó de un acto autolesivo de la persona detenida.

La particularidad del supuesto llevó al tribunal —que se remitió al dictamen de la señora procuradora fiscal— a examinar con especial detenimiento la incidencia de la conducta de la víctima sobre la eventual responsabilidad estatal derivada del incumplimiento de los deberes de custodia y protección.

El dictamen abordó el caso desde la perspectiva de la falta de servicio por omisión, tomando como punto de partida las obligaciones impuestas al Servicio Penitenciario Federal mediante la Ley 20416. Dicha normativa establece, entre las funciones propias del organismo, los deberes de custodia y guarda de las personas detenidas, así como la obligación de contribuir a la preservación y mejoramiento de su salud física y psíquica.[18]

La Dra. Laura Monti recordó la doctrina elaborada en *Badín*, especialmente "la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una

---

17 CSJN, *Sosa Nimia Jorgelina c/ Estado Nacional y otro s/ daños y perjuicios*, 04/06/2013, La Ley 06/11/2013, 7. Esta doctrina se ha aplicado en casos similares: *P. de P., E. P. y otro c. Gobierno de la Provincia de Córdoba*, 21/12/2010, La Ley 31/12/2010, 3 - La Ley 11/01/2011; *H. M. A. y otro c/ EN - Servicio Penitenciario Federal s/ daños y perjuicios*, 30/10/2018, Fallos: 341:1414; *Manzoni, Juan Carlos y López, Norma María c/ Gobierno de la Provincia de Jujuy*, 23/12/2004, Fallos: 327:5857.

18 A tal fin, el art. 1° prevé: "El Servicio Penitenciario Federal es una fuerza de seguridad de la Nación destinada a la custodia y guarda de los procesados, y a la ejecución de las sanciones penales privativas de libertad, de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias en vigor".
El art. 5° establece que son funciones del Servicio Penitenciario Federal: ""a) velar por el seguridad y custodia de las personas sometidas a proceso procurando que el régimen carcelario contribuya a preservar o mejorar sus condiciones morales, su educación y salud física y mental; b) promover la readaptación social de los condenados a sanciones privativas de la libertad; c) participar en la asistencia postpenitenciaria; d) producir dictámenes criminológicos para las autoridades judiciales y administrativas sobre la personalidad de los internos, en los casos que legal o reglamentariamente corresponda; e) asesorar al Poder Ejecutivo Nacional en todo asunto que se relacione con la política penitenciaria; y f) cooperar con otros organismos en la elaboración de una política de prevención de la criminalidad".

detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral". Asimismo, citó la jurisprudencia de la Corte IDH, reafirmando que el Estado se encuentra en una posición especial de garante respecto a las personas privadas de libertad y que esa posición impone la obligación positiva de adoptar medidas razonables para proteger sus derechos fundamentales.

Un aspecto particularmente relevante del dictamen consiste en que la procuradora fiscal sostuvo que debía analizarse

> la totalidad de los elementos de prueba obrantes en la causa a fin de constatar tanto la conducta de la víctima como la de los funcionarios durante "todo" el tiempo que estuvo privada de su libertad y no sólo en el instante del suceso o momentos casi contemporáneos a él.

Esta metodología constituye un aspecto central: el deber de prevención no puede ser examinado exclusivamente en el instante en el que se produce el resultado fatal, sino que requiere evaluar la conducta estatal durante todo el tiempo en el que la persona permaneció bajo custodia "a fin de establecer si se había garantizado debidamente el cuidado de la salud física y mental del entonces interno".

De este modo, el dictamen tomó en consideración diversos elementos de la causa que revelaban la existencia de un cuadro de vulnerabilidad previo: antecedentes de intentos de suicidio, padecimientos psicológicos, lesiones constatadas, episodios de malos tratos y amenazas provenientes tanto de personal penitenciario como de otros internos.

La falta de valoración conjunta de esas circunstancias en la sentencia recurrida llevó a concluir que la decisión apelada no constituía una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del caso, pues era defectuosa en la consideración de extremos conducentes para la solución del caso.

Esta conclusión resulta particularmente importante porque desplaza el análisis desde la conducta final de la víctima hacia el comportamiento previo de la administración penitenciaria. En el caso, el desenlace fatal no constituía un acontecimiento absolutamente imprevisible, sino la concreción de un riesgo que había adquirido un grado de gravedad y exteriorización suficiente para exigir una intervención estatal preventiva, oportuna y adecuada.

De este fallo se desprende que el Estado no está obligado a impedir toda decisión autolesiva que una persona pueda adoptar en cualquier circunstancia. Sin embargo, cuando existen indicadores objetivos de riesgo y la persona se encuentra bajo custodia estatal, la omisión de adoptar medidas razonables de protección puede configurar una prestación irregular del servicio. En estos supuestos, el hecho de que el suicidio haya sido ejecutado por la propia víctima no excluye la responsabilidad estatal si la falta de servicio contribuyó de manera relevante a su producción o impi-

dió evitarlo pese a la existencia de señales objetivas que imponían una intervención preventiva.

En consecuencia, el análisis de la responsabilidad no debe centrarse en la autoría material del daño, sino en verificar si la administración cumplió adecuadamente con los deberes de prevención y protección que le incumbían frente a un riesgo conocido o razonablemente previsible.

El fallo *Sosa* profundiza la doctrina iniciada en *Badín* y desarrollada en *Gatica*, al reafirmar que la posición especial de garante del Estado no se limita a la protección frente a riesgos provenientes de terceros, sino que también comprende la adopción de medidas razonables para prevenir conductas autolesivas cuando el peligro resulta objetivamente previsible. De este modo, la responsabilidad estatal no deriva del resultado dañoso en sí mismo, sino del incumplimiento de los deberes de prevención y asistencia que las circunstancias concretas imponían respecto a la persona privada de libertad.

4.4 La extensión del deber de garantía: violencia de género dentro del ámbito penitenciario

En los casos mencionados precedentemente, la responsabilidad estatal fue examinada respecto a los daños sufridos por personas privadas de libertad. Sin embargo, la jurisprudencia ha afirmado que ese deber de garantía también alcanza a terceros que ingresan a establecimientos penitenciarios en el marco de actividades autorizadas y controladas por la propia Administración. En el fallo *S., C. N.*,[19] la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal le atribuyó responsabilidad al Estado por las graves lesiones padecidas por una mujer durante una visita a un interno.

En el caso, la víctima se encontraba en una visita "de reunión conyugal" con su pareja, quien se hallaba alojado en calidad de procesado en el Complejo Penitenciario Federal II, con asiento en Marcos Paz. Luego de que ella le comunicara su decisión de poner fin a la relación sentimental, el interno extrajo un arma blanca —tipo bisturí—, abusó sexualmente de ella e intentó darle muerte, asestándole múltiples heridas cortantes que pusieron en riesgo su vida.

La relevancia jurídica de este supuesto reside en que la víctima no se encontraba sometida, en sentido estricto, al poder de custodia estatal. Pese a ello, su presencia en el establecimiento no constituye una circunstancia ajena a la organización del servicio penitenciario. Por el contrario, deriva de un sistema de comunicación y

19 *S., C. N. C/ EN-M Justicia DDHH s/ daños y perjuicios*, CCAF - Sala IV, Exp. CAF 62.173/2018/CA1, sentencia del 22/06/2023. También cabe citar el caso *Zalensky, Carmen Mabel c/ EN-M° Justicia-SPF y otro s/ daños y perjuicios*, CCAF - Sala III, Exp. 31367/2011, sentencia del 28/10/2020.

vinculación con el exterior cuya regulación, autorización, control y condiciones de funcionamiento dependen íntegramente de la propia Administración.

En consecuencia, el deber de seguridad que recae sobre el Estado no puede entenderse circunscripto únicamente a la vigilancia de las personas alojadas en los establecimientos carcelarios. La función penitenciaria comprende, asimismo, el deber de asegurar que las actividades desarrolladas dentro del establecimiento —entre ellas, las visitas de familiares o allegados— se lleven a cabo en condiciones compatibles con la protección de la vida y de la integridad física de quienes participan en estas.

Esta conclusión encuentra fundamento no sólo en los estándares internacionales aplicables, sino también en las normas nacionales que regulan el servicio penitenciario. En particular, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) establecen que debe velarse en todo momento por la seguridad de las personas privadas de libertad, del personal penitenciario, de los prestadores de servicios y de los visitantes.[20] La seguridad penitenciaria constituye, así, una obligación integral, inherente al adecuado funcionamiento del establecimiento que comprende la protección de todas aquellas personas que ingresan al establecimiento en el marco de actividades organizadas o autorizadas por la Administración.

En el caso analizado, el deber de garantía del Estado se encontraba, además, reforzado por las obligaciones específicas de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres derivadas tanto del derecho internacional de los derechos humanos como del ordenamiento jurídico interno.[21]

En este contexto, la cuestión central consistió en determinar si el Servicio Penitenciario Federal había cumplido adecuadamente con las obligaciones derivadas tanto del régimen de visitas implementado por la propia Administración como de las obligaciones específicas de prevención de la violencia contra las mujeres.

La Cámara tuvo especialmente en cuenta que el sistema de alerta instalado en las habitaciones destinadas a las reuniones conyugales, previsto para convocar al personal ante situaciones de emergencia, se encontraba fuera de funcionamiento. Asimismo, consideró acreditado que, como consecuencia de la omisión —o, cuanto menos, de la deficiente realización— de las requisas practicadas al interno antes de la visita, éste conservaba un arma blanca en su poder. Sobre esa base, concluyó que

---

20 "Regla 1: Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos. Ningún recluso será sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, contra los cuales se habrá de proteger a todos los reclusos, y no podrá invocarse ninguna circunstancia como justificación en contrario. Se velará en todo momento por la seguridad de los reclusos, el personal, los proveedores de servicios y los visitantes" (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos - Reglas Mandela).

21 La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y la Ley 26485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

ambas circunstancias resultaron determinantes para la producción del daño y que, en consecuencia, "el Servicio Penitenciario Federal incurrió, de manera manifiesta, en un irregular cumplimiento de las funciones y deberes que le fueron normativamente impuestos, consistentes en garantizar, en el caso, la seguridad de las visitas".

Por otra parte, en relación con la responsabilidad por omisión, la Cámara destacó que

> si bien el servicio de seguridad no se encuentra definido de manera determinada ni se identifica como una garantía absoluta de indemnidad, no es posible soslayar las puntuales circunstancias del caso, que resultan susceptibles de tornar concreto aquel mandato y, ante su inobservancia, comprometer la responsabilidad estatal por falta de servicio.

Asimismo, sostuvo que

> no puede desconocerse el específico contexto en que tuvo lugar la agresión que dio lugar a la promoción de esta causa. En efecto, la actora fue agredida, sexual y físicamente, mientras visitaba a un recluso con el que mantenía una relación en un complejo penitenciario, donde conforme surge de la normativa reseñada supra, el Servicio Penitenciario Federal tiene a su cargo un especial deber de garantía de seguridad no sólo respecto de los internos que allí se alojan, sino también con relación a los terceros que ingresan a la penitenciaría.

De esta manera, la decisión judicial reafirmó que, una vez que la Administración establece un sistema de ingreso y permanencia de personas al complejo penitenciario, asume también el deber de adoptar las medidas razonables necesarias para preservar su seguridad. Los controles de acceso, las requisas y los mecanismos de prevención no constituyen facultades meramente discrecionales de la autoridad penitenciaria, sino exigencias inherentes al adecuado funcionamiento del servicio.

En este caso, la irregularidad del servicio estuvo vinculada con deficiencias en las medidas de prevención y control que permitieron la concreción de hechos violentos ejercidos hacia una mujer dentro de espacios sometidos a la supervisión estatal. La omisión relevante consistió en haber incumplido deberes concretos de prevención, vigilancia y protección exigibles conforme a las características del ámbito penitenciario y a las obligaciones reforzadas que recaen sobre el Estado frente a la violencia contra las mujeres.

5. La Ley 26944 y la configuración de la falta de servicio por omisión en contextos de encierro

La sanción de la Ley 26944 de Responsabilidad del Estado introdujo una regulación específica de la responsabilidad extracontractual estatal y delimitó el alcance de la obligación resarcitoria frente a los daños ocasionados por la actividad o inactividad de los órganos públicos.

Uno de los aspectos que mayor debate doctrinario generó sobre el régimen legal fue el tratamiento de la responsabilidad derivada de omisiones estatales. En este punto, el artículo 3 de la ley exige, para la configuración de la falta de servicio por inactividad ilegítima, la existencia de un "deber normativo de actuación expreso y determinado". De este modo, la redacción de la ley es más estricta que el criterio desarrollado por la Corte Suprema a partir del fallo *Mosca*.

Como se ha señalado, esta restricción legislativa responde a la intención de evitar que el instituto de la responsabilidad del Estado se utilice como instrumento para convertirlo en un asegurador anónimo frente a cualquier daño que sufran los ciudadanos.[22]

Sin embargo, la aplicación de este criterio requiere, por un lado, considerar el conjunto de normas constitucionales, tratados internacionales y disposiciones legales que delimitan el contenido de la función estatal y, asimismo, atender la naturaleza específica de la relación jurídica existente entre el Estado y la persona eventualmente damnificada. La determinación de si existe un deber normativo expreso y determinado no puede realizarse mediante una lectura fragmentada o exclusivamente reglamentaria de las obligaciones administrativas.[23]

En rigor, la exigencia de un deber normativo expreso y determinado no supone que la obligación estatal deba encontrarse formulada en una única disposición que describa exhaustivamente cada una de las conductas exigibles a la Administración. La determinación del contenido del deber jurídico requiere una interpretación

---

22 Así, Sammartino (2016) ha señalado que "El artículo 3, inciso d) in fine, es una previsión normativa que desalienta las ingeniosas arquitecturas jurídicas basadas en previsiones normativas genéricas, dotadas de un alto grado de abstracción. A partir de ella, el legislador consideró de modo prudente, que el instituto de la responsabilidad del Estado no puede ser instrumentalizado para convertir a éste en un asegurador anónimo de frente a cualquier tipo de situación… es evidente que e sistema legal refleja la decisión del Congreso de preservar la función genuinamente reparadora de la responsabilidad estatal, evitando convertir al instituto en una suerte de seguro de indemnidad que pudiera ser indebidamente utilizado como mecanismo extractivo de los recursos públicos que tienen destino de bien común" (pp. 550-551).

23 En este sentido, Canda (2016) ha afirmado: "Respecto del incumplimiento de un deber 'determinado', creemos que se impone realizar una interpretación de este requisito desde los principios generales que sustentan el instituto de la responsabilidad estatal, fundamentalmente, el de *dignidad humana*, evitando así que mediante una hermenéutica ceñida exegéticamente al texto de la ley pueda arribarse a resultados injustos" (p. 420, las cursivas pertenecen al original).

sistemática del ordenamiento en la que confluyen las normas constitucionales, convencionales, la legislación específica y la interpretación que de ese conjunto normativo han efectuado los tribunales competentes.

Esta cuestión adquiere particular relevancia en el ámbito penitenciario, ya que la relación de sujeción especial genera una transformación cualitativa del deber estatal. El Estado no sólo tiene la obligación genérica de respetar los derechos fundamentales de las personas detenidas, sino también el deber específico de custodiarlas y protegerlas, precisamente porque ha colocado a esas personas bajo su autoridad y ha limitado los medios de los que disponen para protegerse por sí mismas.

Como fuera señalado anteriormente, ese deber encuentra fundamento en el artículo 18 de la Constitución Nacional, en los tratados internacionales de derechos humanos —particularmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos— y en las normas específicas que regulan la actividad penitenciaria y determinan las funciones de los organismos encargados de la custodia.

Desde esta perspectiva, la posición de garante no opera como una categoría destinada a ampliar ilimitadamente la responsabilidad estatal ni a convertir al Estado en un asegurador universal frente a cualquier daño ocurrido en un establecimiento penitenciario. Su función consiste, por el contrario, en precisar el alcance de las obligaciones que el propio ordenamiento le impone a la Administración e identificar cuándo un deber general de protección adquiere un contenido específico, exigible conforme a la relación jurídica particular existente entre el Estado y la persona sometida a su autoridad.

En el ámbito penitenciario, esa especial relación deriva de la decisión estatal de privar a una persona de su libertad y asumir, en consecuencia, el control de una esfera relevante de su vida cotidiana. Por ello, cuando el Estado coloca a una persona bajo su custodia, el incumplimiento de las medidas razonables de protección no supone la infracción de un deber meramente genérico de seguridad, sino la violación de obligaciones concretas de vigilancia, prevención y protección derivadas de esa situación jurídica particular.

Bajo esta mirada, la jurisprudencia de la Corte Suprema referida a la responsabilidad estatal por los daños sufridos por personas privadas de libertad no resulta incompatible con la Ley 26944. Por el contrario, permite interpretar el art. 3°, en tanto la falta de servicio se configura cuando existe un incumplimiento imputable al Estado respecto de un deber jurídico determinado.

La particularidad del contexto de encierro no elimina la necesidad de acreditar dicho incumplimiento, sino que permite precisar cuál es el contenido de la obligación estatal cuya inobservancia puede comprometer su responsabilidad. La exigencia legal no puede ser entendida como una barrera meramente formal que desconozca las obligaciones constitucionales y convencionales asumidas por el Estado, sino como un requisito que debe analizarse a la luz del conjunto normativo que define

la función estatal y de la posición jurídica específica que ocupa frente a las personas sometidas a su custodia.

6. Conclusión

El análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de daños sufridos por personas privadas de libertad permite advertir la existencia de una construcción jurídica con características propias dentro del régimen de responsabilidad del Estado.

El tribunal reconoce que el ejercicio del poder estatal más intenso —la privación de libertad— lleva necesariamente aparejado un deber reforzado de protección de los derechos fundamentales de quienes quedan sometidos a ese poder.

De esta manera, el deber de garantía que asume el Estado no deriva únicamente de una obligación genérica de respetar los derechos fundamentales, sino también de la relación jurídica específica de custodia que se establece con las personas privadas de libertad. Esa situación coloca a la Administración en una posición de garante respecto de determinados riesgos cuya prevención y control se encuentran bajo su esfera de organización.

Sin embargo, esta especial posición jurídica no implica una responsabilidad automática por todo daño ocurrido en establecimientos penitenciarios ni convierte al Estado en un asegurador universal frente a cualquier perjuicio sufrido por las personas privadas de libertad. La responsabilidad sólo surge cuando se verifica el incumplimiento de deberes concretos de custodia, vigilancia, prevención y protección exigibles de acuerdo con las circunstancias del caso.

La jurisprudencia de la Corte Suprema proporciona, en este sentido, un criterio equilibrado para delimitar el alcance de esos deberes. Aunque fue elaborada con anterioridad a la sanción de la Ley 26944, constituye un criterio interpretativo para precisar el requisito del deber jurídico de actuación previsto en ese régimen. En efecto, la especial relación de sujeción derivada de la custodia estatal no altera los presupuestos legales de la responsabilidad por omisión, sino que permite determinar el contenido concreto de las obligaciones que pesan sobre la administración cuando una persona se encuentra privada de libertad.

En definitiva, la posición de garante no constituye un fundamento autónomo de responsabilidad, sino un criterio que delimita el alcance del deber jurídico de actuación en función de las circunstancias del caso. En consecuencia, la omisión de adoptar las medidas razonables de custodia, vigilancia o prevención exigibles frente a un riesgo conocido o previsible configura una falta de servicio cuando implica el incumplimiento de las obligaciones constitucionales, convencionales y legales que incumben al Estado en relación con una persona privada de libertad.

Bibliografía

Balbín, C. F. (2025). *Tratado de Derecho Administrativo* (3ª ed., Tomo IV). La Ley.

Bustamante Alsina, J. (1996). Responsabilidad del Estado por la muerte de internos en una cárcel al incendiarse ésta. *LA LEY1996-C*, 584, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales (Tomo IV).

Canda, F. (2016). Control judicial de la responsabilidad del Estado por omisión. Pautas jurisprudenciales para una interpretación de la ley 26.944. En Alonso Regueira, E. (Dir.), *El Control de la Actividad Estatal* (pp. 393-424). Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires.

Cassagne, J. C. (2022). *El factor de atribución en la responsabilidad estatal por la actividad ilícita o ilegítima*. La Ley. AR/DOC/104/2022.

Lloveras, N., Monjo, S. y Scocozza, R. D. (2010). La muerte de una persona privada de su libertad: la responsabilidad del Estado y la cuantificación del daño. La Ley. AR/DOC/4991/2010.

Monti, L. (2015). Ley 26.944 de Responsabilidad Estatal. Algunas reflexiones. En Ávila, S. M. (Coord.), *Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944* (pp. 1-11). Infojus.

Perrino, P. (31 de marzo de 2015). La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos. *La Ley*.

Rivera Beiras, I. (1997). *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*. Bosch.

Sammartino, P. (2016). Responsabilidad del Estado: características generales del sistema legal vigente. En Alonso Regueira, E. (Dir.), *El Control de la Actividad Estatal* (pp. 519-571). Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires

Vega, S. E. y Rotaeche, M. J. (2008). La falta de servicio: un paso adelante en el análisis de su determinación. Reflexiones en torno al caso "Mosca". En Graciela Reiriz, M. (Dir.), Homenaje a la Dra. María (pp. 301-320). Rubinzal-Culzoni.

Zaffaroni, E. R. (1989). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Ediar.

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.

Derecho Administrativo en el Estado Constitucional
N° 2 (octubre de 2026): 235-252

El valor de lo público en la enseñanza universitaria. A propósito de la Ley 27795 de Financiamiento Universitario

The Value of the Public Sphere in University Education. On University Financing Law No. 27,795

Gabriela Andrea Stortoni[1]
Universidad Nacional de Tres de Febrero

Sumario

1. El concepto de lo público
2. La Ley 27795 de Financiamiento Universitario: antecedentes y regulación
3. El veto presidencial por Decreto 647/2025, la insistencia parlamentaria y la promulgación condicional del Decreto 759/2025
4. El camino judicial: la acción de amparo colectivo del Consejo Interuniversitario Nacional
5. La concesión de la medida cautelar innovativa en el fuero contencioso administrativo federal
6. La confirmación de la medida por la Sala III de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo
7. La intervención final de la CSJN

1 Abogada (Universidad Nacional de La Plata). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Máster en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos (Universidad Carlos III, España; Universidad de Paris X, Francia; Universidad El Salvador, Argentina), organizado por EPOCA- Especialista en Derecho de la Integración (Universidad Austral). Becaria en Transporte Urbano y Planificación (Japan International Cooperation Agency, Japón). Doctoranda en Estudios de Género (Universidad Nacional de Tres de Febrero) y en Derecho Administrativo Iberoamericano (Universidad de la Coruña, España), ambas con proyecto de tesis aprobado y en curso. Ha sido profesora de grado y posgrado en distintas universidades nacionales públicas y privadas. Actualmente es profesora de posgrado en temas de su especialidad. Desde 2020, dirige, por la Universidad de Tres de Febrero, la Maestría en Abogacía del Estado y, desde 2024, el Instituto de Derecho Público de la misma universidad.
gstortoni2008@gmail.com
https://orcid.org/0000-0001-5324-8833

8. Acerca de la vigencia de la Ley 27795 ratificada por la justicia contencioso-administrativa. Las novedades recientes: ratificación sobre el fondo del asunto y la obligación del Estado argentino de sostener la educación superior
9. Sistemas comparados
9.1 España y el modelo de financiación basal del 1% del PIB de la LOSU
9.2 Alemania y el financiamiento por *Länder* y el sistema de asistencia BAföG
10. Conclusión final

https://doi.org/10.26422/daec.2026.0200.sto

Resumen
Este trabajo analiza el litigio institucional y judicial en torno a la Ley 27795 de Financiamiento Universitario, su veto presidencial mediante el Decreto 647/2025, su promulgación condicional mediante el Decreto 759/2025 y la vigencia de la norma por imperio de la justicia en los diferentes escaños. Así, se examina la acción de amparo colectivo promovida por el Consejo Interuniversitario Nacional, la medida cautelar innovativa dictada en primera instancia, su confirmación por la Cámara Federal y la intervención final de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que dejó firme la exigibilidad de la ley. El artículo sostiene que la suspensión reglamentaria de una ley insistida por el Congreso, conforme al artículo 83 de la Constitución Nacional, vulnera la división de poderes y el principio de legalidad presupuestaria, y que, en la educación universitaria argentina, vuelve a poner en valor la importancia de lo público como valor ético y jurídico en un Estado constitucional, convencional y social de derecho.
Palabras clave: financiamiento universitario, división de poderes, veto presidencial, medida cautelar, educación pública.

Abstract
This paper analyzes the institutional and judicial dispute over University Financing Law No. 27,795, from its presidential veto through Decree 647/2025 to its conditional enactment under Decree 759/2025 and the law's enforceability as upheld by the judiciary at successive levels. It examines the collective amparo action brought by the National Interuniversity Council, the innovative injunctive relief granted at first instance, its confirmation by the Federal Court of Appeals, and the final ruling of the Argentine Supreme Court, which upheld the law's enforceability. The article argues that the executive's regulatory suspension of a law reinstated by Congress under Article 83 of the National Constitution undermines the separation of powers and the principle of budgetary legality, with an essential bearing on Argentine university education that reaffirms the value of the public sphere as an ethical and legal principle within a Constitutional, Conventional, and Social State of Law.
Key words: university financing, separation of powers, presidential veto, injunctive relief, public education.

1. El concepto de lo público

El derecho administrativo clásico estructuró el concepto de "lo público" bajo un paradigma de corte marcadamente estatista, en el cual la Administración pública era concebida como la titular exclusiva del poder de imperio y de prerrogativas exorbitantes, ordenadas a un interés general definido de manera unilateral y vertical. En este modelo tradicional, caracterizado por la opacidad, la inmunidad relativa del poder administrador y una tajante separación entre las esferas pública y privada, el administrado asumía una posición de sujeción pasiva ante un Estado que monopolizaba la definición de lo común. La legalidad se reduce, así, a una mera conformidad formal con la ley positiva, lo que con frecuencia soslaya la efectividad material de los derechos fundamentales (Mairal, 2007, p. 104).

En el contexto del Estado actual, basado en un marco constitucional, social y convencional de derecho, el concepto de lo público ha experimentado un cambio radical. La idea de la legalidad estricta ha sido reemplazada por el principio de "juridicidad" y, más recientemente, por el de "Buena Administración", que obligan a la Administración a actuar íntegramente conforme a la Constitución, los principios generales del derecho y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional [CN]; Comadira, 2015, p. 825). Desde esta visión moderna, lo público se redefine en función del principio pro persona y de la protección efectiva de los derechos fundamentales, convirtiéndose en un espacio instrumental e institucional dedicado a eliminar los impedimentos materiales que obstaculizan la autorrealización de los ciudadanos y a promover la cohesión social.

Esta resignificación de lo público incorporó herramientas éticas y de gestión propias de la buena administración, como la integridad pública y el *compliance* administrativo. La transparencia activa —regulada en el ordenamiento interno por la Ley 27275— y el deber de conducta ética de los funcionarios públicos —previsto en la Ley 25188 y en el Decreto 41/1999— evidencian que la gestión de los recursos estatales no constituye un ámbito de libre disponibilidad política, sino una obligación estricta de rendición de cuentas, idoneidad y responsabilidad institucional (Castillo Blanco, 2019, p. 458).

En la formación de los cuadros técnicos y jurídicos del Estado, se consolida la noción de que la defensa del interés público es inescindible de la protección de los derechos humanos y la igualdad de oportunidades. Proyectos legislativos como el de "Formación de una Cultura de lo Público - Hugo Cormick" (Expediente H.C.D.N. 2201-D-2021) evidencian la necesidad de arraigar de manera transversal la conciencia de que los bienes y servicios estatales, particularmente la educación superior, integran un patrimonio común e inalienable, cuya asfixia deliberada no solo vulnera normas administrativas de asignación de recursos, sino que también degrada el tejido social y la calidad misma del sistema democrático (Bernazza, 2021).

2. La Ley 27795 de Financiamiento Universitario: antecedentes y regulación

La sanción de la Ley 27795 de Financiamiento Universitario constituye la culminación de un complejo y dilatado proceso político, legislativo y social sobre el sostenimiento de la educación pública superior, desarrollado a lo largo de los años 2024 y 2025. El punto de inflexión originario se sitúa en la sanción de la Ley 27757 de Financiamiento de las Universidades Nacionales durante el ejercicio 2024, que fue vetada en su totalidad por el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) mediante el Decreto 879/2024. El contenido regulatorio de esta ley fue diseñado de manera detallada para subsanar la devaluación real de los recursos destinados a la educación superior (Centro de Economía Política Argentina [CEPA], 2026):

- *Garantía presupuestaria (artículo 1°):* define como objeto primordial garantizar la protección y el sostenimiento del financiamiento de la educación universitaria pública bajo los principios constitucionales de gratuidad y equidad estatal (CEPA, 2026; Oficina de Presupuesto del Congreso [OPC], 2025).
- *Asignación instrumental (artículo 2°):* encomienda al Poder Ejecutivo la definición de las partidas presupuestarias específicas del Programa 26 "Desarrollo de la Educación Superior" (CEPA, 2026; OPC, 2025).
- *Recomposición presupuestaria 2024 (artículo 3°):* prescribe la actualización, al 1° de enero de 2025, del monto de los gastos de funcionamiento de las universidades nacionales, tomando como base la variación acumulada del Índice de Precios al Consumidor (IPC) informado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) para el período comprendido entre el 1° de mayo y el 31 de diciembre de 2024 (CEPA, 2026; OPC, 2025). Esta actualización se circunscribe de modo taxativo a las actividades de Asistencia Financiera para el Funcionamiento Universitario (Actividad 14), Asistencia Financiera a Hospitales Universitarios (Actividad 15), Fortalecimiento de la Ciencia y la Técnica (Actividad 16) y Extensión Universitaria (Actividad 25) (OPC, 2025).
- *Indexación bimestral 2025 (artículo 4°):* establece una pauta de actualización bimestral obligatoria de los gastos de funcionamiento durante el ejercicio 2025, indexada según el IPC del INDEC, descontando los incrementos nominales que el Ejecutivo hubiese efectivizado en el Programa 26 (CEPA, 2026; OPC, 2025).
- *Actualización salarial docente y no docente (artículo 5°):* impone el deber imperativo de actualizar las remuneraciones del personal de las universidades públicas entre el 1° de diciembre de 2023 y la fecha de sanción de la ley, con base en la inflación acumulada del INDEC (CEPA, 2026; OPC, 2025). Esta recomposición posee carácter operativo y autoejecutable y ordena su efectivización al mes siguiente de su publicación en el Boletín Oficial (OPC, 2025, p. 4). Adicionalmente, proscribe el pago de haberes bajo los conceptos "no remunerativos" o "no bonificables", exigiendo la regularización e incorporación del salario informal a los salarios básicos de los convenios colectivos (CEPA, 2026; OPC, 2025).

- *Actualización de becas estudiantiles (artículo 6°):* dispone la recomposición automática de todos los programas de becas nacionales (tales como Progresar, Manuel Belgrano y Enfermería) conforme a la inflación del INDEC registrada desde el 10 de diciembre de 2023 hasta la sanción de la ley, y dispone, además, el incremento progresivo de la matrícula de beneficiarios (CEPA, 2026; OPC, 2025).
- *Auditoría y recursos (artículos 8º y 9º):* regulan el sistema de control financiero mediante la Auditoría General de la Nación (AGN) (CEPA, 2026; OPC, 2025). Asimismo, dispone que el financiamiento de la norma se canalizará mediante la adecuación de partidas del artículo 27, inciso 2.c de la Ley 24156 de Administración Financiera y con los incrementos de recursos corrientes recaudados por encima del presupuesto prorrogado (OPC, 2025, art. 27, inc. 2.c, Ley 24156).

3. El veto presidencial por Decreto 647/2025, la insistencia parlamentaria y la promulgación condicional del Decreto 759/2025

Sancionada la Ley 27795, el Poder Ejecutivo resolvió vetarla de forma total el 10 de septiembre de 2025 mediante el Decreto 647/2025, alegando razones de sustentabilidad fiscal y la carencia de recursos corrientes aptos para financiar su implementación.[2] El Honorable Congreso de la Nación, posteriormente, en uso de las atribuciones resultantes del artículo 83 de la Constitución Nacional, el 2 de octubre de 2025 aprobó la insistencia de la Ley 27795 con el voto de más de dos tercios de ambas cámaras legislativas (Honorable Congreso de la Nación). Este rechazo legislativo al veto representó un hito institucional de primer orden, constituyendo una de las escasísimas oportunidades en décadas en las que el Parlamento dejó formalmente sin efecto una objeción total del Ejecutivo.

Ante ello, el Poder Ejecutivo Nacional procedió a promulgar la Ley 27795, pero relativizó su aplicación al incluir en el decreto de promulgación una cláusula suspensiva de carácter material[3], atando la efectividad de la medida a la existencia de fuentes presupuestarias. En efecto, en sus considerandos y en su artículo 1°, el decreto estableció de forma unilateral que

> por imperio de lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley 24.629, quedará suspendida en su ejecución hasta tanto el H. Congreso de la Nación determine las fuentes de su financiamiento e incluya en el presupuesto nacional las partidas que permitan afrontar las erogaciones que su implementación requiere. (Decreto 759/2025, art. 1°)

2 Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Veto Total 647/2025.

3 Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Promulgación 759/2025.

Esta articulación reglamentaria exhibe un ostensible déficit de legalidad e inconstitucionalidad manifiesta por múltiples fundamentos técnicos de derecho público, a saber:

i. *Vulneración del proceso legislativo constitucional:* el proceso de formación y sanción de las leyes, plasmado en el artículo 83 de la Constitución Nacional, es claro y no da lugar a interpretaciones de lo implícito en lo expreso, en tanto establece que, si ambas cámaras insisten con la mayoría de dos tercios de los votos sobre el proyecto vetado, "el proyecto es ley y pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación". La Constitución consagra una obligación operativa, a cargo del presidente, que no admite excepciones reglamentarias que impidan su cumplimiento. Es basilar en nuestro sistema republicano de gobierno y en el esquema de frenos y contrapesos de la división de poderes. En otras palabras, una norma de jerarquía inferior y de mera ejecución no puede condicionar la operatividad material ordenada por ley, que es la expresión de la voluntad del pueblo a través del Congreso (Bidart Campos, 1969; Bidart Campos y Manili, 2003).

ii. *Inversión de la jerarquía normativa:* el fundamento de la condición suspensiva es supeditar la vigencia de la ley en comentario a las previsiones generales de la Ley 24629 de Ejecución Presupuestaria y Reorganización Administrativa (artículo 5°) y de la Ley 24156 de Administración Financiera (artículo 38). La CSJN ha sentado jurisprudencia según la cual la Ley de Administración Financiera y sus complementarias no revisten carácter orgánico ni poseen jerarquía superior a las demás leyes del Congreso de la Nación. En el sistema jurídico argentino, rigen los principios de *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat generali*. La Ley 27795 es posterior y especial para la educación superior respecto de las leyes 24156 (1992) y 24629 (1996), por lo que las desplaza legítimamente.

iii. *Inaplicabilidad del régimen presupuestario ordinario:* la Ley 24629 regula específicamente la "ejecución del presupuesto",[4] supuesto aplicable exclusivamente cuando rige una ley general de presupuesto vigente. En los ejercicios 2024 y 2025, el Poder Ejecutivo gobernó sin una ley de presupuesto aprobada por el Congreso, utilizando prórrogas del ejercicio 2023 dictadas por decreto,[5] lo que torna inaplicables las autolimitaciones legales invocadas en el Decreto 759/2025.[6]

iv. *Desinterpretación de los alcances de las obligaciones presupuestarias:* el artículo 27, inciso 2, apartado c de la Ley 24156 establece de manera taxativa que el Poder

4 Ley 24629, Capítulo I, título: "Normas complementarias para la ejecución del presupuesto de la Administración Nacional".

5 Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 88/2023, BO 26/12/2023 (prórroga del Presupuesto 2023 para el ejercicio 2024); Decreto 1131/2024, B.O. 27/12/2024 (prórroga del mismo presupuesto para el ejercicio 2025), ambos dictados en los términos del art. 27, Ley 24156.

6 Resolución Cautelar del 23/12/2025. Demanda de Amparo Colectivo del CIN. Ver en: https://www.frrq.utn.edu.ar/wp-content/uploads/2025/12/Demanda-CIN-presentada-1.pdf

Ejecutivo "debe introducir" los créditos indispensables para asegurar la continuidad y la eficiencia de los servicios esenciales.[7] Como el presupuesto no obtuvo aprobación legislativa en 2024, el PEN se escudó en la inexistencia de las partidas exigidas para atender las obligaciones establecidas por la Ley 27795 y, por ende, no cuenta con los créditos indispensables, a la luz de las premisas de la Ley de Administración Financiera. Ahora bien, en el razonamiento se omite una cuestión esencial: la previsión presupuestaria obliga a la readecuación de las partidas para dar cumplimiento a la manda legal y no *contrario sensu*.

4. El camino judicial: la acción de amparo colectivo del Consejo Interuniversitario Nacional

Ante la parálisis en la ejecución presupuestaria provocada por el dictado del Decreto 759/2025, el Consejo Interuniversitario Nacional (CIN) —entidad pública no estatal que nuclea y representa institucionalmente a la totalidad de las universidades nacionales de la República Argentina— promovió el 29 de octubre de 2025 una acción de amparo colectivo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional contra el Poder Ejecutivo Nacional. La demanda fue entablada con la adhesión unánime de los rectores y rectoras de cincuenta de las instituciones públicas de altos estudios del país, entre las que se destacan la Universidad Nacional de La Plata, la Universidad Nacional de Córdoba, la Universidad Nacional de Rosario, la Universidad Nacional del Litoral, la Universidad Tecnológica Nacional, la Universidad Nacional de Cuyo, la Universidad Nacional de San Martín, la Universidad Nacional de Quilmes, la Universidad Nacional del Sur y la Universidad Nacional de Tres de Febrero.[8]

El amparo colectivo definió como *causa petendi* que se declare la inconstitucionalidad del Decreto 759/2025, en cuanto dispone la suspensión de la ejecución presupuestaria de la Ley 27795, y, en consecuencia, le ordena al Poder Ejecutivo su fiel y efectivo cumplimiento.

De manera conjunta, los accionantes solicitaron una medida cautelar innovativa, de urgente tratamiento, orientada a asegurar la recomposición inmediata de los fondos destinados a salarios y becas.[9] El contenido de la cautelar exigió específicamente que el Estado Nacional procediera a:

- *Actualización salarial inmediata:* disponer que el Ministerio de Economía de la Nación transfiera de manera inmediata a las universidades nacionales un incremento del 40,25% en concepto de actualización de los fondos destinados al

7 Ley 24156, art. 27, inc. 2, ap. c).

8 Demanda de Amparo Colectivo del CIN, 29 de octubre de 2025.

9 Ídem.

pago de salarios de docentes y no docentes.[10] Los actores fundaron la razonabilidad de este porcentaje de manera incontrovertible: el propio Poder Ejecutivo reconoció, en los considerandos del Decreto 759/2025, que, mientras la inflación acumulada entre diciembre de 2023 y julio de 2025 había sido del 220,45%, la actualización nominal de haberes otorgada por vía administrativa había alcanzado únicamente el 128,49%, lo que implica una pérdida exacta del 40,25% del salario real de los agentes.[11]

- *Actualización mensual por IPC:* disponer la indexación mensual de las remesas salariales conforme a la inflación informada por el INDEC para los meses subsiguientes, garantizando la eficacia continua de la tutela urgente.[12]
- *Actualización presupuestaria de becas:* ordenar el incremento inmediato del 40,25% en las partidas destinadas al pago de los programas de becas estudiantiles de carácter nacional (Progresar, Carreras Estratégicas Manuel Belgrano, Enfermería, entre otros) para evitar la deserción de los estudiantes de menores recursos, cuyos montos nominales se encontraban congelados desde diciembre de 2023.[13]

Los actores acreditaron que la desactualización salarial y la devaluación de las becas conculcaban en forma flagrante el derecho constitucional a enseñar y aprender (art. 14, CN),[14] la gratuidad y equidad de la educación pública estatal (art. 75, inc. 19, CN),[15] y los tratados de derechos humanos con jerarquía convencional en materia de no regresividad de los derechos sociales (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 13; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 26).[16]

5. La concesión de la medida cautelar innovativa en el fuero contencioso administrativo federal

El 23 de diciembre de 2025, el juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 1, en autos caratulados "Consejo *Interuniversitario Nacional y otros c/ EN - PEN - Dto. 759/25 s/ amparo ley 16.986"*,

10 Ídem.

11 Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 759/2025.

12 Demanda de Amparo Colectivo del CIN, 29 de octubre de 2025.

13 Ídem.

14 Constitución de la Nación Argentina, art. 14; Demanda de Amparo Colectivo del CIN, 29 de octubre de 2025.

15 *Ibidem*, art. 75, inc. 19.

16 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 13; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 26; Demanda de Amparo Colectivo del CIN, 29 de octubre de 2025

dictó resolución en la que acogió la medida cautelar innovativa y declaró inaplicable, respecto de la Ley 27795, la suspensión de la ejecución contenida en el Decreto 759/2025, ordenando, de este modo, al Estado Nacional cumplir de forma inmediata con los artículos 5° y 6° de la Ley de Financiamiento Universitario.[17]

El magistrado de primera instancia estructuró los fundamentos jurídicos de la decisión mediante la rigurosa ponderación de los extremos exigidos de manera concurrente por el artículo 14 de la Ley 26854 para el otorgamiento de medidas cautelares innovativas dirigidas contra la Administración pública:[18]

- *Inobservancia de un deber jurídico claro y específico (inciso a):* el juez valoró que, habiendo insistido de manera formal ambas cámaras del Congreso de la Nación sobre el proyecto de ley vetado por el presidente, el proceso de formación de leyes de la Constitución Nacional (artículo 83) se encontraba definitivamente concluido, por lo que el Poder Ejecutivo carecía de toda facultad jurídica para dilatar, morigerar o suspender los efectos y la obligatoriedad material de la ley.
- *Fuerte posibilidad de la existencia del derecho (inciso b):* el magistrado determinó que la supremacía jerárquica de la cláusula constitucional que rige la insistencia legislativa, *prima facie*, desplazaba la aplicación de las disposiciones ordinarias de contención del gasto del artículo 5° de la Ley 24629.
- *Perjuicios graves de imposible reparación ulterior (inciso c):* el decisorio acreditó sumariamente que la parálisis presupuestaria generaba un deterioro diario del carácter alimentario de las remuneraciones del personal docente y no docente y el valor real de las becas de estudio, comprometiendo de manera directa la subsistencia material de los agentes públicos en un contexto de altísima inflación.
- *No afectación de un interés público preponderante (inciso d):* el magistrado determinó que la educación pública superior es un componente medular del interés general y que la tutela de los haberes docentes ampara directamente el derecho de enseñar y aprender. Respecto del impacto macroeconómico y fiscal alegado genéricamente por la demandada, el juez se remitió al informe oficial de la Oficina del Presupuesto del Congreso (OPC), el cual estimó el costo presupuestario de la recomposición salarial y de becas en un 0,23% del Producto Bruto Interno (PBI),[19] cifra porcentualmente poco significativa respecto del presupuesto global de gastos corrientes de la nación, descartando de plano una lesión grave al erario público.
- *Ausencia de efectos materiales e irreversibles (inciso e):* la medida se dictó con carácter precautorio e interino, extendiéndose de manera provisional hasta el pronunciamiento definitivo sobre el fondo y en paralelo al debate legislativo del

17 Juzgado Nº 11, Res. Cautelar del 23/12/2025; Decreto de Promulgación 759/2025.

18 Res. Cautelar del 23/12/2025.

19 Ver OPC (2025); Res. Cautelar del 23/12/2025, cit.

presupuesto para el ejercicio siguiente, sin clausurar la posibilidad de reajustes financieros posteriores.

En su análisis preliminar, el juez de grado confrontó críticamente la postura oficial plasmada en los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), que sostenían que el artículo 27, inciso 2, apartado c de la Ley 24156 era inaplicable y constituía una mera facultad de redacción presupuestaria. El juzgador desestimó tales consideraciones y subrayó que la PTN es un órgano dependiente y subordinado jerárquicamente al propio Poder Ejecutivo —cuyos dictámenes carecen del carácter de tercero imparcial que reviste el Ministerio Público Fiscal—, y concluyó que el imperativo legal de la Ley de Administración Financiera le impone al PEN un deber ineludible de adecuación presupuestaria para garantizar el funcionamiento del servicio estatal.

6. La confirmación de la medida por la Sala III de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo

Frente al pronunciamiento favorable a las universidades, el Estado nacional interpuso un recurso de apelación el 29 de diciembre de 2025, el cual fue concedido "en ambos efectos" por el juez de grado mediante providencia del 30 de diciembre de 2025, procediendo a la elevación de las actuaciones a la Alzada. El 31 de marzo de 2026, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal dictó sentencia y confirmó íntegramente la resolución apelada.[20]

La parte demandada opuso como agravio principal la supuesta nulidad del proceso, imputando una violación de la garantía constitucional de juez imparcial y de las normas del Reglamento para la Justicia Nacional, bajo la alegación de que los magistrados intervinientes revestían el carácter de docentes universitarios activos y, en consecuencia, eran beneficiarios directos de la actualización salarial ordenada. El tribunal desestimó de plano esta pretensión recursiva, señalando que la recusación con causa articulada por la Procuración del Tesoro de la Nación ya había sido formalmente sustanciada y rechazada por la propia Sala el 18 de diciembre de 2025, habiendo quedado precluida y consumada toda facultad procesal al haberse denegado los recursos extraordinarios el 5 de marzo de 2026, lo que inhabilitaba de raíz para reeditar debates ya agotados.

La Cámara ratificó que la Ley 24156 de Administración Financiera y sus normas de contención del gasto corriente no gozan de jerarquía orgánica ni superior respec-

20 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, Expte. N.° CAF 39.475/2025, Sentencia del 31 de marzo de 2026 (Dres. Fernández y Morán).

to de las restantes leyes dictadas por el Congreso. Por lo tanto, el Poder Legislativo no puede encontrarse subordinado en el tiempo a sus propias autorrestricciones normativas, de modo que la Ley 27795 de Financiamiento Universitario, en su condición de ley posterior y especial, derogó y exceptuó legítimamente la aplicación del artículo 5° de la Ley 24629 en el sector de la educación superior.

El tribunal validó la aplicación del prudente arbitrio del juez de primera instancia en la determinación de la calidad resarcitoria de la fianza, confirmando que la caución juratoria prestada por las autoridades universitarias era adecuada y proporcional a la tutela de los derechos alimentarios y fundamentales en juego.

La alzada descartó de modo categórico que la medida innovativa equivaliera a una sentencia definitiva encubierta, señalando que, mientras la pretensión principal persigue la declaración sistémica de inconstitucionalidad del Decreto 759/2025, el decisorio cautelar se limitó, de forma prudente, a instrumentar prestaciones eminentemente alimentarias y urgentes para el sostenimiento del personal docente y no docente, así como de los estudiantes vulnerables.

De manera paralela a las normas de decisión vinculantes, los camaristas incorporaron reflexiones de dogmática constitucional que consolidan conceptualmente los límites de la discrecionalidad ejecutiva.

Los magistrados destacaron que, en el marco del sistema representativo y republicano de gobierno, las atribuciones conferidas a las autoridades públicas de los tres poderes de la nación son esencialmente limitadas y coordinadas. El Poder Ejecutivo no puede ampararse en el principio de juridicidad o de legalidad presupuestaria para suspender o dilatar materialmente las leyes de la nación, puesto que ello vacía de contenido la potestad legislativa del Congreso y vulnera las reglas mínimas del orden constitucional.

El fallo, además, reflexionó sobre la primacía de la tutela del derecho de enseñar y aprender y la dignidad del trabajo docente sobre cualquier restricción fiscal ordinaria, recordando que la asfixia económica sobre la educación no puede ser asimilada a un "ahorro público legítimo", sino que representa una lesión sustantiva a las bases mismas de la cohesión democrática y al desarrollo científico de la nación

7. La intervención final de la CSJN

Tras la confirmación dictada por la Alzada, la Procuración del Tesoro de la Nación interpuso un recurso extraordinario federal (REF) el 16 de abril de 2026 contra la sentencia de la Sala III de la Cámara. El 7 de mayo de 2026, la Cámara resolvió conceder dicho recurso exclusivamente por involucrar cuestiones de naturaleza y sustancia estrictamente federales, y rechazó los planteos de "arbitrariedad de la sentencia" e "inexistencia de juez imparcial".

En este contexto de alta tensión institucional, el conflicto y las actuaciones principales ingresaron en la órbita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. De forma concomitante a la tramitación del recurso, la representación estatal intentó un nuevo planteo solicitando la excusación y recusación de los ministros del tribunal supremo, bajo el argumento de que ejercían la docencia en facultades de derecho del sistema público nacional, pretendiendo desarticular el *quorum* del tribunal.[21]

Finalmente, el 25 de junio de 2026, la CSJN puso fin a la controversia cautelar y dejó firme la exigibilidad material de la Ley de Financiamiento Universitario. Con la firma unánime de los señores ministros, se resuelve:

1. *Desestimación de las recusaciones:* rechazar de plano el pedido de excusación y la recusación formulada por el Estado nacional contra los miembros de la Corte, declarando que la sola condición de docente universitario no constituye un interés directo en el pleito que comprometa la imparcialidad objetiva para juzgar la validez institucional de las leyes de la República.
2. *Inadmisibilidad del recurso extraordinario (art. 14 de la Ley 48):* desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Poder Ejecutivo por falta de sentencia definitiva o equiparable a tal. La Corte recordó su doctrina constante según la cual las decisiones que conceden o confirman medidas cautelares no constituyen, por regla general, la sentencia final del pleito requerida para habilitar la instancia extraordinaria federal.
3. *Firmeza cautelar de los artículos 5° y 6° de la Ley 27795:* al declarar inadmisible el recurso estatal, la Corte dejó firme, de modo inalterable, la orden judicial que obliga al Poder Ejecutivo Nacional a aplicar de forma inmediata los artículos 5° y 6° de la Ley 27795. En consecuencia, el Estado quedó compelido, de manera irrenunciable, a efectuar las transferencias presupuestarias para la recomposición salarial indexada del personal docente y no docente y para la actualización automática del programa nacional de becas estudiantiles.
4. *Doctrina del precedente: la* ratificación cautelar pronunciada por la Corte Suprema se alinea de manera armónica con los principios rectores consolidados en su propia jurisprudencia, a saber:
   a. *Inflación y depreciación salarial (*Valdez, Bonorino Peró, Álvarez*):* en *Valdez c/ Gobierno Nacional* (Fallos: 295:937), ampliado en *Bonorino Peró* (Fallos: 307:2174) y *Álvarez, Gladys* (Fallos: 342:1847), la Corte estableció que la recomposición de deudas o créditos de contenido salarial frente a procesos inflacionarios no configura un aumento patrimonial indebido, sino la preservación de su valor económico real frente a la depreciación monetaria.[22]

---

21 CSJN, *Consejo Interuniversitario Nacional y otros c/ EN - PEN - Dto. 759/25 s/inc de medida cautelar*, CAF 39.475/2025/5/CS2; y *...s/ recurso de hecho*, CAF 39.475/2025/4/RH2, sentencias del 25 de junio de 2026 (Dres. Rosatti, Rosenkrantz y Lorenzetti).

22 CSJN, *Valdez, José L. c/ Gobierno Nacional*, Fallos 295:937 (1976); *Bonorino Peró, Esteban c/ Estado Nacio-*

b. Doctrina Badaro *sobre reajuste de prestaciones (*Badaro I y II*):* en *Badaro* (Fallos: 329:3089 y 330:4866), el máximo tribunal determinó la ilegitimidad de la omisión estatal de actualizar las prestaciones periódicas, erosionadas por el aumento de precios, y exigió la adopción de pautas permanentes de recomposición.[23]

*c. Estatus constitucional de la autonomía universitaria (*Monges*):* en *Monges* c/ *Universidad de Buenos Aires* (Fallos: 322:875), la Corte precisó que las universidades nacionales gozan de autonomía y autarquía amparadas directamente por la Constitución Nacional (art. 75, inc. 19), sujetas exclusivamente a la potestad reguladora del Congreso y desvinculadas de la tutela jerárquica del Poder Ejecutivo.[24]

*d. Control de razonabilidad del Poder Ejecutivo (*Cantaluppi*):* en *Cantaluppi* s/ acción de inconstitucionalidad (Fallos: 347:653, resuelto el 2 de julio de 2024), que hace suyo el dictamen de la procuradora fiscal y, en forma conteste al caso analizado, expresa:

> El principio de razonabilidad invalida la manifestación arbitraria de las autoridades estatales y exige que sus conductas (en lo que se hace y en lo que se deja de hacer) estén primariamente fundadas en las exigencias constitucionales, antes que en el capricho o el libre arbitrio y la nuda voluntad de las autoridades nacionales, provinciales y municipales. En el marco de un sistema republicano de gobierno, las competencias de las autoridades públicas se caracterizan por ser un poder esencialmente limitado, sometido a la juridicidad y a la razonabilidad constitucional. (Arts. 1º, 19 y 28 de la Constitución Nacional; Fallos: 344:3476, voto de los jueces Rosatti y Maqueda).[25]

8. Acerca de la vigencia de la Ley 27795 ratificada por la justicia contencioso-administrativa. Las novedades recientes: ratificación sobre el fondo del asunto y la obligación del Estado argentino de sostener la educación superior

La controversia de fondo planteada en esta causa trasciende la mera disputa por la distribución de recursos tributarios corrientes y se sitúa directamente en el plano de la preservación del Estado de derecho y de la constitucionalidad de las decisiones de gobierno.

---

nal, Fallos 307:2174 (1985); Álvarez, Gladys C. c/ Estado Nacional, Fallos 342:1847 (2019).

23 CSJN, *Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSES s/ reajustes varios*, Fallos 329:3089 (2006) y 330:4866 (2007).

24 CSJN, *Monges, Analía M. c/ Universidad de Buenos Aires*, Fallos 322:875 (1996).

25 CSJN, *Cantaluppi, Santiago s/ acción de inconstitucionalidad*, Fallos 347:653, voto del Dr. Rosatti, 2 de julio de 2024.

Las exigencias del "equilibrio fiscal" o las supuestas reglas de eficiencia en la gestión de los recursos no autorizan el incumplimiento de las leyes de la nación. En efecto, el equilibrio fiscal constituye una pauta técnica y un medio instrumental para la buena administración, pero no autoriza en modo alguno a ser la excepción al ejercicio de los derechos, en este caso, el de acceso a la educación pública y gratuita en las sedes universitarias. Cabe destacar que la cuestión es la buena administración, como ha introducido expresamente la Ley 27742 en el artículo 1 bis de la LNPA 19549, y, por ende, el mejor manejo de los recursos fiscales.

Entonces, debe pensarse en el mapa de las decisiones a adoptar y, por ejemplo, si al momento del dictado de los Decretos de Necesidad y Urgencia 656/2024 y 1104/2024 se cuenta con los recursos necesarios para dar cumplimiento a las obligaciones que se les imponen. En otras palabras, nada impide que se distribuyan los fondos a los más altos cometidos en protección de nuestra nación, pero siempre es obligatorio ponderar que ello se encuentre en perfecto equilibrio con la atención de aquellas obligaciones de raigambre constitucional y legal, como la analizada.

Ahora bien, al cerrar este artículo, debemos decir que el Estado nacional no ha dado cumplimiento a la manda judicial y, de hecho, fue intimado repetidas veces a cumplir con la medida cautelar firme.

Pero la justicia, que ordena y equilibra, nuevamente se ha centrado en lo correcto y ha declarado inconstitucional el Decreto 759/2025, por permitir incumplir, con el artilugio de una condición viciada, la Ley 27795 de Financiamiento Universitario. En efecto, la sentencia del juez de grado[26] en definitiva establece que

> … la tacha constitucional del decreto se verifica en dos aspectos concluyentes. En primera medida su oposición clara con el artículo 75, inciso 8°, de la Constitución Nacional, norma que le asigna al Congreso, y no al Presidente, la atribución de especificar el interés público en lo que hace al diseño del gasto público, en el caso el financiamiento de la educación pública. Por otra parte, el artículo 83 de la Constitución Nacional, que dispone que debe limitarse a promulgar -y no suspender- la ley si, luego de haberla vetado, el Congreso insistió con su sanción con las mayorías previstas. (sic)

En efecto, abonando la falta de motivación razonada del decreto en crisis, el juez sostiene que

> ... el Decreto 759/25 no supera un test mínimo de razonabilidad, en tanto permite suspender e inaplicar, amparado en la aplicación de un artículo de una ley anterior, la aplicación de una ley en donde el Congreso insistió con las mayorías agravadas requeridas. (sic)

26 Expediente Nro. 39475/2025 *Consejo Interuniversitario Nacional y otros c/ en - Pen - Dto 759/25 s/amparo Ley 16.986*, Juzgado Contencioso Administrativo Federal Nro. 1. Buenos Aires, octubre de 2026.

Y, por ello, hace lugar a la

> … acción de amparo colectiva interpuesta por el Consejo Interuniversitario Nacional, las universidades detalladas en la demanda y los docentes que la suscribieron, contra el Estado Nacional-Poder Ejecutivo Nacional y la acción de amparo acumulada al presente proceso colectivo, interpuesta por la Universidad de Buenos Aires contra el Poder Ejecutivo Nacional, declarando la inconstitucionalidad del decreto 759/2025 en lo relativo a la mención incluida "sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley N° 24.629" y, en consecuencia, ordenar al Poder Ejecutivo el cumplimiento inmediato de la Ley de financiamiento universitario con el dictado de las normas reglamentarias y ejecutorias necesarias a tal fin.

De este modo, la justicia ha eliminado del ordenamiento jurídico el acto viciado por su ilegalidad e inconstitucionalidad y ha ordenado el cumplimiento, sin hesitación, de la Ley de Financiamiento Universitario. Veremos ahora qué acontece con el proceso en las instancias sucesivas.

9. Sistemas comparados

9.1 España y el modelo de financiación basal del 1% del PIB de la LOSU

La sanción de la Ley Orgánica 2/2023 del Sistema Universitario (LOSU)[27] en España abordó la problemática de la infrafinanciación de la educación superior fijando una meta de cumplimiento obligatorio e indexado: alcanzar un presupuesto de financiación pública equivalente al 1% del PBI para el conjunto del Estado. La implementación de esta norma se instrumenta mediante un modelo que combina la financiación basal (singularizada para cada universidad y amparada por "contratos-programa" plurianuales que garantizan la regularidad y previsibilidad de los recursos destinados a remuneraciones de personal y gastos operativos de infraestructura) con partidas variables sujetas a la consecución de metas académicas medibles. Ello neutraliza la dependencia del sistema educativo de la discrecionalidad o incertidumbre política del ciclo de gobierno.[28]

27 Ver en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2023-7500

28 Jefatura del Estado (España), Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (LOSU), BOE N.° 70, Madrid, 23 de marzo de 2023; Fundación CYD (2024).

9.2 Alemania y el financiamiento por *Länder* y el sistema de asistencia BAföG

La educación superior alemana es de carácter fundamentalmente público y de gratuidad generalizada. El financiamiento básico del sistema corre por cuenta de los presupuestos de cada estado federado (*Länder*). Para garantizar la igualdad efectiva de oportunidades y compensar las desigualdades económicas de los hogares de los estudiantes, el Estado federal cuenta con la Ley Federal de Asistencia para la Capacitación (*Bundesausbildungsförderungsgesetz*, BAföG).[29]

Este sistema otorga una ayuda mensual estatal individualizada (compuesta en un 50% por un subsidio a fondo perdido y en otro 50% por un préstamo estatal a tasa de interés cero, cuya devolución es contingente a los ingresos futuros del graduado y está sujeta a amplios umbrales de exención). El modelo del BAföG desvincula el acceso y la permanencia del estudiante de la solvencia patrimonial de su grupo familiar, garantizando de forma real la equidad académica y la idoneidad social.

10. Conclusión final

El prolongado litigio institucional y judicial en torno a la Ley 27795 ha puesto al descubierto las profundas tensiones que atraviesan al Estado constitucional de derecho en la Argentina contemporánea. La pretensión del Poder Ejecutivo Nacional de neutralizar, por la vía reglamentaria (Decreto 759/2025), una ley ratificada por la insistencia calificada de ambas cámaras del Congreso de la Nación (artículo 83, CN) representó un ensayo de veto material e indirecto que altera el principio de división de poderes y pone en jaque el principio de legalidad presupuestaria.

La firme respuesta del Poder Judicial de la Nación —iniciada con la medida cautelar del juez de grado, confirmada por la Sala III de la Cámara Contencioso Administrativo Federal y ratificada de forma definitiva por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 25 de junio de 2026; por un lado y, recientemente, con el fallo sobre fondo que declara inconstitucional la condición de aplicación de la Ley, incluida en el decreto que la promulga— restableció la supremacía constitucional al declarar que ninguna autolimitación legal contable ni argumento genérico de disciplina fiscal autoriza al PEN a suspender la vigencia de las leyes. Al dejar firme la obligación de recomponer de inmediato las remuneraciones docentes y no docentes, así como las becas de estudio, conforme al índice inflacionario, el máximo tribunal ratificó que las leyes dictadas por el órgano legislativo soberano deben cumplirse.

En última instancia, el sostenimiento material de la universidad pública, gratuita

29 Ver en https://bit.ly/4hRydPq

y autónoma no constituye una variable de ajuste fiscal ni un gasto de libre disponibilidad política, sino un deber estatal de inversión estratégica indispensable para la preservación de la igualdad de oportunidades, el desarrollo científico y la movilidad social ascendente. La firmeza del ordenamiento jurídico y la recta interpretación judicial demuestran que, en el Estado constitucional, convencional y social de derecho, la vigencia efectiva de la democracia es inescindible de la protección de los derechos fundamentales y, en ellos, la tutela inviolable del valor de lo público es la brújula que orienta el camino de la educación y el recto actuar de la justicia.

Bibliografía

Bernazza, C. (2021). Proyecto de Ley de "Formación Pública 'Hugo Cormick'". Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Expediente N° 2201-D-2021.

Bidart Campos, G. J. (1969). *El Derecho Constitucional del Poder* (Tomo I). Ediar

Bidart Campos, G. J.y Manili, P. L. (2003). La jerarquía normativa de las distintas clases de decretos del Poder Ejecutivo. A propósito de la moderna "decretocracia" argentina. *La Ley*, 2003-C.

Castillo Blanco, F. A. (Coord.). (2019). *Compliance e Integridad en el Sector Público, Colección Esfera* (1ª ed.). Tirant lo Blanch

Centro de Economía Política Argentina. (14 de marzo de 2026). *Financiamiento de la educación universitaria y recomposición del salario docente, Informe N.º 582*. https://bit.ly/4eijNXh

Comadira, J. R. (2015). El juez contencioso-administrativo y el principio de juridicidad (legalidad administrativa): los intereses a proteger. *El Derecho Administrativo,* pp. 659-670.

Fundación CYD. (19 de diciembre de 2024). *Informe CYD 2024: ¿Cómo se financian las universidades españolas y cuál es el perfil de su personal docente e investigador?* https://bit.ly/4rWQqiT

Mairal, H. A. (2007). *Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla* (1ª ed.) RAP.

Oficina de Presupuesto del Congreso. (4 de septiembre de 2025). *Impacto fiscal del proyecto de ley de financiamiento de la educación universitaria y recomposición del salario docente, Expediente CD-7/2025*. https://bit.ly/4eilILt

Legislación citada

Jefatura del Estado (España), Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (LOSU), BOE N.° 70, Madrid, 23 de marzo de 2023.

Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 1131/2024, *Boletín Oficial de la República Argentina*, Buenos Aires, 27 de diciembre de 2024.

Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 88/2023, *Boletín Oficial de la República Argentina*, Buenos Aires, 26 de diciembre de 2023.

Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Promulgación 759/2025, *Boletín Oficial de la República*

Argentina, Buenos Aires, 20 de octubre de 2025.
Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Veto Total 647/2025, *Boletín Oficial de la República Argentina,* Buenos Aires, 10 de septiembre de 2025.

Jurisprudencia citada

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, Expte. N.° CAF 39.475/2025, Sentencia del 31 de marzo de 2026 (Dres. Fernández y Morán).
Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Consejo Interuniversitario Nacional y otros c/ EN - PEN - Dto. 759/25 s/inc. de medida cautelar*, CAF 39.475/2025/5/CS2.
Corte Suprema de Justicia de la Nación, *...s/ recurso de hecho*, CAF 39.475/2025/4/RH2.
Honorable Congreso de la Nación, Insistencia Legislativa sobre el Proyecto de Ley de Financiamiento Universitario (Ley 27795), Mensaje PE-81/25, Sesión del 2 de octubre de 2025.

Roles de autoría y conflicto de intereses

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

Derecho Administrativo en el Estado Constitucional
N° 2 (octubre de 2026): 253-265

Pautas para la configuración de un error judicial indemnizable (CSJN, *Martín, Ava y otros*)[1]

Guidelines for the Configuration of an Indemnifiable Judicial Error: Analysis of the CSJN Precedent "Martín, Ava y otros"

Ana Salvatelli[2]
Universidad de Buenos Aires

Sumario

1. Introducción
2. El caso
3. Responsabilidad estatal por error judicial. Contexto
3.1 Subclasificación
3.2 Medidas cautelares (prisiones preventivas y otras)
3.3 Sólo ilegítima.
4. Primeras conclusiones

https://doi.org/10.26422/daec.2026.0200.sal

1 CSJN, Fallos: 349:62 *Martín, Ava y otros, c/Estado Nacional – Ministerio de Justicia y otros s/Responsabilidad extracontractual del Estado*, 19/2/2026.

2 Abogada. Mg. Abogacía del Estado por la Procuración del Tesoro de la Nación. Doctoranda por la UBA. Profesora adjunta de Derecho Administrativo (Facultad de Derecho, UBA). Coordinadora del Posgrado en Derecho Administrativo y Administración Pública (Facultad de Derecho, UBA). Autora del libro *El Estado responsable* (Astrea, 2024), entre otras numerosas publicaciones. Titular de la Oficina de Actuaciones Colegiadas de la Auditoría General de la Nación.
anafsalvatelli@gmail.com
https://orcid.org/0009-0005-9580-3643

Resumen
El presente artículo examina las pautas y presupuestos fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) en el fallo *Martín, Ava y otros* (2026) para la configuración de la responsabilidad del Estado por error judicial. La autora deslinda doctrinariamente la responsabilidad *in iudicando* (error judicial estricto) de la responsabilidad *in procedendo* (falta de servicio en la actividad procesal). Se detallan los exigentes requisitos previstos para habilitar la indemnización por error judicial —fundamentalmente, una sentencia firme con un yerro manifiesto e injustificado y una declaración judicial explícita previa—, descartando la reparación automática en supuestos como la prisión preventiva seguida de absolución. Finalmente, se reflexiona sobre el impacto de la doctrina restrictiva de la CSJN frente a las garantías reconocidas en los tratados internacionales de derechos humanos.
Palabras clave: responsabilidad del Estado, error judicial, falta de servicio, prisión preventiva, Corte Suprema de Justicia de la Nación, pautas jurisprudenciales.

Abstract
This article examines the guidelines and requirements established by the Supreme Court of Argentina (CSJN) in the "Martín, Ava y otros" ruling (2026) regarding state liability for judicial error. The author conceptually differentiates between *in iudicando* liability (strict judicial error) and *in procedendo* liability (procedural breach of service). It details the demanding prerequisites necessary to configure an indemnifiable judicial error—specifically, a final judgment containing a manifest, unjustifiable flaw and an explicit prior judicial declaration—while rejecting automatic compensation for measures such as preventive detention followed by acquittal. Finally, the paper reflects on the impact of the CSJN's restrictive doctrine on the guarantees enshrined in international human rights treaties.
Key words: state liability, judicial error, breach of service, preventive detention, Supreme Court of Argentina, jurisprudential guidelines.

1. Introducción

Puede suceder que una decisión judicial se repute injusta, se la considere arbitraria o errónea y, por lo mismo, dañosa, más aún cuando se la descalifica en duros términos al ser revisada en instancia de apelación. Frente a este escenario, es habitual pensar que se ha configurado un "error judicial" susceptible de ser reparado, como supuesto específico de responsabilidad extracontractual del Estado por actividad judicial ilícita. Pero no.

La doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en materia de *error judicial indemnizable* evidencia un limitadísimo margen de procedencia, y el fallo que aquí comentamos así lo confirma, al revocar un decisorio que había hecho lugar parcialmente a una demanda por daños y perjuicios de este tipo.

Nos parece importante analizar cuáles serían las pautas para la configuración exacta de un error judicial (*in iudicando*) a fin de deslindar otros supuestos más generalizados, propios de las diligencias, vicisitudes o decisiones interlocutorias o no definitivas adoptadas a lo largo de los procesos judiciales (*errores in procedendo*), inclusive la prisión preventiva, encuadrables como clásicas faltas de servicio.

A continuación vamos a describir el caso y la solución alcanzada, luego lo vincularemos con el marco conceptual y normativo del tema en cuestión y finalmente ensayaremos algunas primeras conclusiones.

2. El caso

En el marco de una causa penal[3] en la que se investigaba al marido de la actora por su participación en el grupo "Los niños de Dios", o "La familia",[4] iniciada a raíz de una denuncia con motivo de la desaparición de menores, el magistrado a cargo del Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 1 de San Isidro ordenó un allanamiento nocturno que afectó a la actora e implicó el traslado de los niños que se encontraban en la casa, además de la prisión preventiva contra el denunciado.

Respecto de las consecuencias dañosas de esta medida judicial y del procedimiento llevado a cabo, Ava Martín reclamó daños y perjuicios en su nombre y en representación de sus hijos contra el Estado nacional (Ministerio de Justicia). Sustentó su pretensión en lo resuelto en instancia de apelación por la sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, que decidió revocar

> los autos asegurativos personales por los que se había dispuesto decretar el procesamiento y la prisión preventiva de J S M , disponer su inmediata libertad, restituir el inmueble que ocupaba al momento de concretarse las diligencias de allanamiento y trasladar a sus respectivas viviendas a los menores que aún se encontraban alojados en institutos oficiales o privados.

En particular, destacó la parte de la sentencia penal que calificó

> … al allanamiento llevado a cabo el 1º de septiembre de 1993 como un "inusual operativo nocturno", poniendo de relieve la "innecesaridad de su aparatosa factura", la "total falta de discreción del procedimiento policial al ser manejado sin la obligada reserva que imponía la incursión en ámbitos familiares con gran can-

3 *Cavazza, Juan Carlos y otros s/infracción art. 125 y otros del CP*, causa N° 42.882/93.

4 Se trató de un hecho policial de gran trascendencia pública (ver Vélez, 2026; *Secta "Niños de Dios"…*, 2026; Zocchi, 2019).

> tidad de niños" y la "amplia cobertura periodística desde el ingreso mismo a los hogares" que "irrogó la irremediable afectación de ámbitos privados amparados por la protección legal y el desmadre de informaciones que llegaron a atribuirles al Juez y al Fiscal de la causa comentarios de inocultable contenido ideológico o adelantamiento de juicios sobre la suerte procesal de los prevenidos.

La demanda fue admitida parcialmente por entenderse acreditado el error judicial, en línea con los fundamentos de la sentencia recién referida. Luego, esta decisión también fue confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (sala III).

Tras el rechazo del recurso extraordinario deducido por el Estado nacional, el caso llegó en queja ante la Corte Suprema, que dejó sin efecto la sentencia apelada compartiendo y haciendo propios los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora procuradora fiscal. El Dr. Rosatti, por su parte, expresó sus propios fundamentos.

Resulta interesante destacar del dictamen de la procuradora fiscal[5] cuáles son los estándares fijados en la propia jurisprudencia del máximo tribunal en el tema que nos ocupa, con el siguiente alcance:

a. ste tipo de reclamos tiene un presupuesto insoslayable: el acto jurisdiccional que origina el daño debe ser previamente declarado ilegítimo y dejado sin efecto; antes de ello, ostenta carácter de verdad legal y goza de la autoridad de la cosa juzgada. La acción de daños, con tal alcance, no puede constituirse en un recurso contra un pronunciamiento firme (con citas de *Vignoni*[6] y *Azucarera Argentina*[7]).
b. n el marco de los procesos penales, la indemnización por la privación de la libertad durante el proceso no es automática como consecuencia de la absolución posterior, sino que sólo puede tener lugar cuando el auto que decretó la prisión preventiva se revele como incuestionablemente infundado o arbitrario. Es que el convencimiento relativo en esa etapa del proceso acerca de la existencia de un delito habilita legalmente esa decisión del juez (con cita de los precedentes *Gerbaudo*,[8] *Andrada*,[9] *Cura*,[10] y *Quiroz Franco*[11]).

---

5 Ver también CSJN, Fallos: 347:7, *Irigoytia, Carlos F. y otros c/Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s/ordinario – daños y perjuicios*, 20/02/2024 y Fallos*:* 347:606 *Pérez, Hugo Antonio c/Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación s/daños y perjuicios*, 04/06/2024.

6 CSJN, Fallos*:* 311:1007, *Vignoni, Antonio S. c/Estado de la Nación Argentina*, 14/06/1988.

7 CSJN, Fallos*:* 328:3797, *Azucarera Argentina C.E.I. S.A. c/ Tucumán, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios (nulidad de acto jurídico)*, 25/10/2005.

8 CSJN, Fallos: 328:4175, *Gerbaudo, José L. c/Buenos Aires, provincia de, y otro s/ daños y perjuicios* 29/11/2005.

9 CSJN, Fallos: 329:3806, *Andrada, Roberto Horacio y otros c/Buenos Aires, provincia de y otros s/daños y perjuicios*, 05/09/2006.

10 CSJN, Fallos: 327:1738, *Cura, Carlos Antonio c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios*, 27/05/2004.

11 CSJN, Fallos: 329:3894, *Quiroz Franco, Miguel Á., y otros c/Mendoza, provincia de s/daños y perjuicios*,

c. Si la prisión preventiva resulta razonable y compatible con las circunstancias del auto del procesamiento, con la complejidad y particularidades del caso, no hay funcionamiento anormal del Poder judicial si luego la insuficiencia probatoria u otras constancias del proceso determinan la absolución (en referencia al precedente *Andrada*[12]).
d. La revisión, anulación o revocación de una sentencia condenatoria a través del recurso respectivo es condición necesaria, pero no suficiente, para responsabilizar al Estado, porque se requiere la manifiesta materialidad de la equivocación, lo que presupone un resultado erróneo, no ajustado a la ley (con cita de *González Bellini*[13]).
e. La doctrina reseñada en los puntos anteriores aplica no solo a la prisión preventiva como tal, sino también a todo tipo de medida accesoria de carácter provisorio dispuestas por el juez durante la instrucción de un proceso.
f. Los actos jurisdiccionales deben ser manifiestamente arbitrarias o irregulares o groseramente contrarias a las constancias de la causa con que el magistrado penal contaba al tiempo de los hechos, configurando una conducta estatal antijurídica que suscite la obligación de resarcir a cargo del Estado (cita del precedente *Mallmann*[14]).

Bajo estos estándares, destaca la procuradora que la demanda se admitió basándose en un recorte parcial de la sentencia penal revocatoria antes que en un examen integral de sus términos, sin que se hayan confrontado los argumentos que la demandada esgrimió en el proceso ni las circunstancias fácticas y jurídicas involucradas en la causa penal al momento de adoptar las medidas provisorias. Por eso concluye que la sentencia recurrida omitió evaluar si se hallaban reunidos los recaudos exigidos jurisprudencialmente para reconocer la responsabilidad estatal en estos supuestos y consideró que debía emitirse un nuevo pronunciamiento. Esta opinión fue compartida por el máximo tribunal.

En su voto, el Dr. Rosatti comienza por destacar que, en estos casos, además de la acreditación de los presupuestos requeridos para todo tipo de reclamo indemnizatorio por actividad ilícita, deben verificarse ciertas exigencias específicas, propias de su naturaleza singular y de su carácter excepcional. Así, señala que el error judicial debe representar una grave equivocación, sobre la base siempre opinable de la práctica jurídica. También que la reparación procede cuando la materialidad de la

19/09/2006.

12 CSJN, Fallos: 329:3806, *Andrada, Roberto Horacio y otros c/Buenos Aires, provincia de y otros s/daños y perjuicios*, 05/09/2006.

13 CSJN, Fallos: 332:552, *González Bellini, Guido V. c/Río Negro, provincia de s/ daños y perjuicios*, 17/03/2009.

14 CSJN, Fallos: 322:2525, *Mallmann Arturo Julio y otro c/Estado Nacional (Ministerio del Interior) s/Proceso de conocimiento*, 26/10/1999.

equivocación es manifiesta y grave, lo que presupone un resultado erróneo, abiertamente ajeno a la ley.

Bajo estas premisas y con cita del precedente *Gerbaudo*,[15] sostiene que para considerar errónea una medida cautelar adoptada en el curso de un proceso penal esta debe revelarse como incuestionablemente infundada o arbitraria al momento en que se ordenó, y que por lo mismo no ostentan ese vicio las que, con base en elementos objetivos, hayan llevado convencimiento a los juzgadores —aunque sea relativo dada la etapa del proceso— acerca de su procedencia.

Concluye así que, en el caso, la descalificación de las decisiones de naturaleza accesoria y provisional dispuestas durante la instrucción del proceso penal como portadoras de un "error judicial" resulta dogmática, porque no se examinó rigurosamente si aquellas decisiones fueron manifiesta y gravemente arbitrarios o irregulares o groseramente contrarios a las constancias de la causa con las que el juez penal contaba al momento de los hechos, al punto de configurar una conducta estatal antijurídica que suscite la obligación de resarcir. Más aún, destaca que se funda en una lectura parcial del voto de la mayoría de la sentencia que revisó la decisión de primera instancia a la que se le imputa el error, sin efectuar un examen integral de sus términos.

En definitiva, como anticipamos, y con estos fundamentos, la Corte Suprema hace lugar a la queja, declara admisible el recurso extraordinario y devuelve el caso para el dictado de un nuevo fallo con arreglo a lo expresado.

3. Responsabilidad estatal por error judicial. Contexto[16]

A pesar de contar con expreso fundamento convencional, porque el artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos[17] y el artículo 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[18] —ambos de jerarquía constitucional— reconocen el derecho de toda persona a ser indemnizada si ha sido condenada mediando "error judicial", prácticamente no hay casos en los que la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya admitido la reparación de un daño por este motivo.

---

15 CSJN, Fallos: 328:4175, *Gerbaudo, José L. c/Buenos Aires, provincia de, y otro s/ daños y perjuicios*, 29/11/2005.

16 Nos remitimos, para profundizar, a Tawil (1993), Mertehikian (2001, 2006, cap. XI y sus citas), Caputi (2000, 2013, p. 59), Álvarez (2008, p. 700).

17 "Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial".

18 "Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido".

Sólo destaca *Vignoni*,[19] que ha permitido delimitar la doctrina que luego se consolidó en los restantes precedentes citados a lo largo del presente trabajo, sobre la base del rechazo antes que de la admisión.

Creemos que ello obedece a la ausencia de criterios claros y uniformes y a la distancia que hay entre el convencimiento general de lo que se asume que es un error judicial y lo que en concreto sostienen los tribunales, en especial en lo que respecta a las decisiones vinculadas a medidas cautelares de prisión preventiva, como luego veremos.

Para ordenar conceptualmente el tema, resulta útil señalar algunas de sus principales características:

3.1 Subclasificación

Los casos de responsabilidad estatal por actuación judicial pueden ser clasificados en dos grupos[20]: error judicial (responsabilidad *in iudicando*) y falta de servicio en el proceso o defectuoso funcionamiento del servicio de justicia (responsabilidad *in procedendo*).

El primero únicamente puede provocarlo un juez cuando dicta una sentencia resolviendo un conflicto con fuerza de verdad legal, esto es, en el ejercicio específico de su competencia constitucional. Por eso *in iudicando* alude al error en el "juicio" a la hora de decidir.

Sus requisitos de configuración son tanto formales como materiales y tienen una secuencia temporal, a saber:

1. Primero se requiere como presupuesto insoslayable una *sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada que porte o contenga el "error judicial"*. A su vez, este no se predica —desde una perspectiva material— de cualquier equivocación o inconsistencia, sino que su apreciación sigue criterios estrictos. En este sentido, la doctrina española ha destacado el carácter particularmente restrictivo del estándar construido jurisprudencialmente para la configuración del error judicial, que exige que la equivocación revista especial gravedad y evidencia. Doménech Pascual (2025) advierte, en particular, sobre el carácter "craso y evidente" que la jurisprudencia española ha exigido para reconocer la existencia de un error judicial, y cuestiona la pertinencia de este estándar, especialmente cuando se trata de condenas penales erróneas.

---

19 CSJN, Fallos*:* 311:1007, *Vignoni, Antonio S. c/Estado de la Nación Argentina*, 14/06/1988.

20 Ver nuestro desarrollo en *El Estado responsable* (Salvatelli, 2024, cap. VIII, p. 361 y ss.). Asimismo, ver la distinción prevista en la Constitución española, artículo 121; y también en la Ley Orgánica del Poder Judicial de España (LPOJ artículos 292 a 297), que recoge tres tipos de responsabilidad, por error judicial, por haber sufrido indebidamente prisión preventiva y por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

En efecto, este error tiene que haber sido cometido en una resolución judicial; no puede ser rectificado mediante recursos; debe ser determinante del contenido de la decisión judicial errónea; puede ser de hecho o de derecho y ha de ser craso, patente, indubitable, incontrastable.[21]

2. Segundo, el error judicial debe ser declarado como tal por una sentencia posterior en un proceso autónomo instado al efecto, como la Corte Suprema señaló en *Egues*,[22] o por la vía de un recurso de revisión de sentencia específico, si existiere; esta decisión también debe adquirir carácter de definitiva.
3. Finalmente, esta última resolución se constituye en el *título autónomo y habilitante* de la acción de daños y perjuicios en la que se persiga la reparación del, ahora sí, *error judicial indemnizable*.[23]

Lo enunciado es lo que resulta del análisis de la jurisprudencia que venimos citando a lo largo del presente y fue expresamente referido en el decisorio en comentario. Como, por ejemplo, cuando sostuvo la Corte Suprema al interpretar los alcances del apuntado fundamento convencional del error judicial, que

> (…) el art. 14.6 del PIDCP, en tanto condiciona la indemnización —en el caso de sentencias condenatorias firmes ulteriormente revocadas— a que un hecho ulterior sea plenamente probatorio de "la comisión de un error judicial", y también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que (más allá de contemplar que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios —art. 7.3—) también supedita la procedencia del resarcimiento a favor de una persona para el caso "de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial. (art. 10)[24]

O cuando señaló que

> (…) en los supuestos de ejercicio irregular de la función jurisdiccional se requiere, además, remover la apariencia de ilicitud que surge simultáneamente con la realización de aquél (daño)" "(…) la ilegitimidad de la conducta dañosa surge de un tercer momento, que es el dictado de la sentencia definitiva (…) antes de esa resolución, la presunción de que ese procedimiento dañoso se ajusta a derecho impide que quede expedita la acción indemnizatoria.[25]

---

21 Ver el trabajo de Gómez Fernández (2026).

22 CSJN, 29/10/1996, *Egües, Alberto J. c/Buenos Aires, provincia de*, Fallos: 319:2527.

23 Ver el trabajo de Gómez Fernández (2026).

24 CSJN, Fallos: 332:552, *González Bellini, Guido V. c/Río Negro, provincia de s/ daños y perjuicios*, 17/03/2009.

25 CSJN, Fallos: 322:2525, *Mallmann Arturo Julio y otro c/Estado Nacional (Ministerio del Interior) s/Proceso de conocimiento*, 26/10/1999.

La sumatoria de las características singulares que venimos de exponer respecto de este primer grupo de supuestos de responsabilidad estatal por error judicial pone en evidencia que nos encontramos ante una categoría única y excluyente, distinta de los casos clásicos de responsabilidad por actuación estatal ilegítima. Justamente a estos últimos pertenecerían todos los restantes supuestos, caracterizados por la presencia de una falta de servicio en el trámite del proceso judicial (errores *in procedendo*), que aglutinan la mayor parte de los precedentes y asumen una suerte de carácter residual en el que se evalúa su procedencia con base en los requisitos propios de dicho ámbito, en particular, que se verifique una falta de servicio por acción u omisión imputable a un órgano en ejercicio de la función estatal (judicial, en el caso).[26]

3.2 Medidas cautelares (prisiones preventivas y otras)[27]

En línea con la clasificación expuesta en el punto anterior, debemos detenernos en el encuadre de los casos más sensibles del conjunto de precedentes jurisprudenciales de responsabilidad estatal por actividad jurisdiccional, que es el relacionado con las medidas cautelares que pueden adoptarse durante un proceso judicial, incluyendo las prisiones preventivas ordenadas en el marco de las causas penales. Nadie duda del daño que produce en una persona encontrarse detenida, privada de su libertad, bajo las reglas del proceso penal, con lo que implica para su vida, integridad física, salud y desarrollo personal. Luego, son numerosos los casos en los que, una vez recuperada la libertad (bajo cualquier tipo de decisión: absolución, falta de mérito, nulidad, entre otras), se reclaman los daños y perjuicios derivados de aquella decisión cautelar.

Pues bien, el dato saliente que advertimos en el análisis de los fallos de la Corte Suprema sobre el punto es la no admisión de responsabilidad estatal con el encuadre de error judicial, en el sentido de que el levantamiento o anulación de una decisión cautelar durante el proceso no implica que haya sido arbitraria o infundada cuando se dispuso, sino que solo refleja (siguiendo el trámite de la causa) que la convicción ha variado en función de la prueba rendida en ella, tal y como lo pone de manifiesto el dictamen de la procuradora fiscal que fue compartido en el caso en comentario. Por lo mismo, se excluye la existencia de un derecho "automático" a percibir indemnización por el solo hecho de haber sufrido detención o prisión preventiva para luego resultar absuelto.

Esta doctrina ha conducido, sistemáticamente, al rechazo de las acciones deduci-

---

26 Ver CSJN, 04/05/1995, *De Gandía, Beatriz I. c/Buenos Aires, provincia de s/indemnización por daño moral*, Fallos: 318:845; 21/10/2006, *Tortorelli, Mario N. c/Buenos Aires, provincia de, y otros s/daños y perjuicios*, Fallos: 329:4826.

27 Ver Monti (2001), Botassi (2008, p. 580), Urtubey (2025, pp. 124-140).

das con dicho encuadre. Por ello, creemos que los daños derivados de las prisiones preventivas y/o medidas cautelares dictadas en el proceso, por no tratarse de sentencias definitivas que gozan de la autoridad de la cosa juzgada, deben encuadrarse en el grupo de casos de errores *in procedendo* o funcionamiento anormal del servicio de justicia o falta de servicio en el proceso.

Recordemos, con tal alcance, que esta última es la pieza clave sobre la que se construyó la atribución de responsabilidad por actuación ilegítima en general,[28] que ha sido definida como la anormalidad o violación de las obligaciones del servicio regular, entendiendo que quien contrae la obligación de prestar un servicio debe hacerlo de acuerdo con el fin para el que ha sido instituido y responde por su ejecución irregular; en otras palabras, se violan los deberes legales que conforman la competencia del órgano estatal de que se trate, y de esta última condición también participan los órganos judiciales en el ejercicio de su función específica.

Así sucede, por ejemplo, con la indebida prolongación de la prisión preventiva, que ha dado lugar a la doctrina más novedosa sobre la materia en cuanto a admitir la responsabilidad estatal en dichos supuestos.[29]

3.3 Sólo ilegítima

Finalmente, destacamos también como característica singular que la responsabilidad estatal por actuación judicial sólo procede por actividad ilícita o ilegítima, nunca lícita.[30]

En efecto, es doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que los actos judiciales son ajenos por su naturaleza a la responsabilidad del Estado por su actividad lícita[31] y, como consecuencia de ello, los daños sufridos en el ejercicio regular o lícito del poder jurisdiccional del Estado deben ser soportados como una carga social a fin de obtener una adecuada administración de justicia.[32] Afirma que ello obedece a que no se trata de actividades políticas para el cumplimiento de fines comunitarios, sino de actos que resuelven un conflicto en particular.

De esta forma,

---

28 Para ampliar, ver Salvatelli (2024, pp. 200 y ss.).

29 *Ibidem*, pp. 389 y ss. y sus citas.

30 En contra, Perrino (2016, pp. 168 y ss.). También Arazi (1995, p. 793).

31 CSJN, Fallos: 322:2525, *Mallmann Arturo Julio y otro c/Estado Nacional (Ministerio del Interior) s/Proceso de conocimiento*, 26/10/1999.

32 Ver, por ejemplo, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, 12/09/19, *Pérez Quispe, Olinda c/EN – PTN s/daños y perjuicios*). En doctrina, ver Andrada (2018, p. 122).

> (…) si la contienda es dirimida por el juez respetando los hechos y el derecho vigente, la discrecionalidad en la elección de diversas alternativas posibles no puede quedar condicionada por la atribución de obligaciones reparatorias para el Estado por los daños que se pudieren causar a las partes en ocasión de la finalización del juicio. Dichos daños, si alguna vez ocurrieron y en la medida en que no deriven de un ejercicio irregular del servicio prestado, deben ser soportados por los particulares, pues son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia.[33]

Por su parte, la Ley Nacional de Responsabilidad del Estado 26944 (Sammartino, 2016, p. 195) ha sido conteste con ello, ya que su artículo 5° se limita a señalar, *in fine*, que "Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización". Con similar alcance regularon las leyes de la provincia de Río Negro (artículo 13) y de Mendoza (artículo 10). Por su parte, la ley de Entre Ríos no contiene una disposición expresa sobre el punto, y finalmente CABA se diferencia por cuanto en el artículo 1° dispone la aplicación de la ley al sector público de la Ciudad de Buenos Aires, comprensivo del Poder Judicial local, y luego no la limita a los casos de lícita, con lo cual en la Ciudad podría verificarse la responsabilidad por actividad jurisdiccional derivada tanto de una actuación irregular como lícita.

Como se advierte, esta última característica es coherente con los dos grupos posibles de casos de responsabilidad judicial del Estado que enunciamos en el apartado 3.1, ya que tanto el error judicial como el funcionamiento anormal del servicio de justicia refieren a actuaciones estatales ilegítimas o irregulares.

4. Primeras conclusiones

Si bien creemos que el tema exige mayor desarrollo y futuras reflexiones, es útil pensar el "error judicial" como categoría autónoma y excluyente de responsabilidad estatal, que se desenvuelve bajo requisitos propios y distintos de las faltas de servicio sucedidas durante los procesos judiciales.

Aquella, como especie que se agota en sí misma, exige: a) la existencia de una resolución judicial no recurrible que contenga un error de las características descriptas más arriba; b) una declaración expresa de ese error judicial en una nueva sentencia, también definitiva, sea que se obtenga a través de un recurso de revisión apto para ello o bien a través de un proceso autónomo; y c) iniciar con este título habilitante (sentencia definitiva que declare expresamente la existencia de un error judicial) el juicio de daños persiguiendo su reparación.

---

33 CSJN, Fallos: 322:2525, *Mallmann Arturo Julio y otro c/Estado Nacional (Ministerio del Interior) s/Proceso de conocimiento*, 26/10/1999 (del voto de los jueces Boggiano y López).

Lo cierto es que todo esfuerzo interpretativo que intente demostrar la configuración de un supuesto error judicial basado en fragmentos de sentencias revocatorias o revisoras, sin contar con una decisión que expresamente reconozca su existencia, resulta vano, ya que invariablemente obliga al tribunal que conoce en los daños a "revisar" los hechos y las pruebas, el criterio y la técnica jurídica en los que se sustentó aquella.[34] Esto último, ciertamente, no es conteste con la doctrina de la Corte Suprema que aquí comentamos, en el sentido de que el error judicial no puede transformarse en una vía de revisión de sentencias.

Esta conclusión nos obliga también a señalar que la suerte de un litigio de este tipo, en el que un nuevo juez —o jueces— declare en forma expresa la existencia de un *error judicial indemnizable*, y que esta decisión adquiera firmeza como para garantizar el título habilitante del juicio de daños, en sí misma explica por qué no contamos con más precedentes que permitan clarificar aún más la doctrina, de por sí excepcional. Parece del todo improbable perseguir este derrotero procesal.

Finalmente, la duda que queda es si el alcance de esta doctrina satisface el compromiso convencional expreso (artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.6. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) asumido por nuestro país, que goza de jerarquía constitucional (artículo 75, inc. 22), o si, por el contrario, la ausencia de precedentes muestra que esa garantía ha caído en letra muerta.

Bibliografía

Álvarez Álvarez F. D. (2008). El error judicial como causal de responsabilidad del Estado: evolución y perspectivas. En Comadira, J. R. y Bianchi, A. B. (Dirs.), *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público* (pp. 698-710). RAP.

Andrada, A. D. (2018). *Ley 26.944 Responsabilidad del Estado y funcionarios. La situación en las provincias*. Thomson Reuters La Ley.

Arazi R., (1995). Responsabilidad por daños en el proceso. En Alterini, A. y López Cabana, R. M. (Dirs.), *La Responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg* (pp. 789-796). Abeledo Perrot.

Botassi C.A., (2008). De nuevo sobre la responsabilidad del Estado por el mal funcionamiento de la justicia penal. En Bianchi, A. B., Mata, I., Jeanneret de Pérez Cortés, M., Farrando, I., Mertehkian, E., Herrera de Villavicencio, B., Gusman, A. S., Rodríguez, M. J., Peralta, M. J., Canda, F. O., Lima, F. E. J., Albertsen, J. C., Testoni, S., Francavilla, R. H., Barra, R. C.,

34 Ver el interesante fallo de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mercedes (provincia de Buenos Aires) en autos *Larroza Patricia M. c/Fisco de la provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios Resp. Estado*, Expte. SI-122726, 12/6/2026, publicado en https://lix.li/tSxkdl

Sacristán, E. B., Rennella, M. P., Huici, H., Nielsen, F. … Vitale, C. M., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público* (pp. 559-582). RAP.

Caputi, C. (2013). La responsabilidad del Estado – Jurisprudencia reciente, tendencias y perspectivas futuras. En Hutchinson, N. T. y Rosatti, H., *Diez años de Derecho Público en la Argentina* (Vol. I, "Revista de Derecho Público", pp. 59-113). Rubinzal-Culzoni.

Caputi, C., Tendencias actuales en Materia de Responsabilidad del Estado por Funcionamiento Irregular de los Órganos Judiciales (Caso 'Amiano'). *La Ley, 2000-C*.

Domenech, P. G. (18 de mayo de 2025). *Hay errores y errores. Crítica de la jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por condenas*. Almacén de Derecho. https://lix.li/tP5S6

Gómez Fernández, D. (20 de junio de 2026). *La Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo matiza su doctrina sobre la responsabilidad patrimonial por error judicial (STS 18/06/2026*. https://www.derechoadministrativoyurbanismo.es

Mertehikian, E. (2001). *La responsabilidad pública - Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*. Ábaco/Edición del autor (e-book).

Monti, L. (2001). Responsabilidad judicial del Estado por el dictado de medidas cautelares. En Canda, F. O., Rebollo, L. M., Cassagne, J. C., Uslenghi, A., Perrino, P. E., Muratorio, J. I., Muñoz, G. A., Botassi, C. A., Aberastury, P. , Balbín, C. F., Bianchi, A. B., Mata, I., Soria, D. F., Aguilar Valdez, O. R., Hutchinson, T., Andreucci, C. A., Tawil, G. S., Sacristán, E. B., Grecco, C. … Goane, R. M., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral (junio de 2000)*. Ciencias de la Administración.

Perrino, P. E. (2016). *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos*. La Ley.

Salvatelli, A. (2024). *El Estado responsable*. Astrea.

Sammartino, P. (2016). Responsabilidad del Estado: características generales del sistema legal vigente. En Ávila, S. M. (Coord.), *Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944* (pp. 172-230). Infojus. DACF 160149.

Secta "Niños de Dios": un fallo de la Corte llegó tres décadas después. (21 de febrero de 2026. Perfil. https://lix.li/ZIQ2n

Tawil, G. S. (1993). *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia*. Depalma.

Urtubey, F. (2025). Responsabilidad del Estado por prisión preventiva prolongada o ilegítima. Una aproximación a la argumentación judicial de dos sentencias. *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies, 15*(1), 124-140.

Vélez, R. (20 de febrero de 2026). *La Corte revocó una condena contra el Estado por presunto error judicial en un allanamiento vinculado al caso "Los Niños de Dios"*. Palabras de Derecho. https://lix.li/wImA4

Zocchi, J. (12 de octubre de 2019). Así operó en Argentina "Los niños de Dios", la secta acusada de corrupción de menores donde vivió Joaquin Phoenix en su infancia. *Infobae*. https://lix.li/B4RAh

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.

Derecho Administrativo en el Estado Constitucional
N° 2 (octubre de 2026): 267-277

El fallo *Cosani* y una revisión del alcance del principio de legalidad administrativa

The Cosani Judgment and a Reassessment of the Scope of the Principle of Administrative Legality

Soledad Larrea[1]
Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso, Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo Nº 21

Sumario

1. El caso *Cosani*. Los hechos
2. Particularidades a considerar
3. Los votos
4. El alcance que se le asigna al principio de legalidad
5. El alejamiento entre las normas, los fallos y la realidad
6. Una puerta entreabierta (a modo de conclusión)

https://doi.org/10.26422/daec.2026.0200.lar

Resumen

El presente comentario no sienta —ni podría hacerlo— verdad definitiva alguna. No tiene por objeto más que llamar a la reflexión sobre algunas aristas que permitan revisar posiciones

1 Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Administrativo Económico por la Universidad Católica Argentina. Profesora adjunta de Derecho Administrativo en la Universidad de Buenos Aires y de posgrado en la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco (Sede Trelew) y en la Universidad Nacional del Comahue. Es jueza de primera instancia en lo Contencioso Administrativo Tributario y de Relaciones de Consumo de la CABA. Asimismo, es autora de libros y artículos de la especialidad y disertante en jornadas y seminarios de la materia.
solitalarrea@gmail.com
https://orcid.org/0009-0002-4754-2600

asumidas como definitivas, posibilitando un mejor análisis de las decisiones administrativas y judiciales, de cara a las demandas de la ciudadanía por una mayor eficacia y defensa efectiva de los intereses de los administrados. La propuesta se limita a aquellos casos en los que se encuentren vulnerados derechos esenciales de las personas físicas, pues importa una relectura del principio de legalidad a la luz de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados de derechos humanos incorporados con tal rango por el art. 75 inc. 22, en atención a la obligación de tomar medidas de acción positiva que surge del art. 75, inc. 23. Tal entendimiento es el que ha asignado la CIDH al sostener que la obligación de respetar, proteger y garantizar el derecho humano a la igualdad y a la no discriminación alcanza a todos los poderes del Estado y a los particulares, por lo que esta obligación recae tanto sobre situaciones discriminatorias derivadas de acciones u omisiones de los poderes públicos como frente a aquellas que tienen su origen en el comportamiento de los particulares.
Palabras clave: discriminación, legalidad, derechos humanos, igualdad.

Abstract
This commentary does not seek -nor could it seek- to establish any definitive truth. Its sole purpose is to encourage reflection on certain aspects that may prompt a reassessment of positions traditionally regarded as settled, thereby fostering a more comprehensive analysis of administrative and judicial decisions in light of society's demand for greater effectiveness and the effective protection of the rights and interests of individuals subject to administrative action. The proposal is limited to those cases involving violations of fundamental rights of natural persons, as it entails a reinterpretation of the principle of legality in light of the rights recognized by the National Constitution and by the human rights treaties incorporated with constitutional hierarchy pursuant to Article 75 (22), taking into account the obligation to adopt affirmative action measures established in Article 75 (23). This interpretation is consistent with the approach adopted by the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), which has held that, the obligation to respect, protect, and guarantee the human right to equality and non-discrimination extends to all branches of government as well as to private individuals. Accordingly, this obligation applies both to discriminatory situations arising from actions or omissions by public authorities and to those originating in the conduct of private individuals.
Key words: discrimination, legality, human rights, equality.

1. El caso *Cosani*.[2] Los hechos

La actora, una mujer de 61 años, impugna el Decreto reglamentario provincial 3029/12 que se aplica al concurso por el cual se titularizaban los cargos docentes que hasta ese momento venía ocupando en forma interina. Ello así, en tanto la norma

2 Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo: 347:2115.

reglamentaba la Ley local 8927, que no disponía límite etario alguno a la posibilidad de concursar. No obstante, el mentado decreto, por remisión a la Ley jubilatoria local 6915, incorpora un límite etario para concursar el cargo de 60 años para mujeres y de 65 para hombres. Alegó exceso en la reglamentación y discriminación por género e invocó las previsiones de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores —Ley 27360, del año 2017—.

La primera instancia hizo lugar a la acción de amparo, ante lo cual la Sala I de la Cámara de Apelación en lo Laboral de la Ciudad de Rosario revocó la decisión y la rechazó, en línea con un precedente de la Corte provincial. La Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe rechazó la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado y confirmó lo decidido sin adentrarse en el fondo de los cuestionamientos efectuados por la actora. Luego, rechazó la procedencia del recurso extraordinario. La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), el 19 de diciembre de 2024 —con apoyo en el dictamen del año 2020 de la Sra. procuradora fiscal adjunta Dra. Monti— declaró procedente la queja por recurso extraordinario denegado y revocó lo decidido por el máximo tribunal provincial, haciendo lugar al planteo de la accionante.

2. Particularidades a considerar

El caso despierta interés pues, desde mi punto de vista, la CSJN pudo haber resuelto el asunto de manera más simple. Sin embargo, optó por expedirse y analizar el fondo de la cuestión. Nótese que existían varias opciones de decisión: a) alegar que era un tema de "derecho público interno" y, por ende, resolverlo por remisión al art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN); tal vez la decisión resultaba polémica porque sí había afectación a garantías federales (derecho de defensa, protección contra la discriminación), en tanto se invoca la doctrina de la arbitrariedad; b) remitirse a los argumentos contenidos en el dictamen fiscal, esencialmente fundados en que la norma reglamentaria aplicada excedía las disposiciones legales, poniendo un límite de edad que la ley no preveía; c) la CSJN también podía (considerando el tiempo transcurrido, pues la situación se había originado varios años antes) requerir un informe sobre la situación actualizada de la actora, del cual, con toda probabilidad, surgiría que la cuestión había devenido abstracta. No obstante, la CSJN no decidió nada de ello, sino que esperó cuatro años desde el dictamen fiscal y luego eligió este caso para indicar a los tribunales inferiores una senda interpretativa, aun cuando no implicara una solución práctica para la situación puntual de la actora.

3. Los votos

En primer término, votaron en forma conjunta los Dres. Maqueda y Rossatti. Iniciaron con una articulación entre los derechos a enseñar y a aprender, la igualdad interpretada no sólo como derecho, sino también como garantía y la admisión a los empleos "sin otra condición que la idoneidad". A partir de ahí, y con invocación del deber de tomar medidas de acción positiva contemplado en el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional (CN), culminaron en la conformación de una categoría sospechosa de discriminación (en el caso, directamente por la edad e indirectamente por el género) que exigía un análisis de razonabilidad. Luego, llevaron adelante el control de razonabilidad fundado en la discriminación por género (cons. 13), destacando que la diferencia etaria para acceder a los beneficios jubilatorios se entiende desde una finalidad protectoria (igualdad inversa-discriminación positiva) de la mujer, por lo cual no podría aplicarse en contra de la actora. En los considerandos siguientes, abordaron el tema de la edad, citando precedentes como los fallos *Domínguez* (edad jubilatoria de docentes universitarios), *Belfiore* (límite etario para concurso de primera bailarina del Teatro Colón), *Franco* (límite de 75 años para ejercer funciones notariales) y, finalmente, *Schiffrin* (límite establecido directamente por el constituyente), para concluir en que lo inadmisible es establecer un límite carente de fundamentación y sustentado "en meros prejuicios contra la vejez".

Tras ello, el breve voto del Dr. Rosenkrantz hizo hincapié en el dogmatismo en el que incurriera el máximo tribunal provincial, que omitió analizar el planteo de discriminación y exceso reglamentario que formulara la amparista, a la par que exigiera la consumación del daño sin meritar que la acción de amparo resultaba procedente frente a la inminencia del agravio en tanto resultara cierta y no conjetural. En lo demás, remitió al dictamen de la Sra. procuradora fiscal.

Finalmente, el voto del Dr. Lorenzetti desarrolló los argumentos ampliando la óptica en punto a la técnica interpretativa utilizada por los tribunales y autoridades que habían intervenido en forma previa, poniendo especial énfasis en la necesidad de arribar a una decisión razonable como producto de la interpretación armónica de las normas. Sostiene que

> [l]os principios son normas que establecen juicios de deber ser que receptan valores aspiracionales. De modo que su configuración normativa es, prima facie, inacabada y susceptible, por lo tanto, de ser completada. Un principio jurídico es un mandato destinado a lograr su máxima satisfacción de un modo compatible con otros principios competitivos que resulten aplicables en el mismo campo de la argumentación…

Así, culmina priorizando la idoneidad por sobre la edad y el género en el entendimiento de que los cambios sociales y normativos posteriores requieren adaptacio-

nes en función de la finalidad contemplada en la regla (en el caso, ejercer la docencia con idoneidad).

4. El alcance que se le asigna al principio de legalidad

La cuestión no es novedosa y remite a bases histórico-políticas, en las cuales se procuró acotar el campo de actuación del Ejecutivo en Gobiernos de índole autoritaria. Así, asumiendo que el actuar de la Administración debe ajustarse al deber impuesto normativamente, algunos autores han concluido —a mi modo de ver, de forma extralimitada— en sostener que se debía aplicar a rajatabla la norma inmediata independientemente de su manifiesta ilegitimidad surgida de su confrontación con normas jerárquicamente superiores. Los fundamentos para tal postura estaban sustentados en la necesidad de minimizar los posibles hechos de corruptela (de ahí el paradigma de la inderogabilidad singular de los reglamentos) y en la posible afectación que podría implicar para el principio de división de poderes que la Administración no aplicara una ley dictada por el Congreso. La intención final era que las decisiones de los funcionarios quedaran limitadas lo más posible, acotándose el marco de discrecionalidad. Por supuesto, también se excluía la posibilidad de que algún funcionario pudiera hacer algún tipo de interpretación normativa, debiendo atenerse a su literalidad, más allá de su finalidad.

No obstante la intención —plausible, por cierto—, esta concepción produjo (y sigue produciendo, como vemos en el caso bajo comento) altos niveles de litigiosidad y prácticamente anuló la efectividad del sistema administrativo recursivo, pues ni el órgano decisor ni el superior jerárquico revisor se muestran capaces de revertir las impugnaciones fundadas en la ilegitimidad de la norma inferior.

Para salvar tal obstáculo, Linares (1961) propugnó la idea de la "interpretación constructiva", que permitía aplicar la norma en el alcance que mejor se compadezca con la Constitución. Años después, Comadira (2002, p. 51) propugnaba la inaplicabilidad —no declaración de inconstitucionalidad— de la norma ilegítima, entendiendo que debía hablarse no ya de principio de legalidad, sino de juridicidad, lo cual permitía incluir todo el sistema normativo, incluso los principios generales del derecho y la Constitución.

En la misma línea, con cita en Augusto Durán Martínez, Gordillo (2014) nos indica que "… tanto las normas como su ausencia no quitan el sometimiento de la actividad e inactividad estatal a los principios o valores fundamentales del derecho…" (p. 613). También Sesín (2009) enseña que

> [a]ctuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público no es lo mismo que aplicar automática o ciegamente el contenido de la norma, por cuanto

> debe tenerse presente el ordenamiento entero en el cual se inserta y adquiere su verdadero sentido […] El control, esencialmente, debe tener por objeto una finalidad preventiva-correctiva a fin de que los errores puedan subsanarse o repararse antes de su ejecución. Poco importa el control posterior cuando el perjuicio al interés público ya se produjo. En lugar de ello, o de una causa penal o administrativa, es preferible para el funcionario como para la sociedad una observación oportuna. (p. 325)

La CSJN ha sostenido que

> el actuar de la Administración Pública, en materia de contratos públicos, así como en los demás ámbitos en que desarrolla su actividad, ésta se halla sujeta al principio de legalidad, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes y someterla a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal. En virtud de ese mismo principio no corresponde admitir que, por su condición de reglamentos, las previsiones de los pliegos de condiciones generales puedan prevalecer sobre lo dispuesto en normas de rango legal, ya que el sentido, validez e incluso la eficacia de las primeras quedan subordinadas a lo establecido en la legislación general aplicable al contrato que los pliegos tienen por finalidad reglamentar… (Fallos: 316:3157; 329:5976 —voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni—; 331:978 —voto del juez Zaffaroni—; 333:1922).

No obstante, en el *raconto* de la jurisprudencia del cimero tribunal sí puede trazarse una línea de diferenciación: ha sido más estricta en sus interpretaciones cuando se trató de cuestiones de índole meramente económica y en las que —sin decirlo— se podían vislumbrar hechos "confusos" de intereses; pero luego adoptó formas más laxas, cuando se trató de la defensa de derechos esenciales, en consonancia con el ordenamiento jurídico supranacional al cual la Argentina adhirió y del que no puede desentenderse invocando su derecho interno[3] sin comprometer —además— su responsabilidad internacional.

Es decir que, frente al conflicto normativo, no cabe duda de que debe primar la norma jerárquicamente superior. La cuestión pasa por establecer si esa ponderación normativa puede o no ser llevada adelante por un órgano de la Administración o si, necesariamente, debe esperar a su arribo a sede judicial.

Desde mi perspectiva, la respuesta es clara y puede hacerse sin mayores inconvenientes en el marco del procedimiento administrativo recursivo. Aun suponiendo que el acto fue dictado en el marco del apego estricto a la norma, nada impide que,

3 Art. 27, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

al momento de efectuarse el control por vía recursiva, el mismo funcionario o sus superiores no puedan modificar su alcance si —desde la posición del control integral de juridicidad— se advierte que se genera un efecto contrario al espíritu del legislador o a los mandatos legales de mayor jerarquía, en particular si con ello se vulnera un derecho humano. Por supuesto, ello requerirá que los actos que resuelvan esos recursos no sean meras "planchas" confirmatorias, sino que se involucren en el caso, que lo analicen adecuadamente haciendo mérito de los agravios en los cuales se fundó el recurso. Es decir, nada más ni nada menos que una adecuada motivación, tal como lo prevé la norma. Por otro lado, si enmarcamos la posibilidad de la interpretación integradora en el régimen recursivo o —incluso— en el reclamatorio, la decisión será tomada por los órganos de mayor jerarquía, que son los que deben resolver los reclamos o los recursos jerárquico y de alzada, por lo cual tampoco se correría el riesgo de un accionar desorganizado o desmembrado, al centralizarse el núcleo decisorio en los órganos jerárquicamente superiores.

Desde otra perspectiva, podemos hacernos una pregunta: ¿por qué el principio de legalidad debiera ser leído en forma estricta justificando la aplicación de un reglamento claramente ilegítimo, pero vigente; no obstante, no se aplica con igual estrictez, admitiéndose motivaciones genéricas y dudosas que no son compatibles con el texto de la ley que exige una motivación "… expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto…" y consignándose, además, los hechos y antecedentes y el derecho aplicable? Definitivamente, no se aplica la misma vara en uno u otro caso, sino que más bien pareciera que todo el despliegue argumentativo administrativo se encamina a justificar la acción mecánica del funcionario.

Está claro que la Administración tiene que tener reglas claras que encarrilen su actuación, marcándole límites precisos. Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han inclinado siempre por achicar los estándares de discrecionalidad para reglar lo más posible la actuación administrativa. Ello no está mal. El problema es identificar a qué norma debe darse prioridad.

5. El alejamiento entre las normas, los fallos y la realidad

Desde mi óptica, replantearnos un análisis sobre qué norma resulta más aplicable en atención a la finalidad tenida en miras por el legislador y a garantizar derechos fundamentales no implica vulneración del principio de legalidad, especialmente cuando —como en el caso—, con posterioridad al dictado de los decretos y reglamentos invocados, se incorporaron al bloque normativo otras reglas jerárquicamente superiores.

En efecto, tal vez sea prudente comenzar a poner en tela de juicio la vigencia de al menos algunas de las conclusiones respaldadas por la misma CSJN en fallos como *Domínguez* o *Franco*, pues lo cierto es que ignorar la transformación ocurrida a nivel

social en los últimos cuarenta años no implica únicamente decidir en forma "irrazonable", sino además —y esencialmente— ilegítima, pues se prioriza una norma jerárquicamente inferior y temporalmente anterior.

Tampoco puede dejar de analizarse el impacto económico que la falta de adecuación de la norma a la realidad produce. Nótese que, en el caso que se comenta, el fundamento dado por la provincia de Santa Fe y utilizado por la Cámara Laboral de Rosario fue la vinculación del límite etario para jubilarse con la titularización de cargos teniendo "… en miras la preservación del sistema previsional y los intereses de sus beneficiarios…".[4] ¿Es admisible en la actualidad este tipo de afirmaciones dogmáticas que importan al menos un distanciamiento notorio de la realidad? ¿De verdad puede darse esa fundamentación en un país que se caracteriza por la subsistencia de un sistema previsional cada vez más difícil de sostener y en un marco global que se está readecuando para elevar las edades jubilatorias porque la tasa de natalidad es cada vez menor?[5] ¿Puede desconocerse que incrementar el sector pasivo sin un mayor aumento del sector activo que provea de fondos nunca puede redundar en un beneficio social estable y sostenible?

Por supuesto que lo deseable y óptimo sería que la misma administración o el Poder Legislativo revisaran con cierta periodicidad la adecuación de su normativa, particularmente cuando se produce un cambio por la incorporación de normas de rango supralegal (tal el caso de la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores), cuando la norma fue reiteradamente declarada ilegítima o bien cuando los cambios económicos y sociales tornan obsoleta la finalidad originalmente pensada, eliminando, a través de un acto de igual o superior jerarquía, el acto de alcance general o ley que devino contrario a derecho. De hecho, lo adecuado sería que, cuando se advierte la ilegitimidad de una norma de alcance general, sea el mismo órgano que dictó el reglamento o su superior quien lo derogue.

El dilema aparece cuando eso no ocurre, es decir, cuando permanece vigente a pesar del cambio (social y normativo). Si nos atenemos a la aplicación clásica del principio de legalidad, el órgano administrativo decisor debe necesariamente aplicar el reglamento aun cuando advierta su colisión con otras normas o, inclusive, la inequidad o irrazonabilidad de su conducta, pues no puede declarar ilegítima una ley o reglamento dictado por un órgano superior.

---

4 Ver cons. 2°, 3° párrafo del voto concurrente de los Dres. Maqueda y Rosatti.

5 Aun en países con economías estables, la edad jubilatoria formal promedio es de 67 años (Estados Unidos); 65 a 67 años para la mayoría de los países de Europa; 65 años en México, Japón y Canadá. Muchos la extienden informalmente.

6. Una puerta entreabierta (a modo de conclusión)

Como bien lo explica Gordillo (2003), la legalidad objetiva es una frase ya desligada de la relación a la ley, pues por encima de ella están tanto la Constitución y el derecho supraconstitucional como también los principios generales del derecho. Debe entenderse que la acción administrativa ha de ser conforme a derecho y a los principios generales del derecho administrativo.

Ahora bien, ¿qué ocurriría si a la misma situación, en vez de verla desde un punto de inevitabilidad de la aplicación de la "regla" o "norma" de derecho, la enfocamos desde la aplicación flexible y armónica de los "principios" que deben regir la conducta administrativa? Me refiero, sobre todo, a la razonabilidad y al interés general.

Por supuesto que esto implica un mayor análisis particularizado de cada caso, que debe necesariamente verse reflejado en una fundamentación adecuada y no genérica, de tal manera que se ponderen los principios en juego y se armonicen en forma razonable y con la mira final del interés general, pero no como finalidad mediata, sino inmediata.

Lorenzetti, en su voto, apunta a la idoneidad como "principio" para dirimir la cuestión y ahí marca la diferencia con el caso *Belfiore*: es razonable pensar —en principio y sin perjuicio de la posibilidad de ofrecer prueba en contrario— que una mujer de 32 años no va a contar con las condiciones físicas óptimas para desempeñarse en los años siguientes como primera bailarina de ballet (equiparable en su exigencia física a un deportista de alto rendimiento[6]), pero no es razonable pensar que una persona por ser mujer ya no pueda enseñar a los 60 años, en especial si se admite que los hombres sí pueden hacerlo. ¿Cuál sería la categorización intelectual que genera diferencia según el sexo para ejercer la enseñanza?

Está fuera de discusión, a esta altura, que la evolución del desarrollo intelectual no varía por género, al menos en la edad adulta. Ergo, la norma que distingue la edad jubilatoria (cuyos orígenes se remontan a setenta años atrás) tiene un fin protectorio, que es lo que tuvo en miras el legislador. Si el fin es proteger, no es admisible (por irrazonable) hacer una aplicación mecánica de la norma que resulte perjudicial y no beneficiosa. Y esta conclusión no es únicamente para la etapa de judicialización de la decisión.

Considerando que la razonabilidad es un valor fundante no sólo de la decisión judicial, sino también de la administrativa —con base constitucional en el artículo 18 de la CN—, si tomáramos la concepción de los principios como orientadores de interpretación, sería la misma Administración la que podría justificar por qué deja de lado la aplicación de la norma reglamentaria originaria, particularmente cuando advierte (y ni siquiera controvierte en la etapa recursiva) la existencia de otras nor-

6 En disciplinas individuales (gimnasia, atletismo, natación, tenis), la edad promedio de retiro es de 25 a 27 años. En deportes en equipo (básquet, futbol, hockey, vóley), *aumenta a 28 a 32 años*

mas superiores, posteriores y directamente aplicables que permiten una conclusión más beneficiosa y acorde con la visión social actual y con los compromisos asumidos internacionalmente por el Estado. La CSJN ha dicho que los principios de igualdad y de prohibición de toda forma de discriminación son elementos estructurales del orden jurídico-constitucional argentino e internacional.[7]

Esta línea de razonamiento encontraría base, además, en su posibilidad de encuadramiento como una de las medidas de acción positiva contempladas en el art. 75, inc. 23 de la CN para promover el bienestar general, con especial hincapié en los sectores de mayor vulnerabilidad. También en numerosos fallos de la CSJN que han reivindicado la finalidad o voluntad legislativa como pauta interpretativa haciéndola prevalecer frente a la literalidad de la ley. El problema es que lo que se admite y promueve para la sede judicial no sería (por tradición más que por una argumentación precisa) aplicable en sede administrativa. Cabe preguntarse por qué.

Tal vez en sus orígenes esto se vinculaba a la fragilidad institucional. Pero dado el proceso de consolidación democrática por el que ha atravesado nuestro país en los últimos cuarenta años, se advierte como primera conclusión que son más las injusticias que se cometen por aplicación de este principio que los desbordes que se evitan. Ergo, el Poder Judicial debería intervenir para evitar esos desbordes y no para llevar razonabilidad a decisiones que los funcionarios estiman adecuadas, pero que no las toman por la supuesta obligación de aplicar un mal llamado "principio de legalidad", pues la verdadera legalidad es aquella que se funda en la preservación de los valores de la Constitución (razonabilidad, igualdad, propiedad, idoneidad, libertad, etc.) y no en un efímero decreto, menos aun si éste es reglamentario.

El quid radica en confundir la interpretación que se asigna al principio de legalidad para definir la competencia administrativa con el fin de preservar las áreas de reserva legal para las restricciones de derechos con el principio de legalidad aplicado al procedimiento administrativo, confundiendo la posibilidad de interpretar razonable y jurídicamente con una suerte de discrecionalidad tendiente a la arbitrariedad.

Hace ya varios años que reconocidos autores abonaron la idea del cambio de denominación (principio de legalidad por principio de juridicidad) para poder evitar esta tendencia a incurrir en la literalidad de la norma aun cuando el resultado sea disvalioso. Si se acepta la noción más amplia de "juridicidad" —abarcativa de los principios generales, la buena fe, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, el precedente, etc.— la Administración podría, como ya dijimos en los apartados anteriores, hacer interpretaciones armónicas, en especial cuando lo que está en juego son los derechos esenciales de las personas y la decisión recae sobre los órganos jerárquicamente superiores.

---

7 Fallos: 333:2306, considerando 4°; 334:1387, consid*erando 5°; y Sisnero, Mirtha Gracieli y otros c/ Tadelva S.R.L. y otros s/ amparo, S 932 L XLVI, sentencia del 20 de mayo de 2014, considerando 2°, Fallos: 337:611.*

Bibliografía

Comadira, J. R. (2002). *Procedimientos Administrativos*. La Ley.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). *Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.* Serie A N.º 18. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf

Gordillo, A. (2003) *Tratado de Derecho Administrativo* (Cap. 9). Fundación de Derecho Administrativo. https://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo9.pdf

Gordillo, A. (2024). *Tratado de Derecho Administrativo* (Tomo 9, Libro II, Capítulo VII: Normas y principios). Fundación de Derecho Administrativo.

Linares, J. F. (1961) Control de constitucionalidad mediante interpretación. *Jurisprudencia Argentina, 1961-II-92*.

Sesín, D. J. (2009). Tribunal de Cuentas: importancia y alcance del control previo. Nuevas perspectivas. En *Jornadas sobre Control de la Administración Pública: administrativo, legislativo y judicial* (2ª ed.). RAP.

Sesín, D. J. (2012). *El deber del control preventivo*. RAP.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo, 7 de diciembre de 2010, Fallos: 333:2306

Belfiore, [c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires], Fallos: 308:1726 (1986).

Cosani, Carmen Esther c/ Provincia de Santa Fe s/ amparo, 19/12/2024, Fallos: 347:2115

Domínguez, [c. Universidad / Estado], Fallos: 307:1964, 1985.

Franco, Blanca Teodora c/ Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Gobierno, 12/11/2002, Fallos: 325:2968.

Mirtha Gracieli y otros c/ Tadelva S.R.L. y otros s/ amparo, S 932 L XLVI, sentencia del 20 de mayo de 2014, considerando 2°, Fallos: 337:611

Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo, 15 de noviembre de 2011, Fallos: 334:1387

Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa, 28/03/2017, Fallos: 340:257

Roles de autoría y conflicto de intereses

La autora declara haber desempeñado todos los roles de autoría del presente artículo, el cual resulta original e inédito y no ha sido publicado previamente por ningún medio gráfico o digital. Asimismo, declara no poseer conflicto de interés alguno.

Asimismo, la autora no posee conflicto de interés alguno. Manifiesta que no ha cedido los derechos de autor a otra institución, persona física ni jurídica alguna.

Derecho Administrativo en el Estado Constitucional
N° 2 (octubre de 2026): 279-290

La recepción implícita del principio de limitación de finalidad como exigencia constitucional autónoma en materia de datos personales

Análisis del precedente *Torres Abad*, Fallos: 349:407

The Implicit Reception of the Purpose Limitation Principle as an Autonomous Constitutional Requirement Regarding Personal Data

Analysis of the "Torres Abad" Precedent, Fallos: 349:407

Maximiliano A. Tavarone[1]
Universidad Austral

Sumario

1. El fallo y su relevancia sistémica
2. El *holding* y su arquitectura normativa
3. Metodología del fallo: interpretación teleológica-evolutiva y fractura en el test de proporcionalidad
4. El aporte dogmático central: *purpose limitation* como exigencia constitucional implícita
5. Proyecciones sobre el ordenamiento vigente
6. Conclusión

https://doi.org/10.26422/daec.2026.0200.tav

1 Abogado por la Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Università di Bologna / IDC y diplomado posmagistral en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Ejerce la docencia universitaria como profesor titular en UCES, sede Ushuaia, de la materia Finanzas Públicas y Derecho Tributario. Es profesor y expositor invitado en cursos de grado y posgrado de universidades y organismos tanto públicos como privados y fiscal adjunto de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Tierra del Fuego desde el año 2011.
MATavarone@mail.austral.edu.ar

Resumen
El presente comentario analiza la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina en la causa *Torres Abad* (Fallos: 349:407), que declaró de oficio la inconstitucionalidad de las excepciones al consentimiento previstas en los artículos 5.2 b y 11.3 b y c de la Ley 25326 para la cesión de datos personales entre organismos estatales. Se sostiene que el verdadero aporte del fallo no reside en la declaración de inconstitucionalidad, sino en la recepción implícita del principio de limitación de finalidad (*purpose limitation*) como exigencia constitucional autónoma derivada del artículo 43, párrafo 3° de la Constitución Nacional. Se examinan la arquitectura normativa del *holding*, la metodología interpretativa empleada y sus fracturas y las proyecciones del estándar sobre los convenios interadministrativos de intercambio de información y el uso estatal de inteligencia artificial. Se concluye en la necesidad de una reforma legislativa que regule la circulación interadministrativa de datos con la especificidad que el precedente exige.
Palabras clave: datos personales, limitación de finalidad, *habeas data*, autodeterminación informativa, consentimiento, convenios interadministrativos, inteligencia artificial.

Abstract
This commentary analyzes the ruling of the Argentine Supreme Court in *Torres Abad* (Fallos: 349:407), which declared, of its own motion, the unconstitutionality of the exceptions to consent set forth in sections 5.2.b and 11.3.b and c of Law 25326 regarding the transfer of personal data between State agencies. It argues that the true contribution of the decision does not lie in the declaration of unconstitutionality itself, but in the implicit reception of the purpose limitation principle as an autonomous constitutional requirement derived from section 43, third paragraph, of the Argentine Constitution. The paper examines the normative architecture of the holding, the interpretive methodology employed and its shortcomings, and the projection of the new standard onto inter-administrative data-sharing agreements and the use of artificial intelligence by the State. It concludes that legislative reform is required to regulate inter-administrative data flows with the specificity the precedent demands.
Key words: personal data, purpose limitation, habeas data, informational self-determination, consent, inter-administrative agreements, artificial intelligence.

1. El fallo y su relevancia sistémica

En un contexto de debate sobre el uso de la inteligencia artificial (IA) en el Estado, la interoperabilidad de sistemas públicos y la privacidad de los ciudadanos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN) dictó el 30 de abril de 2026 una sentencia que excede con creces la plataforma fáctica que la originó. El precedente *Torres Abad*[2] fija un criterio sobre los límites que enfrenta el Estado al compartir en-

2 CSJN, *Torres Abad, Carmen c/EN – JGM s/habeas data*, 30/04/2026, Fallos: 349:407.

tre dependencias públicas la información que recibe en ejercicio de sus funciones, criterio que debería operar como pauta sistémica de todo el régimen de tratamiento de datos. Su relevancia, sin embargo, no reside en la declaración de inconstitucionalidad de las excepciones al consentimiento previstas en los arts. 5.2 b y 11.3 b y c de la Ley 25326 —solución práctica a la que la Cámara había llegado por la vía interpretativa—, sino en la recepción implícita del principio de limitación de finalidad (*purpose limitation*) como exigencia constitucional autónoma derivada del art. 43, párr. 3° de la Constitución Nacional (CN). La doctrina tiene ahora la tarea de construir el plano teórico que explicite esa recepción y proyecte sus consecuencias sobre el ordenamiento vigente. Como se verá, la limitación de finalidad existía en el ordenamiento, pero las excepciones legales previstas para el ámbito estatal la desarticulaban por completo.

La Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) le cedió a la Secretaría de Comunicación Pública el número de teléfono y la dirección de correo electrónico de la actora[3] mediante un convenio interadministrativo[4] cuya finalidad era la comunicación de acciones de gobierno. En el caso, la accionante no consintió la transferencia, no fue notificada de ella y tampoco se acreditó que, al momento de recopilar los datos, se hubiese obtenido autorización alguna para ese uso posterior.[5]

Desde la perspectiva procesal, en primer término, el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11 rechazó la acción; luego, la Sala V de la Cámara revocó esa sentencia y le ordenó a la ANSES abstenerse de ceder los datos de la actora. Ante el recurso extraordinario del Estado nacional —admitido en lo que atañe a la interpretación de la Ley 25326—, finalmente la CSJN confirmó la solución de la Cámara, pero por fundamentos propios y con un alcance normativo que esta no había asumido. El tribunal declaró expresamente la inconstitucionalidad de los preceptos que habilitaban la cesión.[6]

---

3 La actora prestó diversa información personal en su carácter de jubilada del régimen de reparto, a efectos de recibir de manera eficiente las prestaciones previsionales correspondientes.

4 Convenio Marco aprobado por Resolución JGM 166E/2016.

5 La ausencia de autorización previa para un uso distinto del originario constituye la infracción sustancial en materia de protección de datos, criterio que el fallo hace propio (Basterra, 2022). En sentido concordante, interesa la distinción entre datos personales y datos sensibles —que determina la amplitud del régimen de protección bajo la Ley 25326 respecto de las excepciones al consentimiento— efectuada en la disidencia del juez Rosenkrantz en CSJN, *Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/Administración Federal de Ingresos Públicos*, 23/10/2025, Fallos: 348:1286.

6 La sentencia se dictó con una integración que incluyó conjueces —lo que, en algún punto, marca la necesidad que existió de ampliar la discusión para debatir el asunto—. El *holding* se sostiene con tres votos sustantivos, sin la adhesión amplia que caracteriza a los grandes precedentes constitucionales de la CSJN. Ello no le resta relevancia. La protección de datos personales frente al propio Estado no había sido abordada por el tribunal con este grado de profundidad ni desde la perspectiva de la limitación de finalidad como exigencia constitucional autónoma. La inconstitucionalidad fue declarada de oficio (considerando 16°); el juez Rosatti remite a su voto en Fallos: 343:345.

2. El *holding* y su arquitectura normativa

El eje de la controversia era determinar si los arts. 5.2 b y 11.3 b y c de la Ley 25326 habilitaban válidamente la cesión de datos personales entre organismos estatales sin el consentimiento de su titular. El tribunal recorre un itinerario en dos pasos: primero, confirma que, en términos literales, la norma autorizaba la conducta de la ANSES; luego, declara inconstitucionales las propias excepciones.

Para fundar la exigencia de consentimiento como regla de rango constitucional, la Corte recupera la línea de *Ponzetti de Balbín*[7] sobre el art. 19 de la CN, recuerda la doctrina de *Urteaga*[8] sobre la autodeterminación informativa[9] y retoma de *Di Nunzio*[10] la afirmación de que el *habeas data* protege a las personas, no a las instituciones que registran sus datos. Con esa plataforma, el considerando 9° establece que la exigencia del consentimiento del titular para cualquier tratamiento de sus datos personales tiene rango constitucional, pues surge de la propia definición de los derechos garantizados por los arts. 19 y 43, párr. 3° de la CN.

Sentado ese piso, el fallo aborda la validez constitucional de las excepciones. El test aplicado combina el estándar de razonabilidad de Fallos: 338:1444[11] con el de Fallos: 312:496[12] y exige, para que una restricción al derecho sea constitucionalmente válida, que: (i) esté dispuesta en ley formal; (ii) esté justificada en la necesidad de resguardar un interés público legítimo; (iii) sea proporcional; y (iv) no altere la sustancia del derecho reglamentado.[13]

El primer requisito se cumple porque las excepciones están contenidas en una ley formal. Los restantes no. La Corte constata que la formulación de las excepciones es tan amplia que virtualmente elimina la regla del consentimiento. Dado que la competencia opera como presupuesto de validez de todo acto administrativo, no es posible concebir una actuación estatal que no encuadre en el marco competencial del organismo. La excepción neutraliza de manera absoluta la regla. Tampoco se iden-

---

7 CSJN, *Ponzetti de Balbín, Indalia c/Editorial Atlántida S.A.*, 11/12/1984, Fallos: 306:1892.

8 CSJN, *Urteaga, Facundo Raúl c/Estado Mayor Conjunto de las FF.AA.*, 15/10/1998, Fallos: 321:2767.

9 La genealogía del concepto en el derecho argentino es reconstruida por Carranza Torres (2001), quien señala, siguiendo al Tribunal Constitucional Federal alemán (sentencia del 15/12/1983), que las limitaciones al derecho de autodeterminación informativa "sólo son admisibles en el marco de un interés general superior", con "fundamento legal basado en la Constitución", y que el legislador "debe observar el principio de proporcionalidad". Es el mismo test que la CSJN aplica en los considerandos 14° y 15° de *Torres Abad*.

10 CSJN, *Di Nunzio, Beatriz H. c/El Cronista Comercial S.A.*, 21/11/2006, Fallos: 329:5239.

11 CSJN, *Sindicato de Obreros de Estaciones de Servicios, Garages y Playas de Estacionamiento del Chaco c/ Estado Nacional (ANSSAL)*, 01/12/2015, Fallos: 338:1444.

12 CSJN, *Portillo, Alfredo s/Infr. Art. 44 ley 17.531*, 18/04/1989, Fallos: 312:496.

13 La construcción surge de los considerandos 14° y 15°, que combinan el estándar de Fallos: 338:1444 con el de Fallos: 312:496.

tifica un interés público concreto ni se verifica proporcionalidad entre la afectación a la privacidad y el fin perseguido. En consecuencia, los arts. 5.2 b y 11.3 b y c de la Ley 25326 son declarados inconstitucionales —de oficio—[14] al limitar excesiva e injustificadamente los arts. 19 y 43, párr. 3° de la CN.

El *holding*, para decirlo en otros términos, determina que siempre que una norma legal exima del consentimiento del titular para el tratamiento o la cesión de datos personales entre entes estatales, esa excepción es inconstitucional si su formulación es tan amplia que virtualmente elimina la regla del consentimiento, sin identificar el interés público comprometido ni garantizar proporcionalidad respecto de la naturaleza de los datos y del grado de afectación a la privacidad.

3. Metodología del fallo: interpretación teleológica-evolutiva y fractura en el test de proporcionalidad

El voto mayoritario recurre a una interpretación teleológica-evolutiva del art. 43, párr. 3° de la CN. El tribunal acude a los debates de la Convención Constituyente de 1994 para fundar el concepto de "autodeterminación informativa", pero ese anclaje histórico no opera como congelamiento del sentido: opera para proyectar el derecho hacia una dimensión expansiva y adaptarlo al escenario actual, en el que la transferencia de datos sin límites claros adquiere una inmediatez que torna ilusorios los mecanismos de control individual (Gelli, 2022, comentario al art. 43).

El tribunal verifica la existencia de base legal formal, constata la ausencia o indeterminación del fin legítimo y concluye en la desproporcionalidad de la medida al advertir que la excepción elimina la regla en lugar de limitarla. Esta secuencia es funcionalmente equivalente a un escrutinio que podría ser calificado de proporcionalidad de intensidad intermedia a estricta, modalidad convalidada en la praxis comparada e interamericana.[15]

Esa equivalencia funcional, sin embargo, es incompleta. La postergación del juicio de necesidad —esto es, la omisión de verificar si existía una alternativa menos restrictiva que la excepción irrestricta— desplaza el núcleo argumental hacia la

14 La inconstitucionalidad se declara de oficio aunque ninguna de las partes lo hubiera solicitado, con fundamento en que constituye "el único medio posible para salvaguardar la vigencia de la Constitución Nacional" (considerando 16°, con cita de Fallos: 316:779, considerandos 7° y 11°).

15 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recurrido al test de proporcionalidad en sentido estricto al ponderar las tensiones entre derechos convencionales; véanse, entre otros, *Caso Kimel vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, 02/05/2008; *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01/07/2009, Serie C No. 198; *Caso Villarroel Merino y otros Vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24/08/2021, Serie C No. 430., Serie C, N° 257. Sobre el contenido del test, véase Cianciardo (2018).

ponderación propiamente dicha. Esa fractura metodológica cobra relevancia crítica porque el fallo aborda derechos de indudable matriz convencional, y la ausencia del anclaje interamericano descubre flancos potenciales para la discusión futura.[16]

El razonamiento del fallo parece converger con las matrices conceptuales del derecho europeo de protección de datos. El modelo construido inductivamente por el tribunal a partir de la plataforma fáctica del caso se alinea con el principio de limitación de finalidad (*purpose limitation*), de recepción expresa en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y consolidado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.[17] De haber sido ese el vector argumental explícito —posible sin importar fuente externa alguna, pues el principio ya estaba consagrado en el art. 4°, inc. 3° de la Ley 25326—, su incorporación habría dotado de coherencia sistémica al fallo y blindado el estándar frente a futuras modificaciones legislativas.

4. El aporte dogmático central: *purpose limitation* como exigencia constitucional implícita

La constitucionalización implícita de la limitación de finalidad es el verdadero aporte de *Torres Abad*; conviene precisar en qué consiste, porque no reside en la declaración de inconstitucionalidad en sí, sino en el fundamento: la Cámara había llegado al mismo resultado por la vía interpretativa más contenida.

El principio de *purpose limitation* reconoce dos componentes diferenciables: la especificación de finalidad —los datos deben recopilarse para fines determinados, explícitos y legítimos— y la compatibilidad del uso ulterior con esa finalidad original.[18] En el caso se activa el primero: los datos se recopilaron para la gestión previsional; su cesión para comunicación gubernamental es incompatible con esa finalidad

16 La postergación del anclaje convencional tiene consecuencias prácticas: el estándar construido por la CSJN carece de la cobertura sistémica que habría aportado el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la doctrina de la Corte Interamericana en materia de privacidad. En ausencia de ese anclaje, una futura reforma legislativa podría modular el criterio sin sujetarse a las exigencias del control de convencionalidad, lo que reduce la impermeabilidad del precedente a variaciones de composición del tribunal o de política legislativa.

17 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (RGPD), artículo 5.1.b. El principio de limitación de finalidad ha sido aplicado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en contextos de autoridades públicas; véase Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Digi Távközlési és Szolgáltató Kft.*, C-77/21, 20/10/2022, EU:C:2022:805.

18 En el sistema europeo, el anclaje normativo del principio de limitación de finalidad es el artículo 8.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, conforme al cual los datos personales "se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley". El artículo 43, párrafo 3° de la CN opera en el sistema argentino como fundamento funcional equivalente.

de origen.[19] La Corte detecta esa disociación y la hace operar como razón de la decisión, pero no la eleva como regla general explícita. El principio queda incorporado al estándar constitucional por la vía de los hechos, sin ser enunciado como tal.[20]

Lo que el fallo constitucionaliza no es un principio ajeno al derecho argentino: la prohibición de utilizar datos para finalidades distintas o incompatibles con las que motivaron su obtención ya estaba consagrada en el art. 4°, inc. 3° de la Ley 25326.[21] Esa norma, sin embargo, quedaba neutralizada en el ámbito estatal por una excepción de alcance absoluto —precisamente la que los arts. 5.2.b y 11.3.b y c consagraban y el fallo declara inconstitucional—. Resulta necesario ahora dotar a esa regla legal de condiciones de aplicación en el derecho interno que ajusten su alcance a parámetros de razonabilidad.[22]

Ese aporte no es menor. La diferencia entre la solución de la Cámara y la de la Corte no es de resultado, sino de alcance normativo. La Cámara resolvió el caso con una interpretación restrictiva de las excepciones. La Corte, en definitiva, fija un estándar que le exige al legislador, cuando pretenda eximir del consentimiento, identificar el tipo de dato, el tipo de organismo, el interés público concreto y la proporcionalidad de la medida.[23] La inconstitucionalidad de las excepciones vigentes despeja el terreno; el estándar para la norma válida que las reemplace es lo que el fallo construye en los considerandos 14° y 15°.

---

19 Considerando 13° del fallo: "Los datos fueron recabados por el organismo previsional para el ejercicio de funciones propias del Estado". La disociación entre finalidad de recopilación y finalidad de uso es la razón material del *holding*, independientemente del *nomen iuris* que le asigne el tribunal.

20 El principio de limitación de finalidad tiene dos componentes diferenciables, sistematizados por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 —predecesor del Comité Europeo de Protección de Datos— en su Dictamen 03/2013 (Grupo de Trabajo del Artículo 29, 2013): (i) *especificación de finalidad*: los fines deben ser determinados, explícitos y legítimos al momento de la recopilación; (ii) *uso compatible*: el tratamiento ulterior debe ser compatible con los fines especificados. *Torres Abad* activa el primer componente —los datos se recopilaron para la gestión previsional, no para comunicación gubernamental— y el tribunal lo hace operar como razón de la decisión sin enunciarlo con esa terminología. La exigencia del artículo 5.1. b del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) es que los datos sean recogidos "con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines".

21 El anclaje del principio en el derecho positivo local es anterior al fallo. Tanus (2002) sistematiza el "principio de finalidad" a partir del artículo 4°, inciso 3° de la Ley 25326 —que prohíbe utilizar los datos "para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención"— y el "principio de utilización no abusiva" como dos componentes diferenciados del mismo núcleo normativo. La recepción implícita que efectúa *Torres Abad* constitucionaliza un principio que el legislador ya había consagrado en el plano legal, pero que las excepciones de los artículos 5.2 b y 11.3 b y c vaciaban de contenido en el ámbito interadministrativo.

22 La doctrina argentina había señalado la obsolescencia de la Ley 25326 en materia de transferencias de datos y reclamado la incorporación de estándares del sistema europeo (Palazzi, 2024).

23 Considerandos 14° y 15° del fallo. El estándar exige, como mínimo: identificación del tipo de organismo cedente y receptor; naturaleza y categoría de los datos involucrados; especificación del interés público concreto; proporcionalidad entre la afectación a la privacidad y el fin perseguido; mecanismos de control y auditoría.

5. Proyecciones sobre el ordenamiento vigente

En el plano normativo, los arts. 5.2 b y 11.3 b y c de la Ley 25326 quedan prácticamente excluidos del ordenamiento en su formulación actual. Toda cesión de datos entre entes estatales sin consentimiento queda, bajo la doctrina del precedente, desprovista de cobertura legal oponible mientras el Congreso no sancione una norma que supere el escrutinio de *Torres Abad*. El universo de convenios interadministrativos de intercambio de datos —ARCA-ANSES, RENAPER-ANSES, bases de seguridad social, padrón electoral, entre otros— deberá ser repensado contemplando los parámetros expuestos mientras no haya una solución legislativa expresa.

De la lógica del fallo se sigue que, en el plano procesal, la protección procede ante la mera existencia del tratamiento no consentido, sin necesidad de acreditar contacto efectivo ni daño concreto. El estándar proyecta consecuencias particulares cuando la administración recurre a modelos de inteligencia artificial. Se deben atender con cuidado aquellas prácticas que implican la transferencia de información fuera del ámbito estatal para su procesamiento: puede haber una "cesión" de datos con las restricciones que de ello se derivan; el Estado no puede disponer sin más de esa información, lo que obliga a revisar las técnicas de procesamiento para hacerlas compatibles con el nuevo estándar.[24]

Desde la misma óptica, se deberán atender las tensiones estructurales en el uso de inteligencia artificial por parte del Estado para desarrollar modelos propios. El entrenamiento de modelos de aprendizaje automático —incluidos los de IA generativa— requiere volúmenes masivos de datos que el sector público administra en virtud de sus funciones: registros tributarios, previsionales, migratorios, sanitarios, electorales. La tentación de compilarlo todo es considerable. La reutilización de esas bases para alimentar o entrenar modelos con fines ajenos a aquellos para los que fueron recabadas constituye, extrapolando los términos de *Torres Abad*, un potencial uso ulterior incompatible con la finalidad que motivó su recopilación.

No alcanza con que el organismo actúe dentro de su competencia: el estándar de los considerandos 14° y 15° exige justificar la finalidad del nuevo uso y su proporcionalidad respecto del grado de afectación a la privacidad, y cuando el procesamiento se delega en un tercero —proveedor de infraestructura o de modelo—, la operación puede configurar además una cesión en los términos del art. 11 de la Ley 25326, con los recaudos que ello implica.

El Estado que pretenda incorporar IA a la gestión pública debe auditar su marco

24 El tratamiento de la transferencia de datos en el derecho europeo se intensificó tras *Schrems II* (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-311/18, 16/07/2020, EU:C:2020:559), que anuló el *Privacy Shield* e impuso estándares sustantivos de evaluación de equivalencia. Véanse Kuner et al. (2021).

de protección de datos porque, bajo el criterio establecido por la Corte, varias de las ventajas jurídicas con las que contaba para actuar han quedado sin sustento.[25]

Por otra parte, en el plano contractual-administrativo, toda cláusula de intercambio de datos personales en los convenios interadministrativos existentes deberá ser revisada a la luz de dicho precedente. El estándar exige, como mínimo: identificación del tipo de organismo cedente y receptor, naturaleza y categoría de los datos involucrados, especificación del interés público concreto, proporcionalidad entre la afectación a la privacidad y el fin perseguido y mecanismos de control y auditoría.

Esto interesa porque la Administración ha aplicado a lo largo de este tiempo —de manera lógica y esperable— la premisa de que la información que recopila, aunque no la haga pública, es de libre disposición entre sus propias dependencias. Lo decidido quiebra esa mecánica, sin cercenar por ello de modo absoluto las potestades estatales sobre la información que administra. La regla que impone es más exigente que la que deroga: ya no alcanza con actuar dentro de la propia competencia; es necesario justificar la finalidad del uso y garantizar su proporcionalidad respecto del grado de afectación a la privacidad del titular. Si ese estándar se consolida —y la amplitud argumentativa del fallo sugiere que esa es la vocación del Tribunal—, habrá que reformar la Ley 25326 en los tramos declarados inconstitucionales con la especificidad que la Corte exige.[26]

6. Conclusión

Lo resuelto por la Corte excede el caso concreto de *habeas data*. Fija una regla constitucional sobre los límites del poder estatal de disposición de la información que los particulares confían al Estado en el ejercicio de sus funciones. Ninguna excepción

25 El artículo 4°, inciso 3° de la Ley 25326 prohíbe expresamente utilizar los datos "para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención", regla que el fallo eleva a rango constitucional. El RGPD recoge el mismo principio bajo la denominación de "uso compatible" (artículo 5.1 b), cuya evaluación exige considerar, entre otros factores, el vínculo entre la finalidad original y la nueva, la naturaleza de los datos, las posibles consecuencias para el titular y la existencia de garantías adecuadas. En materia de IA, el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, relativo a la inteligencia artificial, establece en su artículo 10 obligaciones específicas sobre la calidad y la finalidad de los datos utilizados para el entrenamiento de sistemas de alto riesgo, reforzando la exigencia de compatibilidad entre el uso original de los datos y su reutilización para modelos algorítmicos. Argentina carece de regulación equivalente; el estándar de *Torres Abad* opera en ese vacío como límite constitucional inmediato, pero resultaría útil que se reforme la norma nacional para darle un marco adecuado.

26 Aberg Cobo (2026) confirma que la ley "quedó obsoleta y debe ser actualizada de inmediato" (apartado 4, Conclusiones, párr, 1), que los proyectos de reforma de 2023 y 2025 no han avanzado en el Congreso y que la condición de adecuación de Argentina ante la Unión Europea —vigente desde 2003— depende de esa actualización. *Torres Abad* agudiza esa urgencia al expulsar del ordenamiento los preceptos que regulaban la circulación interadministrativa de datos, sin norma de reemplazo.

legal al consentimiento del titular subsiste si, por su amplitud, suprime aquello que dice exceptuar, si no identifica el interés público comprometido o si no garantiza proporcionalidad respecto de la naturaleza de los datos.

El aporte que se buscó explicitar en estas líneas reside en la operación —implícita, pero inequívoca— por la cual el tribunal eleva el principio de limitación de finalidad a exigencia constitucional autónoma derivada del art. 43, párr. 3° de la CN. Como fuera anticipado, se trata de un principio que no llega al fallo solamente desde el derecho comparado, sino que estaba ya parcialmente consagrado en el art. 4°, inc. 3° de la Ley 25326, y que la Corte eleva a rango constitucional cuando declara incompatibles con nuestra Constitución las excepciones que lo neutralizaban en el plano interadministrativo.

El abordaje de este asunto no es secundario. El universo de convenios interadministrativos de intercambio de datos, los sistemas de IA que el Estado "entrena" o alimenta con bases recopiladas para otros fines y toda norma futura que pretenda eximir del consentimiento deberán pasar el escrutinio que el fallo construye en sus considerandos 14° y 15°. La información que los particulares entregan al Estado en el ejercicio de prerrogativas públicas no es un insumo de libre disposición para fines ajenos a los previstos. Esa premisa, que la Administración venía ignorando, tiene ahora respaldo constitucional expreso. El fallo cierra el uso indiscriminado; la reforma legislativa abre la posibilidad de construir un marco que regule esa circulación con la especificidad que la Corte ahora exige.

Bibliografía

Aberg Cobo, J. (2026). ¿Es la Ley N.° 25326 de Protección de Datos Personales de aplicación extraterritorial? ¿A quiénes considera Titulares del Dato? Algunas cuestiones acerca de su alcance a 25 años de su sanción. *El Derecho – Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable*, (29). ED-VI-CCCXXII-225.

Basterra, M. I. (2022). Hacia una reforma del proceso de protección de datos personales en hábeas data. En Falke, I. A. (Dir.), *Estudios en homenaje al Prof. Mario Masciotra* (pp. XX-XX). IJ Editores. IJ-MMCDLXXXIV-485.

Carranza Torres, L. R. (2001). La autodeterminación informativa en el derecho argentino. Reconocimiento de nuevos derechos en materia de protección de datos personales. *El Derecho – Constitucional*, 00/01, 551. ED-DCCLXVII-104.

Cianciardo, J. (2018). Proporcionalidad en la ley y razonabilidad en la interpretación de la ley: tensiones y relaciones. *Estudios de Deusto*, *66*(2), 47-70. https://doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp47-70

Gelli, M. A. (2022). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada* (6ª ed. actualizada y ampliada, T. I). La Ley.

Grupo de Trabajo del Artículo 29. (2013). *Dictamen 03/2013 sobre la limitación de la finalidad* (Ref. 00569/13/ES). https://lix.li/aTi0xd

Kuner, C., Bygrave, L. A., Docksey, C., Drechsler, L. y Tosoni, L. (2021). The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary / Update of Selected Articles. *Maastricht Faculty of Law Working Paper*. https://ssrn.com/abstract=3839645

Palazzi, P. A. (2024). Las transferencias internacionales de datos personales en el proyecto de ley. En Anchorena, B. (Comp.), *Proyecto de Ley de Protección de Datos de la AAIP. Diversas miradas y un consenso* (pp. 121-131). AAIP.

Tanus, G. D. (2002). Protección de datos personales – Principios generales, derechos, deberes y obligaciones. *El Derecho – Diario*, 198, 590. ED-DCCLXIII-978.

Legislación citada

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 8.2.

Constitución de la Nación Argentina, artículos 19 y 43.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 11.

Ley 25326 de Protección de los Datos Personales, BO 02/11/2000.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD). https://lix.li/vexEO

Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, relativo a la inteligencia artificial.

Resolución JGM 166E/2016.

Jurisprudencia citada

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01/07/2009, Serie C No. 198.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Kimel vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, 02/05/2008, Serie C, N° 177.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Villarroel Merino y otros Vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24/08/2021, Serie C No. 430., Serie C, N° 257.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/Administración Federal de Ingresos Públicos*, 2025, Fallos: 348:1286.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *B.J.M. s/curatela art. 12 Código Penal*, 04/06/2020, Fallos: 343:345.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Di Nunzio, Beatriz H. c/El Cronista Comercial S.A.*, 2006, Fallos: 329:5239.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Indovino de Villafañe, Elsa Gladis y Otros, c/ Provincia de Mendoza*, 27/04/1993, Fallos: 316:779.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ponzetti de Balbín, Indalia c/Editorial Atlántida S.A.*, 11/12/1984, Fallos: 306:1892.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Portillo, Alfredo*, 18/04/1989, Fallos: 312:496.
Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sindicato de Obreros de Estaciones de Servicios, Garages y Playas de Estacionamiento del Chaco c/Estado Nacional (ANSSAL)*, 2015, Fallos: 338:1444.
Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Torres Abad, Carmen c/EN – JGM s/habeas data*, 30/04/2026, Fallos: 349:407.
Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Urteaga, Facundo Raúl c/Estado Mayor Conjunto de las FF.AA.*, 15/10/1998, Fallos: 321:2767.
Tribunal Constitucional Federal Alemán, Sala Primera, (Ref. 1 BvR 209/83), demandas contra "Ley del Censo", sentencia del 15/12/1983.
Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Digi Távközlési és Szolgáltató Kft.*, C-77/21, 20/10/2022, EU:C:2022:805.
Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Schrems II*, C-311/18, 16/07/2020, EU:C:2020:559.

Transparencia en el uso de inteligencia artificial

El autor empleó la herramienta de inteligencia artificial Claude (Anthropic) como asistencia en la revisión editorial y de estilo del manuscrito y en la adecuación formal del aparato de citas. La tesis, la investigación, la selección y verificación de las fuentes y la redacción sustantiva del trabajo son de autoría humana. El autor asume la responsabilidad total por el contenido de la publicación.

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° 2 (octubre de 2026): 291-354

Responsabilidad del Estado en su función preventiva. Su fundamento convencional[1]

The State's Liability in Its Preventive Role: Its Treaty Basis

Mariángeles Ahumada Aguirre[2]
Universidad de Buenos Aires

Sumario

1. Introducción
2. Metodología-estructura
3. Primera. El deber de prevención. Su fundamento y regulación
3.1 Definición y fundamento del deber de prevención
3.2 El sistema del deber de prevención genérico
3.2.1 La regulación constitucional del principio de no dañar
3.2.2 La regulación convencional. El estándar de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
3.2.3 La regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación
3.2.4 La regulación en el derecho administrativo
3.3 El Código Civil y Comercial y la responsabilidad civil. Las reglas de la función preventiva y la tutela preventiva
3.3.1 El fundamento del deber genérico de prevención
3.3.2 La tutela preventiva inhibitoria
3.4 La restricción normativa de las disposiciones del Código Civil y Comercial a la responsabilidad estatal

1 El presente constituye una versión revisada y abreviada del trabajo final para optar por el título de Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral, defendido en agosto de 2025. Agradezco la dirección y las valiosas sugerencias del Dr. Fabián Canda; los eventuales desaciertos son de mi exclusiva responsabilidad.

2 Abogada (UBA). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Posgrado en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Palermo). Docente de Derecho Constitucional (UBA). Integra la Comisión de Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio de la Defensoría General de la Nación.
mariangelesaa@gmail.com

4. Segunda. La responsabilidad del Estado y la función preventiva
4.1 La responsabilidad del Estado regulada en la Ley 26944
4.1.1 El fundamento de la responsabilidad estatal. La interpretación constitucional
4.1.2 Los presupuestos de procedencia de la responsabilidad estatal a la luz de los precedentes de la CSJN
4.1.2.1 La responsabilidad del Estado por actividad ilícita
4.1.2.2 La responsabilidad del Estado por omisión ilícita
4.1.3 Los presupuestos de procedencia de la responsabilidad estatal en su función resarcitoria a la luz de la Ley 26944
4.1.4 La falta de regulación de la Ley 26944 de la función preventiva. La inaplicabilidad de los supuestos de la responsabilidad por omisión
4.2 La responsabilidad del Estado en su función preventiva. Su justificación y la inadecuada aplicación del CCCN
4.2.1 El tratamiento de la doctrina. La aplicación analógica del CCCN
4.2.2 La inadecuada aplicación analógica del CCCN a la responsabilidad del Estado
4.3 La necesidad de regular la función preventiva de la responsabilidad estatal. El fundamento convencional
4.3.1 El estándar del deber de prevención del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La justificación de la función preventiva por el control de convencionalidad
4.3.2 La justificación de la responsabilidad estatal en su función preventiva desde la visión constitucional y convencional
5. Tercera. El derecho judicial sobre la función preventiva y el deber de prevención. Estándares de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
5.1 La función preventiva y el deber de prevención a la luz de los estándares de la CSJN
5.1.1 La función preventiva y el deber de prevención. El objeto de prevención según el derecho a proteger
5.1.2 La función preventiva y el deber de prevención. El alcance de la prevención y las medidas razonables
5.1.3 La función preventiva y el deber de prevención. El fundamento de la prevención y la debida diligencia
5.2 Conclusiones. Los presupuestos para fundamentar la función preventiva
6. Cuarta. La función preventiva de la responsabilidad estatal. La autotutela preventiva
6.1 El deber de prevención a la luz de los estándares del Sistema Interamericano. El control de razonabilidad de las medidas adoptadas
6.1.1 Deber de prevención y el objeto examinado. La protección del derecho a la vida e integridad de la persona
6.1.2 Deber de prevención y el alcance en el caso en concreto. El conocimiento del riesgo, el potencial contexto de riesgo y las medidas razonables
6.1.3 Deber de prevención y el fundamento de su aplicación. La debida diligencia reforzada y los contextos de protección
6.1.4 Conclusiones. Los criterios a atender para la función preventiva
6.2 La autotutela administrativa, la tutela efectiva y la función preventiva de la responsabilidad
6.2.1 El fundamento de la autotutela administrativa

6.2.2 El fundamento de la tutela efectiva
6.2.3 La justificación convencional de la función preventiva de la responsabilidad estatal y su mecanismo jurídico, la autotutela preventiva
7. Conclusiones

https://doi.org/10.26422/daec.2026.0200.ahu

Resumen
Este trabajo tiene por objeto examinar la función preventiva de la responsabilidad del Estado, centrándose en su fundamento convencional. A tal fin, se cotejará la función preventiva incorporada en el Código Civil y Comercial de la Nación y se examinará si es viable su aplicación, por vía de la analogía, al ámbito de la responsabilidad estatal. Se advierte que la integración analógica es inadecuada para el derecho administrativo. Como alternativa, se propone la necesidad de reconocer que la función preventiva posee fundamento convencional. En tanto mecanismo jurídico para evitar la producción del daño o la vulneración de derechos, se materializa en la autotutela preventiva. Para arribar a la conclusión propuesta, el trabajo analiza la doctrina judicial de la CSJN y de la Corte IDH sobre el deber de prevención, a fin de reconstruir los lineamientos que la responsabilidad estatal, en su función preventiva, deberá considerar.
Palabras clave: responsabilidad del Estado, deber de prevención, función preventiva, autotutela preventiva, debida diligencia, derechos humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Abstract
This paper examines the preventive function of State liability, focusing on its conventional basis. To this end, it compares the preventive function incorporated in the Argentine Civil and Commercial Code and examines whether it can be applied, by analogy, to the realm of State liability. It argues that analogical integration is inadequate for administrative law. As an alternative, it proposes recognizing that the preventive function has a conventional basis. As a legal mechanism to prevent harm or the violation of rights, it takes the form of *autotutela preventive* (preventive administrative self-enforcement). To reach the proposed conclusion, the paper analyzes the case law of the Argentine Supreme Court of Justice (CSJN) and the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) on the duty of prevention, in order to reconstruct the guidelines that State liability, in its preventive function, must consider.
Key words: State liability, duty of prevention, preventive function, *autotutela preventiva* (preventive administrative self-enforcement), due diligence, human rights, Inter-American Court of Human Rights.

1. Introducción

El estudio de la responsabilidad es sustancial para el derecho administrativo, ya que es la figura jurídica por la que se obliga al Estado a responder por los daños provocados por su actividad o inactividad, legítima o ilegítima, constituyéndose en uno de los pilares del Estado social de derecho.

En un primer momento, el Estado no respondía por el perjuicio o daño provocado al particular como un corolario de la soberanía. En un segundo momento, en la Argentina, por construcción pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), se fijaron las pautas de responsabilidad que sujetan al poder estatal al Estado de derecho, imponiéndole el deber de reparar los daños provocados a particulares por la conducta desplegada (por acción u omisión). De esta forma, se han regulado los presupuestos de la función resarcitoria. Por último, con la sanción de la Ley 26944 de Responsabilidad del Estado se establecieron los presupuestos de procedencia.

Por otro lado, en la actualidad, el derecho supranacional les exige a los Estados el cumplimiento de las diversas obligaciones contraídas por la firma de instrumentos internacionales. En particular, la responsabilidad internacional en materia de derechos humanos le impone al Estado adoptar medidas para cumplir con el deber de respeto y de garantía de esos derechos. Así, a través del deber de prevención, junto con el deber de investigación, sanción y reparación, se le exigen conductas concretas al Estado para resguardar los derechos.

Con esta perspectiva, en la que se robustecen los derechos y se le imponen obligaciones al Estado en torno al deber de prevención, es imprescindible observar cómo impacta en la responsabilidad del Estado su efectivo cumplimiento.

En este trabajo se pretende examinar si es viable considerar una función preventiva de la responsabilidad estatal, esto es, sin haberse producido el daño que provoque un resarcimiento patrimonial. Y, en caso de ser afirmativo este interrogante, cuál es su fundamento jurídico.

El objetivo radica en analizar la viabilidad del reconocimiento de la función preventiva como dimensión autónoma derivada de los principios del Estado social de derecho y de los estándares convencionales en materia de derechos humanos.

Con ese norte, se darán argumentos para considerar que la integración analógica del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) es inadecuada, debido a las características propias del derecho administrativo, por lo tanto, su fundamento radica en los estándares de derechos humanos que reconocen el deber de prevención del Estado, siendo la función preventiva de la responsabilidad un mecanismo de la autotutela estatal.

2. Metodología-estructura

El trabajo se divide en cuatro secciones. En la primera se desarrolla el fundamento del deber genérico de prevención, su regulación en el CCCN y los argumentos del deber de prevención en términos convencionales y constitucionales. La segunda examina el fundamento de la Ley 26944 de Responsabilidad del Estado (en adelante, LRE) y los presupuestos de la responsabilidad que distinguen la función resarcitoria de la función preventiva. Asimismo, aborda la aplicación por analogía del CCCN a la responsabilidad estatal y sus dificultades; con ello, se justifica que la función preventiva deriva de una visión convencional. La tercera analiza el derecho judicial de la CSJN sobre el deber de prevención. A partir de sus lineamientos, se reconoce qué derechos tiende a proteger y cuáles son las razones jurídicas en las que se apoya el máximo tribunal. Además, se examina cómo inciden las directivas convencionales. Por último, la cuarta desarrolla los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en materia de deber de prevención. Su abordaje otorga el fundamento de la responsabilidad del Estado en su función preventiva como derivación de esos estándares, de la Constitución Nacional (CN), del Estado social de derecho y de la dignidad humana. A partir de esta perspectiva, se propone que la función preventiva de la responsabilidad estatal constituye un mecanismo de autotutela preventiva orientado a cumplir con las obligaciones internacionales de derechos humanos para proteger la dignidad humana.

A partir de lo examinado, el trabajo concluye que la responsabilidad del Estado en su función preventiva tiene fundamento convencional y, por lo tanto, se justifica su incorporación.

En cuanto a la metodología, la investigación examina fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinarias. Sobre el relevamiento de la jurisprudencia, se utilizaron como base de consulta las páginas oficiales de la CSJN y de la Corte IDH. Los parámetros de búsqueda abarcaron desde 2015 hasta marzo de 2025, bajo las voces "deber de prevención", "prevención" y "función preventiva". De esta consulta, se han sistematizado las vinculadas con el objeto del presente trabajo.[3]

Para el análisis de la jurisprudencia, se adoptaron los siguientes criterios: (1) "objeto", atiende al derecho o situación que se vincula con la prevención; (2) "alcance", examen que realizan los tribunales para efectivizar el deber de prevención o la función preventiva —si se aplica alguna regla jurídica se identificará en este punto—; (3) "fundamento", razones jurídicas para resolver y —en su caso— responsabilizar al Estado o aplicar los presupuestos de la función preventiva.

3 En total, de la CSJN se compulsaron 34 sentencias, de las que se sistematizaron 23 (se prescindió de aquellas decisiones que tratan el tema por disidencia, votos de minoría o por dictamen de la Procuración General de la Nación cuando el tribunal no los hace propios); de la Corte IDH, 47 sentencias y se sistematizaron 21 (se prescindió de casos de desaparición forzada, derecho penal u otros derechos en los que el deber de prevención no es sustancial; con acuerdo previo de responsabilidad o

3. Primera. El deber de prevención. Su fundamento y regulación

3.1 Definición y fundamento del deber de prevención

"Prevenir" —en su segunda acepción del *Diccionario de la lengua española*, es "prever […] con anticipación un daño o perjuicio" (Real Academia Española, s.f.)— supone una conducta anterior a la producción del perjuicio. En términos jurídicos, se identifica a la prevención como la acción que se conduce para evitar perjuicios (Lorenzetti, 2013, p. 6), en general ilícitos, que provocan una afectación en un bien o derecho. Esta conducta, o la obligación a actuar, se activa cuando se conoce el riesgo y las consecuencias que ello podría generar (Pafundi, 2020, p. 41), a través de diversas actividades, instrumentos o métodos (Kemelmajer de Carlucci, 2016, p. 365) que buscan evitar, anticiparse o disminuir el daño que afecte el derecho o bien.

Este es el fundamento de la función preventiva y de la tutela inhibitoria (Marinoni, 2014, pp. 22-23), que se dirigen a proteger íntegramente el derecho ante el riesgo o peligro del ilícito.

En cuanto a la justificación, Sagarna (2022, pp. 26 y ss.) expresa que el deber de prevención es consecuencia de una sociedad de riesgo y de un mundo globalizado, que reconoce la existencia de riesgos potenciales que merecen ser atendidos por el derecho, antes de que se verifique el daño, para responsabilizar al autor de esa conducta u omisión. Esta globalización se observa, además, en la incorporación de instrumentos internacionales, en particular de derechos humanos, dentro del ordenamiento jurídico interno que obligan a respetar y garantizar los derechos y la dignidad humana a través de una tutela efectiva.

Este contexto ha implicado reestructurar el instituto de la responsabilidad, históricamente concebido bajo la función resarcitoria. Según Lorenzetti, R. (2015, pp. 339-370), esta función implica que, producido el daño a un bien protegido, se indemniza en dinero a su titular; de allí que la tutela resarcitoria opere como sustitutoria del derecho afectado por un crédito de valor equivalente (Marinoni, 2014, p. 22). En cambio, el Estado social de derecho protege hoy derechos patrimoniales y extrapatrimoniales, promoviendo una tutela efectiva para asegurar la dignidad humana, los derechos individuales y de incidencia colectiva.

Esta diversa naturaleza de los derechos exige una tutela diferenciada —como fuera reconocido en el anteproyecto del CCCN—, lo que deriva en un sistema más complejo de funciones de la responsabilidad (Comisión Redactora del Código Civil y Comercial de la Nación, 2012, pp. 674-675).

En esa línea, Marinoni (2014, p. 19) advierte que el proceso debe estructurarse para brindar una tutela adecuada a las distintas clases de derechos, de modo que el

que no se ha responsabilizado al Estado).

derecho de acción ya no se conciba como un simple derecho a la sentencia, sino como un derecho a un modelo procesal capaz de tutelar el derecho afirmado en juicio.

Además, el cambio de paradigma se plasma sobre todo en el sistema de derechos humanos, cuyos instrumentos de protección imponen a las autoridades gubernamentales deberes concretos de respeto de la dignidad y garantía de los derechos que de ella derivan.

En definitiva, la prevención procura evitar o reducir los riesgos de daño o violación sobre un derecho y asegurar su protección integral y efectiva, cometido que el ordenamiento convencional pone en cabeza, de modo reforzado, del Estado.

3.2 El sistema del deber de prevención genérico

3.2.1 La regulación constitucional del principio de no dañar

La Constitución Nacional, en su redacción originaria, carecía de una cláusula expresa que estableciera el deber de prevención; su contenido provino de una interpretación constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto del art. 19.

Este artículo establece el principio de "no dañar a otra persona" —*alterum non laedere*—, esto es que las acciones serán privadas cuando de ningún modo "perjudiquen a un tercero". Así, en este principio general del derecho se justifica la función resarcitoria de la responsabilidad (Pafundi, 2020, p. 51), pues, ante un menoscabo injusto dirigido a la persona o a los bienes, se debe reparar. A su vez, de esta cláusula deriva el deber de evitar perjudicar a otros, interpretándose así de manera integral el principio de no dañar.

A partir de la reforma constitucional de 1994, se incluyó a la prevención en materia ambiental (art. 41, CN), y en otras cláusulas se vislumbra esta finalidad para proteger determinados derechos fundamentales (arts. 42 —sobre usuarios y consumidores—, 43 —acciones expeditas y rápidas—, 75, inc. 22 —instrumentos internacionales en materia de derechos humanos— y 75, inc. 23 —medidas de acción positiva—, CN).

Con esta interpretación se robustece la noción del deber de prevención y del principio de no dañar, en razón de que se le exige al Estado y a la sociedad en general adoptar medidas para evitar daños, peligros, riesgos o violaciones a derechos.

A partir de este encuadre jurídico, el deber de prevención se justifica en el principio *alterum non laedere*, que propende a proteger los derechos fundamentales con carácter previo a su afectación, en tanto —en algunos supuestos— no resulta viable su reparación o restitución al estado anterior. Es decir que, en principio, el deber de prevención se incluye dentro del principio de no dañar (arts. 19, 42, 43, 75, inc. 22 y 23, CN; art. 29.2, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 5, Pacto Inter-

nacional sobre Derechos Civiles y Políticos; art. 32, Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 4 y 17, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre otros); de esta manera, se entiende este principio como la piedra basal de justificación para la función preventiva de la responsabilidad (Calvo Costa, 2018), que en este trabajo se proyecta sobre la responsabilidad estatal.

Por su parte, la CSJN interpretó el principio *alterum non laedere* con similar sentido al abordado y lo vinculó con las funciones de la responsabilidad. En concreto, determinó que este principio posee raigambre constitucional; se aplica a todo el ordenamiento, pues funda a la reparación;[4] y, por lo tanto, al sistema de responsabilidad.

A su vez, respecto a los sujetos obligados a responder, determinó que la CN no establece una distinción entre personas privadas o públicas, justificando así la responsabilidad estatal de reparar.[5]

En cuanto a la reparación, el máximo tribunal la interpretó como expresión de justicia y de solidaridad social. Indicó que es el tribunal quien debe afianzar la justicia, en ejercicio de sus atribuciones y de lo consagrado en el Preámbulo de la carta magna, sin que ello signifique una potestad para imponer a los habitantes cargas que superen a la solidaridad social.[6] Luego afianzó su carácter integral, con fundamento constitucional y convencional[7], extendiéndola a todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte a la persona, su patrimonio o sus derechos.[8]

En esa línea, de acuerdo con la interpretación del plexo convencional —incorporado por el art. 75, inc. 22, CN— reconoce tanto el derecho a la reparación integral como el derecho a la integridad de la persona en su aspecto físico, psíquico y moral y el derecho a la vida.[9] Esta interpretación, se entiende, incluye a la prevención.

Así ha sido expresado en un voto particular del juez Lorenzetti en el caso *Grippo*,[10] donde relacionó el principio de reparación con las distintas funciones de la responsabilidad civil. Con base en precedentes del máximo tribunal, vinculó la reparación plena —del perjuicio a la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva— con el otorgamiento de una tutela diferenciada que considere la naturaleza del derecho afectado. De allí que la acción por responsabilidad civil pueda tener una función preventiva o resarcitoria.

En suma, a partir de lo expresado por nuestro máximo tribunal, se puede colegir que el marco jurídico constitucional del deber de prevención es el principio de no

4 CSJN, Fallos: 308:1118, *Gunther*, consid. 14; Fallos: 327:3753, *Aquino*, consid. 3.

5 CSJN, Fallos: 308:1118, consid. 14.

6 CSJN, Fallos: 308:1160, *Santa Coloma*, consid. 7 y 8.

7 CSJN, Fallos: 340:1038, *Ontiveros*, consid. 4.

8 CSJN, Fallos: 344:2256, *Grippo*, consid. 3.

9 CSJN, Fallos: 335:2333, *Rodríguez Pereyra*, consid. 12.

10 CSJN, Fallos: 344:2256, por su voto —Lorenzetti—, en particular consid. 5 y 6.

dañar y la dignidad humana (arts. 19, 75, inc. 22, CN); además de las cláusulas específicas que disponen el deber de realizar una conducta para evitar la producción del daño (arts. 41, 42, 43, 75, inc. 22, CN).

Este deber se armoniza con el principio de razonabilidad (art. 28, CN) que otorga el estándar para reconocer si la conducta realizada cumple —o no— con el deber de prevención. Todo lo cual impacta en una ampliación del sistema de responsabilidad, con el objetivo de incluir a la función preventiva.

3.2.2 La regulación convencional. El estándar de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En materia de derechos humanos, los instrumentos internacionales de protección, tales como la CADH, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el PIDCP, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), reconocen el pleno y libre goce y ejercicio de los derechos imponiendo como obligación estatal la de tornarlos efectivos y de evitar su violación ya sea por acción u omisión, por agentes estatales o por particulares (arts. 1 y 2, CADH; art. 2, DUDH; art. 2, PIDCP; art. 2, PIDESC; art. 1, CEDAW; entre otros).

Como estándar para proteger a la persona humana y su dignidad, se reconoce el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva (arts. 8 y 25, CADH; art. 8, DUDH; art. 14, PIDCP; art. 2, CEDAW; entre otros) y se impone la obligación de adoptar medidas razonables para, a su vez, garantizar el deber de prevenir, investigar y sancionar las violaciones como directivas para las instituciones jurídicas y políticas.

A su vez, dentro de este derecho supranacional, algunos instrumentos internacionales han diseñado protocolos de implementación, a través de sus órganos de aplicación y monitoreo, sobre las cláusulas del tratado que efectivizan y resguardan los derechos reconocidos en las convenciones. En particular, la Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el Comité DESC, el Comité de Derechos Humanos y el Comité CEDAW han desarrollado jurisprudencia y observaciones generales para cumplir con este cometido. Es el *corpus juris* internacional de derechos humanos.

Este encuadre convencional, cuya jerarquía constitucional está dada por el art. 75, inc. 22 de la CN, promueve el deber general de adoptar, con diligencia y de forma razonable, conductas que resguarden los derechos cuando se encuentren en riesgo o peligro de ser afectados. Además, dispone que sean realizadas con carácter previo a que acontezca el hecho que los dañe o agrave el daño (arts. 1.1, 63 CADH; art. 2 PIDCP; art. 2 PIDESC; art. 5 Protocolo Facultativo del PIDESC; art. 2 CEDAW;

arts. 2, 14.1 CAT; arts. 2, 3, 19 CDN; art. 7 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención Belém do Pará").

En esa línea, el Sistema Interamericano incorporó estándares para cumplir con las obligaciones generales de respeto y garantía, interpretando que del deber de garantizar se derivan los deberes de prevenir, investigar y sancionar (art. 1.1, CADH). Esta interpretación, resuelta por la Corte IDH desde su primer caso, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988),[11] y reforzada posteriormente,[12] reconoce que la lesión a algún derecho contenido en la CADH acarrea la violación de este artículo. Además, determinó que la transgresión le será imputable —en sede internacional— al Estado como autoridad pública.[13]

Sobre el alcance del deber de respeto, la Corte IDH expresó que los derechos humanos, al ser atributos inherentes a la dignidad humana, restringen el ejercicio de la función pública.[14] Esta obligación implica cumplir directamente la norma —absteniéndose de actuar o brindando una prestación—, de modo que el Estado no viole, directa ni indirectamente, por acción u omisión los derechos reconocidos en la CADH (Steiner y Fuchs, 2019, p. 41).

El deber de garantía, por su parte, asegura el libre y pleno ejercicio de esos derechos y obliga al Estado a organizar el aparato estatal para prevenir con medidas razonables; investigar de forma seria y con los medios a su alcance para identificar al responsable; y sancionar de modo que asegure una reparación adecuada.[15] De este deriva la obligación de hacer todo lo racionalmente posible para impedir violaciones —provengan de agentes públicos o de particulares— mediante medidas oportunas, adecuadas y efectivas,[16] de carácter jurídico, político, administrativo y cultural (Steiner y Fuchs, 2019, p. 43). En este deber de garantía halla la Corte IDH el fundamento del deber de prevención, al cual reconoce como una obligación de comportamiento.[17]

---

11 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4.

12 Corte IDH, *Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22. Voto disidente del juez Nieto Navia; *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. Voto concurrente juez A. A Cançado Trindade, § 5; *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C, No. 209 § 142; *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C, No. 211, § 185, entre otros.

13 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, § 162-164.

14 *Ibidem*, § 165.

15 *Ibidem*, § 166 y 174.

16 La Corte IDH en *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, § 164, reitera que "… la respuesta brindada por el Estado debe ser oportuna, y, además, inmediata para evitar un agravamiento del riesgo o crear un mayor peligro".

17 Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepciones preliminares, Fondo,

En suma, el deber de prevención exige al Estado una mayor intervención en la reglamentación normativa para respetar y garantizar el ejercicio de los derechos convencionales, con ello se le impone la obligación de controlar, sancionar y prevenir la actividad desplegada tanto por los órganos estatales como por los particulares que residen en su jurisdicción. Así, se entiende que esta labor será una obligación asumida por todos los poderes que integran el Estado, debiendo realizar un control de convencionalidad para cumplir con estos cometidos.[18]

3.2.3 La regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación

De acuerdo con el marco legal, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) estableció el deber de prevención genérico como fundamento de la función preventiva de la responsabilidad civil (art. 1710).

Si bien el CCCN omite definirlo, sus disposiciones establecen el alcance de la prevención, los presupuestos de la tutela preventiva y el encauce jurídico en la acción preventiva para evitar la producción del daño o su agravamiento.

Sobre el fundamento de este régimen, el anteproyecto del CCCN expresó que la prevención impulsa una tutela adecuada a los diferentes tipos de derechos que se reconocen en el Código (tales como los derechos individuales y los de incidencia colectiva) y que merecen una respuesta distinta considerando el bien protegido —el patrimonio, la persona o los derechos colectivos— (Comisión Redactora del Código Civil y Comercial de la Nación, 2012, p. 674). Lorenzetti (2015, p. 297) sostiene que esta inclusión tiene un sentido humanista y económico, siendo valiosa desde una perspectiva ética y macroeconómica.

De ello se desprende que la reforma buscó dotar de una tutela para proteger a la persona —por ejemplo, su honor, privacidad, identidad— y los derechos de incidencia colectiva, bienes de imposible recomposición al estado anterior al daño y de cuidado común, respecto de los cuales la prevención resulta sustancial (Comisión Redactora del Código Civil y Comercial de la Nación, 2012, p. 675).

Así, la prevención —al reconocer la evolución y nuevas necesidades de la sociedad— busca garantizar los derechos constitucionales y convencionales (art. 1 CCCN), bajo una interpretación armónica del ordenamiento jurídico (art. 2 CCCN),

Reparaciones y Costas, 16 de noviembre de 2009, § 118; *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 19 de noviembre de 2015, § 107; *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de octubre de 2015, § 118.

18 Corte IDH, *Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C No. 409, § 93; *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406, § 107; *Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303, § 229.

cuya decisión razonablemente fundada provendrá del juez (art. 3 CCCN), dotando de una tutela preventiva para proteger —en su integridad— los derechos conforme su naturaleza y las circunstancias del daño a prevenir (art. 1710 CCCN).

En ese contexto, el deber de prevención pretende reducir los riesgos de daño y violación y, además, asegurar la protección efectiva del derecho. Su finalidad radica en instrumentar un mecanismo efectivo para evitar la violación del derecho en general y actuar con anterioridad a que se produzca un daño irreparable.

Para la doctrina, el deber de prevención se justifica en el deber general de diligencia, que posee toda persona como contrapartida del derecho a la seguridad que protege la vida y salud de las personas (Lorenzetti, 2015, p. 298) y en el principio *alterum non laedere* (Kemelmajer de Carlucci, 2016, p. 379), que, al ampliar su perspectiva, exige cuidar del derecho frente a eventuales daños a través de medidas adecuadas (Alterini, 2017, pp. 43-53).

En conclusión, el deber de prevención —desde el punto de vista del derecho privado— considera para su efectividad: (1) los bienes o derechos que se encuentran en peligro o en riesgo de sufrir un daño; (2) la posibilidad de actuar; (3) que la conducta a exigirse resulte razonable; (4) un interés jurídicamente protegido, entre otras cuestiones. Esta mirada justifica ampliar las funciones de la responsabilidad, incorporando la prevención como un nuevo estándar para resguardar el derecho, según el caso y los bienes a proteger (Barletta, 2021, p. 25).

3.2.4 La regulación en el derecho administrativo

En el ámbito del derecho administrativo, la prevención ha sido considerada con mayor énfasis desde la reforma constitucional de 1994, por la incorporación de los diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y la aplicación de principios generales del derecho, como la juridicidad, la razonabilidad, la proporcionalidad, la buena fe y la tutela administrativa efectiva, entre otros, incorporados en el art. 1 bis de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo por la Ley 27742.

Este marco jurídico le impone al Estado, en particular, adoptar medidas adecuadas para respetar y garantizar los derechos de las personas humanas, su dignidad y las circunstancias que las rodean en virtud de la centralidad que cobran para el derecho administrativo desde una perspectiva constitucional y convencional (Gutiérrez Colantuono, 2022, p. 1). En concreto, se establece que la actuación administrativa incorpore mecanismos para otorgar una tutela efectiva y, así, permitir el ejercicio de los derechos fundamentales, sobre todo a sectores vulnerables.

Este cambio de paradigma, denominado "derecho administrativo de la vulnerabilidad social" (Comadira, 2021, p. 41), le exige a la Administración reconocer el contexto de la persona para brindarle una protección especial y coadyuvar al ejerci-

cio de sus derechos, privilegiando, además, la justicia social. Un ejemplo de ello es el art. 2.2 de la Ley 26854 de Medidas Cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado (LMC).

Por otro lado, en materia de derechos de incidencia colectiva, la CSJN también le ha ordenado a la Administración reconocer las particularidades que posee el ejercicio de estos derechos, velando por su tutela y resguardo frente a supuestos que los vulneren, ya que existe un fuerte interés estatal en su protección.[19]

Así, y si bien el deber de prevención no surge de manera expresa, de estas disposiciones se podría inferir la obligación estatal de actuar con fines preventivos para asegurar el ejercicio de los derechos.

Cabe destacar que, si bien la función administrativa ha regulado aspectos en torno a la seguridad, a la salubridad, a la moralidad y al bienestar general, lo hizo en ejercicio del poder de policía. Esta potestad de restringir los derechos en miras a garantizar el interés público es distinta a la finalidad promovida por el deber de prevención, en la medida que lo que pretende este último es resguardar el derecho o bien jurídico frente a un hecho ilícito, es decir, actúa ante el conocimiento de una situación de peligro para soslayarlo, aminorarlo, evitarlo.

Por su parte, el poder de policía es la restricción o limitación que cada uno debe soportar para convivir en sociedad, cuyo fundamento constitucional surge de lo dispuesto por los arts. 14, 19 y 28 de la CN (Comadira y Escola, 2018, p. 652).

Esta distinción es relevante dado que, previo a la sanción del CCCN, desde el ámbito del derecho privado se entendía que la prevención estaba asimilada a la seguridad general y, por lo tanto, era materia de regulación del derecho administrativo a través del poder de policía.

Esa asimilación podría explicarse porque la prevención de peligros se fundó en la regulación de policía —como protectora de la integridad física, la moral y la economía pública (Villegas Basabilvaso, 1951, p. 87)—, y es este poder de policía el que introduce medidas de prevención cuyo fundamento es la restricción de derechos en pos del bien común (Gordillo, 2013, p. 378).

La CSJN ha abordado parcialmente estos conceptos al reconocer, en el caso *Plaza de Toros*[20] que el Estado se encuentra habilitado a regular, limitar o restringir los derechos de los habitantes, potestades que se ejercen para evitar males o peligros que afecten a la seguridad, la salubridad o la moralidad públicas. Mientras, en *Saladerista Podestá*[21] enfatiza en que el Estado provincial tiene el deber de proteger la salud pública contra la cual no hay derechos adquiridos y argumenta sobre la potestad para prevenir los peligros y los inconvenientes (García Pullés, 2020, pp. 514-515).

---

19 CSJN, Fallos: 332:111, *Halabi*, consid. 13, Fallos: 339:1077, *CEPIS*, consid. 12.

20 CSJN, Fallos: 7:150, 13 de abril de 1869.

21 CSJN, Fallos: 31:273, 14 de mayo de 1887.

Sin embargo, tal como se indicó, la prevención aludida no justifica la responsabilidad estatal en su función preventiva ni otorga los fundamentos para que resulte procedente una medida preventiva, ya que su ámbito de aplicación es distinto.

En suma, desde el punto de vista clásico del derecho administrativo, se observa que la prevención tuvo por finalidad la restricción de los derechos, de forma indirecta, cuando se trataba de seguridad, salubridad y moralidad, mientras que en el derecho administrativo actual, con raíz constitucional y convencional, ha cobrado una centralidad mayor en torno a obligar a la Administración pública a adoptar medidas tendientes a resguardar los derechos humanos, conforme lo establecen los instrumentos internacionales de protección.

3.3 El Código Civil y Comercial y la responsabilidad civil. Las reglas de la función preventiva y la tutela preventiva

En el año 2014 —con vigencia a partir de 1 de agosto de 2015—, se sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación, que establece dos tipos de funciones de la responsabilidad civil (art. 1708), esto es, de la prevención del daño (arts. 1710 a 1715) y de la reparación del daño (arts. 1716 a 1736). Al modificar el régimen, se amplió el instituto de la responsabilidad civil y de la teoría del daño, a través de la disposición de una tutela judicial y el deber de actuar previa, efectiva y adecuadamente, en lo que resulte razonable, para proteger el derecho frente a un daño no justificado.

La función preventiva se distingue de la resarcitoria (que es procedente cuando se repara el daño) y se regula en los arts. 1708, 1710, 1711 y ss. del CCCN. Conforme se observará, estas disposiciones regulan cuestiones procesales de la acción preventiva y de la tutela preventiva.

3.3.1 El fundamento del deber genérico de prevención

La prevención, desde el punto de vista del derecho privado, ha sido considerada como una derivación del deber de seguridad, el cual le corresponde al Estado garantizar en ejercicio de su poder de policía (Pafundi, 2020, pp. 140-142). Sin embargo, dadas las modificaciones sustanciales del derecho privado que revaloriza a la persona y a sus derechos inherentes (a la vida, la salud, el honor, la intimidad, identidad) y adecua el sistema para proteger los bienes de incidencia colectiva (Kemelmajer de Carlucci, 2016, pp. 360-361), se ha reconocido este deber en el CCCN.

De allí que el CCCN prevea: (a) el deber de prevenir genérico, de evitar un daño no justificado; (b) el deber de adoptar de buena fe y según las circunstancias, las medidas razonables para evitar o morigerar la magnitud del daño; y (c) el deber de no agravar el daño (art. 1710).

En estos términos, la obligación genérica de actuar (por acción u omisión) evita causar un daño no justificado a las personas y a las cosas. La conducta exigida se valora de acuerdo con el principio de buena fe y de razonabilidad, según las circunstancias del caso para evitar exigir el despliegue de conductas heroicas (Lorenzetti, R. 2015, pp. 294-295).

Este límite significa que la conducta requerida no puede ser irrazonable o imposible de cumplir; y para ello da la pauta de que —al ser un mandato indeterminado— se debe concretar en cada caso en particular (Lorenzetti, R. 2015, p. 304). Además, se expresó que el deber de prevención tiene una faz negativa (no hacer, no perjudicar) y una faz positiva (hacer, dar, que funciona como un plus) que serán consideradas al momento de adoptar las medidas razonables en una tutela judicial efectiva para cumplir con estos cometidos (Kemelmajer de Carlucci, 2016, pp. 380-381).

Ahora bien, el deber de prevenir o evitar es el actuar, por acción u omisión, para impedir un daño futuro, cesar el daño actual, disminuir su magnitud o la extensión de sus consecuencias; es decir, actúa *ex ante*, mientras que el deber de no agravar o mitigar un daño se vincula con la entidad, la magnitud cualitativa del daño (medida del perjuicio), su extensión o prolongación, actúa *ex post* (Lorenzetti, 2015, pp. 299-300; Sagarna, 2022, p. 74).

En conclusión, el estándar del deber de prevención, según el derecho comprometido, es: (a) no causar un daño injustificado; (b) tomar las medidas razonables; y, en su caso, (c) no agravar el daño ya acaecido.

3.3.2 La tutela preventiva inhibitoria

El CCCN encauza la función preventiva a través de un mecanismo procesal para obtener una tutela preventiva inhibitoria. Previo a su incorporación, los jueces Lorenzetti y Maqueda advirtieron sobre la necesidad de contar con una tutela inhibitoria para prevenir la repetición lesiva de derechos personalísimos que opere con independencia de una lesión y que permita adoptar los medios más idóneos y menos restrictivos. De hecho, señalaron que la sola amenaza causalmente previsible justificaba su procedencia.[22]

Este razonamiento es seguido al incorporar la finalidad preventiva en el CCCN. Así, ante el supuesto de un daño potencial por una conducta antijurídica, es viable la interposición de la acción preventiva para requerir una tutela de dar, hacer o no hacer que evite el perjuicio o daño al derecho, sin que ello se confunda con la medida cautelar, que solo adelanta los tiempos del proceso (Lorenzetti, 2015, pp. 295-296).

En definitiva, la tutela preventiva tiene por finalidad la conservación integral del derecho (Marinoni, 2014, p. 22) frente al ilícito (Perrachione, 2016, p. 63).

22 CSJN, Fallos: 337:1174, *Rodríguez Belén*, disidencia parcial de Lorenzetti y Maqueda, consid. 34.

Como se señaló, la tutela se requiere cuando existe una amenaza de daño a un interés o derecho jurídicamente protegido, por una acción u omisión antijurídica. Esta antijuridicidad tiene que tener certeza de que se va a producir, es decir, que la conducta a evitar sea idónea (Peyrano, 2016a, p. 21) y previsible (Sagarna, 2022, p. 138) para afectar el derecho. Se exige un riesgo en ciernes (sin que se haya materializado); o bien cuando, de haberse producido, se busque una tutela para evitar la continuidad o el agravamiento del daño. Lo relevante para promover y que prospere una acción preventiva, indica Peyrano (2016b, p. 27), es que exista un acto antijurídico sin que se requiera la materialización del daño. Ahora bien, si el daño se produjo, se deberá resarcir.

En concreto, y siguiendo lo dispuesto por el CCCN, para esta tutela inhibitoria se debe acreditar: (1) la antijuridicidad de la conducta —sea por acción u omisión—; (2) la previsibilidad de concreción, morigeración, detención del daño, cuya relación causal sea adecuada; (3) la amenaza de lesión a un interés individual o colectivo; (4) que se pueda detener (arts. 1711 y 1713). Sobre el factor de atribución, el CCCN exime de demostrarlo, es decir, no resulta procedente la exigencia de imputar objetiva o subjetivamente (culpa, dolo) al agente el daño ocasionado (Sagarna, 2022, p. 179).

El CCCN establece una legitimación amplia en la medida en que se demuestre un interés razonable para requerir la tutela preventiva (art. 1712); similar supuesto radica al momento de ser requerido para evitar el ilícito, ya que se interpone contra personas privadas o públicas (Kemelmajer de Carlucci, 2016, p. 377; Pafundi, 2020, p. 158).

Para ello, el juez deberá examinar la legitimación conforme los principios de razonabilidad (art. 28 CN) y buena fe, debido a los derechos que podrían estar en juego sobre la protección de la actora y la restricción de la demandada (en general, este tipo de medidas recae sobre la libertad). Por esta circunstancia es que se observa una mayor intervención jurisdiccional (Di Benedetto, 2016, p. 55), ya que es quien debe analizar la posición de cada uno de los intervinientes para otorgar una tutela eficiente.

Por último, la decisión judicial, de mérito, impondrá una obligación de dar, hacer o no hacer —de acuerdo con las circunstancias que se demandan— para evitar que se consume la amenaza de daño o que se recrudezca el daño ya consumado.

De acuerdo con el CCCN, el juez debe efectuar un examen de razonabilidad (art. 28, CN). Para ello, tiene que ponderar entre los criterios de menor restricción posible y los medios más idóneos para asegurar la eficacia de la tutela (art. 1713 CCCN) (Sagarna, 2022, p. 139). Esto implica que la conducta ordenada tiene que ser posible, razonable y no heroica.

Si se trata de una obligación de no hacer, la sentencia podrá determinar la abstención del comportamiento ilícito o peligroso (inhibitoria negativa), en la medida que no cuente con un título de justificación. Si fuera una obligación de hacer, se exigirá la realización de acciones que eviten consumar el daño o impidan su repetición (inhibitoria positiva).

En definitiva, la tutela preventiva pretende revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo probable e injustificado de daño o lesión, o bien su agravamiento o continuidad, a través de una decisión razonablemente fundada (Capella, 2016, p. 44). Es decir, debe ser adecuada, razonable y eficiente para prevenir el ilícito.

Ahora bien, en el supuesto de que la prevención no haya cumplido su finalidad, o se haya afectado el deber de prevención, estos supuestos merecen ser tratados bajo los presupuestos del daño consumado y tutelados por la función resarcitoria. Sobre este aspecto, Lorenzetti R. (2015, p. 296) explica que comienza a operar la tutela resarcitoria (art. 1749, CCCN) y, de ser posible, la preventiva para detener o evitar la agravación del perjuicio. De esta forma, se observa que ambas funciones de la responsabilidad pueden convivir persiguiendo diversas finalidades.

3.4 La restricción normativa de las disposiciones del Código Civil y Comercial a la responsabilidad estatal

En lo que se refiere a poder extender las disposiciones contenidas en el CCCN al régimen de la responsabilidad estatal, el propio Código establece su inaplicabilidad, ya sea de manera directa o subsidiaria (art. 1764), disponiendo que este instituto "… se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda" (art. 1765). Y agrega que tanto los

> … hechos como las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda. (art. 1766)

De estas disposiciones se colige que, por un lado, lo vinculado a las funciones de la responsabilidad, en principio, no podría regular la responsabilidad del Estado y, por otro, que existirán diversos regímenes en esta materia debido a que es netamente local y de derecho administrativo.

Cabe advertir que en el anteproyecto se incorporó una cláusula que regulaba la responsabilidad estatal teniendo en cuenta el régimen pretoriano establecido por la CSJN; no obstante, al sancionarse el CCCN, se descartó esa regulación indicando que la responsabilidad estatal es un instituto que pertenece al derecho público (Perrino, 2015, p. 32),[23] que la "falta de servicio", como elemento determinante de la responsabilidad, es ajeno al ámbito civil[24] y que la responsabilidad por actividad lí-

23 Asimismo, v. CSJN, Fallos: 345:884, *González*, voto del juez Rosatti; Fallos: 347:1378, *Robledo*, voto del juez Rosatti y Rosenkrantz, donde se expresa que el factor de atribución es de derecho público.

24 Cabe destacar que la CSJN, en Fallos: 345:1025, *Ceballos* —por mayoría— resolvió que la falta de

cita al ser el ejercicio regular de un derecho, en principio, no acarrea responsabilidad (Lorenzetti, 2015, p. 620).

Ahora bien, a nivel nacional, en el año 2014 se sancionó la Ley 26944 de Responsabilidad del Estado (LRE), que determina la responsabilidad por actividad ilícita y lícita del Estado. Esta norma contiene un enfoque más de derecho público al determinar que lo establecido en el Código Civil será inaplicable de forma directa o subsidiaria (art. 1). Sus disposiciones rigen únicamente la función resarcitoria, es decir, para indemnizar por un daño provocado a los bienes o a la persona por la actividad o inactividad realizada por el Estado.[25]

Así, en virtud de que tanto el CCCN como la LRE determinan la inaplicabilidad de las normas del derecho privado de manera directa o subsidiaria, surge como interrogante si es procedente extender, ante la ausencia de regulación, la función preventiva a la responsabilidad del Estado y, en su caso, cuál es su fundamento jurídico.

4. Segunda. La responsabilidad del Estado y la función preventiva

4.1 La responsabilidad del Estado regulada en la Ley 26944

4.1.1 El fundamento de la responsabilidad estatal. La interpretación constitucional

En primer lugar, se debe señalar que la Constitución Nacional no contiene una cláusula que determine la responsabilidad del Estado. Su fundamento radica en que es una derivación propia del Estado de derecho y de la interpretación constitucional que garantiza el principio de no dañar (art. 19, CN) y el principio de igualdad (art. 16, CN), además del derecho de propiedad (art. 17, CN).

De acuerdo con diversos precedentes de la CSJN, la responsabilidad del Estado se justificó en lo dispuesto por los arts. 1, 16, 17, 19 y 28 de la CN.

En cuanto al régimen para poder responsabilizar al Estado, primero se entendió la irresponsabilidad estatal teniendo por fundamento su soberanía. Se concibe de esta manera que las decisiones estatales no generan perjuicio (Comadira y Escola, 2018, p. 1504) y, por lo tanto, que toda actuación estatal es realizada conforme a derecho.

Posteriormente, tal como se desarrollará, a través de la construcción pretoriana de la CSJN se establecieron los presupuestos para responsabilizar al Estado por su actividad o inactividad ilegítima. Para ello, además de las disposiciones constitucionales,

servicio desplaza del terreno público otros factores de atribución de naturaleza civilista.

25 Ver apartado 4.

se acudió a normas de derecho privado para determinar los presupuestos de la responsabilidad. La CSJN determinó el carácter objetivo y directo de la responsabilidad.

Otro aspecto que fue discutido es el enfoque de la responsabilidad estatal; esto es, si se rige por normas y principios del derecho civil o del derecho público. Tal como fuera resuelto por la CSJN, y posteriormente establecido tanto en la LRE (art. 1, tercer párrafo) como en el CCCN, la responsabilidad estatal se rige por normas de derecho público. Así, le incumbe al derecho administrativo la resolución de los conflictos que se susciten (Sammartino, 2021, p. 156).

La doctrina también deriva la responsabilidad estatal de la CN, del Estado de derecho y de los principios de derecho público. Por ello, es un instituto de control y garantía sobre el poder estatal para actuar conforme el régimen jurídico.

En esa línea, Marienhoff (2011, p. 558), con sustento en el Estado de derecho, expresó que la finalidad de la responsabilidad estatal es proteger el derecho, dotar de seguridad jurídica y respetar los derechos de las personas. Cassagne (2014) agrega que su fundamento reside en el principio de igualdad, en el *alterum non laedere* y en la inviolabilidad de la propiedad por causa de utilidad pública. Bielsa (1957, p. 81), por el contrario, sostenía que la responsabilidad estatal, para ser efectiva, debía estar previamente determinada por ley. De esta forma, a pesar de la garantía del art. 17 de la CN, no era viable responsabilizar directamente al Estado por los perjuicios.

Sacristán (2015, pp. 67-80) afirma que el fundamento de la responsabilidad estatal es, además del Estado de derecho, el "Estado de Justicia", que será distributiva porque se demanda a toda la comunidad responder por los daños provocados.

Comadira y Escola (2018, p. 1511) mantienen una perspectiva constitucional de la responsabilidad estatal; refieren que es parte del Estado de derecho democrático y republicano, que es una garantía del principio de juridicidad y que integra el contenido del régimen exorbitante del derecho administrativo. A su vez, Perrino (2015, p. 1) reafirma que es uno de los pilares del Estado de derecho y, por lo tanto, presupone la separación de poderes estatales y el sometimiento al ordenamiento jurídico como también el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales de las personas.

Sammartino (2021, p. 159), por su lado, fundamenta la responsabilidad estatal en el Estado constitucional social de derecho que hace prevalecer al principio de dignidad humana, perspectiva a la que Salvatelli (2024, p. 46) agrega el fundamento del Estado de derecho en clave convencional, porque resguarda el principio de igualdad y el de dignidad humana. De allí que la responsabilidad sea un modo de control al Estado y de exigencia para que cumpla con sus obligaciones de acuerdo con el orden jurídico y las demandas sociales (Salvatelli, 2024, p. 6).

En conclusión, el fundamento de la responsabilidad estatal es el Estado social y democrático de derecho —en clave convencional—, el principio republicano de gobierno (arts. 1 y 14, CN), el derecho de propiedad (arts. 14 y 17, CN), el principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16, CN), el principio de razonabilidad (art.

28, CN), el *alterum non laedere* (art. 19, CN) y la dignidad de la persona humana. A ese plexo se integra el bloque de constitucionalidad (art. 75, incs. 22 y 23, CN), que incorpora el deber de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y, expresamente, el deber de prevenir (arts. 1.1 y 2, CADH; art. 2, PIDCP; art. 2, CEDAW; art. 7, Convención de Belém do Pará).

Así, de acuerdo con este encuadre normativo, la responsabilidad del Estado es interpelada para resguardar y proteger a la persona, reconociendo su contexto, y sus derechos frente al riesgo de que se produzca un daño o lesión, ya sea cuando lo ocasione el Estado o sea tolerado por este. De allí que tanto la dignidad humana como los deberes convencionales en materia de derechos humanos se interrelacionen con los demás principios para dar fundamento a la función preventiva de la responsabilidad.

4.1.2 Los presupuestos de procedencia de la responsabilidad estatal a la luz de los precedentes de la CSJN

Previo a la LRE, el sistema de responsabilidad fue una construcción pretoriana de la CSJN. A través de sus precedentes, se interpretaron los presupuestos de procedencia de la responsabilidad en su función resarcitoria, es decir, cuando se produce daño o lesión sobre un bien o un derecho debidamente acreditado se obliga a indemnizar. Para esta construcción, acudió al derecho privado y al régimen de responsabilidad del Código Civil de la Nación (CCN).

4.1.2.1 La responsabilidad del Estado por actividad ilícita

Con base en el principio de no dañar y en lo dispuesto sobre la responsabilidad civil, sostuvo que la responsabilidad estatal es directa, por la teoría del órgano, y el factor de atribución es la falta de servicio. Para ello, determinó que lo dispuesto por el art. 1112 del CCN era una norma de derecho público.

En el caso *Tomás Devoto*,[26] la CSJN fundamentó la responsabilidad estatal en los arts. 1109 y 1113 del CCN. De esta forma, admite que el Estado es responsable de forma indirecta y subjetiva, debiendo responder por los daños que hubieran provocado sus dependientes cuando obraron ilícitamente, aunque haya sido sin intención.

Con posterioridad, en *Ferrocarril Oeste*,[27] además de responsabilizar al Estado (art. 1113, CCN), incorpora la "falta de servicio" como factor de atribución objetivo,

26 CSJN, Fallos: 169:111.

27 CSJN, Fallos: 182:5.

con cita en lo dispuesto en el art. 1112 del CCN. Además, señaló que "las relaciones entre el Estado y sus gobernados se rigen por el derecho público".

Sobre la falta de servicio, la CSJN expresa que, quien contrae la obligación de prestar un servicio debe hacerlo en condiciones adecuadas para cumplir el fin para el que se ha establecido. Por ello, será responsable de los perjuicios que causa su incumplimiento o irregular ejecución.

En *Vadell*[28] consolida la aplicación del art. 1112 del CCN y que la responsabilidad estatal es directa y objetiva. La falta de servicio es el factor de atribución objetivo, que implica analizar si se cumplieron de forma defectuosa o irregular las funciones que les son propias y la teoría del órgano justifica que sea directa.[29]

En conclusión, se identificó que la responsabilidad estatal por actos ilícitos es directa con base en la teoría del órgano y objetiva por la falta de servicio. El sustento normativo es el art. 1112 del CCN, que, como norma de derecho público, se aplica a las relaciones jurídicas estatales.

4.1.2.2 La responsabilidad del Estado por omisión ilícita

Sobre la inactividad ilegítima estatal, los fallos *Zacarías* y *Mosca* resultan centrales para identificar la falta de servicio cuando se trata del ejercicio del poder de policía de seguridad (Canda, 2019, pp. 459-497).

En *Zacarías*,[30] la CSJN establece que el factor de atribución es la falta de servicio. Para ello, se analiza si el deber omitido por el Estado está establecido en una norma determinada y cuál fue la conducta efectivamente desplegada por la Administración.

En este caso, la mayoría consideró que el deber de seguridad se satisface aplicando la diligencia y previsión adecuada a las circunstancias de tiempo y lugar.[31] Por su parte, los jueces Moliné O'Connor y Vázquez conceptualizaron la falta de servicio como la violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, que se debe apreciar en concreto tomando en cuenta [1] la naturaleza de la actividad, [2] los medios de los que dispone el servicio, [3] el lazo que une a la víctima con el servicio y [4] el grado de previsibilidad del daño.[32]

Con posterioridad, en *Mosca*[33] la CSJN formula precisiones sobre la responsabili-

28 CSJN, Fallos: 306:2030.

29 CSJN, Fallos: 306:2030, consid. 5 y 6.

30 CSJN, Fallos: 321:1124.

31 CSJN, Fallos: 321:1124, consid. 7.

32 CSJN, Fallos: 321:1124, por su voto jueces Moliné O'Connor y Vázquez, consid. 6.

33 CSJN, Fallos: 330:563.

dad por omisión que serán tomadas como estándar en otros precedentes.[34] Sostuvo que el factor de atribución tiene que ser suficiente —conectar causalmente la conducta con el daño para que sea imputable al Estado—; que la responsabilidad es directa; y distinguió los mandatos determinados y expresos de los indeterminados. En este último supuesto, corresponde efectuar un "juicio estricto" que pondere "los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión".[35]

Sobre esa base, el máximo tribunal desarrolló el estándar de "falta de servicio" en la omisión estatal, entendida como la violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular —lo que exige examinar la prestación del servicio y no la conducta del agente—. Para ello, atiende a cuatro factores —como los enumerados en *Zacarías* por el voto de la minoría—:

1. La naturaleza de la actividad, que requiere algún grado de participación de un órgano estatal, pues la mera existencia de un poder de policía o del deber de prevenir delitos no basta para atribuir responsabilidad. En este punto, se distingue según la omisión recaiga sobre un mandato expreso y determinado —cuyo solo incumplimiento configura una prestación irregular— o sobre uno indeterminado y general —que requiere un juicio estricto, conforme fuera señalado, respecto de los objetivos fijados en la norma en la mejor medida posible—.
2. Los medios de los que dispone el servicio, que examina la actividad desplegada por el Estado para disponer de medios razonables para el cumplimiento del servicio.
3. El lazo que une a la víctima con el servicio, que analiza la relación jurídica que existe entre el Estado y la persona afectada. Para ello, se distingue entre la obligación determinada —generadora de un derecho subjetivo— y la indeterminada —que solo funda un interés legítimo indiferenciado—.
4. El grado de previsibilidad del daño, ligado con la capacidad razonable de prever el curso normal y ordinario de las cosas para prevenir el ilícito.

En particular, sobre el deber de seguridad, la CSJN advirtió que es un mandato indeterminado; no cabe exigirle al Estado evitar todo daño —sería irrazonable, insoportablemente costoso para la comunidad y lesivo para las libertades de las personas que se pretende proteger—; lo exigible es que el Estado disponga de los medios razonables para evitar daños y que estos sean compatibles con la tutela de las libertades.

Así, frente a la omisión, lo sustancial radica en identificar si es de un deber jurídico concreto por el cual el Estado debe responder o de uno genérico por el cual se impone un examen más robusto para efectivizarlo (González Elías, 2023, p. 179).

---

34 CSJN, Fallos: 334:1821, *Migoya*; 336:1642, *Carballo de Pochat*; 343:184, *Rea*; 345:884, *González Domingo*; 347:128, *Lacave*, entre otros.

35 CSJN, Fallos: 330:563, consid. 5 y 6. Respecto a los mandatos indeterminados, ver CSJN, Fallos: 336:1642.

En definitiva, para la CSJN, la responsabilidad estatal se rige por disposiciones del derecho público y se aplican subsidiariamente disposiciones de derecho común (Uslenghi, 2015, p. 169), que pasan a integrar el plexo de principios del derecho administrativo.

4.1.3 Los presupuestos de procedencia de la responsabilidad estatal en su función resarcitoria a la luz de la Ley 26944

A partir de la sanción de la LRE, se sistematiza legalmente, de forma autónoma, la responsabilidad de funcionarios y del Estado, en general, por las consecuencias lesivas de su actividad o inactividad extracontractual.

De sus articulados surge que la responsabilidad estatal promueve una función resarcitoria, ya que persigue reparar los perjuicios provocados a un derecho o bien en la medida en que sea mensurable en dinero y se demuestren los presupuestos exigidos por la norma. Así, la responsabilidad se presenta como una garantía para el particular (Comadira y Escola, 2018, p. 16), en virtud de que pretende restablecer, *ex post*, el equilibrio por la lesión jurídica en los bienes o derechos de las personas a causa del ejercicio de las funciones públicas (Sammartino, 2021, p. 177).

En concreto, la LRE determina que la responsabilidad se considera objetiva y directa (art. 1). A su vez, establece que las normas del derecho privado no resultan aplicables ni directa ni subsidiariamente (art. 1). Con ello, se entiende que determina la aplicación de los principios generales del derecho y del derecho administrativo.

La LRE rige los supuestos de responsabilidad extracontractual; será de aplicación supletoria para la responsabilidad contractual (art. 10); y es inaplicable para los supuestos en los que el Estado intervenga en su carácter de empleador (art. 10 *in fine*).

Sobre los sujetos obligados, la normativa es amplia. Procederá cuando el Estado actúe como poder público (Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial); no obstante, aclara que la actividad judicial legítima del Estado no generará derecho a indemnización por los daños causados (art. 5 *in fine*).

Este régimen se circunscribe al ámbito nacional. Cada una de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deben regular —en su propio ordenamiento— la responsabilidad estatal, aunque pueden adherirse a lo establecido a nivel nacional (art. 11). De este modo, se reafirma el carácter local de la responsabilidad.

La LRE determina los presupuestos para que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad o inactividad ilegítima (art. 3) y por su actividad legítima (art. 4).

Los presupuestos establecidos para que proceda la responsabilidad por actividad o inactividad ilegítima continúan —en su mayoría— con los delineados por la CSJN. Estos son:

1. Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero. No se exige la actualidad, por lo que podría ser procedente el daño futuro en la medida en que sea cierto (González Elías, 2023, p. 186).
2. Imputabilidad material a un órgano estatal.
3. Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue. Esta relación causal significa que la conducta o la omisión sean idóneas para producir el daño.
4. Falta de servicio consistente en una actuación u omisión ilícita del Estado.

Respecto a la responsabilidad por inactividad (omisión), la LRE establece que será procedente únicamente cuando se verifique la inobservancia de un deber normativo expreso y determinado de actuación (art. 3 *in fine*). Con esta salvaguarda, se excluyen las obligaciones indeterminadas o generales que emanan del sistema jurídico, aunque hayan provocado un daño. Con ello, se aparta de la interpretación de la CSJN en *Mosca*.

Por estas consideraciones, la ausencia de regulación expresa de la función preventiva por la LRE plantea como interrogante si es viable su procedencia y, de serlo, cuál es el fundamento jurídico para tornarla efectiva. Sobre lo primero se entiende que el marco constitucional y convencional establece su viabilidad; sobre lo segundo, una primera aproximación podría ser la interpretación por analogía del CCCN; sin embargo, tal como se examinará, esta interpretación resulta inadecuada.

4.1.4 La falta de regulación de la Ley 26944 de la función preventiva. La inaplicabilidad de los supuestos de la responsabilidad por omisión

Tal como se observó, la LRE otorga el marco jurídico de la responsabilidad estatal; su protección recae en aquellos bienes o derechos que sean mensurados en dinero, cuestión que omite considerar supuestos en los que resulta imposible la restauración al estado anterior o su reparación en dinero. Es decir, ciertos derechos que merecen una tutela especial o particular considerando el deber de garantía y que no pueden ser satisfechos patrimonialmente (Parellada, 2014, p. 43).

Para que proceda, la LRE requiere demostrar la relación causal adecuada entre la actuación estatal determinada en la norma y el daño provocado, así como probar la configuración de la falta de servicio. Además, para los supuestos de omisión, la ley exige que el deber estatal esté impuesto normativamente de forma expresa y determinada.

De acuerdo con la redacción de la norma, es evidente que, desde una interpretación literal, los mandatos indeterminados o genéricos están excluidos. A partir de esta premisa, surge el interrogante: ¿qué ocurre con el deber estatal de respetar

y garantizar las obligaciones convencionales en materia de derechos humanos? En especial, en lo relativo a los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales,[36] la perspectiva de género, la niñez, la discapacidad, entre otros, y al deber de prevención. Estas obligaciones son determinadas pero generales; no establecen expresamente la conducta a realizar, sino que su sentido, alcance y contenido se concretan por la interpretación de los órganos de aplicación y por las medidas que adopte el Estado según el margen de apreciación nacional, atendiendo al contexto que se pretende proteger y al riesgo que se busca disipar. Por eso, de una interpretación literal de la LRE parecería que quedan omitidas y que, en consecuencia, no procedería la función preventiva de la responsabilidad estatal.

Tampoco la norma aclara cómo se aplica ni cuál es el alcance de las obligaciones emanadas de los instrumentos de derechos humanos, según la interpretación efectuada por los respectivos órganos exégetas. En particular, no se explicitan los presupuestos de procedencia para viabilizar el deber de prevención en el ordenamiento jurídico interno, como una manifestación de la función preventiva de la responsabilidad estatal.

Más aún, al ser un sistema general para la responsabilidad extracontractual del Estado sin realizar una clara distinción de los derechos afectados o de los sujetos titulares de esos derechos o de los contextos en los que se produce esa afectación, asimila a todos los supuestos por igual, sin considerar el fin de protección y control que fundamenta a la responsabilidad estatal sobre la dignidad humana y la tutela efectiva que se precisa en ciertos supuestos de vulnerabilidad. Cuestiones que, para el actual paradigma del derecho administrativo, son centrales (Balbín, 2015a, pp. 211-212; Canda, 2015, p. 6).

Específicamente, la normativa legal no considera el contexto de vulnerabilidad y las medidas de acción positiva o de regímenes especiales que se consolidan en miras a resguardar el principio de igualdad como no sometimiento (arts. 16, 19, 75 inc. 22 y 23 CN, art. 1 CADH, art. 2.2 LMC), cuestiones sustanciales para el diseño jurídico convencional, constitucional y legal. En particular, tal como señala Comadira (2021, p. 41), el derecho administrativo de la vulnerabilidad social exige dispensar una protección diferenciada a quienes, por su situación, no están en condiciones de acceder en igualdad a una tutela judicial efectiva de sus derechos.

Más aún, si se atiende a que la función preventiva administrativa, aunque se complementa con otras funciones administrativas, promueve y protege derechos fundamentales o evita su vulneración, tiene que ser específica para poder cumplir con estos cometidos. Sobre ello, Gutiérrez Colantuono (2022, pp. 5-6) expresa que esta función posee un doble vector: (1) de remover medidas reglamentarias y comportamientos que violen compromisos internacionales; y (2) de adoptar compor-

36 CSJN, Fallos: 335:452, *Quisberth*, considerando 11, voto de Petracchi.

tamientos y disposiciones que prevengan futuras afectaciones a los derechos humanos. Cuestiones que, trasladadas a la responsabilidad del Estado, merecen un mecanismo jurídico que lo encauce.

Por estas consideraciones es que se concluye que la LRE no contempla todos los supuestos de responsabilidad. Además, se entiende, tampoco podría interpretarse que esta función o bien el deber de prevención encuentra amparo en la responsabilidad por omisión (García Pullés, 2016, p. 472). Ello es así por dos cuestiones concretas. La primera, porque rige para aquellos supuestos en los que se produce un daño, es decir, resultaría tardía; la segunda, porque la restringe a supuestos normativos, específicos y determinados que se contraponen con el deber de prevención genérico en el que predomina un entendimiento más amplio, como lo es reconocer el contexto que se pretende proteger y el derecho a resguardar.

Sobre esta última afirmación, previamente la CSJN[37] entendió que, cuando se trata de cuestiones vinculadas con la omisión de cumplir con el deber de seguridad (como mandato indeterminado y genérico), se debe realizar un examen más riguroso y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a adoptar —los medios razonables que se tienen para actuar—. Por lo tanto, tampoco parecería un argumento válido para sostener que con la LRE se satisface con este criterio, porque lo que se precisa es un mecanismo preventivo y efectivo para asegurar el derecho en su integridad.

Por ello, dado que la LRE no ha regulado esta modalidad y que la exigencia de demostrar una vinculación directa e inmediata entre el daño y la inactividad estatal deja de lado aquellos supuestos en los que el daño o la lesión a los derechos podría haberse prevenido —especialmente en materia de derechos humanos—, se advierte que esta regulación no garantiza adecuadamente la función preventiva. En consecuencia, resulta necesario examinar el marco normativo aplicable para resguardar los derechos de forma integral.

4.2 La responsabilidad del Estado en su función preventiva. Su justificación y la inadecuada aplicación del CCCN

4.2.1 El tratamiento de la doctrina. La aplicación analógica del CCCN

La procedencia de la función preventiva en el ámbito de la responsabilidad del Estado ha sido respaldada desde la doctrina administrativista, anclándola —en general— en la jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Así, Tawil (2015) sostiene que el deber de prevención es exigible

37 CSJN, Fallos: *Mosca*; 333:1623, *Bea*; 343:184, *Rea*.

al Estado como principio general del derecho y derivación natural de las garantías constitucionales. Afirma que alcanza al deber de mitigación del daño, reconocido tanto en el derecho interno como en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado.

Por su lado, Salvatelli (2024, pp. 5-7) señala que el estándar de protección asociado a los mandatos preventivos, junto con la incorporación de la función preventiva en el CCCN, reconfigura la responsabilidad estatal desde una perspectiva integral del daño. Con ello, se habilitan mecanismos de responsabilidad complementarios de la reparación —aplicables antes y después de su producción—, en los que la obligación de prevenir opera como un incentivo frente a la eventual exigencia de indemnizar. Así, una visión integrada recorre todo el *iter* del daño y exige del Estado medidas distintas de la reparación —las necesidades previas a su verificación (prevención) y las posteriores (garantía de no repetición)— para una satisfacción más adecuada de los derechos en juego.

Según esta postura, aunque la LRE no establezca expresamente este tipo de función, resulta plenamente exigible al Estado el cumplimiento del deber de prevenir y de obrar con anterioridad a que se produzca el daño.

En cuanto a su cauce, la doctrina coincide en la técnica de la analogía. Tawil (2019, p. 85) interpreta que la inaplicabilidad del CCCN —prevista en la ley y en el código de fondo— excluye la aplicación directa y subsidiaria, pero no la extensión analógica, de modo que una interpretación armónica con los principios constitucionales le permite exigir al Estado el cumplimiento del deber de prevención y mitigación del daño. Sammartino (2021, p. 178) recurre igualmente a la analogía —con las respectivas modulaciones— para reforzar la tutela de los derechos fundamentales de carácter indisponible, siempre que no interfiera en los bienes tutelados por el interés público ni en la autotutela administrativa. Maqueda Fourcade (2016), por su parte, le asigna a la analogía un rol integrador e interpretativo, extensible al régimen de la responsabilidad estatal.

De acuerdo con este desarrollo, es claro que el Estado tiene un deber de prevenir daños y de mitigar o no agravar los producidos; la cuestión radica en cuál es el cauce para tornarlo efectivo.

Empero, frente a las posiciones que sostienen que la aplicación de la función preventiva es por analogía de lo dispuesto por el CCCN, o por los presupuestos establecidos para examinar la responsabilidad por omisión estatal, se observan dificultades prácticas para tornarlo efectivo. Ello así, pues los fines perseguidos entre un régimen y otro son distintos, ya sea que se piense en la omisión estatal (que provoca un daño y que activa la función resarcitoria) o en la interpretación por analogía del derecho administrativo y del derecho civil. Por estas razones, se entiende que la aplicación analógica del CCCN a la responsabilidad del Estado resulta inadecuada debido a que colisiona con la función administrativa y sus principios, como se examinará a continuación.

4.2.2 La inadecuada aplicación analógica del CCCN a la responsabilidad del Estado

Tal como se señaló, tanto el art. 1 de la LRE como el art. 1764 del CCCN excluyen lo dispuesto en el Código en materia de responsabilidad civil a la responsabilidad estatal. Con esta redacción, se ha impedido legislativamente la aplicación directa o subsidiaria de las disposiciones a la responsabilidad del Estado.

Respecto a si es viable su extensión a través de la técnica de la analogía, en primer lugar, debemos considerar cuál fue la actitud desplegada por el legislador. Ello, pues la CSJN ha enfatizado que no se puede presumir la inconsecuencia o imprevisión del legislador.[38] Desde esta perspectiva, ambas normas dan cuenta del carácter local que predomina en la responsabilidad estatal y, específicamente, el CCCN determina que este instituto se rige por disposiciones del derecho público. Por lo que, en principio desde esta hermenéutica, se deberá acudir a normas de derecho público y, en su caso, al CCCN.

Como segunda cuestión se debe atender a que la analogía es una técnica de interpretación con dos derivaciones: la analogía *legis*, que es aquella que integra la norma con lo dispuesto en otra que rige un supuesto similar; y la analogía *iuris*, que es aplicar en bloque determinadas materias a otras no reguladas. En general, ante la carencia normativa, se cubre el vacío con un principio general del derecho a través de la ponderación (Cassagne, 2018, pp. 44-45).

A su vez, se distingue la analogía de la supletoriedad o subsidiariedad. Mientras que la analogía implica la realización de un proceso previo de adaptación e integración con los principios que rigen cada materia o institución (ya que se carece de norma), la subsidiariedad —ante la falta aparente de norma— aplica otra por imperio de la ley (Cassagne, 2018, p. 44).

Por estas consideraciones parecería que la analogía (*legis*) es el método para aplicar la función preventiva a la responsabilidad estatal en virtud de que la LRE no ha contemplado esta finalidad en su régimen y, por lo tanto, existe una laguna normativa sobre ella.[39]

No obstante, si bien la integración por analogía permite innovar un sistema conservando su estructura (Atienza, 1985, pp. 223-229), para que resulte efectiva se deben considerar las particularidades de cada uno de los institutos (Balbín, 2015b, pp. 5-32). Es decir, en el supuesto de la responsabilidad estatal por función preventiva, se debería acudir primero a la CN, a los instrumentos internacionales de derechos humanos, a institutos y principios generales del derecho administrativo (en particular, lo dispuesto en el art. 1 bis de la LNPA). Luego, en el supuesto de que en este

38 CSJN, Fallos: 347:1527, *S.,I.N*, consid. 8; 344:5 *Lencina*, entre otros.

39 Sobre la posible aplicación analógica del CCCN, aunque no se expiden sobre la función preventiva,

marco jurídico no se logre integrar la norma con las modulaciones necesarias para el régimen administrativo, podrá acudirse al CCCN. Esta interpretación, a su vez, examina la finalidad perseguida por este instituto al momento de incorporarse en el CCCN para no desnaturalizarlo.

Es por esta construcción que la analogía significa un mayor poder discrecional al intérprete, es decir, quien tiene a cargo la tarea de reelaborar las reglas a aplicar al supuesto no contemplado. Así, quien interpreta se arroga el poder de decidir sobre cómo integra la norma. En el ámbito del derecho administrativo, en general, y de la responsabilidad del Estado, en particular, sería dotar de mayor potestad al Poder Judicial para interpretar la ley y aplicarla (Balbín, 2015a, p. 332).

A esta potestad interpretativa se adiciona que la regulación establecida por el CCCN sobre la función preventiva de la responsabilidad y la acción preventiva que es su cauce procesal consolidan un rol judicial más activo (Peyrano, 2016c, p. 35).

Es decir, si bien en términos teóricos y prácticos podría aplicarse analógicamente el CCCN, para el caso de la función preventiva es inadecuado, en virtud de que en el derecho administrativo es insoslayable la actuación de la Administración para garantizar el interés general, mientras que el código enaltece la actividad judicial a través de su cauce procesal.

En efecto, en el ámbito del derecho administrativo rige el principio de autotutela administrativa a diferencia del derecho privado que se basa en la heterotutela.[40] Es decir, la Administración cuenta con plena potestad para intervenir y decidir por sí misma respecto de los asuntos que le conciernen por el propio régimen de exorbitancia.

Por otro lado, en la medida en que la regulación del CCCN centraliza la protección en el derecho en juego y para ello se dota al Poder Judicial de amplias facultades, en el derecho administrativo uno de sus principios es privilegiar el interés público por sobre el interés privado. Aquí, entonces, la actividad judicial deberá ejercerse con los recaudos pertinentes para evitar afectar la actividad administrativa.

Así, aunque el CCCN sujete la tutela judicial inhibitoria al principio de razonabilidad —la medida menos restrictiva por el medio más idóneo—, en el derecho administrativo debe atenderse a las prerrogativas estatales y al fin público que persigue la responsabilidad estatal, cuyo nuevo enfoque es también la protección integral de los derechos.

Más aún, el CCCN es claro al determinar que las medidas pueden ser ordenadas a requerimiento de parte o de oficio a criterio jurisdiccional; sin embargo, en el supuesto estatal habría que atender al sistema de medidas cautelares contra el Estado a fin de realizar la modulación que corresponda atendiendo al derecho que

cfr. Monti (como se citó en Ávila, 2015, p. 3) y Cassagne (2014).

40 Ver apartado 6.

se pretende proteger y resolver si tiene que haber un informe previo (art. 4 LMC); o es innecesario por los derechos involucrados (art. 4.3 LMC); o es un proceso excluido (art. 19 LMC).

Ello se complementa con que el deber de prevención es un mandato determinado, pero general, por lo que habría que identificar el alcance del control judicial en el sentido de si es un supuesto de actividad reglada o de una actividad discrecional, o bien si es un concepto jurídico indeterminado, y, en esa línea, contemplar si, a partir de estas nociones, pierde entidad la intervención judicial en los términos del CCCN, que impulsa un amplio protagonismo judicial para examinar el contexto, el derecho y la medida a adoptar.

A partir de ese razonamiento, existe el riesgo de que se desnaturalice la función preventiva de la responsabilidad estatal, especialmente si se la analiza en relación con los límites que posee el control judicial frente a la discrecionalidad administrativa. En este sentido, una interpretación extensiva de la analogía podría entrar en colisión con el respeto al principio republicano de separación de poderes y con la autonomía funcional de la Administración (art. 1 CN).

Otra cuestión a atender es la amplitud en la legitimación. El CCCN establece que la acción preventiva podrá ser interpuesta por cualquier persona que demuestre un interés razonable en la prevención del daño. Si bien con la modificación de la LNPA, y su reglamento, se amplió esta noción, la realidad es que la LRE es clara y concreta al exigir que, quien invoca el daño —sujeto damnificado en su interés jurídicamente protegido— debe acreditarlo (art. 3.a y 4.a) además de demostrar que el daño es cierto (art. 3.a) o cierto y actual (art. 4.a). Por eso, su ampliación a la faz administrativa resulta inadecuada.

Un último aspecto a señalar se vincula con el factor de atribución. El CCCN expresamente determina que no será exigible para la función preventiva, ya que este instituto pretende resguardar el derecho; por su parte, en el régimen de la responsabilidad estatal es insoslayable la aplicación de la falta de servicio (tal como lo establecen la LRE y la CSJN).

A partir de estos argumentos, se entiende que los requisitos descriptos en el CCCN deberían ser modulados a la luz de los principios del derecho administrativo más el encuadre constitucional y convencional, lo que, además, podría resquebrajar la finalidad perseguida en el Código de fondo cuando le otorga una preeminencia al rol judicial al ordenar la tutela inhibitoria de la acción preventiva y establecer la conducta a realizar de dar, hacer, no hacer.

Por esta razón es que la aplicación por analogía de la regulación contenida en el CCCN a la responsabilidad del Estado, en lo que hace a la función preventiva, resulta ineficaz para el derecho administrativo y, por lo tanto, se la entiende como inadecuada.

Frente a esta determinación, en virtud de que el cambio de paradigma jurídico

impuesto por el reconocimiento operativo de derechos fundamentales, de los principios del derecho que rigen en el derecho administrativo y de las obligaciones que el Estado debe resguardar, es ineludible contemplar a la función preventiva de la responsabilidad como un mecanismo eficaz para garantizar los estándares internacionales en materia de deber de prevención.

4.3 La necesidad de regular la función preventiva de la responsabilidad estatal. El fundamento convencional

4.3.1 El estándar del deber de prevención del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La justificación de la función preventiva por el control de convencionalidad

De acuerdo con los estándares del Sistema Interamericano, el deber de garantía no implica una responsabilidad ilimitada del Estado en el sentido de que frente a cualquier violación por parte de particulares se deba responder. Para que proceda, la Corte IDH reconoce que es una obligación de medios o de comportamiento, vinculado con el derecho que se pretende garantizar, y la conducta desplegada por las autoridades gubernamentales para que sea efectivo. En efecto, la Corte IDH robustece la obligación estatal al reconocer una protección especial cuando se afectan derechos cuya vulneración menoscaba el principio de igualdad y no discriminación (art. 1.1 CADH), exigiendo una debida diligencia reforzada.[41]

Esta misma pauta es replicada en el deber de prevención. Esto significa que existe un deber genérico de adoptar estrategias de toda índole, por todas las autoridades gubernamentales, para prevenir las violaciones o restricciones a los derechos humanos. Para cumplir cabalmente con este cometido, la labor estatal debe considerar el derecho a proteger, la situación de la persona y, además, debe ser diligente para adoptar medidas razonables que eviten la concreción del riesgo.

Ahora bien, para que exista un incumplimiento al deber de prevención pasible de generar responsabilidad internacional, la Corte IDH contempla la situación estatal sobre el conocimiento del riesgo y qué medidas adoptó en consecuencia. El estándar que aplica en este supuesto se robustece; para ello, evalúa: (1) cuál es el riesgo conocido por el Estado; (2) si el conocimiento estatal es cierto e inmediato; (3) si ha adoptado medidas de manera razonable.[42] A su vez, en el supuesto de que

41 Se alude, entre otros, al derecho de las mujeres y de las personas LGBTIQ+ a vivir una vida libre de violencias, a los derechos de la niñez, de las personas migrantes, de las comunidades originarias, por su especial protección de acuerdo con el art. 1.1 de la CADH. Sobre vulnerabilidad, ver 100 Reglas de Brasilia (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008) y CSJN, Ac. 5/2009.

42 La Corte IDH entendió que "dicha verificación deberá tomar en consideración la posible situación

se trate de agentes no estatales observa cómo actuaron las autoridades estatales a partir de las circunstancias en las que se despliega y el grado de concreción del deber de prevención.

Asimismo, vinculado con el riesgo, la Corte IDH entendió que también el Estado es pasible de ser responsabilizado cuando posee un conocimiento sobre una "situación de contexto de riesgo". Este criterio exige también la respuesta estatal adecuada y oportuna para evitar que se concrete la violación de los derechos humanos. Para ello, la Corte IDH manda al Estado a evaluar si un acto determinado puede constituirse en un riesgo y, en consecuencia, debe activarse la respuesta estatal. Este criterio se vincula con la sospecha o indicios de una situación de peligro.

De los lineamientos de la Corte IDH se deduce un doble estándar. Un deber de prevención general, que abarca a la totalidad de los derechos y exige adoptar medidas generales para evitar su vulneración, y uno reforzado, que tiende a evitar el riesgo conocido por las autoridades estatales cuando se afectan derechos de grupos que merecen especial tutela (mujeres, niños, niñas y adolescentes, personas adultas mayores, miembros de comunidades originarias), históricamente discriminados y expuestos a un peligro individualizado por un contexto generalizado de afectación,[43] o cuando existe una peligrosidad potencial sobre un derecho protegido por la CADH.

En efecto, la Corte IDH expresa que, si bien la obligación de prevenir no debe producir una carga desproporcionada o imposible[44] de cumplir por parte del Estado, las autoridades tienen la carga de proteger los derechos humanos de forma integral a través de una tutela efectiva.

Por lo demás, frente a la vulneración del deber de prevención, el Estado deberá reparar y, en su caso, disponer medidas de no repetición, de las que surge —a nivel interno— un deber de prevenir expreso y determinado (Steiner y Fuchs, 2019, p. 13).

A la luz del desarrollo propuesto, dada la entidad y relevancia de este estándar —que les exige a las autoridades estatales una debida diligencia reforzada para adoptar medidas razonables y necesarias para evitar la vulneración de derechos, cuando conozcan de una situación de riesgo—, justifica la función preventiva de la responsabilidad estatal y le brinda sustento jurídico.

Cabe destacar que este deber no se dirige solo al legislador. Por el control de convencionalidad —construido por la Corte IDH a partir de los arts. 1.1, 2 y 29,

---

de especial vulnerabilidad, la causa de muerte y el correspondiente nexo causal entre estos", en *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, Costas. 8 de octubre de 2015, § 265.

43 Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero")*, § 280. Asimismo, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, Costas, 25 de noviembre de 2006, § 123; *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. 27 de noviembre de 2008, § 78.

44 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, § 155.

CADH (*Almonacid Arellano vs. Chile*; Gelman vs. Uruguay[45])—, todas las autoridades estatales, incluida la Administración, deben adecuar sus normas, actos e institutos a la CADH, según el margen de apreciación nacional (Alderete, 2024). De allí que no baste con sancionar leyes; las medidas internas dispuestas para cumplir los fines de la CADH (art. 2) deben ser efectivas.[46]

En esa línea, la Corte IDH distingue la responsabilidad directa —por el obrar de la autoridad estatal[47]—, de la indirecta —por conductas de particulares cuando se afectó la debida diligencia de prevenir— (Fernández Valle, 2020, pp. 297-332). Lo que exige dilucidar si la afectación se produjo por apoyo o tolerancia del poder público o en defecto de toda prevención (Silva Abott, 2016).

En definitiva, es a partir del marco constitucional y convencional de derechos que se configura el fundamento y el cauce jurídico para la responsabilidad del Estado en su función preventiva como garantía efectiva de protección de los derechos.

4.3.2 La justificación de la responsabilidad estatal en su función preventiva desde la visión constitucional y convencional

Con la incorporación de normas internacionales al derecho interno, se configura un nuevo presupuesto de responsabilidad. Así, junto a la perspectiva del daño y su resarcimiento, se reconoce el deber de prevención y su función preventiva como derivación del deber de garantía. Ello le impone al Estado un rol activo —abstenerse de lesionar los derechos y, además, adoptar acciones positivas para su ejercicio—, reforzado cuando están en juego determinados derechos o contextos de vulnerabilidad.

En definitiva, el deber de prevención de raíz convencional —vinculante para todos los órganos del Estado por vía del control de convencionalidad— constituye el fundamento de la función preventiva de la responsabilidad estatal. Su reconocimiento en el ordenamiento interno no depende, pues, de la analogía descartada, sino de un mandato constitucional y convencional.

---

45 En esa misma línea: Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010.

46 La Corte IDH, advierte que "… si bien es imprescindible contar con medidas legislativas, por sí sola resulta insuficiente, si no resulta eficaz para el pleno y libre ejercicio de derechos humanos", Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, § 170.

47 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, § 169.

5. Tercera. El derecho judicial sobre la función preventiva y el deber de prevención. Estándares de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

5.1 La función preventiva y el deber de prevención a la luz de los estándares de la CSJN

De los precedentes de la CSJN sistematizados, se advierte una consolidada jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado en su función resarcitoria;[48] no así sobre la función preventiva.

En los casos relativos a la responsabilidad estatal por omisión, el máximo tribunal consolidó como único factor de atribución a la falta de servicio, requisito necesario para que surja la obligación de indemnizar por los daños ocasionados.

En algunos supuestos, además de la indemnización, se ha advertido sobre la necesidad de ejecutar medidas concretas para evitar que el daño continúe. A partir de estos casos, es posible indagar si la responsabilidad estatal persigue otros fines alternativos a la resarcitoria (patrimonial) y, por lo tanto, considerar qué pautas resultan aplicables para que esta resulte procedente.

A continuación, se reconstruyen los lineamientos de la CSJN sobre el deber de prevención y la función preventiva, según los criterios de objeto, alcance y fundamento, para justificar la procedencia de la responsabilidad estatal en su función preventiva.

5.1.1 La función preventiva y el deber de prevención. El objeto de prevención según el derecho a proteger

En lo concerniente a la responsabilidad del Estado, según los casos analizados, la CSJN vinculó la obligación de prevenir con el principio de legalidad[49] y el incumplimiento al "deber de seguridad" o el "de control". En estos casos, además de analizar el reclamo por daños y perjuicios, el máximo tribunal examina cuál ha sido la conducta reprochada como omitida por parte del Estado y sus consecuencias —si es que resulta procedente—.

Los supuestos del deber de seguridad son analizados en la diligencia con la que actúan los agentes policiales para evitar daños, o en la posición de garante que cum-

48 Cabe advertir que, dado el período bajo examen, la CSJN, al conceptualizar los presupuestos de la responsabilidad del Estado, remite a sus propios precedentes sin acudir a lo establecido en la LRE. Se destaca que en un solo caso la PGN observó que la LRE recepta los presupuestos construidos por la CSJN para la procedencia de la responsabilidad, cfr. dictamen de Fallos: 347:1827, *Domecq*, acápite III.

49 CSJN, Fallos: 345:884, *Gónzalez*, consid. 7 del voto de Rosatti.

plen cuando la persona está privada de libertad.[50] También analizó la conducta de las autoridades gubernamentales para advertir sobre un potencial riesgo en el uso recreativo de un río, su intervención —por negligencia— en la propagación de un incendio; o en cómo ejercen la potestad regulatoria cuando autorizan la realización de actividades riesgosas.[51]

Respecto al derecho al medioambiente, la CSJN examina el principio de prevención para efectivizar la obligación prioritaria e integral de prevenir efectos negativos sobre el ambiente por parte del Estado (art. 4 LGA, art. 41 CN), y para garantizar otros derechos, tales como la salud y la calidad de vida de las generaciones futuras. Por esta tutela también interpreta el límite para restringir derechos, tales como la propiedad.

Los supuestos estudiados versan sobre la prevención de incendios forestales; el control de la autorización de obras de construcción de centrales térmicas o de acueductos; y actividades mineras o petroleras.[52] Concretamente, se requirieron medidas cautelares para evitar el deterioro ambiental y promover el uso de recursos hídricos, o para que se dejen sin efecto las disposiciones administrativas que autorizaron el desmonte.[53]

También se ha incluido un caso en el que la CSJN ponderó el derecho a la propiedad (art. 17 CN) con el poder de policía para preservar el medioambiente.[54]

En términos procesales, el máximo tribunal ha resuelto supuestos de conflicto de competencia, para proteger especies en riesgo de extinción, fluctuaciones de ríos o por disposición de agroquímicos.[55] En estos supuestos, la CSJN reitera que se trata de una cuestión local —a excepción de que sus efectos sean interjurisdiccionales y allí será federal—, es decir que la competencia le corresponde a cada provincia.

Respecto al dictado de medidas preventivas, la CSJN resolvió un caso que involucra los derechos a la intimidad y a la libertad de expresión, y otro por daños y perjuicios en donde los actores requirieron este tipo de medida. Cabe aclarar que en

---

50 CSJN, Fallos: 347:128, *Lacave*, consid. 5 (evitar daños); Fallos: 346:326, *Rodríguez, Sabrina*, consid. 7 (privada de libertad).

51 CSJN, Fallos: 345:884, *González*, consid. 5 (riesgo de río); Fallos: 345:1025, *Ceballos*, consid. 2 (incendio); Fallos: 341:1287, *Víctor*, acápite III, Dictamen de la PGN al que remite la CSJN por mayoría (actividad riesgosa).

52 CSJN, Fallos: 343:726, *Equística*, consid. 4 (incendios); Fallos: 343:1859, *Juvevir*, acápite IV del Dictamen de la PGN al que la CSJN remite (centrales térmicas); 346:1108, *De Aguirre*, consid. 4. (acueductos); Fallos: 339:142, *Cruz, Felipa*, consid. 4 (mineras); Fallos: 344:174, *Saavedra*, consid. 27 (petroleras).

53 CSJN, *Río Negro, Provincia de c/ Estado Nacional y otros s/ acción ambiental preventiva*, CSJ 2317/2019, 23 de febrero de 2023; CSJN, Fallos: 342:1203, *Majul*, consid. 7 (recursos hídricos); Fallos: 340:1193, *Mamani* (desmonte).

54 CSJN, Fallos: 347:18, *Mercau*, consid. 7.

55 CSJN, Fallos: 346:1272, *Greenpeace*, acápite II, Dictamen de la PGN al que la CSJN remite (especies en extinción); Fallos: 345:1085, *Corrado Soto*, acápite II, Dictamen de la PGN al que la CSJN remite (agroquímicos).

este último caso la CSJN se declaró incompetente, pero concedió una medida cautelar innovativa para garantizar el derecho a la salud de la parte.[56]

Por último, la CSJN advirtió sobre la necesidad de cumplir con los estándares de género e interpretó la debida diligencia reforzada para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres. En particular, los casos involucran cuestiones vinculadas con el deber de establecer procedimientos eficaces de investigación de los delitos y estándares concretos para la amplitud de la valoración probatoria.[57] Por otro lado, señaló que esta obligación justifica la imposición de sanciones administrativas a magistrados.[58]

5.1.2 La función preventiva y el deber de prevención. El alcance de la prevención y las medidas razonables

Sobre el alcance de la responsabilidad del Estado por omisión, el máximo tribunal es conteste en advertir que resulta irrazonable que el Estado responda por cualquier hecho que provoque una afectación a un bien o derecho. En esa misma línea, señaló que tampoco en caso de ocurrir algún daño habilite por sí a presumir que medió una omisión culposa —por parte del Estado— en materializar el deber que indica la norma.[59]

Con este encuadre, la responsabilidad por omisión procede cuando existe un deber legal que impone como conducta obstar un evento lesivo —o ejecutar una conducta determinada— y, de forma directa, los órganos o dependencias estatales incurran en una falta de servicio.[60]

Este deber obliga a dictar las medidas adecuadas, justificadas y oportunas para evitar que se materialice el daño o su reiteración.[61] Esto significa que la conducta tiene que ser diligente y previsible para responder a las circunstancias de tiempo, modo y lugar,[62] cuestiones que también son incorporadas como pautas al responsabilizar.

---

56 CSJN, Fallos: 345:482, *Denegri*, consid. 12 (libertad de expresión); Fallos: 341:1854, *Olivo*, consid. 10 (salud).

57 CSJN, Fallos: 345:98, *Martel*, consid. 5 (eficacia en la investigación); Fallos: 347:414, *Miño*, acápite V del dictamen de la PGN al que la CSJN remite (valoración sobre retractación); Fallos: 342:1827, *CER*, acápite V del dictamen de la PGN al que la CSJN remite, (valoración sobre declaración de la víctima). En otros precedentes, el tribunal analizó el contexto de vulnerabilidad: Fallos: 343:264, *CJC*; Falos: 342:411, *García*.

58 CSJN, Fallos: 348:61, *Piumato*, consid. 4; Fallos: 347:520, *Rizzi*, punto VII.

59 CSJN, Fallos; 347:128, *Lacave*, consid. 14.

60 CSJN, Fallos: 345:1025, *Ceballos*, consid. 6; Fallos: 345:884, *González*, consid. 6; Fallos: 346:326, *Rodríguez, Sabrina*, consid. 7.

61 CSJN, Fallos: 345:884, *Gonzalez*, consid. 6; Fallos; 347:128, *Lacave*, consid. 9.

62 CSJN, Fallos: 341:1287, *Victor*, acápite III del dictamen de la PGN al que la CSJN remite.

Este examen, verificado judicialmente, tiene que considerar el deber establecido en la norma y el conocimiento por parte de las autoridades estatales de los riesgos o peligros existentes para lograr así advertirle al público en general o bien reconocer las circunstancias naturales que exigen actuar en tiempo oportuno para prevenir daños.

En este punto, cobra centralidad el grado de previsibilidad del riesgo para ponderar la responsabilidad. Sobre ello, el juez Rosatti distingue entre lo "esperado" —aquello previsible según el curso natural de las cosas, donde la responsabilidad es inexorable—, lo "esperable" —presumible, donde cobra relevancia la prevención y la responsabilidad es verosímil— y lo "inesperado" —donde solo excepcionalmente responde el Estado—.[63]

En suma, de acuerdo con lo descripto, el examen en torno a las medidas atenderá si fueron oportunas y razonables para evitar que se produzca un daño, su reiteración en otra oportunidad o su agravamiento por no actuar debidamente.

Respecto al alcance del principio de prevención, la CSJN recurre al marco constitucional, convencional y legal, dando cuenta de la necesidad de contemplar el impacto que posee el daño o la afectación para el momento actual y las consecuencias futuras.

Se observa, en estos casos, que el examen del máximo tribunal se centra en considerar cuál es el riesgo o peligro y qué medidas fueron adoptadas para cumplir con el fin perseguido. Así, analiza si las medidas fueron eficaces, adecuadas y conducentes[64] para revertir el daño e impedir que se degrade el medioambiente. Este examen es estricto porque la afectación podría resultar severa e irreversible[65] para el derecho que se pretende proteger.

Ello también impactará en la valoración de la prueba. Así, la CSJN ha requerido un balance provisorio entre el daño grave e irreversible y el costo de acreditar el cumplimiento de las medidas solicitadas para valorar la medida ajustada a evitar el daño.[66]

A su vez, el alto tribunal resalta que este examen es efectuado por el Poder Judicial, que debe interpretar las reglas procesales con un criterio amplio para tutelar el derecho y hacer prevalecer el principio *pro natura*, es decir, debe ser más que un mero juez espectador.[67]

Por otro lado, dada la preeminencia que posee el principio de prevención, el tribunal enfatiza en que el incumplimiento del procedimiento previsto en la LGA o en normas especiales, vinculado especialmente con la realización de la evaluación de

63 CSJN, Fallos: 345:884, *Gonzalez*, consid. 10 voto de Rosatti.

64 CSJN, Fallos: 343:726, *Equistica*, consid. 7/8 (eficaz); Fallos: 339:142, *Cruz Felipa* (adecuada), consid. 6; *Río Negro*, consid. 6 (conducente).

65 CSJN, Fallos: 343:1849, *Juvevir*, acápite III dictamen de la PGN al que la CSJN remite.

66 CSJN, Fallos: 339:142, *Cruz Felipa*, consid. 6.

67 CSJN, Fallos: 347:18, *Mercau*, consid. 10; Fallos: 342:1203, *Majul*, consid. 10.

impacto ambiental o de audiencia previa,[68] conlleva la nulidad del acto administrativo dictado (ya sea en aquellos supuestos en los que se autorizó la ejecución de una obra hidráulica o una actividad minera o petrolera).

Asimismo, en el supuesto de presentarse una irregularidad en la realización de la evaluación de impacto ambiental, el acto carece de validez por afectarse el elemento de la motivación.[69]

En lo que se refiere a actos de violencia y discriminación, la CSJN señaló que ejercer violencia con motivo de género en el ámbito laboral o resolver casos sin perspectiva de género, por aplicar estereotipos de género o revictimizar a la parte, es causal de sanción administrativa por afectar las obligaciones internacionales que protegen el derecho a vivir una vida libre de violencia.[70] Esta interpretación es un mecanismo para evitar que la violencia y discriminación se perpetúe.

Asimismo, el máximo tribunal entendió que se debe garantizar el acceso a la justicia a través de la adopción de medidas diligentes que consideren las experiencias y el contexto de especial situación para lograr revertir y prevenir la violencia contra la mujer. [71]

Para abordar el alcance en estos casos se remitió, en general, a los parámetros y estándares internacionales de protección de los derechos de las mujeres. El examen aquí es también estricto, por la debida diligencia reforzada.

Cuando se trata de medidas preventivas, la CSJN analiza el carácter del daño y su persistencia en el tiempo. De esta manera, cuando se trata de la libertad de expresión, se debe verificar qué información se pretende suprimir, qué derechos se encuentran en juego y qué implicancias posee esta supresión para el ejercicio democrático. Es decir, se debe realizar un examen de razonabilidad estricto que proteja la libertad de expresión por su excepcionalidad.

Por su parte, en el caso *Olivo* de responsabilidad estatal se solicitó, como tutela preventiva de daños, una medida cautelar innovativa para que se le imponga a la demandada el pago del equipamiento ortopédico de ayuda motriz consistente en una silla de ruedas. En particular, en este caso, sin perjuicio de que la CSJN se declaró incompetente para entender, resolvió conceder la medida cautelar innovativa. Al decidir de esta forma destacó que las medidas cautelares innovativas deben ser resueltas con mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión, pues configuran un anticipo de jurisdicción favorable. A su vez, referenció que, para ser concedidas, el tribunal debe examinar su finalidad, que es evitar la producción

68 CSJN, Fallos: 340_1193, *Mamani*, consid. 7 y 9.

69 CSJN, Fallos: 346:1108, *De Aguirre*, consid. 6.

70 CSJN, Fallos: 348:61, *Piumato*, consid. 8 (ámbito laboral); Fallos: 347:520, *Rizzi*, VII (perspectiva).

71 CSJN, Fallos: 342:1827, *CER*, acápite V/VI del dictamen de la PGN al que remite la CSJN; Fallos: 345:98, *Martel*, consid. 10.

de perjuicios, y la dificultosa o imposible reparación ulterior en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva en caso de inactividad del Poder Judicial.

En suma, se colige que, cuando se trata de analizar el alcance sobre las medidas preventivas, se deberá examinar el derecho a proteger (libertad de expresión, intimidad, salud), el riesgo que se pretende evitar o la continuidad de los hechos que le afectan y, a través de la ponderación de ambos, adoptar las medidas que resulten razonables para garantizar el libre ejercicio de ese derecho.[72]

5.1.3 La función preventiva y el deber de prevención. El fundamento de la prevención y la debida diligencia

A partir de los casos analizados, se observa que la CSJN no ha conceptualizado la función preventiva ni el deber de prevención; su fundamento surge del deber de promover y garantizar el ejercicio pleno de los derechos y de las obligaciones de seguridad, control o protección, cuyo incumplimiento ha justificado responsabilizar al Estado.

En concreto, la CSJN señala que la omisión es la generadora de los daños, por lo tanto, justifica que se adopten medidas con el fin de revertir esa situación de riesgo o eviten nuevos hechos gravosos. Para ello, se valora si hay una obligación específica que determina concretamente la conducta a seguir y los efectos reiterantes que podrían generar esos daños. Esto último, se entiende, es el elemento característico de la prevención, por ser la repetición del acto lo que afecte a nuevos sujetos e impone la necesidad de actuar de forma diligente.

Cuando se trata de responsabilizar al Estado, la CSJN analiza si se ha incurrido en una falta de servicio. Conforme inveterada jurisprudencia, esta es la obligación de prestar un servicio, de forma adecuada, para cumplir el fin por el cual ha sido establecido y, por lo tanto, frente a su incumplimiento o ejecución irregular será responsable por los perjuicios.[73]

En lo que se refiere a estándares de género, la CSJN reconoce el deber reforzado para prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos de las mujeres y el carácter obligatorio de incorporar la perspectiva de género. Ello fue así resuelto en el caso *Martel*, en cuanto fundamentó que la investigación debe necesariamente efectuarse con perspectiva de género para garantizar el acceso a la justicia; mientras que en el caso *Miño* invocó que incorporar esta perspectiva implica también atender al contexto en el cual se desarrolla la conducta de las mujeres, esto es, si se produce bajo coacción o amenazas, es decir, en un contexto de violencia que impacta en la decisión. Reconocer el contexto de violencia y los estándares de género resulta obliga-

72 CSJN, Fallos: 345:482, *Denegri*, consid. 12.

73 CSJN, Fallos: 346:326, *Rodríguez Sabrina*, consid. 7.

torio para nuestro ordenamiento jurídico en tanto son obligaciones convencionales que surgen de la Convención de Belém do Pará y de la CEDAW.

Por otro lado, al examinar la protección al medioambiente, la CSJN desarrolló criterios a atender cuando existe una confrontación de derechos. En estos supuestos, el análisis propuesto se fundamenta en la ponderación de los derechos para deducir qué medida resulta eficaz y adecuada para prevenir el daño. Un ejemplo de este tenor es el supuesto dado en el caso *Mercau*, en el que se analizan los límites del ejercicio del poder de policía de protección al ambiente cuando se restringe el ejercicio del derecho a la propiedad. Así, se indicó que las medidas restrictivas del derecho a la propiedad tienen por límite evitar desnaturalizar el derecho impidiendo su ejercicio. Es decir, se debe actuar con suma prudencia en la ponderación del interés privado y del colectivo. Esto significa que se resguarden las garantías de los particulares.

A su vez, el tribunal fundamentó la intervención judicial para prevenir daños irreversibles, dando cuenta de que se deben evitar los daños futuros. Así, determinó que la eficacia de las medidas para tutelar los derechos o suplir las omisiones que los han lesionado tiene que ser examinada por el Poder Judicial, sin menoscabar las atribuciones de los demás poderes del Estado y sin que con esta actuación se entienda que existe una intromisión indebida.[74]

Esta forma de intervención se observa en el caso *Juvevir*,[75] que versa sobre una acción preventiva colectiva para que se ordene cesar con las obras de construcción de una central eléctrica hasta tanto se diseñe un sistema sustentable. En este caso, se resaltó el carácter transindividual y social del ambiente que exige la debida actuación para su protección por parte del Poder Judicial.

Similar fundamento expresó el máximo tribunal al resolver el caso *Equística*, en el que se ordenó como medida cautelar la creación de un comité de emergencia ambiental que tenga por objeto tratar los focos de incendios en el Delta; además ese comité debía adoptar las medidas eficaces para la prevención, el control y la cesación de los incendios irregulares. En este caso, se reconoce que el rol del Poder Judicial es fortalecer las labores de fiscalización del Estado en el ejercicio efectivo del poder de policía ambiental.

Por otro lado, la CSJN compatibilizó el derecho a la libertad de expresión con el derecho a la intimidad. En el caso *Denegri* entendió que excepcionalmente podría admitirse un bloqueo de los motores de búsqueda —y, por lo tanto, una restricción a la libertad de expresión—, con carácter preventivo, si se acredita que la ilicitud del contenido y el daño sufrido continúan generándose una vez producido. De allí que la forma más razonable de actuar sea mediante la prevención y el dictado de una tutela que persiga estos fines.

---

74 CSJN, Fallos: *Río Negro*, consid. 6 y 7.

75 CSJN, Fallos: 343:1859, *Juvevir*.

En este caso, la CSJN mantiene la preponderancia de la libertad de expresión para el ejercicio democrático de una sociedad y admite la responsabilidad ulterior del daño ya acreditado; esto es, cuando continúa la afectación de derechos constitucionales tras haberse declarado su contenido como dañoso, el inicio de un nuevo reclamo reparatorio resultaría absurdo.

Así, entendió que, eventualmente, se podría admitir la supresión o bloqueo de contenidos perjudiciales con el fin de evitar o prevenir daños similares futuros. Para ello, se entiende que la tutela preventiva a disponerse tendrá que considerar el derecho lesionado a nivel particular con el derecho colectivo o de dimensión social a proteger, como, en este caso, el derecho a la libertad de expresión.[76]

En concreto, el fundamento de la protección preventiva procede con la mera amenaza causalmente previsible del bien jurídico tutelado.

En definitiva, la debida diligencia para prevenir las lesiones a los derechos contempla un examen de la actuación estatal y de la razonabilidad de las medidas para garantizar los derechos. Este examen debe ser efectuado con suma prudencia, además de exigir debida diligencia para resguardar el derecho.

5.2 Conclusiones. Los presupuestos para fundamentar la función preventiva

De los precedentes examinados se infiere que, si bien la CSJN no ha vinculado de forma directa la función preventiva con la responsabilidad del Estado, el alcance otorgado a la reparación permite sostener que admite un fin alternativo al resarcitorio. En varios casos ordenó adoptar medidas con fines preventivos para evitar nuevos hechos dañosos o el agravamiento del daño (Salvatelli, 2024, p. 24), aunque sin encuadrar su decisión en el marco del CCCN.

De acuerdo con los criterios propuestos, el "objeto" se vincula con los derechos de sujetos o grupos históricamente desaventajados, o cuando se afectan derechos de incidencia colectiva —medioambiente— o un derecho que posee una dimensión social —libertad de expresión—. En estos supuestos, la CSJN examina la situación de la persona involucrada y el derecho en riesgo, modulando los presupuestos exigidos por la norma e incorporando estándares convencionales, de género y de vulnerabilidad.

Respecto al "alcance" del deber de prevención, si bien realiza una interpretación literal de la norma, interpreta cuál es la finalidad que persigue. Lo relevante es evitar que se produzcan nuevos hechos dañosos, a través de medidas sustanciales y razonables para prevenirlo que no necesariamente estén incluidas en la disposición normativa.

Un supuesto de este tenor se observa en los casos vinculados con violencia de

76 CSJN, Fallos: 345:482, *Denegri*, consid. 12. En particular, la remisión a Fallos: 337:1174.

género, discriminación y desigualdad, en los que la CSJN obliga a resolver con perspectiva de género, aplicando estándares convencionales, constitucionales y legales que imponen la debida diligencia reforzada en la prevención, investigación y sanción. En efecto, estos casos exigen que —al momento de examinar un caso— se consideren las experiencias de las mujeres y se evite aplicar estereotipos de género que podrían afectar el curso de la investigación y, con ello, justificar una sanción administrativa. Es decir, se obliga a resolver atendiendo a los estándares de género y, así, a incorporar estos estándares para prevenir violaciones adoptando medidas robustas para cumplirlos.

En materia ambiental, le otorgó similar entidad a la protección de este derecho para la vida y salud de las personas, por lo que se obliga a adoptar medidas efectivas, eficaces, idóneas y razonables para evitar graves perjuicios irreversibles. El tribunal repara en las consecuencias del daño y la necesidad de actuar de forma diligente, previa y razonable (conducta que, si es omitida, podría afectar la validez del acto). Por eso, entiende que las medidas adoptadas dan respuesta a las circunstancias en concreto, evaluadas según el grado de afectación y la previsión con la que hay que actuar.

Una valoración parecida efectúa cuando se involucran derechos que poseen una dimensión social que, dada su envergadura, la restricción a su ejercicio es excepcional. En estos supuestos, tras ponderar el daño y su eventual reiteración en el tiempo, se debe otorgar una tutela preventiva que actúe de forma debida, diligente, oportuna y adecuada a evitar o morigerar el daño del que se trate.

Ahora bien, el control de razonabilidad de las medidas ordenadas para resguardar el deber de prevención y el contexto de protección queda a cargo del Poder Judicial, como órgano competente para indagar si la conducta reputada ilegítima incumple un deber legal de obstar un evento lesivo o para ponderar entre dos derechos. Esta labor debe ser estricta y adecuada a los fines perseguidos.

Vinculado con el "fundamento", considera la existencia de las disposiciones constitucionales, convencionales y legales de protección para evitar que se concrete la afectación y asegurar la finalidad de la prevención.

En definitiva, de acuerdo con los precedentes, el examen a realizar se concentra en el riesgo a evitar, el derecho a proteger y las medidas que deben adoptarse en consecuencia. El examen será riguroso, pretendiendo una medida razonable y adecuada para proteger el derecho, de acuerdo con las particularidades del caso y el régimen constitucional, convencional y legal de protección. Bajo ese criterio, y aunque el máximo tribunal no lo haya afirmado, se entiende que podría exigirse de forma directa al Estado actuar con fines preventivos.

Cabe advertir que, durante el período examinado, el tribunal no acudió a las disposiciones de la LRE, pues los hechos son anteriores; ello, sin embargo, no permite sostener que descarte la incorporación de una función alternativa de la responsabilidad estatal.

En suma, de lo examinado por la CSJN, es dable inferir que el cauce del deber de prevención es la función preventiva bajo el régimen constitucional y convencional, además de legal, para lograr así efectivizar la tutela del derecho. Con este marco, se fundamenta que la responsabilidad estatal persigue fines alternativos a la resarcitoria.

En lo que sigue, se indagará, a diferencia de la construcción de la CSJN, cuál será el encauce jurídico para lograr canalizar la función preventiva en la responsabilidad estatal.

6. Cuarta. La función preventiva de la responsabilidad estatal. La autotutela preventiva

6.1 El deber de prevención a la luz de los estándares del Sistema Interamericano. El control de razonabilidad de las medidas adoptadas

La Corte IDH —a través de la interpretación del *corpus juris* internacional de derechos humanos— ha brindado herramientas para conceptualizar el deber de prevención y delinear las obligaciones que los Estados partes deben incorporar en su ordenamiento jurídico interno.

De acuerdo con sus precedentes, el tribunal reconoce que el deber de prevención es una obligación positiva que integra el deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la CADH. Este deber le impone a los Estados: (1) incorporar medidas que reconozcan a determinados sujetos y contextos que merecen una especial tutela; (2) establecer, de forma imperiosa, herramientas jurídicas para activar la intervención estatal antes de que se produzca el daño; (3) responder por el accionar u omisión de particulares cuando se produce un daño y se ha conocido el riesgo; (4) adecuar todas las autoridades estatales su conducta a las disposiciones internacionales y, en su caso, efectuar un control de convencionalidad.

6.1.1 Deber de prevención y el objeto examinado. La protección del derecho a la vida e integridad de la persona

La Corte IDH vincula, en general, el deber de prevención con la protección del derecho a la vida, que incluye el de su proyecto y la integridad de la persona (arts. 4 y 5, CADH) en conjunto con otros derechos.[77] Otorga mayor protección cuando se afecta

77 Corte IDH, *Caso Asociación Civil Memoria Activa Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de enero de 2024. Serie C No. 516, § 119 (vida); *Caso Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de octubre de 2024. Serie C No. 539, voto concurrente de la jueza Nancy Hernández López (proyecto); *Caso Baptiste y*

el principio de igualdad y no discriminación (art. 1.1, CADH), ya que exige del Estado una conducta más estricta para revertir o cesar con la discriminación o violencia y, por lo tanto, justifica la adopción de medidas preventivas. De esta forma, procura considerar el contexto de vulnerabilidad y/o discriminación estructural en el que se encuentra la persona o el grupo a proteger.[78]

Los casos comprometen los derechos de mujeres, niños, niñas y adolescentes y miembros de pueblos originarios, por ser sujetos de especial protección conforme el principio de no discriminación. En estos contextos, se aplica un estándar de debida diligencia reforzada para prevenir violaciones al derecho a la vida e integridad.

Respecto a los derechos de las mujeres y al deber de debida diligencia reforzada, advirtió sobre la presencia de estereotipos negativos de género que afectan la investigación, el derecho de acceso a la justicia y a la tutela efectiva.[79]

En relación con los derechos de niños, niñas y adolescentes, indicó que el Estado posee una posición de garante cuando se encuentran privados de libertad, o debe velar por su interés superior o ejerce su potestad regulatoria frente a actividades riesgosas.[80]

Por último, sobre los derechos de comunidades de pueblos originarios, destaca la especial tutela que merece su autodeterminación y experiencias de la comunidad, como la vulnerabilidad de sus miembros, en particular las personas adultas mayores. Asimismo, se examinó la posible vulneración del derecho a la propiedad comu-

---

otros Vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2023. Serie C No. 503, § 47 (integridad); *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, § 120 (otros derechos).

78 Corte IDH, *Caso Yarce y otras Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325, § 181.

79 Corte IDH, *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362, § 125, § 130; *Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, § 109 y 113 (debida diligencia); *Caso Bedoya Lima y otra Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2021. Serie C No. 431, § 135 y 150 (investigación); *Caso Angulo Losada Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 18 de noviembre de 2022. Serie C No. 475, § 102-103; *Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307, § 199 (acceso justicia); *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, § 154 (tutela efectiva)

80 Corte IDH, *Caso Mota Abarullo y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2020. Serie C No. 417, § 89 (posición de garante); *Caso Adolescentes Recluidos en Centros de Detención e Internación Provisoria del Servicio Nacional de Menores (SENAME) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2024. Serie C No. 547 (privados de libertad); *Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de octubre de 2023. Serie C No. 506, § 139 y 235 (interés superior); Corte IDH, *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, § 118 (actividades riesgosas).

nitaria y del derecho a la participación o consulta previa como elemento esencial para evaluar la validez de normas que inciden sobre sus derechos.[81]

El deber de prevención también es prioritario para proteger el derecho a un ambiente sano. En estos casos, se enfatiza en el principio de prevención —y el precautorio— y cómo impacta en el ejercicio de otros derechos o en el acceso a bienes y servicios.[82]

En definitiva, dada la potencialidad que tiene el deber de prevención para ejercer otros derechos, para el tribunal es necesario evaluar la situación del sujeto al que se afecta (si se encuentra dentro de las categorías incluidas en el art. 1.1 de la CADH), aspecto que repercutirá en el examen de los demás criterios.

6.1.2 Deber de prevención y el alcance en el caso en concreto. El conocimiento del riesgo, el potencial contexto de riesgo y las medidas razonables

El estándar del deber de prevención aplica un criterio temporal para exigirle al Estado una debida diligencia; es decir, hay un doble estándar.

El alcance temporal significa que existe un deber genérico de prevenir violaciones de derechos humanos, a través de arbitrar las medidas conducentes para proteger y garantizar el ejercicio libre y pleno de los derechos humanos (art. 1, CADH). Durante este lapso temporal, se analiza si el Estado actuó de forma oportuna para cumplir con los cometidos y fines que resguarda la CADH.

Ahora bien, este deber será reforzado cuando el Estado posea un "conocimiento" cierto, real e inmediato de una situación de riesgo o bien cuando tiene conocimiento de un "contexto de riesgo" que es potencial, cuya materialización resulta posible. En ambos supuestos, corresponde a las autoridades adoptar medidas específicas, necesarias y razonables para evitar la violación o afectación de los derechos comprometidos, conforme a una valoración adecuada del riesgo.[83] El examen sobre la conducta estatal es más estricto.

---

81 Corte IDH, *Caso Comunidades Quilombolas de Alcântara Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2024. Serie C No. 548 (vulnerabilidad); *Caso Pueblo Indígena U'wa y sus miembros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2024. Serie C No. 530, § 296 (consulta previa).

82 Corte IDH, *Caso Pueblos Rama y Kriol, Comunidad Negra Creole Indígena de Bluefields y otros Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de abril de 2024. Serie C No. 522, § 14 y 419; *Caso Habitantes de La Oroya Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2023. Serie C No. 511, § 126 (sobre medioambiente); *Caso Pueblo Indígena U'wa*, § 288; *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, § 208 (prevención); *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, § 325 (ejercicio de derechos).

83 Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero")*, § 282-283.

Esto implica que le corresponde al Estado demostrar que ha adoptado las medidas más razonables y adecuadas para hacer cesar la situación de peligro o de riesgo, con el fin de proteger a la persona, al grupo involucrado o al derecho fundamental potencialmente vulnerado. Este estándar aplica la Corte IDH para determinar la responsabilidad del Estado por incumplir el deber de prevención.

Este parámetro temporal evalúa desde cuándo y cómo tomó conocimiento el Estado —las autoridades gubernamentales— de la situación de riesgo o del contexto de riesgo potencial. Este criterio se vincula con la situación en la que se encuentra el sujeto afectado y si ha existido una situación de discriminación estructural.

Sobre la situación de riesgo, la Corte IDH advierte que tiene que ser "real" e "inmediata", para exigirle al Estado actuar de forma urgente, y esta diligencia será evaluada por las medidas adoptadas en consecuencia.

El conocimiento cierto del Estado es por la existencia de denuncias previas o pedidos de medidas cautelares requeridas con un fin específico,[84] ya sea para que actúe, investigue y proteja. Ello deja entrever que, de forma directa, se le ha advertido al Estado sobre la existencia del riesgo.

Respecto a las medidas, una vez conocido el riesgo, la Corte IDH identifica que, cuando se trata de eventuales daños al medioambiente, deben adoptarse *ex ante* —por el principio de prevención—, las cuales deben ser apropiadas para evitar daños significativos. Esto significa que las medidas deben ser proporcionales al riesgo que se pretende evitar o mitigar considerando la calidad de la actividad que se trate y de que resultará imposible volver al estadio anterior.[85]

Por su lado, en casos sobre violencia de género, identifica la diligencia con la que actuó el Estado al haber tomado conocimiento de la situación de peligro.[86] En estos casos, le impone una debida diligencia reforzada tras una denuncia.

Así, cuando se investiguen denuncias por violencia sexual, el Estado debe implementar medidas tendientes a garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, el debido proceso efectivo y velar por resguardar, de ser necesario, el interés superior en todas las decisiones administrativas o judiciales que se adopten.[87]

---

84 Corte IDH, *Caso Pueblos Indígenas Tagaeri y Taromenane Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2024. Serie C No. 537, § 340.

85 Corte IDH, *Caso Pueblos Rama y Kriol* (principio de prevención), § 421; *Caso Pueblo Indígena U'wa*, § 293 (evalúa la actividad); *Caso Comunidades Quilombolas*, § 183 (evalúa la afectación).

86 Corte IDH, *Caso Velásquez Paiz*, § 40. Este caso reitera que el deber de prevenir violaciones a los derechos a la vida e integridad personal, y corroborar la responsabilidad internacional, aplica como "[…] estándar de los 'dos momentos' del deber de prevención, indicando su estudio respecto al 'primer momento' (antes de la desaparición […]: deber general de prevenir el homicidio y las desapariciones de mujeres), y al 'segundo momento' (antes de la localización del cuerpo: deber específico de prevenir violaciones a los derechos a la integridad y vida […]), para corroborar la existencia de responsabilidad internacional".

87 Corte IDH, *Caso Angulo Losada*, § 102/105.

Esto significa que se tienen que incorporar mecanismos para brindar contención y celeridad en la investigación a la víctima del delito, atendiendo que su contexto de vulnerabilidad e interseccionalidad (condiciones sociales, personales, tales como género, orientación sexual, edad, discapacidad, etnia, entre otros) es relevante para prevenir de forma adecuada.

Más aún, la Corte IDH advierte que la obligación estatal de adoptar medidas integrales para prevenir implica contar con estrategias que prevengan los factores de riesgo y el fortalecimiento de instituciones para brindar una respuesta efectiva ante casos de violencia contra la mujer. Esto significa que, frente a una denuncia, existan herramientas y prácticas jurídicas para actuar de forma eficaz.[88]

Por su parte, el examen del contexto de riesgo potencial, para la Corte IDH, también merece una debida respuesta de las autoridades estatales. En estos casos, analiza la situación fáctica particular, las circunstancias en las que se despliega el riesgo —mediato— y su relevancia para transformarse en uno real e inmediato[89] en caso de omitir una actuación estatal oportuna. En estos casos, se entiende que la Corte IDH toma en cuenta a los factores externos o indirectos que coadyuvan a la producción del daño o la afectación del derecho y que fueron omitidos por el Estado para actuar diligentemente.

Así, por ejemplo, en un caso sobre pueblos indígenas en aislamiento voluntario, la Corte IDH consideró como factores potenciadores del riesgo la omisión del Estado en respetar la autodeterminación de los pueblos; a su vez, el incremento de actividades petroleras y madereras que les significó el desplazamiento; que este desplazamiento haya coadyuvado a un posterior enfrentamiento con otros pueblos; además de la ausencia de una debida protección normativa, ha generado la responsabilidad del Estado por omitir actuar de forma preventiva y debida aun conociendo el contexto de riesgo.[90]

En otro caso, se responsabilizó al Estado teniendo en cuenta el consenso y normativa que obliga a reconocer la amenaza de los actos de terrorismo sobre los valores democráticos, la paz, la seguridad y, con ello, el goce de los derechos. Ello, secundado por la falta de actuación ante hechos de alertas, da cuenta del incumplimiento al deber de prevención.[91]

Por último, en un caso de violencia contra la mujer, la Corte entendió que el contexto de vulnerabilidad que rodeaba el caso sustentado en la violencia estructural contra las mujeres y contra defensoras de derechos humanos,[92] además de las amenazas de

88 Corte IDH, *Caso Bedoya Lima*, § 90.

89 Corte IDH, *Caso Baptiste*, § 47 y § 51.

90 Corte IDH, *Caso Pueblos Indígenas Tagaeri y Taromenane*, § 332 y § 339.

91 Corte IDH, *Caso Asociación Civil Memoria Activa*, § 120-127 (amenaza) y 132-133 (hechos de alerta).

92 Corte IDH, *Caso Yarce*, § 183.

muerte y agresiones previas hacia la víctima y su familia, la detención de grupos a quienes se les acusaba de haber sido los causantes de estas agresiones como la detención de la víctima. Todo ello, desplegado en un marco general de conflicto armado, da cuenta de la responsabilidad del Estado por incumplir el deber de prevención.

Es decir, para responsabilizar al Estado, se observaron las circunstancias potenciadoras del riesgo que, frente a la omisión estatal en brindarle respuesta, coadyuvan a afectar el derecho, y qué medidas adoptó para persuadir o evitar su consumación.

En definitiva, una vez conocido o potencialmente conocido el riesgo, las medidas deben pasar el estándar de razonabilidad más estricto. Esto es: ser eficaces, oportunas e inmediatas para evitar la concreción de la violación y difuminar el riesgo o el contexto de peligro, atendiendo particularmente al derecho o la persona a proteger. En materia ambiental, implica que el Estado debe utilizar todos los medios a su alcance para evitar daños significativos.[93]

A ello se le adiciona la necesidad de identificar si la respuesta estatal es suficiente, integral y a tiempo para actuar de forma inmediata a la luz del riesgo que se pretende evitar, es decir, deben ser adoptadas en un plazo razonable[94] para revertir la situación.

6.1.3 Deber de prevención y el fundamento de su aplicación. La debida diligencia reforzada y los contextos de protección

De acuerdo con los casos examinados, la Corte IDH fundamenta la responsabilidad del Estado en el incumplimiento de la debida diligencia —obligación de medios derivada del deber de garantía—, que será valorada de forma más estricta cuando se conozca el riesgo.

Además, esta exigencia es reforzada cuando se involucra el principio de igualdad y no discriminación. De esta forma, frente a un contexto de vulnerabilidad o discriminación estructural, la mera abstención estatal resulta insuficiente, debiendo adoptar medidas positivas.[95] Así, acudirá a normas específicas que reconocen los obstáculos jurídicos, legislativos, sociales y culturales y pretenden revertirlos. Estos son los contextos de protección.

En concreto, el marco jurídico de protección de los derechos de las mujeres impone un deber reforzado de debida diligencia en la prevención, investigación y sanción ante actos de violencia estructural.[96] Similar exigencia rige frente a la discriminación

93 Sobre deficiencia de medidas, cfr. Corte IDH, *Caso Asociación Civil Memoria Activa*, § 135; *Caso Yarce* (contexto de peligro), § 193; *Caso Pueblos Rama y Kriol*, § 414 (medioambiente).

94 Corte IDH, *Caso Pueblos Indígenas Tagaeri y Taromenane*, § 341.

95 Corte IDH, *Caso María y otros Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2023. Serie C No. 494, § 156-157.

96 La Corte IDH consideró que, en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las

racial estructural, donde se demanda al Estado adoptar medidas positivas para prevenir la afectación al principio de igualdad de las personas afrodescendientes ante limitaciones normativas o de facto que impiden el ejercicio pleno de sus derechos.[97]

La obligación de prevenir se robustece cuando el Estado ocupa una posición de garante, por tener a la persona bajo su cuidado durante la detención[98] o por haber autorizado, en ejercicio de su potestad regulatoria, actividades riesgosas.

En materia ambiental, la debida diligencia también es estricta, debiéndose valorar los medios apropiados y proporcionales al grado de riesgo de acuerdo con la naturaleza de la actividad y la peligrosidad para los derechos humanos.[99] Además, el tribunal ha enfatizado en el valor de bien colectivo del medioambiente, mereciendo una protección reforzada.

En definitiva, el fundamento que brinda la Corte IDH para examinar el deber de prevención radica en el estándar de debida diligencia como criterio de imputación, el cual será reforzado cuando involucre el principio de igualdad y no discriminación, considerando al sujeto o grupo protegido, el derecho comprometido y la naturaleza de los hechos.

6.1.4 Conclusiones. Los criterios a atender para la función preventiva

Vinculado con el "objeto" de procedencia para la responsabilidad estatal internacional por el incumplimiento al deber de prevención, la Corte IDH examina el derecho afectado y el contexto en el que se encuentra la persona o grupo, atendiendo a las "circunstancias particulares del caso" (que lo vincula con el conocimiento del riesgo) y a la efectiva "concreción de las obligaciones de garantía".

Respecto al "alcance", la Corte IDH tiene un doble estándar del deber de prevención. En este sentido, habrá un deber genérico de prevenir, que se verá reforzado si el Estado ha tomado conocimiento cierto y real de la situación de riesgo o del potencial contexto de riesgo. Esta distinción provoca una modificación en el deber de adoptar medidas adecuadas, oportunas, eficaces y en un tiempo razonable. Para ello, nuevamente debe considerarse el contexto de la persona a proteger.

Por último, el "fundamento" se vincula con la debida diligencia, que será reforzada cuando el sujeto o grupo cuente con una especial tutela de protección. Para ello, la Corte IDH, en todos los supuestos ha atendido particularmente los contextos de

obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de lo establecido en la Convención de Belém do Pará, cfr. Corte IDH, *Campo Algodonero*, § 258.

97 Corte IDH, *Caso Dos Santos Nascimento*, § 98 y 116-119.

98 Corte IDH, *Caso Adolescentes Recluidos*, § 96, 114-122.

99 Corte IDH, *Caso Pueblos Rama y Kriol*, § 414; *Caso Comunidades Quilombolas de Alcântara*, § 184.

protección en normas específicas que reconocen obstáculos jurídicos, legislativos, sociales y culturales.

Así, en virtud de que la Corte IDH señala que el deber de prevención es una obligación que recae en todas las autoridades gubernamentales y exige la adopción de medidas para garantizarlo, se infiere el fundamento convencional de la responsabilidad del Estado en su función preventiva.

En definitiva, el mecanismo jurídico para tornar efectiva la función preventiva es la autotutela preventiva, cuyo fundamento radica en los estándares convencionales.

6.2 La autotutela administrativa, la tutela efectiva y la función preventiva de la responsabilidad

En virtud de los estándares convencionales, y toda vez que constituye un mandato que involucra a todas las autoridades gubernamentales ajustar sus institutos para garantizar el deber de prevención, corresponde incorporar al ordenamiento jurídico la autotutela preventiva como mecanismo para tornar efectiva la responsabilidad estatal en su función preventiva.

6.2.1 El fundamento de la autotutela administrativa

La función administrativa tiene por finalidad satisfacer el bien común, de forma directa y con inmediatez, bajo un régimen de exorbitancia (Comadira y Escola, 2018, p. 4). Esto es, dotar de prerrogativas a la Administración para hacer primar el interés general de la comunidad por sobre el particular, respetando el principio de juridicidad y los derechos humanos conforme se determinan en los instrumentos internacionales (Balbín, 2015a, p. 60).

Este régimen determina que, frente a estas prerrogativas, se equilibre con garantías para los particulares y con un control judicial suficiente posterior a la actuación estatal. Este criterio en la actualidad es modulado por las directivas convencionales y, por lo tanto, tiene que ser repensado con el fin de garantizar la función preventiva de la responsabilidad estatal. En esa línea, se entiende que, si se contrasta el ejercicio de la autotutela que posee la Administración con el estándar del deber de prevención, es posible derivar un mecanismo efectivo para resguardar la integridad del derecho y proteger, en consecuencia, la dignidad humana.

En efecto, la función preventiva promueve una reacción estatal previa para evitar la consumación del daño, y es la Administración —a la luz de los principios del derecho administrativo— quien está en mejores condiciones de disponer las medidas eficientes y efectivas para cumplir ese cometido.

De hecho, la función preventiva se materializa, en una faceta garantística, a través de una tutela inhibitoria que busca evitar la producción de un daño previsible (Sammartino, 2021, p. 178), por lo tanto, no hay una lesión mensurable en dinero, sino que se concentra en el derecho a proteger —que podría ser personal o indisponible— y en el riesgo en que se produzca esa lesión. De esta manera, aunque se considere que el mandato legal resulta indeterminado,[100] en la medida en que la autoridad estatal conozca que existe una situación de riesgo, se podría exigir que realice una conducta a fin de evitar la consumación del daño o la puesta en práctica de la conducta generadora de ese daño, es decir, que la autoridad estatal ejecute algún tipo de conducta para evitar la materialización del perjuicio ilícito (Sammartino, 2021, pp. 178-179).

Llegado a este punto, es imprescindible aclarar que la función preventiva de la responsabilidad no es un seguro estatal contra todo tipo de lesión, sino más bien la ejecución de una autotutela por parte de la Administración para imponer una determinada conducta con el fin de evitar el daño. Esta tutela inhibitoria en el ámbito administrativo se justifica en el derecho convencional de derechos humanos, en el régimen exorbitante de la Administración y en la autotutela administrativa que persigue la protección del interés público.

En este encuadre, Marienhoff (2011, pp. 479-480) expresa que existen potestades de la Administración que se diferencian entre sí, según la finalidad que se persiga. Esta potestad entendida como prerrogativa es inherente a su función, que es satisfacer el interés general y, por lo tanto, esta potestad es irrenunciable.

Por su lado, García Pullés (2020, pp. 68-69) señala que el régimen exorbitante de la Administración excede a la órbita del derecho privado al jerarquizar el interés público por sobre el interés privado, restringiendo la autonomía de la voluntad, en un marco de legalidad. De esta forma, continúa, el ordenamiento otorga prerrogativas a la Administración, denominándola "autotutela" para asegurar el interés público y sujetando a los particulares a ellas.

Esta autotutela implica que la Administración no precisa someter sus pretensiones al Poder Judicial o a otro poder para darle efectividad y ejecutoriedad, como sí deberían hacerlo los particulares, cuya situación se denomina "heterotutela". Como señala Míguez Macho (2015, párr. 6), citando a García de Enterría y Fernández, mientras que los particulares deben acudir a los órganos jurisdiccionales para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas sin el consenso de la otra parte, la Administración —salvo previsión legal en contrario— lo hace unilateralmente, por su propia autoridad y sin auxilio judicial.

Esto significa que la actuación, decisión, práctica, o conducta del órgano admi-

100 Se aclara que, cuando se alude a "indeterminación", es porque las medidas para prevenir se adoptan en contexto no porque su omisión no conlleva responsabilidad. En esa línea, Salvatelli (2024 afirma que "… la interpretación que se hace de las disposiciones convencionales […] forma parte de los fundamentos de [la] responsabilidad en el ámbito interno, [por lo que] muchos de los man-

nistrativo se impone por sí sola, ya que tiene la capacidad de tutelar sus propias situaciones jurídicas, aunque resulten pretensiones innovativas del *statu quo* y, en su caso, ejecutar su decisión por su propia coacción (García Enterría y Fernández, 1995, p. 487; Muñoz Machado, 2015, p. 324).

De esta manera, la "autotutela administrativa" se vincula con la posición que asume la Administración ante la Justicia, asimilándose sus privilegios al rol del Poder Judicial (Muñoz Machado, 2015, p. 322). Ello puede observarse en el acto administrativo que goza de presunción de legitimidad (autotutela declarativa) y puede ejecutarse por la propia Administración (autotutela ejecutoria); a ellas se suman la reduplicativa, la sancionatoria y el *solve et repete* (García de Enterría y Fernández, 1995, p. 481 y pp. 495 y ss.).

En definitiva, la Administración impone conductas para que sean realizadas y el Poder Judicial debe respetar el ejercicio íntegro de esa potestad —declarativa y ejecutiva—, interviniendo posteriormente para verificar si se ajusta al derecho aplicable (García de Enterría y Fernández, 1995, pp. 488-489).

Ahora bien, en lo que se refiere a la responsabilidad del Estado en su función preventiva, la autotutela preventiva resultaría el cauce para tornarla efectiva. Ello así, en razón de que, por este mecanismo, la Administración debe adoptar medidas razonables que impongan conductas —por acción u omisión— para prevenir el daño a un derecho fundamental cuando hubiere conocido el riesgo. En esa línea, como señala Justo (2023, p. 198), no basta con que el Estado se abstenga de violar los derechos, sino que se le exige un plus de tutela —un deber positivo de adoptar las medidas necesarias para protegerlos, incluso en las relaciones entre particulares—, de modo que su omisión en prevenir que terceros los vulneren compromete su responsabilidad. Así, este deber positivo constituye el fundamento último de las potestades estatales, que existen para hacerlo efectivo.

Ello es así debido a que la actuación administrativa debe sujetarse a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a los principios generales del derecho y a la ley. Es decir que en su actuación administrativa —que tiene que ser expedita y eficaz— prima el principio de juridicidad y el de dignidad humana.

En este contexto, a la luz del fundamento de la autotutela administrativa y en línea con las directivas convencionales en materia de deber de prevención, es necesario incorporar esta noción a la función preventiva de la responsabilidad estatal a

---

datos cuyo incumplimiento engendra responsabilidad son esencialmente preventivos (es decir, lo que se exige del Estado es que 'evite' o 'prevenga' el daño, no solo que lo repare una vez ocurrido). Por eso, […] es importante señalar que la función preventiva de la responsabilidad tiene un anclaje específico [dentro del Código Civil y Comercial "constitucionalizado"], también en los mandatos de prevención expresos contenidos en los instrumentos que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos incorporados a nuestra Constitución, y que el Estado es responsable por violarlos, ya que no se trata de meros deberes indeterminados cuya omisión no acarrea responsabilidad, sino lo contrario…" (p. 16).

fin de resguardar los derechos fundamentales y permitirle un marco de actuación administrativo que le imponga la realización íntegra de su actividad estatal.

6.2.2 El fundamento de la tutela efectiva

Desde el paradigma constitucional y convencional, cobra relevancia el principio de dignidad de la persona humana, los derechos humanos y el principio pro persona (Sammartino, 2021, pp. 178-179), que en el derecho administrativo se traducen en garantías para los particulares que equilibran las prerrogativas de la Administración. En esa línea, el principio y el derecho de tutela efectiva (Cassagne, 2021) ante la Administración y ante el Poder Judicial (art. 18, 75 inc. 22, CN; art. 8 y 25, CADH; art. 1bis, LNPA) reaseguran la protección y garantía de los derechos fundamentales.

El ordenamiento resguarda, además, garantías para el ejercicio de los derechos en igualdad y sin discriminación, atendiendo a ciertos grupos con especial tutela[101] que, sumado al deber de toda autoridad estatal de garantizar la prevención, impacta en el concepto de responsabilidad y da sentido a la incorporación de la función preventiva.

De hecho, considerando que el fin de la actividad administrativa se orienta a promover el interés de la comunidad, la tutela efectiva justifica la procedencia de la función preventiva para evitar que se materialice el daño o perjuicio.

En concreto, la obligación de garantía requiere de mecanismos para prevenir o impedir el daño a los derechos fundamentales. De allí que la autoridad estatal deba intervenir de forma oportuna e inmediata, con la debida diligencia, cuando tiene conocimiento cierto y real del riesgo o del contexto, pues, como advierte Justo (2023, pp. 186-187 y 196), los Gobiernos son jurídica y moralmente responsables si no adoptan las medidas adecuadas para prevenir las violaciones de derechos humanos.

6.2.3 La justificación convencional de la función preventiva de la responsabilidad estatal y su mecanismo jurídico, la autotutela preventiva

A la luz de las directivas emanadas por el Sistema Interamericano, el conocimiento del Estado de la situación de riesgo de las potenciales víctimas de un daño lo coloca en una posición de garante respecto del cumplimiento de los deberes de debida diligencia estricta, cuando se trate, por ejemplo, de violencia con motivo de género.

Si bien la Corte IDH ha determinado los supuestos en los que podría activarse la res-

101 Sobre estos aspectos, ver CSJN, Fallos: 321:1984, *Gutiérrez*; Fallos: 339:740, *Constantino*; Fallos: 339:1812, *Curti*; Fallos: 343:264, *CJC*.

ponsabilidad del Estado por incumplir el deber de prevención, sus lineamientos dejan entrever que es imprescindible contar con mecanismos jurídicos que impulsen la conducta estatal para prevenir esa violación, su agravamiento o disminuir su magnitud.

Así, el examen sobre la eficacia y razonabilidad de las medidas resultará de la ponderación entre el derecho vulnerado y el riesgo que se pretende evitar. Desde esta perspectiva, la función preventiva de la responsabilidad se encuentra justificada por el propio sistema de los instrumentos internacionales. En efecto, tal como explica Justo (2023, p. 188), este sistema está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo, de modo que la contradicción entre cualquier práctica interna —normas, sentencias, actos o hechos administrativos— y las directivas convencionales deriva en su invalidez, cualquiera sea su jerarquía nacional, su arraigo en las tradiciones del país o su aceptación por la comunidad.

Ahora bien, el haber adoptado medidas legislativas, jurídicas o administrativas no satisface *per se* el deber de prevención y, por lo tanto, no podría sostenerse que se excluye la función preventiva. Ello es así debido a que podrían ser insuficientes o sesgadas para proteger el derecho en riesgo.

Misma situación ocurre cuando, a pesar de haber adoptado estas medidas, el Estado se mantiene indiferente con el agravamiento de la situación de riesgo, el recrudecimiento de la situación de violencia o la violación de derechos humanos. Son estos supuestos los que justifican la responsabilidad estatal en su función preventiva a fin de brindar el resguardo necesario para evitar que la situación se agrave.

En esa línea, se justifica la regulación de la responsabilidad estatal en su función preventiva, cuyos presupuestos deberán considerar el principio de dignidad y los contextos de especial vulnerabilidad. Máxime cuando, tal como se identificó, el deber de prevención de fuente convencional es exigible a todas las autoridades estatales.

Por ello, ante el riesgo conocido, la potestad con la que cuenta la Administración —por su régimen exorbitante— se convierte en una obligación jurídica, cuyo incumplimiento compromete la responsabilidad del Estado. Así, a diferencia de las políticas públicas, cuya ausencia no lo responsabiliza, la abstención de actuar frente a este riesgo se constituye como un incumplimiento.

Es en este sentido que se propone la autotutela preventiva, que da cuenta del deber de la Administración de adoptar por sí, sin necesidad de acudir al ámbito judicial —aunque sin excluirlo—, las medidas razonables para prevenir la lesión de un derecho una vez conocido el riesgo.

Esta autotutela preventiva, para ser efectiva, podría delinearse con los criterios atendidos por la Corte IDH para evitar así una responsabilidad estatal internacional por incumplimiento de este deber. En términos prácticos, obliga a la Administración a cumplir con las directivas convencionales para resguardar los derechos fundamentales.

Es decir, valorar: (1) la situación de riesgo real e inmediato que afecta a un individuo o grupo de individuos determinados, a la que se le incorpora el contexto de riesgo potencial; (2) el conocimiento efectivo de la autoridad estatal; (3) las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo; y (4) el derecho que se pretende proteger. Cuando se trate de conductas desplegadas por agentes no estatales, además, valorará: (5) las circunstancias particulares del caso y (6) el grado de concreción del deber de garantía.

En concreto, este cauce le permite a la Administración actuar de manera eficiente, eficaz y con economía, al tomar conocimiento del riesgo y la obliga a efectivizar el deber de prevención.

En efecto, tal como se indicó, la función preventiva administrativa promueve y protege derechos fundamentales o evita su vulneración (Gutiérrez Colantuono, 2022) y, para cumplir con este cometido, debe contar con un mecanismo efectivo que prevenga las vulneraciones de los derechos humanos.

Así, de acuerdo con el desarrollo propuesto, la autotutela preventiva se erige como el mecanismo jurídico por el cual la Administración realiza la función preventiva de la responsabilidad estatal.

7. Conclusiones

Este trabajo tuvo por objeto examinar la responsabilidad del Estado en su función preventiva con el fin de establecer si es posible su aplicación y cuál es su fundamento jurídico para tornarla efectiva y resguardar así la dignidad humana y la garantía de los derechos humanos.

El deber de prevención ha repercutido en el instituto de la responsabilidad. Ello, porque incluyó expresamente la obligación de actuar con carácter previo al daño para resguardar el derecho en su integridad.

Para que resulte efectiva esta protección, entonces, la responsabilidad debe contar con una función preventiva para así poder exigir de forma oportuna y adecuada una tutela que persiga estos fines. Para ello, se debe modificar el ordenamiento jurídico en miras a satisfacer esta obligación.

En efecto, a la luz del sistema constitucional, convencional y legal, el deber de prevención encuentra sustento en el principio de no dañar (art. 19, CN) y en los diversos instrumentos de derechos humanos cuya jerarquía constitucional está reconocida en el art. 75, inc. 22 de la CN. Así, a partir de este principio se amplía el ámbito de protección del derecho e incorpora en el examen al sujeto que se protegerá. Ello es así debido a que no es invisible para el derecho reconocer los contextos en los que las personas se desarrollan y que les impiden ejercer efectivamente sus derechos.

A su vez, se reconoce que la responsabilidad surgida a partir del deber de pre-

vención no podría derivar en una obligación de evitar todo tipo de daño, como una suerte de seguro, sino que más bien está atravesada por el principio de razonabilidad exigido para actuar conforme el derecho que se pretende resguardar; cuestión que será reforzada cuando se involucre a determinados grupos con una especial tutela o se afecte el principio de igualdad (arts. 16, 75 inc. 22 y 23, CN; art. 1, CADH; art. 2, PIDCP; art. 2 PIDESC; art. 7 Convención de Belém do Pará).

En definitiva, el deber de prevención impone un obrar con carácter previo y razonable, reconfigurando el instituto de la responsabilidad. Así pues, exige contar con un mecanismo efectivo que, ante el riesgo conocido, active la respuesta estatal para tutelar integralmente los derechos con carácter previo a que se produzca la afectación. De esta manera, el encuadre jurídico impone que la respuesta estatal sea pertinente, razonable y adecuada a las circunstancias, reconociendo la situación en la que se encuentra el sujeto a proteger.

En ese marco, justificada la función preventiva, corresponde examinar cuál es su fundamento.

En el ordenamiento jurídico argentino, la función preventiva está regulada en el CCCN, el cual establece reglas procesales para requerir una tutela inhibitoria y determina un rol predominante del Poder Judicial, debido a que, a partir de esta tutela, podría restringirse el derecho a la libertad de otros sujetos. A su vez, impone que, a partir de un examen de razonabilidad riguroso, se adopten medidas de dar, hacer, no hacer, ponderando la menor restricción posible y los medios más idóneos para resguardar el derecho. En esta regulación radica la esencia del segundo de los interrogantes abordados en el presente trabajo.

Para ahondar este interrogante, se observó el límite impuesto en el CCCN y en la LRE sobre la inaplicabilidad directa o subsidiaria del Código a la responsabilidad estatal. De esta manera, ambas normas propugnan un distanciamiento del ordenamiento privado sobre el instituto de la responsabilidad estatal. Esta cuestión nos exige ahondar en las características de la responsabilidad del Estado y qué finalidad incorpora su legislación, a fin de reconocer si es posible derivar el reconocimiento de la función preventiva en sus presupuestos, o bien si es posible interpretar vía analogía la aplicación de la función preventiva conforme se regula en el CCCN.

En este punto, según da cuenta el desarrollo efectuado, se reconoce que históricamente se acudió al derecho privado para establecer el régimen de la responsabilidad estatal en su función resarcitoria; sin embargo, desde la sanción de la LRE se cobró plena autonomía.

Ahora bien, la LRE únicamente regula la función resarcitoria y no abarca la función preventiva, herramienta jurídica para efectivizar el deber de prevención, tal como se establece en el CCCN y con el fin de cumplir con las obligaciones de garantía del Sistema Interamericano.

Este aspecto plantea como interrogante si es posible acudir al CCCN para justi-

ficar su aplicación a la responsabilidad estatal y, en su caso, qué conflictos traería aparejado.

Según se ha observado, la aplicación del CCCN por analogía, si bien es técnica y teóricamente posible, se ha concluido que resulta inadecuada. Para ello, se ha analizado que esta interpretación exige, en primer lugar, que se module conforme los institutos y principios del derecho público y recién luego se acuda a otros institutos. Así, al momento de analizar su inserción en el derecho administrativo, aparecen dificultades jurídicas que podrían significar una desnaturalización de la acción preventiva conforme se encuentra establecida en el CCCN, como también podría colisionar con la esencia de la función administrativa y de los fines perseguidos para garantizar el bienestar general.

A partir de estos argumentos es que se concluyó que la integración por analogía resultaría inadecuada. Esto no significa que el Estado no pueda ser responsabilizado en función preventiva; ello es así debido a que tanto el instituto de la responsabilidad como el deber de prevención poseen raigambre constitucional y convencional. Más aún, el estándar interamericano sobre el deber de prevención impone que se adopten medidas jurídicas, políticas, administrativas y culturales para tornarlo efectivo. A ello se suma el debido control de convencionalidad que se le exige a toda autoridad pública de conducirse conforme a lo establecido en los instrumentos internacionales, además de lo regulado en su derecho interno. Así pues, a partir de esta lectura se confirma la justificación de la función preventiva de la responsabilidad estatal por mandato constitucional y convencional. Esta incorporación es ineludible como mecanismo eficaz para efectivizar y resguardar el derecho.

Este reconocimiento se ve reforzado por el derecho judicial de la CSJN. Aunque el tribunal no se ha pronunciado de forma expresa sobre la responsabilidad del Estado en su función preventiva, sus lineamientos dan cuenta de que el deber de prevención es exigible —atendiendo a determinados derechos y sujetos con especial tutela— y de que el Estado está obligado a actuar con debida diligencia reforzada. En esa tarea, el fortalecimiento del rol judicial al ordenar medidas preventivas no invade el principio republicano de gobierno, en tanto constituye un control jurisdiccional sujeto a un examen de razonabilidad estricto, sin que ello suponga que la prevención deba canalizarse, en todos los casos, por vía judicial. Ello permite inferir que la función preventiva no es ajena a nuestro ordenamiento, sino que ya opera de modo incipiente en la jurisprudencia interna.

Así, de acuerdo con el desarrollo propuesto, se observó que es insoslayable un régimen de responsabilidad estatal que incorpore la función preventiva con un criterio convencional que atienda a la función administrativa de autotutela.

Para dar contenido a esta respuesta, se examinaron los precedentes de la Corte IDH y el doble estándar del deber de prevención para el Estado. Esto es que, si bien hay un deber genérico de prevención, que se satisface con adoptar medidas razona-

bles, una vez conocido el riesgo cierto o el contexto de riesgo, se le impone una debida diligencia reforzada a la autoridad gubernamental para actuar. Esta obligación, a su vez, repara en el contexto que se pretende proteger, además del derecho. Así, el estándar es más estricto y le exige al Estado —en estos supuestos— que adopte las medidas más ajustadas para resguardar tanto a la persona como al derecho.

Este examen provisto por la Corte IDH es realizado en casos en los que los Estados son responsabilizados por incumplir el deber de prevención. Sin embargo, al brindar reglas de conducta que deben ser atendidas por el Estado, se entiende, otorgan los presupuestos para que, a nivel interno, se formalice la función preventiva. Así, estos criterios son interpretados con un doble vector. Por un lado, como una garantía, para exigirle al Estado en términos claros y concretos la responsabilidad estatal en su función preventiva, demostrando el riesgo, el contexto y el conocimiento estatal, mientras que para el Estado es una prerrogativa que se traduce en una autotutela preventiva.

Esta autotutela preventiva le impone al Estado el deber de actuar de forma diligente y con carácter reforzado cuando deba proteger un determinado contexto de vulnerabilidad o de derechos históricamente vulnerados, disponiendo por sí las medidas más adecuadas y efectivas para cumplir con estos cometidos para evitar que se consume el riesgo que conoce y que podría consumarse o recrudecer. En estos supuestos, será exigible la tutela preventiva.

Así, la función preventiva viene a dotar de un mecanismo eficaz para la realización de los derechos humanos y la dignidad. Su fundamento radica en el deber de prevención de la fuente convencional, y su cauce, en la autotutela preventiva, que le impone a la Administración obrar por sí, ante el riesgo conocido, para resguardar los derechos y la dignidad humana en el Estado constitucional y convencional de derecho.

Bibliografía

Alderete, M. (2024). El control de constitucionalidad y convencionalidad por parte de la Administración pública para el reconocimiento de derechos de la persona humana. *Revista Jurídica Austral*, *5*(1), pp. 411-442. https://doi.org/10.26422/RJA.2024.0501.ald

Alterini, J. M. (2017). *Funciones de la responsabilidad civil. Prevenir y Resarcir*. La Ley.

Atienza, M. (1985). Algunas tesis sobre la analogía en el derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (2), 223-229. https://bit.ly/3VsmTlh

Ávila, S. (2015). *Responsabilidad del Estado: aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944*. Infojus.

Balbín, C. F. (2015a). *Tratado de Derecho Administrativo* (Tomos I y IV, 2ª ed. actualizada y ampliada). La Ley.

Balbín, C. F. (2015b). La interpretación jurídica desde la mirada del Derecho Administrativo. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (21), 5-32.

Barletta, H. A. (2021). *Responsabilidad civil y prevención del daño* (1ª ed.). Ediciones DyD.

Bielsa, R. (1957). *Derecho Administrativo* (5ª ed., Tomo V). Roque Depalma Editor.

Calvo Costa, C. A. (2018). La pretensión preventiva en el derecho de daños. *La Ley 2018-A*, 976. TR LALEY AR/DOC/197/2018, 22-40.

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* (13828), Serie Especial de Derecho Administrativo, 1-6.

Canda, F. O. (2016). Control judicial de la Responsabilidad del Estado por omisión. Pautas jurisprudenciales para una interpretación de la ley 26.944. En Alonso Regueira, E. M. (Dir), *El control de la Actividad Estatal II* (pp. 393-424). Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. https://bit.ly/4y7L7i3

Canda, F. O. (2019) La evolución jurisprudencial en materia de responsabilidad del estado por omisión. En Tawil, G. S. (Dir.). *Responsabilidad del Estado* (pp. 459-497). Abeledo Perrot.

Capella, R. (2016). La acción preventiva… ¿un nuevo paradigma en el Código Civil y Comercial? En Peyrano, J. W. (Dir.), *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación* (pp. 37-51). Rubinzal-Culzoni Editores.

Cassagne, J. C. (2014). El fundamento constitucional de la responsabilidad del estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas. *La Ley*, 2014-C, 885. TR LALEY AR/DOC/1303/2014, 1-8.

Cassagne, J. C. (2018). *El principio de legalidad y el Control Judicial de la discrecionalidad administrativa* (2ª ed. actualizada). BdeF.

Cassagne, J. C. (2021). El procedimiento administrativo y el acceso a la justicia: la regla del agotamiento de la vía administrativa. *El Derecho - Revista de Derecho Administrativo*, (4). ED-MCCXXIX-329.

Comadira, J. P. (2021). *Ley de Medidas Cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado. Comentada y anotada*. Cathedra Jurídica.

Comadira, J. R. y Escola, H. J. (2018). *Curso de Derecho Administrativo* (Tomos I y II, 1ª ed., 2ª reimp.). Abeledo Perrot.

Comisión Redactora del Código Civil y Comercial de la Nación. (2012). Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora. En *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* (pp. 521-740). Ministerio De Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación/Infojus. https://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf

Cumbre Judicial Iberoamericana. (2008). *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf

Di Benedetto, T. M. (2016). La legitimación para interponer la acción preventiva. En Peyrano, J. W. (Dir.), *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación* (pp. 53-58). Rubinzal Culzoni Editores.

Fernández Valle, M. (2020). Las temáticas de género en la jurisprudencia interamericana. Ál-

varez Medina, S. y Bergallo, P. (Eds.), *Violencias contra las mujeres*. *Relaciones en contexto* (pp. 297-332). Ediciones Didot-Red Alas.

García de Enterría, E. y Fernández T. R. (1995). *Curso de derecho administrativo* (Tomo I, 7ª ed.). Civitas.

García Pullés, F. (2004). *Tratado de lo contencioso administrativo* (Tomo I). Hammurabbi.

García Pullés, F. (2016). La responsabilidad del estado en el contexto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En Alonso Regueira, E. M. (Dir.), *El Control de la Actividad Estatal II* (pp. 465-479). Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. https://bit.ly/4ymos1W

García Pullés, F. (2020). *Lecciones de derecho administrativo* (2ª ed. revisada y ampliada). Abeledo Perrot.

González Elías, H. R. (2023). *Responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho público global* (1ª ed.). Ediciones Olejnik.

Gordillo, A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas* (1ª ed., Tomo 8). Fundación de Derecho Administrativo. https://www.gordillo.com/tomo8.php

Gutiérrez Colantuono, P. A. (2022). La prevención administrativa. En *Centro de Información Jurídica* (pp. 1-16). https://bit.ly/4hATJsJ

Justo, J. B. (2023). *La transformación de la responsabilidad del Estado,* Ábaco.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2016). La función preventiva de la responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación. En Peyrano, J. W. (Dir.), *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación* (pp. 357-408). Rubinzal-Culzoni Editores.

Lorenzetti, P. (2013). Funciones de la responsabilidad civil y daño ambiental en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2013-VIII*. TR LALEY AR/DOC/2574/2013, 5-21.

Lorenzetti, R. L. (Dir.). (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (1ª ed., Tomo VIII). Rubinzal Culzoni.

Maqueda Fourcade, S. (2016). Responsabilidad estatal y prevención de daños. Algunas reflexiones con motivo de la recepción de la función preventiva de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial. *Revista de Derecho de Daños, 2016-2*, 393-419. Rubinzal-Culzoni Editores.

Marienhoff, M. S. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo* (6ª ed. 2ª reimp.; Tomos I y IV). Abeledo Perrot.

Marinoni, L. G. (2014). *Tutela inhibitoria*. Marcial Pons.

Míguez Macho, L. (2015). Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso-administrativo. *Revista General de Derecho Administrativo,* (38). Iustel. https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1504625

Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de Derecho administrativo y derecho público general* (4ª ed., Tomo III: Los principios de constitucionalidad y legalidad). Boletín Oficial del Estado.

Pafundi, A. M. (2020). *Prevención del daño. Justificación y marco regulatorio*. El Derecho.

Parellada, C. A. (2014). Algunas inquietudes que suscita la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. En Rosatti, H. D., *Ley 26.944 de responsabilidad del estado, análisis crítico y exegético* (pp. 39-71). Rubinzal-Culzoni.

Perrachione, M. C. (2016). La función preventiva y la tutela anticipada en el nuevo Código Civil y Comercial. En Peyrano, J. W. (Dir.), *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación* (pp. 59-70). Rubinzal-Culzoni editores.

Perrino, P. E. (2015). *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos - Código Civil y Comercial (ley 26.944 Comentada)*. La Ley.

Peyrano, J. W. (2016a). Noticia sobre la acción preventiva. En Peyrano, J. W. (Dir.) y Esperanza, S. L. (Coord.), *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación* (pp. 19-24). Rubinzal-Culzoni Editores.

Peyrano, J. W. (2016b). La acción preventiva: certeza y dudas. En Peyrano, J. W. (Dir.) y Esperanza, S. L. (Coord.), *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación* (pp. 25-30). Rubinzal-Culzoni Editores.

Peyrano, J. W. (2016c). Más sobre la acción preventiva. En Peyrano, J. W. (Dir.), *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación* (pp. 31-35). Rubinzal-Culzoni Editores.

Real Academia Española. (s.f.). Prevenir. *Diccionario de la lengua española*. https://dle.rae.es/prevenir

Sacristán, E. B. (2015). Fundamentos iuspublicistas de la Responsabilidad del Estado (una visión desde la justicia distributiva y conmutativa). *RAP*, (437), 67-80.

Sagarna, F. A. (2022). *La función preventiva de la responsabilidad civil* (2ª ed. actualizada y ampliada). La Ley.

Salvatelli, A. (2024). *El Estado responsable*. Astrea.

Sammartino, P. (2021). Las bases de la responsabilidad del Estado. *Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, 5*(5), 155-237. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2021/05/revista_de_la_ecae5.pdf

Silva Abott, M. (2016). El deber de prevenir" violaciones a los derechos humanos y algunas de sus posibles consecuencias. *Revista de Derecho de la Universidad San Sebastián*, (22), 45-70. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5837314

Steiner, C. y Fuchs, M.-C. (Eds). (2019). *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentario* (2ª ed.). Konrad Edenauer Stiftung. https://bit.ly/4hRzlCy

Tawil, G. S. (2015). Exigibilidad frente al Estado del deber de prevención del daño. *La Ley*, *2015-F*, 482. TR LALEY AR/DOC/3280/2015, 1-6.

Tawil, G. S. (2019). ¿Resulta exigible frente al Estado el deber de prevención del daño previsto en el art. 1710 del Código Civil y Comercial? Tawil, G. S. (Dir.), *Responsabilidad del Estado* (pp. 81-89). Abeledo Perrot.

Uslenghi, A. (2015). La responsabilidad del Estado por omisión. *RAP. XXXVII* (437), 169-192.

Villegas Basabilvaso, B. (1951). *Derecho Administrativo* (Tomo V). Tipografía Editora Argentina.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Aquino, Fallos: 327:3753.
Ceballos, Fallos: 345:1025.
CEPIS, Fallos: 339:1077.
CER, Fallos: 342:1827.
Corrado Soto, Fallos: 345:1085.
Cruz, Felipa, Fallos: 339:142.
De Aguirre, Fallos: 346:1108.
Denegri, Fallos: 345:482.

Domecq, Fallos: 347:1827.
Equística, Fallos: 343:726.
Ferrocarril Oeste, Fallos: 182:5.
González Domingo, Fallos: 345:884.
Greenpeace, Fallos: 346:1272.
Grippo, Fallos: 344:2256.
Gunther, Fallos: 308:1118.
Halabi, Fallos: 332:111.
Juvevir, Fallos: 343:1859.
Lacave, Falos: 347:128.
Majul, Fallos: 342:1203.
Mamani, Fallos: 340:1193.
Martel, Fallos: 345:98.
Mercau, Fallos: 347:18.
Miño, Fallos: 347:414.
Mosca, Fallos: 330:563.
Olivo, Fallos: 341:1854.
Ontiveros, Fallos: 340:1038.
Piumato, Fallos: 348:61.
Río Negro, Provincia de c/ Estado Nacional y otros s/ acción ambiental preventiva, CSJ 2317/2019, 23 de febrero de 2023.
Rizzi, Fallos: 347:520.
Rodríguez Belén, Fallos: 337:1174.
Rodríguez Pereyra, Fallos: 335:2333.
Rodríguez, Sabrina. Fallos: 346:326.
Saavedra, Fallos: 344:174.
Santa Coloma, Fallos: 308:1160.
Tomás Devoto, Fallos: 169:111.
Vadell, Fallos: 306:2030.
Víctor, Fallos: 341:1287.
Zacarías, Fallos: 321:1124.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Adolescentes Recluidos en Centros de Detención e Internación Provisoria del Servicio Nacional de Menores (SENAME) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2024. Serie C No. 547.
Caso Angulo Losada Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 18 de noviembre de 2022. Serie C No. 475.
Caso Asociación Civil Memoria Activa Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de enero de 2024 Serie C No. 516.
Caso Baptiste y otros Vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2023. Serie C No. 503.
Caso Bedoya Lima y otra Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2021. Serie C No. 431.

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400.

Caso Comunidades Quilombolas de Alcântara Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2024. Serie C No. 548.

Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

Caso Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de octubre de 2024. Serie C No. 539.

Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antonio de Jesús y sus familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407.

Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405.

Caso Habitantes de La Oroya Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2023. Serie C No. 511.

Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.

Caso López Soto y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362.

Caso María y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2023. Serie C No. 494.

Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de octubre de 2023. Serie C No. 506.

Caso Mota Abarullo y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2020. Serie C No. 417.

Caso Pueblo Indígena U'wa y sus miembros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2024. Serie C No. 530.

Caso Pueblos Indígenas Tagaeri y Taromenane Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2024. Serie C No. 537.

Caso Pueblos Rama y Kriol, Comunidad Negra Creole Indígena de Bluefields y otros Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de abril de 2024. Serie C No. 522.

Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318.

Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307.

Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4.

Caso Yarce y otras Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325.

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.

Derecho Administrativo en el Estado Constitucional
N° 2 (octubre de 2026): 355-364

El comercio interjurisdiccional y la tributación local. Un reciente fallo de la CSJN como clave de lectura de su jurisprudencia

Interstate Commerce and Local Taxation: A Recent Supreme Court Decision as a Key to Understanding its Jurisprudence

Anahí Flavia Pérez[1]
Universidad de Buenos Aires

https://doi.org/10.26422/daec.2026.0200.per

Resumen
Este trabajo aborda la cláusula del comercio interjurisdiccional y su incidencia sobre los tributos provinciales, con el propósito de determinar en qué supuestos constituye un límite al ejercicio de la potestad tributaria local, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
Palabras clave: federalismo fiscal, comercio interprovincial, impuestos provinciales, jurisprudencia CSJN.

Abstract
This paper examines the interstate commerce clause and its impact on subnational taxes, aiming to determine the circumstances under which it limits local taxing powers, according to the case law of the Argentine Supreme Court
Key words: fiscal federalism, interstate commerce, subnational taxes, Argentine Supreme Court jurisprudence.

1 Secretaria letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Adjunta regular de Finanzas Públicas y Derecho Tributario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora en la Maestría de Derecho Tributario de la Universidad Austral y en distintos posgrados del país. anahiperez@derecho.uba.ar

Las leyes protectoras de la producción
tienen ya sus principios en la Constitución;
no pueden ser arbitrarias, ni deben ser otra cosa
que leyes orgánicas de la economía nacional.
Juan B. Alberdi (2021, p. 67)

Este artículo se basa en la exposición que realicé el pasado 26 de junio en el Seminario de Actualización en Jurisprudencia de la CSJN, organizado por el Ateneo de Derecho Administrativo en el Estado Constitucional y dirigido por la Dra. Laura Monti y el Dr. Patricio Sammartino, a quienes agradezco especialmente la invitación.

En estas líneas se analiza la cláusula del comercio interjurisdiccional en relación con los tributos provinciales con el propósito de determinar en qué supuestos constituye un límite al ejercicio de la potestad tributaria local, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).

El examen de la cuestión se hace a través del abordaje de una sentencia muy reciente de la CSJN que fue novedosa en cuanto al problema concreto que resolvió —referido a la actividad petrolera— y que nos permitirá, a través de su análisis, comprender el estándar de la CSJN en materia de comercio interprovincial y tributación local. En especial, en aquellos casos que pueden considerarse "difíciles".

La sentencia es *YPF S.A. c/ Chubut, Provincia del s/acción declarativa de certeza*, del 23 de abril del año 2026,[2] que contó con la firma coincidente de los tres integrantes del alto tribunal. Se trata de una empresa petrolera —dedicada a la exploración, extracción, industrialización, comercialización, transporte y expendio de petróleo, gas, combustibles y lubricantes, entre otros— que opera en la provincia de Chubut, aunque no tiene refinería en dicha jurisdicción. El crudo que extrae de los yacimientos allí ubicados puede tener tres destinos diferentes: 1) ser vendido en esa jurisdicción, sin haberlo retirado de ella; 2) ser exportado desde un puerto ubicado en esa provincia; o 3) ser extraído en esa provincia y transportado, sin facturar, hasta su refinería ubicada en la ciudad de La Plata (provincia de Buenos Aires), donde se industrializa para luego comercializar una parte en el mercado interno y destinar otra parte a su exportación.

La empresa está inscripta en el Convenio Multilateral (CM) y liquida conforme esos parámetros el impuesto sobre los ingresos brutos (ISIB), de acuerdo con la actividad específica que desarrolla en cada una de las provincias. Ahora bien, ¿cuál es la pretensión del Fisco de Chubut con respecto a este impuesto que, a grandes rasgos, grava el ejercicio habitual de actividades comerciales con fines de lucro y que, con matices, lo aplican las 24 jurisdicciones del país?[3]

---

2 Fallos: 349:385.

3 A los fines de este artículo, no es necesario entrar en el debate acerca de la definición de la hipótesis

Respecto del supuesto descripto en el punto 1, lo grava; el del punto 2 lo exime; y el del 3 —en lo que aquí interesa, esto es, la parte que se exporta— lo grava, a diferencia de lo que ocurre cuando la exportación se realiza desde su provincia. Esto es precisamente lo cuestionado: que los ingresos provenientes de la exportación de estos productos industrializados en la planta de Buenos Aires (convertidos en combustibles y lubricantes), efectuada desde esa jurisdicción, integren la base imponible de ISIB.

Cabe preguntarse si esta distinción es válida. En la postura de YPF no, por lo cual inicia una acción declarativa en instancia originaria. Estas dos cuestiones —tipo de acción y competencia originaria— abren por sí mismas otras ventanas de discusión muy actuales, pero que escapan al objeto central de este trabajo, que es la cuestión de fondo discutida.

La provincia argumenta que YPF pretende erosionar la base imponible atribuible a las provincias productoras. Señala que el petróleo crudo extraído de esa provincia fue sometido a un proceso posterior de refinación fuera de su territorio, cuyo resultado es un producto sustancialmente diferente del extraído. Se apoya en que, más allá de las invocaciones a los arts. 121 y 124 de la Constitución Nacional —el primero les reconoce a las provincias las potestades no delegadas al Gobierno federal y el segundo, incorporado en la reforma de 1994, les atribuye el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio—, Chubut sustenta su postura en un histórico reclamo de las provincias productoras: no perder poder de imposición sobre sus recursos naturales cuando son extraídos de su jurisdicción sin facturar.

La pregunta, entonces, que atraviesa toda la cuestión es qué medidas serían válidas en pos de esa protección. O, a la inversa, qué es aquello que no puede hacerse so pretexto de promover o proteger la riqueza local.

Para respaldar su postura, la provincia invoca el Convenio Multilateral y, en concreto, lo dispuesto en su artículo 13, primer párrafo, que, a su criterio, es la solución legal al problema. Justamente, este último argumento es el que complejiza —o particulariza— el análisis de la controversia.

Por ello, antes de adentrarnos en la resolución, es necesario explicar algunos puntos que no se encuentran en el fallo, pero que nos brindarán las herramientas para entender con mayor profundidad el problema. De forma breve: ¿qué es el Convenio Multilateral?, ¿cuál es su rango?, ¿qué establece su artículo 13? y, por último, ¿por qué parece añadir dificultad al análisis del tema?

El CM es una herramienta de coordinación financiera suscripta por las 24 jurisdicciones y cuya finalidad es evitar la superposición tributaria respecto de aquellos contribuyentes que ejercen actividades económicas en forma inescindible en más de una jurisdicción fiscal, al fijar una determinada esfera de imposición para cada una

de incidencia de este impuesto y, en particular, sobre el requisito del fin de lucro que impone la Ley 23548 de coparticipación federal.

de estas.[4] En efecto, cuando la actividad se desarrolla en dos o más provincias y genera ingresos que, por provenir de un proceso único económicamente inseparable, podrían atribuirse a todas ellas, es misión de este instrumento "medir" cuánto de la actividad corresponde a cada jurisdicción. ¿Cómo lo hace? Distribuyendo la base imponible del impuesto sobre los ingresos brutos entre las distintas jurisdicciones.[5]

En cuanto al rango que posee, integra lo que la Corte ha dado en llamar "federalismo de concertación", en otras palabras, acuerdos, en este caso, solo entre las provincias —a diferencia de la coparticipación, que involucra también al Estado nacional—. Si bien para la mayoría del tribunal estos acuerdos tienen carácter de derecho público local (no federal), ocupan un rango superior a las leyes y no pueden ser modificados ni derogados unilateralmente.[6]

La introducción del argumento del CM complejiza el tema a resolver por la CSJN por dos cuestiones claras: por un lado, porque si la controversia se resuelve por aplicación de este convenio, la Corte no abriría su competencia originaria, ya que la mayoría del tribunal entiende, como se dijo más arriba, que se trata de derecho público local y, en temas tributarios, para que proceda la instancia originaria se necesita, además de una provincia —actuando nominal y sustancialmente como actora, demandada o tercera—, materia federal exclusiva y predominante. A su vez, el propio texto del primer párrafo del artículo 13 dificulta el análisis de la cuestión.

Lo que establece este primer párrafo, a grandes rasgos, es que, en determinados productos —en bruto o elaborados, entre los que se encuentra el petróleo— "cuando sean despachados por el propio productor sin facturar para su venta fuera de la jurisdicción productora" (esto es, el productor sigue siendo su dueño cuando sale de la provincia), lo que dispone la norma es que, en esos casos, se le atribuirá a la jurisdicción productora el precio mayorista oficial o corriente en plaza a la fecha y en el lugar de la expedición, en tanto las jurisdicciones donde se comercialice podrán gravar la diferencia entre dicho precio y el que en definitiva se haya obtenido por la venta final de los productos (ya sea que se vendan en el mismo estado o luego de un proceso de elaboración).

Este artículo ha sido, históricamente, objeto de debate, pues, en una primera aproximación, parecería habilitar a la provincia a gravar el mero hecho de la salida del producto de su jurisdicción. Esta discusión es importante tenerla presente porque, como se verá más adelante, en la resolución del caso, la CSJN, si bien evita pronunciarse sobre el alcance del artículo —y la interpretación que de él hace la provincia de Chubut—, no elude el argumento, sino que responde al planteo mediante un razonamiento de jerarquía normativa contundente.

---

4 Fallos: 298:392, considerando 6°; 305:1471; 329:59; 338:845, entre otros.

5 Arg. Fallos: 329:59 y su cita.

6 Fallos: 338:1356.

Lo que argumenta YPF en su demanda es que la pretensión fiscal de la provincia vulnera la cláusula comercial prevista en el artículo 75, inciso 13 y los artículos 1, 4, 9, 10, 11, 12, 126 y concordantes de la Constitución Nacional.

Previamente a resolver el caso, debemos tener presente que una primera pista la ofrece el hecho de que la CSJN ya había admitido su competencia originaria. Como vimos, para abrir su competencia en un litigio que involucra tributos provinciales —derecho local—, es necesario que lo relevante para la solución del caso sea el derecho federal. ¿Cuál es, concretamente, ese derecho federal aquí? Pues el bloque constitucional integrado por los arts. 75, inc. 13 y 126 de la CN, es decir, las normas que regulan el comercio interjurisdiccional. Ello ya anticipa la preeminencia que la CSJN le atribuye al caso para la preservación del derecho federal y, en particular, para la tutela y el resguardo de las competencias que la Constitución le confiere al Gobierno federal.

Una aclaración se impone. Con frecuencia se invoca también el bloque constitucional referido a la libre circulación y a la prohibición de aduanas interiores (arts. 9 a 12 de la CN). Sin embargo, es útil recordar su diverso origen: mientras la cláusula comercial fue tomada del modelo constitucional estadounidense, el régimen de aduanas interiores responde a nuestra propia historia, vinculada con la conformación del Estado nacional y la búsqueda de la unión entre las provincias. Esta exposición se centrará en la cláusula del comercio.

Otra información que cabe tener en cuenta antes de entrar al examen de lo fallado comprende el alcance de esta cláusula, que, insertada en los poderes delegados, establece que le corresponde al Congreso "reglar el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí" (esto último es lo que nos va a interesar aquí, el comercio interprovincial). En ejercicio de esta atribución, el Congreso de la Nación sanciona diversas leyes federales (por ejemplo, hidrocarburos, energía, minería, telecomunicaciones, entre otras), que explicitan la preeminencia de la regulación federal sobre la local en el caso de interjurisdiccionalidad, esto es, que concierne a más de un estado.

¿Qué se entiende por "comercio"? La disposición tiene gran amplitud, contiene una noción orgánica de "comercio", porque no se refiere únicamente al comercio en su carácter de acto jurídico, sino también a todas las manifestaciones de la vida económica relacionadas con la prosperidad nacional, es decir, la legislación industrial en todos sus aspectos, las leyes de patentes y marcas, la navegación marítima y fluvial, el fomento de las industrias, las telecomunicaciones, etcétera.

Ahora bien, en materia de tributos locales, cabe preguntarse cuándo esta cláusula se convierte en un límite al poder tributario.

Sabemos que los poderes de las provincias son originarios e indefinidos y los delegados a la nación son definidos y expresos, pero ha dicho el alto tribunal que aquellos poderes provinciales no pueden enervar el ejercicio razonable de los pode-

res delegados al Gobierno federal, so pena de convertir en ilusorios los propósitos y objetivos de las citadas facultades que fincan en la necesidad de procurar eficazmente el bien común de la nación toda, en el que necesariamente se encuentran engarzadas y del cual participan todas las provincias.[7]

En específico, con respecto a la prohibición de aduanas y la cláusula comercial, fue clara la máxima instancia del país cuando señaló que los arts. 9, 10, 11, 12 y 75, inc. 13 de la CN "no fueron concebidos para invalidar absolutamente todos los tributos locales que inciden sobre el comercio interprovincial, reconociendo a éste una inmunidad o privilegio que lo libere de la potestad de imposición general que corresponde a las provincias".[8]

¿Cuándo entonces los impuestos provinciales afectan el comercio entre los estados? Cuando una ley impositiva se propone o, sin proponerse, opera o puede operar desviaciones en las corrientes de consumo de tal o cual producto de una provincia, distorsionar o discriminar en disfavor del comercio interjurisdiccional. Es decir, se vuelve a la idea de leyes que crean diferencias de tratamiento del mismo producto, ya sea liberando del gravamen al producto local o estableciendo tasas diferentes según sea su origen. La Constitución ha querido impedir que, con leyes impositivas o de cualquier otra naturaleza, una provincia pueda hostilizar el comercio de los productos originarios de las otras, provocando medidas de retorsión inconciliables con la armonía y recíproca consideración que debe reinar entre ellas.[9]

Podemos encontrar ejemplos de esta jurisprudencia de más de un siglo. Por ejemplo, una ley de la provincia de Mendoza de la década de 1920, que, para promover y proteger su industria, eximía del tributo a la cosecha de la uva cuando esta se industrializaba —es decir, se vinificaba— en la propia provincia y llevó a la CSJN a acuñar la recordada frase:

> La Constitución ha querido hacer un solo país para un solo pueblo: no habría Nación si cada provincia se condujera económicamente como una potencia independiente. Pero no se ha propuesto hacer una Nación centralizada. La Constitución ha fundado una unión indestructible, pero de estados indestructibles.[10]

En este repaso podemos llegar hasta nuestros días, con sentencias que pueden verse en prácticamente cada acuerdo del máximo tribunal. Basta mencionar el tema de las alícuotas agravadas del impuesto sobre los ingresos brutos, que la mayoría de las provincias aplicó durante la década pasada a contribuyentes que realizaban acti-

---

7 Fallos: 332:66 y 335:1739, entre muchos otros.

8 Fallos: 306:516, entre mucho otros.

9 Fallos: 178:308, entre otros.

10 Fallos 178:9. Aunque, en lo que al caso interesa, se rechazó la demanda.

vidades comerciales en su territorio, pero que no tenían su establecimiento principal allí. Si bien la Corte las ha descalificado y las jurisdicciones las han derogado, aún subsisten litigios por períodos anteriores y las provincias mantienen sus pretensiones de cobro. Resulta ilustrativo leer las defensas —transcriptas en las sentencias— en las que se invoca recurrentemente el art. 125 de la Constitución Nacional como justificación de esas alícuotas agravadas, con el argumento de promover el desarrollo económico y la generación de empleo en el territorio provincial.

Este es un razonamiento muy similar al que utilizó la provincia de Buenos Aires para legitimar la aplicación de una alícuota agravada del impuesto de sellos cuando los actos que tuvieran por objeto inmuebles ubicados en el territorio provincial se escriturasen en otra jurisdicción. Obsérvese que, en ambos casos, el fin es claro: atraer hacia esa provincia la radicación del establecimiento o la instrumentación del acto. Lo llamativo es que este objetivo no es negado por las jurisdicciones involucradas, que están convencidas de la legitimidad de la medida. Esta convicción es la que nos lleva a preguntarnos, más allá de las normas, si alguna vez conformaremos esa "unión indestructible de estados indestructibles". Es un fenómeno recurrente que desconoce el sistema económico pensado por Alberdi —y plasmado en la Constitución— de un mercado interno único. Esta carga impositiva mayor en el comercio interprovincial produce la retracción de la actividad económica del país. El efecto disuasorio resulta patente.

Retomando el recorrido jurisprudencial, las alícuotas agravadas han sido declaradas inválidas por la Corte en recordados precedentes que nos eximen de mayores comentarios, pero que resaltaron la discriminación en disfavor del comercio interjurisdiccional y el perjuicio provocado a los productos foráneos en beneficio de los manufacturados en el territorio provincial.[11]

Si observamos los últimos quince años de este camino, encontraremos que la CSJN ha descalificado, por aplicación de este bloque constitucional y de la noción orgánica de "comercio", tanto un impuesto a la captación neta de fondos que cobraba la provincia de Entre Ríos sobre los recursos generados en su provincia —pero no utilizados en ella (porque se prestaban afuera)—[12] como normas locales que establecían que los pescados y mariscos que se descargaran en puertos bonaerenses debían ser procesados en establecimientos industriales radicados en ese territorio

11 Fallos: 340:1480, entre muchos otros. Para examinar una de las sentencias más recientes, puede consultarse: CSJN, 1204/2019. *DELOITTE & CO. S.A. c/ SANTA FE, PROVINCIA DE s/ ACCIÓN DECLARATIVA DE CERTEZA*, del 11/06/26. La firma se dedica a servicios de contaduría, consultoría y auditoria, y la provincia de Santa Fe le aplica una alícuota mayor de ingresos brutos (4,5%) por el mero hecho de estar radicada fuera de la provincia. En la sentencia se señala que esta conducta obstaculiza el desenvolvimiento del comercio entre las provincias y, por aplicación del precedente *Bayer* (y otros), se hace lugar a la demanda.

12 Fallos: 337:234.

provincial como condición para poder ser transportados fuera de ese territorio;[13] o bien leyes de la provincia de Chubut que establecían la obligatoriedad de la utilización de puertos y astilleros provinciales como requisito para mantener, renovar u otorgar permisos de pesca a las empresas que operaban buques para la captura de la especie langostino.[14] En todos esos casos, la Corte tachó el argumento proteccionista y destacó que

> … en el sistema de la Constitución Nacional, las cláusulas referentes a la cuestión en debate, buscan asegurar un espacio económico único, libre de trabas fundadas en el hecho de que la circulación de bienes personas atraviese los limites provinciales. Se procura evitar acciones de inspiración proteccionista a favor de las actividades económicas internas de las provincias en contra de bienes servicios que provengan de las demás. Por dicha razón, tales preceptos liberan y dan garantías al movimiento interprovincial de personas bienes.[15]

Por último, en cuanto al régimen federal de energía —Ley 15336 y, en particular, su art. 12—, la CSJN, aun reconociendo que el referido art. 12 no consagraba una inmunidad impositiva absoluta, invalidó en numerosas oportunidades las pretensiones impositivas provinciales sobre la generación y transporte de energía cuando interferían en el cumplimiento de los fines perseguidos por la ley nacional.[16] Incluso en materia de tasas retributivas de servicios y transporte de cargas descalificó una gabela que se aplicaba, so pretexto de control sanitario, al ingreso de productos lácteos en tránsito federal.[17]

Llegados hasta aquí, una vez explicado el estándar de la CSJN en el tema, la pregunta es, en el caso concreto, cómo lo aplicó el máximo tribunal del país. Y, respecto del argumento del Convenio Multilateral, si influyó en su decisión de algún modo.

En primer término, diremos que la Corte admite el tipo de acción —declarativa— por entender que se encontraban reunidos sus requisitos, ya que había mediado una conducta estatal explícita destinada al cobro del impuesto a través de la actividad de sus órganos fiscales. En cuanto a la controversia de fondo, su análisis se ciñe a la compatibilidad de la pretensión fiscal con el texto constitucional y efectúa, además,

---

13 Fallos: 335:1739.

14 Fallos: 335:1794.

15 Puntualmente, en lo que respecta a los principios del artículo 12 y a la noción orgánica asignada a la cláusula del comercio (75, 13 y 126 de la CN), recordó el alto tribunal que ellas previenen a las legislaturas provinciales de dictar leyes que discriminen el comercio interior en función de su origen o que beneficien un Estado provincial respecto de otro, que se grave su desenvolvimiento al extremo de dificultarlo o impedirlo.

16 Fallos: 322:2598, Fallos: 320:162, 336:1415 y 344:936, entre otros.

17 CSJN, 238/2010 (46-L)/CS1. *Logística La Serenísima S.A. y otros c/ Mendoza, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, del 09/12/2015.

una afirmación sobre el artículo 13 del Convenio, cuya aparente sencillez no debería ocultar su trascendencia.

Siguiendo, de forma explícita, las razones desarrolladas en el dictamen de la procuradora fiscal, Dra. Laura Monti, el tribunal señala que asiste razón a la empresa y que los actos de Chubut conllevan una discriminación fiscal en contra del comercio interprovincial, transgrediendo el bloque constitucional de los arts. 9 a 12 (libre circulación) y 75, inc. 13 de la CN. Recuerda que estas disposiciones organizan un sistema económico unificado en todo el territorio nacional y excluyen normas y actos de las autoridades locales que aumentan la carga tributaria del comercio interprovincial respecto del comercio interno de la provincia. Con cita del precedente *Bayer*, resalta que las provincias no pueden invocar la titularidad territorial para discriminar en perjuicio de la actividad económica que se lleva a cabo en otras.

A renglón seguido, expone un razonamiento crucial. Lo hace a propósito del reconocimiento de la propia provincia de que la exportación de petróleo —crudo o industrializado— que se realiza desde Chubut no se encuentra alcanzada por el ISIB. No lo plantea a manera de interrogante, pero, permítame, lector, presentarlo en esos términos. Sería como si el tribunal se preguntara: ¿cómo debería estar diseñada esta norma local para ser neutral respecto del comercio interprovincial? Y la respuesta es: "debería ser indiferente al hecho de que, en alguna etapa de su procesamiento, dicho petróleo haya sido transportado a otra provincia. Si el petróleo que es extraído, industrializado y exportado desde Chubut no integra la base imponible del impuesto, el petróleo extraído en Chubut, industrializado total o parcialmente en otra provincia y luego exportado, tampoco debería integrarla".

Es momento, ahora, de la reflexión adicional sobre la presunta autorización que la provincia insiste en que le daría el primer párrafo del art. 13 del CM. La CSJN hace esta reflexión siguiendo el dictamen, aunque no transcribe el ejemplo numérico que se da en esta pieza fiscal y que resulta muy ilustrativo, por lo cual lo replicamos aquí antes de volver a la sentencia:

> Si YPF extrajera un barril de petróleo crudo en la Provincia del Chubut cuyo precio mayorista fuera de $40 y, luego de un proceso de refinación en la propia provincia, lo exportara desde allí como combustible por un valor de $100, resultaría que la Provincia nada exigiría al contribuyente por esa operación en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos. Por el contrario, si YPF extrajera idéntico barril de petróleo crudo en la Provincia del Chubut con precio mayorista de $40 y, luego de un proceso de refinación en otras provincias, lo exportara desde ellas como combustible por un valor de $100, la tesis provincial aquí sostenida llevaría a gravar el precio mayorista de ese petróleo extraído ($40) únicamente porque ha sido procesado y exportado fuera de su territorio.

Respecto de esta situación, la CSJN realiza una consideración que pone la cuestión en su justo cauce y centra el análisis del caso en las normas constitucionales en juego. Señala:

> De todos modos, resulta irrelevante definir en esta sentencia si la interpretación del artículo 13 del Convenio Multilateral que hace la Provincia del Chubut es correcta o no, puesto que la prohibición de discriminar en contra del comercio interprovincial viene impuesta por la Constitución misma (Constitución Nacional, artículos 9 a 12, 31 y 75, inciso 13). (Considerando 5°, 3er párrafo)

Esta breve conclusión condensa un siglo de jurisprudencia sobre la materia y orienta el análisis que deberá seguir el juzgador al examinar estos casos, más allá de las circunstancias fácticas y normativas propias de cada situación. En otras palabras, la CSJN, además de resolver el caso planteado, establece un método de análisis para casos futuros. Frente a cada situación nueva, el operador jurídico deberá identificar si el problema tiene una dimensión constitucional; luego, precisar el alcance de las normas infraconstitucionales involucradas; aplicar el estándar tradicional de la Corte —transversal a distintos supuestos, como vimos— y, finalmente, someter la medida cuestionada a dicho tamiz.

Bibliografía

Alberdi, J. B. (2021). *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*. Círculo Azul.

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.

Derecho Administrativo en el Estado Constitucional
N° 2 (octubre de 2026): 365-374

Comentario a *Ilic, Suzan Hayley y otros c/ Comisión Nacional de Valores*. El plazo razonable en el procedimiento administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Commentary on "Ilic, Suzan Hayley y otros c/ Comisión Nacional de Valores". The Reasonable Time Requirement in Administrative Proceedings in the Case Law of the Supreme Court of Argentina

Laura Oviedo[1]
Procuración General de la Nación

Sumario

1. Introducción
2. Consideraciones preliminares
3. *Losicer* (2012)
4. *Bonder Aaron* (2013)
5. *Ilic* (2026)
6. Conclusiones

https://doi.org/10.26422/daec.2026.0200.ovi

1 Abogada por la Universidad Nacional de La Plata. Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral, con diploma de honor al mejor promedio y mención especial por su tesina. Especialista en Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales por la Universidad de Castilla-La Mancha. Maestranda en Magistratura y Derecho Judicial de la Universidad Austral. Actualmente se desempeña como prosecretaria letrada de la Procuración General de la Nación, en el área de dictámenes de derecho público no penal a cargo de la procuradora fiscal Laura Monti. Ha sido docente de grado y de posgrado, disertante en cursos y seminarios especializados y es autora de publicaciones de doctrina en derecho administrativo.
loviedo@mpf.gov.ar

Resumen
El presente trabajo repasa la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la garantía a ser juzgado en un plazo razonable en el procedimiento administrativo, a partir del reciente fallo dictado en la causa *Ilic, Suzan Hayley y otros c/ Comisión Nacional de Valores*. Con ese propósito, analiza los precedentes *Losicer* y *Bonder Aaron*, cuyo estudio resulta imprescindible para comprender el alcance con el que la Corte ha reconocido esta garantía en el ámbito del procedimiento administrativo. Asimismo, examina su recepción expresa en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y las precisiones que introduce el pronunciamiento dictado en Ilic para determinar si la duración del trámite vulneró esa garantía.
Palabras clave: plazo razonable, procedimiento administrativo, tutela administrativa efectiva, buena administración, Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Abstract
This article reviews the case law of the Supreme Court of Argentina on the right to a determination within a reasonable time in administrative proceedings, taking as its starting point the recent judgment in "Ilic, Suzan Hayley y otros c/ Comisión Nacional de Valores". To this end, it analyses the precedents "Losicer" and "Bonder Aaron", which are essential to understanding the scope of the Court's recognition of this right in administrative proceedings. It also examines the express recognition of this right in the National Administrative Procedure Act and the clarifications provided by the judgment in Ilic for determining whether the duration of proceedings has violated this right.
Key words: reasonable time, administrative proceedings, effective administrative protection, good administration, Supreme Court of Argentina.

1. Introducción

En el presente trabajo, repasaremos la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) sobre la garantía a ser juzgado en un plazo razonable en el procedimiento administrativo, a partir del reciente fallo dictado el 14 de mayo de 2026 en la causa *Ilic, Suzan Hayley y otros c/ Comisión Nacional de Valores*.

Con ese propósito, analizaremos los precedentes *Losicer* (2012) y *Bonder Aaron* (2013), cuyo análisis resulta imprescindible para comprender el alcance con el que la CSJN ha reconocido esta garantía en el ámbito del procedimiento administrativo.[2]

2 Fallos: 335:1126 (2012) y 336:2184 (2013). Ver Durand (2012).

2. Consideraciones preliminares

Como cuestión preliminar, cabe destacar que el fallo dictado en la causa *Ilic* fue pronunciado con posterioridad a la reforma de la Ley Nacional 19549 de Procedimientos Administrativos (en adelante, LNPA), introducida por la denominada Ley 27742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, que receptó expresamente esta garantía entre los principios fundamentales del procedimiento administrativo.[3]

Concretamente, el art. 1° bis incorporó la garantía del plazo razonable en dos de los principios fundamentales allí previstos: la tutela administrativa efectiva y la buena administración.

En relación con el primero, cabe recordar que, con anterioridad a la reforma de la LNPA, la CSJN ya había reconocido la tutela administrativa efectiva como principio fundamental del procedimiento administrativo al resolver, en 2004, la causa *Astorga Bracht* y, más recientemente, al pronunciarse, en 2023, en el caso *Flores Marcela*, en el que remitió al dictamen de la procuradora fiscal Laura Monti.

Al regular la tutela administrativa efectiva en el inc. a del art. 1° bis, la Ley 27742 mantuvo, en lo sustancial, el núcleo del debido proceso adjetivo previsto en la redacción originaria de la LNPA. En efecto, aquella comprende el derecho a ser oído antes de la emisión del acto que concierne a los derechos o intereses jurídicamente protegidos del interesado; a interponer recursos; a ofrecer y producir prueba y a controlar su producción; a obtener una decisión fundada; y a que el procedimiento concluya dentro de un plazo razonable.[4]

En lo que aquí interesa, el inc. a, ap. iv de esa norma reconoce expresamente el derecho a que los procedimientos administrativos tramiten y concluyan en un plazo razonable, por decisión escrita y expresa. Asimismo, establece que la Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos, cualquiera sea su forma de iniciación.

Por su parte, el art. 1° bis introdujo una verdadera novedad al incorporar entre los principios fundamentales del procedimiento administrativo a *la buena administración*. A diferencia de la tutela administrativa efectiva, la buena administración no había tenido hasta entonces recepción en la jurisprudencia de la CSJN ni un gran desarrollo en la doctrina administrativista.

Si bien la LNPA receptó expresamente este principio, no desarrolló su contenido ni precisó su ámbito de protección. Para determinar su alcance, cabe remitir-

3 Ver Ivanega (2024), Lara Correa (2025).

4 Además de constituir un principio fundamental del procedimiento, la tutela administrativa efectiva presenta una doble faz: es una garantía fundamental de los administrados y, correlativamente, un deber a cargo de los órganos, entes y personas jurídicas que tienen asignado el ejercicio de la función administrativa. Constituye, asimismo, un elemento del acto administrativo (art. 7° de la LNPA).

se a otros cuerpos normativos que sí lo han regulado y de los que surge que este comprende el derecho a que los procedimientos tramiten y concluyan dentro de un plazo razonable. Así, en el ámbito europeo, el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000) (UE), al consagrar el derecho a una buena administración, reconoce que toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la UE traten sus asuntos de manera imparcial y equitativa y dentro de un plazo razonable. Por su parte, en el ámbito iberoamericano, el punto 25 de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública (2013) reconoce el derecho fundamental a la buena administración, que consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad e imparcialidad y resueltos dentro de un plazo razonable, al servicio de la dignidad humana.

Con anterioridad a la reforma de la LNPA, la CSJN, con fundamento en el derecho de defensa en juicio consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional y en el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya había reconocido que la garantía de obtener una decisión en un plazo razonable resultaba aplicable al procedimiento administrativo. Así lo hizo en las causas *Losicer* y *Bonder Aaron*, que analizaremos a continuación.

3. *Losicer* (2012)

El precedente *Losicer*, dictado el 26 de junio de 2012, reviste singular importancia, pues constituye la primera oportunidad en la que la CSJN aplicó expresamente la garantía a ser juzgado en un plazo razonable a un procedimiento administrativo sancionador.

El caso se había originado a partir de un sumario iniciado por el Banco Central de la República Argentina (BCRA), que, tras más de quince años de tramitación, culminó con el dictado de una resolución que sancionó a Jorge Alberto Losicer y a Roberto Antonio Punte por diversas infracciones al régimen financiero.

Los sancionados interpusieron recursos de apelación ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que los rechazó por considerar que no se había operado el plazo de prescripción de seis años previsto en el art. 42 de la Ley de Entidades Financieras, debido a las sucesivas interrupciones producidas por las diligencias realizadas durante la sustanciación del sumario.

En ese marco, la Corte entendió que correspondía determinar si la duración del trámite había vulnerado la garantía de defensa en juicio, reconocida en el art. 18 de la Constitución Nacional, y el derecho a obtener una decisión dentro de un plazo razonable, previsto en el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ver Sammartino (2025).

Como punto de partida, el tribunal señaló que la vigencia de la garantía del plazo razonable consagrada en los arts. 8.1 y 25 de la Convención no se limita al Poder Judicial. Por el contrario, destacó que debe ser respetada por todo órgano o autoridad pública cuyas decisiones puedan determinar derechos u obligaciones de las personas, con independencia del poder del Estado al que pertenezca. En concreto, con cita de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en los casos *Tribunal Constitucional vs. Perú* y *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*[5] y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recordó que las garantías del debido proceso previstas en el citado art. 8.1 deben ser observadas por todo órgano estatal que ejerza funciones materialmente jurisdiccionales y resultan aplicables también a los procedimientos administrativos sancionadores.

Sobre esa base, concluyó que el plazo razonable de duración del proceso al que alude el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos constituye una garantía exigible en toda clase de proceso y que, ante la ausencia de pautas temporales abstractas que permitan establecer, con carácter general, cuándo la duración de un procedimiento vulnera ese derecho, les corresponde a los jueces determinar en cada caso si se configuró un retardo injustificado de la decisión.

Para ello, ante la falta de reglas temporales precisas para efectuar tal determinación, la CSJN recurrió a la doctrina elaborada por la Corte IDH en los casos *Genie Lacayo vs. Nicaragua* y *López Álvarez vs. Honduras*, entre otros. Sobre la base de esa jurisprudencia, señaló que la razonabilidad del plazo debe examinarse de acuerdo con los siguientes criterios: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades; y d) el análisis global del procedimiento.[6]

Al aplicar esos criterios al caso, consideró que el sumario tramitado por el BCRA había tenido una duración irrazonable. Para arribar a esa conclusión, tuvo en cuenta que los hechos investigados no revestían especial complejidad y que los sumariados no habían obstaculizado el desarrollo del procedimiento. Asimismo, ponderó que los prolongados períodos de inactividad, que habían motivado a la propia autoridad administrativa a remitir las actuaciones a la auditoría interna, resultaban enteramente atribuibles al BCRA y constituían la principal causa de la demora. En consecuencia, entendió que se había vulnerado la garantía del plazo razonable, hizo lugar a los recursos extraordinarios y revocó la sentencia apelada.

---

5 Corte IDH, *Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia del 31 de enero de 2001, párr. 71; y *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia del 2 de febrero de 2001, párrs. 124, 127 y 129, respectivamente. En el mismo sentido se expidió la Corte IDH en los casos *Ivcher Bronstein vs. Perú* (2001); *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004); *Claude Reyes y otros vs. Chile* (2006); *Yatama vs. Nicaragua* (2005); *Acosta Calderón vs. Ecuador* (2005); *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú* (2006); y *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay* (2011).

6 Aclaró que, si bien tales pautas tienen carácter indicativo, otorgan contenido concreto a las garantías examinadas y permiten formular un juicio objetivo acerca del plazo razonablemente admisible para que la Administración tramite un sumario y, en su caso, sancione las conductas antijurídicas. Ello, sin perjuicio de las disposiciones sobre la prescripción de la acción, ante la amplitud de las causales de interrupción allí previstas.

4. *Bonder Aaron* (2013)

Al año siguiente, el 19 de noviembre de 2013, la CSJN dictó sentencia en la causa *Bonder Aaron*. Al igual que en *Losicer*, se trataba de un sumario instruido por el BCRA ante presuntas infracciones al régimen financiero.

Lo relevante de este precedente es que la Corte reafirmó la doctrina sentada en *Losicer* en materia de plazo razonable y, al analizar si la demora había sido irrazonable o injustificada, tomó en consideración no solo el tiempo insumido por el procedimiento administrativo, sino también el correspondiente a la tramitación judicial.[7]

Así, con cita del caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia* de la Corte IDH, el tribunal señaló que la razonabilidad del plazo debe examinarse a partir de la duración total del procedimiento, desde su inicio hasta el dictado de la decisión definitiva. Sobre esa base, precisó que ese análisis comprendía tanto la etapa del sumario administrativo como su posterior revisión judicial, ya que ambas integraban un mismo proceso de tutela de derechos.[8]

Es relevante destacar que, en el caso, los hechos investigados habían ocurrido entre 1982 y 1983, la sanción administrativa había sido dictada en 1993 y la sentencia judicial había sido pronunciada en 2008, lo que implicó una duración cercana a los veintiséis años. La Corte consideró que esa duración resultaba irrazonable, máxime cuando el asunto no revestía especial complejidad ni se advertía una conducta dilatoria por parte de los sancionados.

5. *Ilic* (2026)

Más de una década después de los precedentes *Losicer* y *Bonder Aaron*, la CSJN, por remisión a los fundamentos del dictamen de la procuradora fiscal Laura Monti, volvió a pronunciarse sobre esta garantía en la causa *Ilic*, resuelta el 14 de mayo de 2026.[9]

---

7 En particular, los recurrentes cuestionaban que hubieran transcurrido más de siete años entre la presentación del último alegato y el dictado de la sentencia judicial. Si bien la Corte reconoció que ese período excedía el que normalmente podía insumir el estudio de la causa, aclaró que la razón determinante para considerar vulnerada la garantía del plazo razonable radicaba en el análisis global del procedimiento.

8 Corte IDH, *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, sentencia del 27 de noviembre de 2008, párr. 154. Este criterio fue reafirmado por la Corte IDH en *Perrone y Preckel vs. Argentina* (2019), Serie C n.° 384, en el que volvió a considerar, de manera conjunta, la duración del procedimiento administrativo y del proceso judicial a los fines de determinar si se había respetado la garantía del plazo razonable.

9 El pronunciamiento se inscribe en una serie de causas análogas seguidas contra la CNV, provenientes de las salas I y II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, entre ellas: CCF 21182/2022/1/RH2, CCF 18794/2022/1/RH2, CCF 14633/2021/1/RH1 y CCF 2180/2023/1/RH2, sentencias del 14 de mayo de 2026; y CCF 5842/2018/1/RH1 sentencia del 2 de julio de 2026. En

En el caso, se impugnaba una resolución de la Comisión Nacional de Valores (en adelante, CNV) que había impuesto una multa a una sociedad y a sus directivos por presuntos incumplimientos vinculados con el régimen del mercado de capitales. La Cámara entendió que habían transcurrido siete años entre la inspección efectuada en la sede social, en la que se verificaron los incumplimientos, y el dictado de la resolución sancionatoria. Sobre la base de las pautas establecidas en *Losicer*, consideró que la CNV había vulnerado la garantía del plazo razonable. Para arribar a esa conclusión, tuvo en cuenta que se trataba de incumplimientos formales en los libros contables que no revestían especial complejidad, que los sumariados no habían obstaculizado el desarrollo del procedimiento y que los períodos de inactividad eran enteramente atribuibles a la CNV.

La CSJN consideró que la Cámara había aplicado erróneamente la doctrina sentada en *Losicer* al abordar la cuestión de manera dogmática, sin examinar los hechos de la causa a la luz de las pautas allí establecidas. En ese marco, destacó que las circunstancias verificadas en los precedentes invocados diferían sustancialmente de las examinadas en el caso, especialmente en cuanto a la duración del procedimiento.[10]

En particular, sostuvo que la Cámara había omitido un examen integral y circunstanciado de acuerdo con las pautas fijadas por la Corte, relativas a: a) la complejidad del asunto; b) la conducta procesal de las partes y de la autoridad administrativa; y c) la afectación concreta que la duración del procedimiento produjo en la situación jurídica de los involucrados.

Asimismo, cuestionó el momento a partir del cual la Cámara había computado el plazo, pues había tomado como punto de partida la fecha en la que la CNV efectuó la inspección en la sede social de la actora y constató las presuntas infracciones, pese a que ello había ocurrido con anterioridad a la apertura del sumario. Al respecto, señaló que el tribunal no había explicado de qué modo las actuaciones desarrolladas durante esa etapa previa habían afectado la situación jurídica de los actores. En ese sentido, destacó que, durante ese período, la CNV se había limitado a su tarea investigativa, sin que se hallara acreditado que las actuaciones hubieran irrogado cargas a los actores o afectado su situación jurídica.

Por otra parte, tuvo en cuenta que la etapa sumarial había tenido una duración aproximada de cinco años y tres meses, período en el que los actores ejercieron plenamente su derecho de defensa, sin que se hubiera acreditado que los eventuales

---

todas, la Corte remitió a lo resuelto en *Ilic*.

10 Las circunstancias fácticas verificadas en *Losicer* y en *Bonder Aaron* diferían sustancialmente de las examinadas en *Ilic*. En el primero, el sumario había sido resuelto dieciocho años después de los hechos investigados y quince años después de su apertura, lapsos que superaban ampliamente el plazo de prescripción. En *Bonder Aaron*, los hechos habían ocurrido entre 1982 y 1983, la sanción administrativa había sido dictada en 1993 y la sentencia judicial había sido pronunciada recién en 2008, de modo que la duración total se había aproximado a los veintiséis años.

lapsos de inactividad procesal atribuibles a la CNV hubieran comprometido sus garantías constitucionales. Ponderó, además, que la duración del sumario había sido incluso inferior al plazo de seis años previsto en el art. 135 de la Ley 26831, aun cuando en el caso no se encontraba discutida la prescripción de la acción.

En ese contexto, la CSJN consideró que la Cámara había omitido analizar de qué modo las actuaciones desarrolladas por la CNV, dentro de los plazos previstos por la normativa aplicable, habían ocasionado un perjuicio grave e injustificado capaz de comprometer las garantías de defensa en juicio y del debido proceso, reconocidas en el art. 18 de la Constitución Nacional, y el derecho a obtener una decisión dentro de un plazo razonable, previsto en el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por último, señaló que la imposibilidad de establecer con precisión matemática cuál es el plazo razonable de duración de un procedimiento no exime a los jueces de desarrollar suficientemente los fundamentos de su decisión, lo que no había ocurrido en el caso, de modo que su valoración pueda ser examinada críticamente y no se convierta en la expresión de una pura subjetividad judicial.

6. Conclusiones

Al resolver *Ilic*, la CSJN reafirma y actualiza los parámetros que deben ponderarse para analizar la razonabilidad del plazo, en consonancia con la jurisprudencia de la Corte IDH, y cuestiona la aplicación automática de la doctrina sentada en *Losicer* por parte de los magistrados.

En ese marco, de sus fundamentos se desprende que los jueces deben efectuar un análisis integral y circunstanciado del caso, en el que, además de ponderar la complejidad del asunto, la conducta de las partes y la actuación de las autoridades, determinen si la duración del trámite produjo una afectación concreta en la situación jurídica de los involucrados. En relación con este último parámetro, la Corte IDH ha precisado que

> se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve.[11]

11 Corte IDH, Caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 155.

Sobre esa base, el dictamen destaca especialmente que la cámara omitió analizar de qué modo las actuaciones desarrolladas por la CNV habrían ocasionado a los actores un perjuicio grave e injustificado capaz de comprometer su derecho a obtener una decisión dentro de un plazo razonable.

Por su parte, el fallo aporta una precisión relevante acerca del momento a partir del cual debe computarse el plazo, a la luz de la doctrina desarrollada por la Corte IDH. En materia penal, ese tribunal ha señalado que el plazo comienza a correr desde el primer acto del procedimiento dirigido contra una persona como probable responsable de un delito. De acuerdo con ese criterio, lo determinante no es necesariamente la existencia de una decisión formal, sino el momento en el que la actuación estatal incide efectivamente en la situación jurídica de la persona.[12]

Desde esta perspectiva, consideramos que del pronunciamiento en análisis no se desprende que el plazo razonable deba computarse necesariamente desde la apertura del sumario. La determinación del punto de partida dependerá de las circunstancias del caso y de la incidencia concreta de la actuación estatal sobre los derechos de los administrados. En consecuencia, las actuaciones anteriores a la apertura del sumario también podrían quedar comprendidas en el cómputo si se acreditara que afectaron su situación jurídica.

Finalmente, la Corte precisa el alcance de la tarea que, en *Losicer*, había encomendado a los jueces al diferirles la determinación de si, en cada caso concreto, se ha configurado un retardo injustificado de la decisión. Ahora bien, esa valoración no puede quedar librada a una apreciación meramente subjetiva. Por el contrario, señala que, ante la imposibilidad de establecer con precisión matemática la duración razonable de un procedimiento, los magistrados deben efectuar un análisis integral del caso y exponer suficientemente las razones que sustentan la decisión.

En definitiva, no toda demora administrativa implica, por sí sola, la vulneración de la garantía del plazo razonable. No basta con verificar la duración del procedimiento o el incumplimiento de los plazos reglamentarios. Por el contrario, ante la ausencia de pautas legales, los jueces deben aplicar, de manera integral y circunstanciada, los parámetros establecidos por la CSJN de conformidad con la doctrina de la Corte IDH, y determinar en cada caso concreto si la duración del trámite produjo una afectación en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos de los involucrados en el proceso.

12 Ver Corte IDH, *López Álvarez vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 1° de febrero de 2006, Serie C n.° 141, párr. 129 y 130.

Bibliografía

Durand, J. C. (2012). La duración razonable del procedimiento administrativo, como garantía vinculada al debido proceso, y condición de validez del acto administrativo (comentario al fallo 'Losicer, Jorge A. y otros c/ BCRA - Resolución N° 169/2005'). *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, (IJ-LXVI-909).

Ivanega, M. M. (2024). El derecho a un plazo razonable. Derecho *Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, (155), 3-11;

Lara Correa, W. (2025). Acerca del principio del plazo razonable y su reciente recepción expresa en la Ley de Procedimientos Administrativos. En Alonso Regueira, E. (Dir.), *Bases para la Libertad en el Derecho Administrativo Argentino* (Tomo Amarillo, pp. 207-214). Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

Sammartino, P. M. E. (2025). El requisito esencial "procedimiento" en la LNPA reformada. En Alonso Regueira, E. (Dir.), *Bases para la Libertad en el Derecho Administrativo Argentino* (Tomo Amarillo, pp. 353-422). Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

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.

Derecho Administrativo en el Estado Constitucional
N° 2 (octubre de 2026): 375-386

Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Últimos precedentes en materia tributaria

Original Jurisdiction of the Court. Latest Precedents in Tax Matters

Mariano Javier Fernández[1]
Pontificia Universidad Católica Argentina. Universidad de Buenos Aires

Sumario

1. Objeto
2. La competencia originaria de la Corte Suprema
2.1 Tendencia actual de la CSJN
3. Jurisprudencia reciente
3.1 Casos en que la Corte admitió su competencia originaria
3.2 Casos en los que la CSJN no admitió su competencia originaria
4. Conclusión

https://doi.org/10.26422/daec.2026.0200.fer

Resumen
En este trabajo se pasa revista a la última jurisprudencia del máximo tribunal sobre su competencia originaria en materia tributaria. Así, se mencionan los casos en los que la Corte admitió su actuación como tribunal de única instancia y aquellos en los cuales la rechazó. Se analizan los argumentos brindados por la CSJN para, luego, formular una conclusión.
Palabras clave: competencia originaria, impuestos, materia federal.

1 Abogado (Pontificia Universidad Católica Argentina). Especialista en derecho administrativo económico (UCA). Maestrando en derecho tributario y financiero (Universidad de Buenos Aires). Prosecretario letrado de la Procuración General de la Nación, Ministerio Público Fiscal. Profesor de grado y posgrado en la UBA y en la UCA.
MJFernandez@mpf.gov.ar

Abstract
This paper reviews the latest jurisprudence of the Supreme Court regarding its original jurisdiction in tax matters. Thus, it mentions the cases in which the Court admitted its action as a court of sole instance and those in which it rejected it. The arguments provided by the CSJN are analyzed in order to, subsequently, formulate a conclusion.
Key words: original jurisdiction, taxation, federal matters.

1. Objeto

El presente trabajo tiene por objeto examinar los precedentes más recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) relativos a su competencia originaria en materia tributaria.

2. La competencia originaria de la Corte Suprema

En primer lugar, corresponde recordar que el art. 116 de la Constitución Nacional establece que la CSJN y los tribunales inferiores de la nación conocen y deciden en todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución Nacional o por las leyes dictadas por el Congreso de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del artículo 75 y por los tratados con las naciones extranjeras, como también de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

Por su parte, el art. 117 de la carta magna señala que esa competencia debe ser ejercida por la Corte por apelación, mas en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá en forma originaria y exclusiva.

De ambos preceptos se desprende que la Corte puede ejercer su jurisdicción por vía de apelación o en instancia originaria. Atento al objeto de este trabajo, el análisis se centrará en este último supuesto.

En este sentido, la CSJN ha indicado que su competencia originaria es exclusiva,[2] excepcional[3] y de interpretación restrictiva,[4] por lo que no puede ser ampliada ni restringida por ley del Congreso.[5]

2 Fallos: 345:1173, 344:1763.

3 Fallos: 344:2922.

4 Fallos: 322:1514; 325:3070.

5 Fallos: 250:774; 302:63.

Cabe señalar que la jurisdicción originaria del máximo tribunal resulta procedente en razón de la materia involucrada en el expediente o, también, por la naturaleza de las personas que han de intervenir en el litigio.

En relación con las personas, y en lo que aquí interesa, la competencia originaria de la CSJN comprende los procesos en los que la nación litiga contra una provincia —o ésta contra aquélla—, así como las controversias entabladas entre dos o más estados provinciales.

Respecto a la materia, resulta procedente la intervención de la CSJN en forma originaria en los pleitos entre una provincia y un vecino de otra, en la medida en que se configure una causa civil, que es aquella que versa sobre derechos originados y regidos por preceptos de derecho común.[6]

Sin embargo, este supuesto no resulta central para la cuestión aquí analizada, pues la CSJN ha sostenido que el cobro de impuestos no configura una causa civil: constituye una carga impuesta a personas o cosas con fundamento en el interés público, y su percepción reviste carácter administrativo.[7]

Del mismo modo, cabe señalar que también corresponden a la jurisdicción originaria de la CSJN aquellos litigios en los que es parte una provincia y la materia reviste un manifiesto contenido federal.[8]

Este supuesto cobra especial importancia en materia tributaria, en particular cuando los contribuyentes cuestionan la validez de tributos locales.

En este sentido, tiene dicho la CSJN que la jurisdicción originaria, por razón de la materia, procede cuando la acción entablada se funda directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales, leyes de carácter nacional o tratados, de modo tal que la cuestión federal sea la predominante en la causa, lo que no ocurre cuando se invocan, además, disposiciones locales o códigos de fondo.[9]

A ello cabe agregar que deviene necesario que la provincia participe como parte en el pleito, ya sea como actora, demandada o tercero, y que lo haga de manera nominal y sustancial, es decir, que tenga en el litigio un interés directo, de tal manera que la sentencia que se dicte le resulte obligatoria.[10]

6 Fallos: 291:232; 329:2764; 349:317.

7 Fallos: 330:4372.

8 Fallos: 347:621.

9 Fallos: 344:2922

10 Fallos: 311:879 y 1822; 312:1227 y 1457; 313:144; 322:1511; 330:4804, entre otros

2.1 Tendencia actual de la CSJN

Desde el año 2006 es posible advertir una tendencia de la Corte a reducir su competencia originaria. Para ello, ha empleado diversos métodos, como el rechazo a la intervención de personas no aforadas a través de la acumulación de pretensiones[11] o la reformulación del concepto "causa civil", excluyendo de él los casos de responsabilidad del Estado contra las provincias. [12]

En el ámbito tributario, esta postura se vio reflejada, por ejemplo, en una estricta apreciación de la materia federal a debatir en la instancia originaria, rechazando aquellos litigios que remiten, aunque sea mínimamente, al derecho local, como también en el carácter no federal que la Corte atribuyó a determinados ordenamientos conformados entre la nación y las provincias, como el régimen de coparticipación federal de impuestos o el Convenio Multilateral.[13]

3. Jurisprudencia reciente

Descriptos brevemente los supuestos en los que resulta procedente la competencia originaria del Máximo Tribunal, me referiré, a continuación, a algunos de los últimos pronunciamientos de la Corte en materia tributaria.

3.1 Casos en que la Corte admitió su competencia originaria

La CSJN ha considerado que una causa revestía manifiesto contenido federal en aquellos supuestos en los que la resolución del litigio exigía resguardar la distribución constitucional de competencias entre la nación y las provincias. Fundamentalmente en lo concerniente a la regulación del comercio interjurisdiccional, atribución que el art. 75, inc. 13 de la carta magna colocó en cabeza del Estado nacional.

En estos supuestos, al estar también demandada una provincia, el máximo tribunal admitió su competencia originaria. Así lo hizo, por ejemplo, en la causa *Agropedascoll*.[14]

En el referido expediente, la firma Agropedascoll S.A. promovió una acción declarativa contra la provincia de Formosa, en la medida en que la Dirección General de Rentas local le exigía inscribirse como contribuyente en el impuesto sobre los

11 Fallos: 329:2316.

12 Fallos: 329:759.

13 Fallos: 332:1007.

14 Fallos: 348:1231.

ingresos brutos para ingresar hacienda dentro de su territorio. Debido a ello, solicitó que se declare la inconstitucionalidad de diversos artículos del Código Fiscal y de una resolución del ente recaudador provincial por estimarlos violatorios de los arts. 9 a 12, 14, 16, 17, 31 y 75, inc. 13 de la carta magna.

El conflicto había tenido su origen en dos hechos concretos. En el año 2021, al ingresar al territorio de la demandada con 120 terneros, el organismo recaudador local le labró un acta por falta de inscripción en la referida gabela, situación que se repitió en el año 2022. En ambos casos, el ente ordenó la interdicción preventiva de la hacienda y le exigió a la firma un pago a cuenta equivalente al 3% del monto de la factura.

La Corte, por mayoría, declaró su competencia originaria al entender que la decisión del pleito exigía dilucidar esencialmente si las disposiciones locales impugnadas interferían en un ámbito propio de la nación, como es el vinculado a la regulación del comercio interjurisdiccional, de acuerdo con el art. 75, inc. 13 de la Constitución Nacional, y al establecimiento de aduanas interiores.

En sentido contrario, el voto disidente del Dr. Rosatti y de la conjueza Dra. Andalaf Casiello consideró que el litigio resultaba ajeno a la vía originaria, en tanto requería, también, la aplicación e interpretación de normas locales, lo que impedía considerar la cuestión traída a debate como exclusivamente federal.

A juicio del citado voto, la solución de la controversia demandaba examinar si la disposición dictada por la Dirección General de Rentas, en cuanto había establecido el mecanismo impugnado por la empresa, extralimitaba o no las facultades que le reconocía el Código Fiscal para exigir el ingreso de anticipos y pagos a cuenta de obligaciones tributarias.

El voto disidente, entonces, consideró configurado un conflicto entre normas provinciales, por lo que el pleito debía ventilarse ante los tribunales locales.

La Corte también admitió su competencia originaria en el expediente *Delta Dock*.[15] El caso tuvo su origen en la acción declarativa que inició la empresa contra la provincia de Buenos Aires, a fin de obtener un pronunciamiento que declare la inconstitucionalidad del adicional del impuesto sobre los ingresos brutos previsto en el art. 100 de la ley provincial 15170, en cuanto grava la carga, descarga y removido de mercaderías en puertos ubicados en aquella jurisdicción.

La actora fundó su pretensión en que la mencionada norma local vulneraba los artículos 4°, 9°, 10, 11, 12, 26, 75 —incisos 1°, 10, 13— y 126 de la Constitución Nacional, como también el artículo 18 de la ley 24.093.

La Corte entendió que el planteo de las empresas se sustentaba directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales, por lo que la cuestión federal era la predominante en la causa.

15 Fallos: 347:2278.

Esa conclusión se imponía más allá de que la demandante hubiera dirigido su acción contra un percepto local, en la medida en que su pretensión exigía dilucidar si la actividad de la autoridad provincial interfería en el ámbito que es exclusivo de la nación en lo que respecta al comercio interjurisdiccional (artículo 75, inciso 13, Constitución Nacional).

En el mismo sentido resolvió el expediente *Terminal Bahía Blanca S.A.*,[16] en el que también se cuestionó el incremento adicional del impuesto sobre los ingresos brutos. En este caso, la sociedad promovió ante el Juzgado Federal de Primera Instancia de Bahía Blanca N° 1 una medida cautelar contra la provincia de Buenos Aires, a fin de que se abstenga de aplicar, percibir, reclamar o ejecutar por cualquier medio el referido tributo.

El magistrado federal declaró su incompetencia y dispuso su remisión a la Corte. Recibidas las actuaciones, el máximo tribunal resolvió que el expediente debía tramitar en su instancia por remisión al precedente *Delta Dock S.A.*

Lo interesante de la sentencia, sin embargo, es que la CSJN entendió que concurrían razones federales e institucionales que justificaban una interpretación estricta del artículo 117 de la Constitución, por lo que no resultaba procedente la prórroga de la competencia de los tribunales inferiores de la nación para asumir el conocimiento y decisión de la causa.

También la CSJN habilitó la vía originaria[17] en el marco de la acción declarativa de certeza que promovió el Correo Oficial de la República Argentina S.A. contra la provincia de Entre Ríos, con el objeto de que se declare inconstitucional la pretensión de la provincia demandada de gravar con los impuestos de sellos, inmobiliario y sobre los ingresos brutos la actividad que despliega en ella.

La CSJN, con remisión a distintos precedentes, consideró que la decisión de la controversia estribaba en dilucidar si la potestad tributaria que pretendía ejercer la provincia de Corrientes interfería en un ámbito que es propio de la nación, en este caso, el Servicio Oficial de Correo, por lo que la cuestión se encontraba entre aquellas especialmente regidas por la Constitución Nacional, a las que alude el art. 2°, inc. 1° de la Ley 48.

En materia de hidrocarburos, cabe señalar que la CSJN consideró procedente la instancia originaria en el marco de la acción declarativa de certeza que promovió YPF S.A.[18] contra la provincia de Chubut, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de la pretensión provincial de gravar con regalías hidrocarburíferas las compensaciones otorgadas por el Estado nacional en el marco del Programa de Estímulo a la Inyección Excedente de Gas Natural.

---

16 Expediente FBB 8631/2020/CS1, *Terminal Bahía Blanca S.A. c/ Pcia. Bs.As. s/ medida cautelar*, sentencia del 27/12/2024.

17 Fallos: 347:621.

18 Expediente CSJN, 1791/2022, *YPF S.A. C/ Chubut, Provincia del s/ acción declarativa (art. 322 Cod. Procesal)*, sentencia del 26/02/2026.

La empresa había sustentado su reclamo en la vulneración de los derechos y garantías consagrados en los artículos 16, 17, 19 y 28 de la carta magna y de lo establecido en la denominada cláusula del progreso, artículo 75, inciso 18 de la Constitución Nacional.

A juicio de la Corte, el planteo efectuado por la petrolera exigía dilucidar si el accionar proveniente de la autoridad local invadía un ámbito que es propio de la nación, como lo es la regulación de la materia de hidrocarburos.

Con base en ello, entendió que la causa se encontraba entre las especialmente regidas por la Constitución Nacional, pues versaba sobre la preservación de las órbitas de competencia entre los poderes del Gobierno federal y los de un Estado provincial.

El 27 de agosto de 2026, la CSJN dictó dos sentencias trascendentes en el marco de los expedientes *Cannon Puntana Sociedad Anónima c/ Misiones, Provincia de s/ acción declarativa de certeza*[19] y *Establecimiento Las Marías S.A.C.I.F.A. c/ Agencia Tributaria de Misiones s/ acción mere declarativa de inconstitucionalidad*.[20] En ambos casos, los contribuyentes impugnaron distintos regímenes de retención, percepción y pagos a cuenta del impuesto sobre los ingresos brutos aplicados por la provincia de Misiones respecto de operaciones que realizaban fuera del territorio de la demandada.

La Corte entendió configurada la cuestión federal en la medida en que la solución de la controversia requería, en los dos casos, determinar si los regímenes cuestionados imponían retenciones sobre ingresos de las empresas derivados de la actividad que desarrollan en otros estados provinciales y si tal circunstancia afectaba de manera efectiva la libre circulación de las mercaderías, la regulación del comercio interprovincial y la prohibición de aduanas interiores. Además, en *Establecimiento las Marías* entendió que la controversia también demandaba analizar si existía o no una extralimitación territorial de las potestades tributarias provinciales, al vincularse también a recursos provenientes de la actividad exportadora llevada a cabo en otras jurisdicciones.

3.2 Casos en los que la CSJN no admitió su competencia originaria

En los últimos tiempos, la CSJN rechazó intervenir en instancia originaria en diversos expedientes por considerar que el planteo del actor exigía interpretar normas de derecho público local.

Así lo resolvió en el precedente *Indupoles*.[21] En este caso, la actora promovió una demanda contra la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico

19 CSJ, 2691/2025.

20 FCT, 2694/2025/CS1.

21 Fallos: 346:1355.

Sur a fin de que se despeje su estado de incertidumbre, a raíz de la pretensión de la demandada de exigirle el pago de un monto a cuenta del impuesto sobre los ingresos brutos y del Fondo de Financiamiento de Servicios Sociales por la sola circunstancia de contratar con algún contribuyente que hubiera sido designado agente de retención en esa provincia.

En este sentido, cabe aclarar que la empresa demandante se dedica a la fabricación de envases de plástico (su establecimiento industrial se encuentra ubicado en el Parque Industrial de Campana, provincia de Buenos Aires) y que la comercialización de sus productos se lleva a cabo de modo presencial en esas instalaciones, desde donde los clientes retiran la mercadería adquirida. Por tal razón, sus actividades productivas las realiza exclusivamente en territorio de la provincia de Buenos Aires.

La agencia de recaudación había dispuesto que los agentes de retención del impuesto sobre los ingresos brutos designados por ese organismo debían retener, como anticipo del tributo, un importe sobre las operaciones realizadas con contribuyentes no inscriptos en Tierra del Fuego.

El voto de la mayoría sostuvo que el tema planteado por la sociedad era ajeno a la competencia originaria, en la medida en que se vinculaba con la facultad que el Código Fiscal de la provincia de Tierra del Fuego le atribuía a la Dirección General de Rentas provincial para establecer agentes de retención, percepción o información. Sobre esa base, indicó que, en realidad, lo que la actora cuestionaba era el modo en el que la referida Dirección había ejercido esa atribución, lo que exigía analizar normas pertenecientes al derecho público provincial.

En disidencia, los Dres. Rosenkrantz y Lorenzetti entendieron que el asunto correspondía a la competencia originaria de la CSJN, pues estaba en controversia si el régimen de recaudación impugnado resultaba discriminatorio o neutral frente al comercio interprovincial, cuestión que exigía aplicar los artículos 9° a 12 y 75, inciso 13 de la Constitución Nacional.

Tampoco el máximo tribunal abrió su competencia en el caso *Telesistema S.R.L.*[22] El caso tuvo su origen en la acción declarativa de certeza que promovió Telesistema S.R.L. contra la provincia de Jujuy a fin de que se declare la invalidez e inconstitucionalidad de la pretensión fiscal de la demandada, consistente en gravar con el impuesto de sellos las solicitudes de instalación de servicios y comodatos suscriptos por los abonados al servicio interjurisdiccional de telecomunicaciones —provisión de internet— que presta en la citada provincia. Sostuvo que la postura de la demandada violaba los artículos 9, 10, 11, 17, 19, 31, 75 —incisos 13, 30 y 32— y 126 de la Constitución Nacional.

La CSJN, por mayoría, concluyó que en el caso no se configuraba una cuestión federal, pues la solución del asunto requería examinar normas el Código Fiscal de

22 Fallos: 348:1675.

la provincia de Jujuy en lo referido a la configuración del hecho imponible en el impuesto de sellos y la conformación de instrumentos a los efectos del referido tributo.

A ello, el voto de la mayoría sumó que la demandante había cuestionado las presunciones tenidas en cuenta por el fisco provincial para la determinación del impuesto, lo que remitía al examen de normas del derecho público local, por lo que los argumentos de la sociedad no se centraban en la afectación concreta que el gravamen produciría en el plexo normativo nacional que regula las telecomunicaciones.

En sentido opuesto, los Dres. Rosenkrantz y Lorenzetti, en disidencia, declararon la competencia originaria, con sustento en el precedente *Telefónica Móviles Argentina*.[23]

Además, agregaron que la cuestión federal sobre la que debía expedirse exclusivamente la sentencia declarativa radicaba en determinar si la provincia de Jujuy pretendía gravar con el impuesto de sellos determinadas actuaciones que no constituían instrumentos en los términos en que fueron definidos por la Corte en *Telefónica Móviles Argentina*.

Cabe recordar que, en ese antecedente, la CSJN había concluido, en cuanto al fondo del asunto, que las solicitudes de servicios allí debatidas no reunían los caracteres exigidos por la ley de coparticipación federal en lo relativo a la configuración del "instrumento" pasible de ser gravado por el impuesto de sello. Desde esa perspectiva, la disidencia entendió que la controversia exigía la aplicación de la Ley 23548 y, en consecuencia, involucraba una cuestión de naturaleza federal.

Por otro lado, en un reciente pronunciamiento,[24] el máximo tribunal rechazó su jurisdicción originaria en el marco de una acción que dedujo la empresa Vayto S.A. contra la provincia de Corrientes, con el objetivo de hacer cesar el estado de incertidumbre en el que dijo hallarse frente a la pretensión tributaria de la provincia demandada de gravar con la alícuota general del impuesto sobre los ingresos brutos, prevista en el artículo 3° de la Ley tarifaria 6249 (2,90%), a la actividad "mera compra" de ganado.

Cabe señalar que la actora, en su demanda, aclaró que no discutía la aplicación del instituto de la "mera compra" previsto en el Código Fiscal provincial, sino que, al no prever la legislación local una alícuota específica para esa actividad, cuestionaba que se la obligue a tributar de acuerdo con la alícuota general del 2,90%, cuando la propia ley tarifaria gravaba con el 1,15% a la actividad ganadera o, incluso, al

---

23 Cabe recordar que en esta causa, en la que se discutía la pretensión fiscal de la provincia de Tucumán de gravar con el impuesto de sellos las solicitudes de servicios firmadas por los usuarios o clientes de Telefónica Móviles Argentina, la CSJN admitió su competencia originaria, ya que la actora había fundado su pretensión directa y exclusivamente en cláusulas de la Constitución Nacional y en las disposiciones federales que regulan las telecomunicaciones. Además, el asunto exigía dilucidar si la actividad proveniente de la autoridad local invadía un ámbito que podría ser propio de la nación en la regulación de la referida materia.

24 CSJN, 2195/2022, *Vayto S.A. c/ Corrientes, Provincia de s/ acción declarativa de certeza*, sentencia del 04/06/2026.

0,00% si se desarrollaba en establecimientos productivos ubicados en la provincia de Corrientes.

Con base en ello, la empresa solicitó que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 3°, 4° y 5° de la Ley local 6249, por cuanto establecían un tratamiento diferencial para los contribuyentes que desarrollan actividades en la jurisdicción de Corrientes sin estar radicados en ella.

Sostuvo la CSJN que, aun cuando la demandante declaró expresamente que no cuestionaba la validez constitucional del artículo 123, inciso b del Código Fiscal de la provincia de Corrientes, esa disposición constituía el fundamento legal de los actos dictados por el fisco para determinar la obligación tributaria contra la cual se dirigía la demanda. Por ello, la solución de la controversia no podía eludir la interpretación del mencionado artículo para así establecer su aplicabilidad o no a las circunstancias de hecho descriptas en la demanda. En tales condiciones, sostuvo el máximo tribunal que la causa no era de aquellas regidas directa y exclusivamente por el derecho federal.

A continuación, corresponde aludir al precedente *Municipalidad de Yerba Buena*, el cual presenta una particularidad diferenciadora respecto de los casos antes examinados, en tanto no versaba sobre una controversia suscitada entre un contribuyente y una provincia, sino sobre una pretensión deducida por un municipio con relación al régimen provincial de coparticipación de recursos.

Concretamente, la Municipalidad de Yerba Buena promovió acción declarativa de inconstitucionalidad en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la provincia de Tucumán, a fin de que se declare la inconstitucionalidad del art. 2° de la Ley local 6316, en cuanto le asigna a ese municipio un coeficiente de coparticipación de los fondos provinciales a distribuir del 3,05%.

Según esgrimió el municipio demandante, el referido artículo violaba lo dispuesto en la cláusula federal contenida en los artículos 5 y 123 de la carta magna, en la medida en que aquel porcentaje resultaba insuficiente para asegurar su autonomía económica y financiera.

La CSJN decidió que el proceso resultaba ajeno a la instancia originaria, pues, para resolver la controversia, debía acudirse necesariamente a la hermenéutica y la aplicación del derecho público provincial, especialmente a las normas locales que rigen el mecanismo de coparticipación provincial a municipios, cuestión que no era del resorte de la Corte, ya que no es apta para instar la competencia del art. 117 de la Constitución Nacional.

Finalmente, cabe destacar la sentencia dictada el 10/09/2026 en los autos *Correo Oficial de la República Argentina S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*.[25]

25 CSJN, 439/2021.

El Correo Oficial de la República Argentina S.A. inició una demanda contra la provincia de Buenos Aires y la Agencia de Recaudación de dicho Estado provincial (ARBA), a fin de que se declare la inconstitucionalidad de varios artículos del Código Fiscal provincial por considerarlos violatorios de lo establecido en los artículos 4 y 75, inc. 14 de la Constitución Nacional. Agregó que la promoción de la acción se hallaba motivada en la intimación practicada por ARBA por la cual le había reclamado una suma de dinero en concepto de impuesto inmobiliario correspondiente a diversos inmuebles ubicados en la provincia de Buenos Aires.

La Corte declaró que la causa no debía tramitar en su jurisdicción originaria. Señaló que las distintas actuaciones que dieron origen al pleito se habían fundado en actos administrativos emitidos por ARBA, autoridad de aplicación del Código Fiscal local que tiene por finalidad la ejecución de la política tributaria mediante la determinación, fiscalización y percepción de los tributos y accesorios dispuestos por las normas legales y la administración del Catastro Territorial.

A partir de ello, consideró que el mencionado ente no podía ser identificado con la provincia, en la medida en que la intimación practicada contra la actora constituía un acto vinculado con los aspectos inherentes a las funciones asignadas al órgano de la administración fiscal sin que la empresa hubiera invocado la necesidad de que intervenga algún otro organismo provincial —fuera de la Agencia de Recaudación— para cumplir eventualmente con una sentencia que admitiera la demanda.

Por consiguiente, el máximo tribunal concluyó que la provincia de Buenos Aires no revestía el carácter de parte adversa, ya que el objeto del litigio demostraba que era la referida entidad autárquica la que integraba la relación jurídica sustancial.

Resta aguardar el camino que escogerá la Corte para determinar si el caso *Correo Argentino* implica un retorno al criterio plasmado en *Argencard c/ Misiones*[26] o si, simplemente, constituirá un precedente aislado.

4. Conclusión

Si bien en los últimos años el máximo tribunal ha restringido de modo significativo su competencia originaria, los precedentes analizados muestran que esa tendencia se atenúa cuando la pretensión requiere resguardar la distribución de competencias entre la nación y las provincias. En estos casos, la CSJN asignó manifiesto contenido federal a la materia debatida y habilitó su jurisdicción originaria.

Del examen de las decisiones reseñadas se desprende, asimismo, que el tribunal ha desestimado, en determinados supuestos, su competencia originaria por no configurarse una cuestión federal directa y exclusiva, mientras que en otros la ha decla-

26 Fallos: 330:103.

rado procedente al considerar que la materia federal resultaba predominante, aun cuando la pretensión incluyera referencias a normas locales o de derecho común.

En mi opinión, tal circunstancia torna necesaria una definición precisa por parte del máximo tribunal, orientada a consolidar un estándar interpretativo que otorgue mayor previsibilidad y seguridad jurídica a los litigantes.

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° 2 (octubre de 2026): 387-400

Las expresiones en plataformas digitales como causales de responsabilidad disciplinaria de los agentes del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes

Digital platform expressions as grounds for disciplinary liability of judicial officers in the Province of Corrientes

María Magdalena Vicente Repáraz[1]
Universidad Nacional de La Pampa

Sumario

1. Introducción
2. El contexto normativo
3. Las faltas disciplinarias: tipos flexibles
4. Análisis de las resoluciones del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes
4.1 Resolución 611/2023: sumario administrativo a un magistrado, reacciones a "historias" y mensajes en Facebook
4.1.1 Hechos
4.1.2 La colisión de derechos: el art. 19 de la CN y la trascendencia a la función
4.1.3 Resolución y fundamentos de la sanción
4.2. Resolución 256/2024: sumario administrativo a una empleada, el uso de "estados" de redes sociales y viralización
4.2.1 Hechos
4.2.2 Tensión entre derechos constitucionales y deberes del empleado judicial
4.2.3 Resolución. Sanción y recomendaciones sobre la viralización.

1 Abogada (Universidad Católica de Salta). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Diplomada en Derecho Disciplinario Iberoamericano (Universidad Nacional de la Pampa). En el sector público, ejerció los cargos de directora legal y subasesora legal del Servicio Jurídico Permanente de la Municipalidad de la ciudad de Corrientes. En la actualidad, se desempeña como instructora sumarial del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes.
magdalenavicente@gmail.com
https://orcid.org/0009-0004-8148-8665

4.3. Análisis comparativo de los precedentes: el estándar de trascendencia e incompatibilidad moral y el deber de decoro
5. Conclusiones

https://doi.org/10.26422/daec.2026.0200.vic

Resumen
El presente trabajo examina las expresiones en plataformas digitales por parte de los agentes del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes como posibles causales de responsabilidad disciplinaria. Se analiza la tensión entre los derechos constitucionales a la libertad de expresión e intimidad frente al deber de decoro e integridad institucional exigible tanto en la esfera pública como en la privada. A través del marco normativo local y del análisis de sumarios administrativos, se abordan los criterios de imputación aplicables cuando la conducta virtual trasciende la privacidad y compromete la confianza en el servicio de justicia. Se concluye que el entorno digital no constituye un espacio de inmunidad, sino una extensión de la actuación del agente, donde la sanción procede únicamente cuando la expresión digital afecta la imagen institucional, exigiendo un juicio de ponderación razonable para garantizar la seguridad jurídica y equilibrar la protección de la intimidad con el prestigio del sistema judicial.
Palabras clave: responsabilidad disciplinaria, deber de decoro, plataformas digitales, libertad de expresión, derecho a la intimidad, ética pública.

Abstract
This paper examines expressions on digital platforms by judicial officers of the Province of Corrientes as potential grounds for disciplinary liability. It analyzes the tension between the constitutional rights to freedom of expression and privacy, vis-à-vis the duty of decorum and institutional integrity required both in the public and private spheres. Through the local regulatory framework and the analysis of administrative disciplinary proceedings, this study addresses the criteria for imputation applicable when virtual conduct transcends the private sphere and compromises public trust in the administration of justice. It concludes that the digital environment does not constitute a space of immunity, but rather an extension of the officer's field of action, where disciplinary sanctions apply only when digital expressions affect the institutional image, requiring a reasonable balancing test to ensure legal certainty and balance the protection of privacy with the prestige of the judicial system.
Key words: disciplinary liability, duty of decorum, digital platforms, freedom of expression, right to privacy, public ethics.

1. Introducción

El ejercicio de la función pública conlleva una serie de deberes, obligaciones y prohibiciones que trascienden el mero cumplimiento de las tareas. En el ámbito del Poder Judicial, estas exigencias se intensifican bajo la figura del deber de decoro, el cual obliga a magistrados, funcionarios y empleados a mantener una conducta que, en todo momento, preserve la confianza pública en el servicio de justicia. Históricamente, este estándar ético se vinculaba a comportamientos en el ámbito físico o presencial, sin embargo, la irrupción de las plataformas digitales ha reconfigurado los límites de la vida privada y la responsabilidad disciplinaria.[2]

En la actualidad, el uso de redes sociales y entornos virtuales abarca la existencia misma del individuo, consolidando una vida digital que transcurre en paralelo a la realidad física. Estas plataformas no son ya meras herramientas accesorias, sino espacios donde se desarrolla gran parte de la rutina laboral, educativa y social, conformando una porción sustancial de la conducta humana ante terceros. Dentro de este ámbito virtual de interacción y opinión, cabe la posibilidad de que se cometan conductas irregulares, de las que el personal judicial no se encuentra exento. La ubicuidad de estas tecnologías diluye la distinción entre el tiempo de servicio y el ocio, proyectando las acciones digitales del empleado hacia la esfera pública institucional.

El presente trabajo se propone, entonces, analizar las expresiones digitales como posibles faltas administrativas dentro del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes cuando estas infringen los estándares de comportamiento ético-funcional exigidos.

El núcleo del conflicto radica en la tensión entre el derecho constitucional a la libertad de expresión y la privacidad frente a la vigencia de los deberes de decoro y solvencia moral, derivados de la obligación de observar una conducta ejemplar e irreprochable, manteniendo el prestigio de la institución.

A través de un análisis normativo y de actos administrativos conclusivos de sumarios administrativos a personal del Poder Judicial de Corrientes, se examinará cómo la dinámica de funcionamiento de plataformas como WhatsApp e Instagram, mediante fenómenos como la publicación, la viralización y la interacción digital —donde el uso de emojis, reacciones y comentarios adquiere una carga semántica propia—, elimina la frontera de la privacidad del agente judicial. Esta nueva forma comunicativa exige una revisión de los criterios de imputación, ya que un simple gesto virtual puede tener la entidad suficiente para lesionar la imagen de la administración de justicia.

2 Marienhoff (1994, p. 409) enseña que la responsabilidad administrativa puede resultar del ejercicio del cargo o función, como también del comportamiento privado, toda vez que la dignidad de la vida privada es una obligación funcional de los agentes públicos.

2. El contexto normativo

El presente análisis se sustenta en un bloque normativo complejo que amalgama derechos fundamentales de raigambre constitucional con deberes éticos y administrativos específicos de la función judicial. La tensión entre la libertad individual y el deber de decoro institucional exige una interpretación armónica de diversas normas.

En la cúspide del ordenamiento, la Constitución Nacional (CN) (art. 14) y la Constitución de la Provincia de Corrientes (art. 6) consagran la libertad de expresión como un derecho fundamental, permitiendo a todo ciudadano manifestar sus ideas sin censura previa. En el ámbito digital, este derecho se ve ratificado por la Ley nacional 26032, que extiende de forma explícita las garantías constitucionales a la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas a través del servicio de internet.

Asimismo, el derecho a la intimidad y el principio de reserva encuentran su resguardo en el art. 19 de la Constitución Nacional y su correlato simétrico en el art. 26 de la Constitución provincial. Estas normas erigen una valla infranqueable para la autoridad pública respecto a las acciones privadas que no ofendan al orden, a la moral pública ni perjudiquen a terceros.

Este esquema se complementa con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 11), la cual, con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN), protege la honra y la dignidad frente a injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada de las personas.

La Ley provincial de Ética Pública 5911 constituye el marco general para el ejercicio de la función pública —judicial— en la provincia de Corrientes. La norma define a la ética pública como el conjunto de deberes y derechos orientados a la satisfacción del bien común (arts. 4 y 5).

Resulta de especial relevancia para el objeto de este análisis el art. 11, que enumera principios rectores como la probidad, la prudencia, la integridad, la objetividad y, fundamentalmente, la discreción y el ejercicio adecuado del cargo. Esta serie de principios sobre los que descansa la ética pública son aplicables a las conductas de aquellos que han asumido una función pública o que de algún modo se vinculan con esta (Nielsen y Comadira, 2011).

En el ámbito estrictamente administrativo y disciplinario local, el plexo normativo se integra primordialmente por el Reglamento Interno de Administración de Justicia (RIAJ) y el Código de Ética para magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial.

La articulación de estas normas establece un estándar de conducta riguroso para quienes integran el servicio de justicia. Por un lado, el RIAJ, en sus artículos 8 y 9, impone al agente judicial el deber de observar una conducta irreprochable.

Esta exigencia se profundiza con lo dispuesto en el art. 4 del Código de Ética, el cual determina que la conducta ejemplar debe manifestarse en todas las actividades,

tanto oficiales como privadas, bajo la premisa de que dicho comportamiento es el que permite mantener y promover la confianza pública en el sistema. En este sentido, el art. 5 de la citada norma refuerza esta obligación al prohibir de manera taxativa la participación en actos que alteren la tranquilidad y el orden institucional y al establecer que la solvencia moral y el decoro en todo momento deben estar puesta de manifiesto.

Esta precisión terminológica no es menor para la labor de instrucción; implica que la ética judicial no es una conducta estanca limitada al horario de servicio, sino un atributo de permanencia que debe exteriorizarse de manera ininterrumpida. Así, el concepto de conducta reñida con el decoro se constituye como el eje central sobre el cual la autoridad de disposición del sumario debe ponderar si una acción privada ha trascendido la esfera de reserva, afectando la imagen institucional y la legitimidad que la sociedad deposita en la administración de justicia.

3. Las faltas disciplinarias: tipos flexibles

A diferencia de las normas penales —que exigen una tipicidad rígida—, en el derecho administrativo disciplinario "…existe una mayor flexibilidad del principio de tipicidad que se ve reflejada en la razonable discrecionalidad que la Administración ejerce al aplicar una sanción, atento al carácter abierto de los tipos legales que describen las conductas ilícitas" (Ivanega, 2013, p. 152).

Así,

> la flexibilidad de la tipificación significa que el operador jurídico puede tener un margen de actuación a la hora de establecer la infracción y la sanción concreta, pero no puede crear nuevas figuras a modo de infracción para suplir posibles imprecisiones normativas (Sosa, 2013, p. 107).

El Tribunal Supremo de Córdoba[3] ha definido a las faltas administrativas como violaciones a los deberes genéricos o deontológicos[4] normativamente impuestos, lo que responde a una necesidad lógica del ordenamiento jurídico-administrativo frente al cual no se podrían prever en forma exhaustiva y detallada todas y cada una de las múltiples e infinitas posibles conductas sancionables.

---

3 TSJ de Córdoba, Sala Cont. Adm., Sentencias Nro. 48/2000 *Zeverin Escribano*; Nro. 106/2002 *Kozameh*; Nro. 24/2003 *Beas, Héctor O.*; y Nro. 37/2005 *Ferreyra Viramonte*, entre muchas otras (como se citó en Sosa, 2013).

4 En el caso de las conductas que involucran deberes deontológicos o que no permiten una mayor determinación, las normas deberán contener la mayor precisión que el lenguaje le permita, a efectos de que la autoridad administrativa interprete la acción u omisión en forma armónica y razonable en conjunto con los objetivos que persigue y la función específica del agente público (Ivanega, 2013, p. 155).

Por tal motivo, resulta admisible que el marco legal describa los comportamientos reprochables de forma genérica (probidad, negligencia en el cumplimiento de los deberes o incumplimiento de los deberes y obligaciones, falta de decoro, falta de respeto), que pueden ser explicitados en la normativa reglamentaria o por la aplicación concreta al caso, tras una tarea de interpretación de los hechos y el derecho aplicable (Sosa, 2013, p. 106).

En idéntica dirección, se suele recurrir a conceptos jurídicos indeterminados, entre los que destacan: abandono del servicio, abuso de autoridad, grave desconsideración, entre otros, los cuales deben rellenarse mediante un análisis pormenorizado y concreto de los hechos y una calificación de ellos desde los valores expresos en esos conceptos jurídicos (Ivanega, 2013, p. 153).

De este modo, las expresiones en plataformas digitales representan hechos que podrían vulnerar los deberes éticos y de carácter genérico del personal judicial. La labor de la autoridad de disposición consistirá, por tanto, en completar dicha adecuación típica en cada situación particular, tal como se analizará a la luz de la casuística del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes que se expone a continuación.

4. Análisis de las resoluciones del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes

Sentado el marco normativo y la base teórica sobre la flexibilidad de la tipicidad en el derecho disciplinario, corresponde ahora examinar cómo el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes ha resuelto ante conductas desplegadas en el entorno digital.

Los siguientes pronunciamientos ilustran el criterio de la autoridad de disposición del sumario al ponderar el deber de decoro y la ética pública frente al derecho a la privacidad e intimidad de los agentes judiciales (art. 19, CN), delimitando cuándo una expresión en redes sociales deja de ser un acto privado para convertirse en una conducta con consecuencias disciplinarias.

4.1 Resolución 611/2023: sumario administrativo a un magistrado, reacciones a “historias” y mensajes en Facebook

4.1.1 Hechos

En este precedente, el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes debió determinar si el intercambio de mensajes y reacciones a historias en la red social Facebook entre un magistrado de primera instancia y una ciudadana —quien revestía el carácter de parte en un proceso de alimentos sustanciado ante su propio juzgado y denunció el

comportamiento— constituía una falta ética pasible de sanción administrativa. La plataforma fáctica quedó acreditada mediante capturas de pantalla de la red social, donde el funcionario judicial vertió expresiones tales como "me enamoré", "belleza total", "estás muy linda", "me hacés pensar mucho en vos". Lo relevante para el análisis disciplinario fue la simultaneidad de estos intercambios con el trámite de las actuaciones judiciales, lo que situó el comportamiento privado del magistrado en una colisión directa con sus deberes funcionales y la prohibición de mantener conversaciones privadas con las partes fuera de los canales procesales (art. 5, inc. g del Código de Ética).

4.1.2 La colisión de derechos: el art. 19 de la CN y la trascendencia a la función

Al abordar la defensa del magistrado, el Superior Tribunal de Justicia estableció un estándar de interpretación restrictivo respecto a la esfera de intimidad de los agentes judiciales. El acto resolutorio del sumario razona que, si bien el derecho a la intimidad protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional constituye una regla general que resguarda las acciones privadas, la conducta de un magistrado ingresa legítimamente en la esfera del derecho disciplinario cuando esta trasciende a la función y provoca un debilitamiento de su autoridad moral. El Tribunal determinó que para que el Estado pueda intervenir en la vida privada del magistrado sin violentar la manda constitucional, debe existir una incompatibilidad moral entre el comportamiento desplegado y el desempeño del cargo. En este sentido, la interacción en redes sociales con una justiciable vulneró la apariencia de imparcialidad que todo juez debe proyectar, rompiendo la valla de la reserva para afectar directamente la imagen del servicio de justicia.

4.1.3 Resolución y fundamentos de la sanción

Resulta de especial interés la distinción que realiza el Tribunal entre la parcialidad efectiva y la puesta en crisis de la confianza pública. A pesar de que las pruebas testimoniales demostraron que el proceso judicial no sufrió irregularidades y que el personal no recibió instrucciones particulares del juez para beneficiar o perjudicar a la ciudadana, el Superior Tribunal de Justicia determinó que la falta ética se configuró por el solo riesgo a la credibilidad institucional.

Como señala la resolución:

> Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho disciplinario administrativo en el ámbito del Poder Judicial tiene como fundamento específico asegurar el buen funcionamiento de la organización y del servicio de Justicia. Que por tal razón —en principio— sólo corresponde habilitar la vía de superintendencia a fin de investigar y eventualmente sancionar, las conductas de Magistrados, Funcionarios y Empleados del Poder Judicial vinculadas al ejercicio de sus funciones y cargos. Sin embargo, el derecho disciplinario administrativo se ocupa también del decoro de los Magistrados, Funcionarios y Empleados, es decir de su honorabilidad, decencia y honra, en el entendimiento de que, además de idoneidad técnica o profesional, aquellos deben poseer idoneidad ética que debe ser puesta de manifiesto tanto en el ejercicio de sus funciones como en hechos ajenos al servicio.

Entre los argumentos destacó que

> (…) para que la conducta del agente judicial en su vida privada ingrese en la esfera del derecho disciplinario sin violentar el ámbito de intimidad que resguarda el art. 19 de la Constitución Nacional, es menester que la misma trascienda a la función o empleo, provocando un debilitamiento de la autoridad moral. Es decir, es necesario que exista una incompatibilidad moral entre la conducta privada del agente y el desempeño de la función, de modo que aquella produzca un menoscabo del prestigio o imagen pública del Magistrado… y, por ende, de la administración que integra. En el presente caso se da precisamente esta situación, ya que la conducta del juez, que en principio fue privada, pero que tomó luego estado público al ser difundida por los medios de comunicación, generó un debilitamiento de la autoridad del magistrado al generar dudas en torno a su imparcialidad.

El fundamento de la responsabilidad disciplinaria radica en que el deber de conducta ejemplar y de decoro son atributos de permanencia que deben estar puestos de manifiesto en todo momento (arts. 4 y 5, inc. f del Código de Ética). La gravedad de la falta, centrada en la afectación a la solvencia moral y la legitimidad que la sociedad deposita en la magistratura, justificó la imposición de una sanción de multa equivalente al veinte por ciento (20%) de su remuneración mensual (art. 23, inc. 15 de la Ley Orgánica de Administración de Justicia), dejando sentado que la discreción actúa como un límite infranqueable a la vida privada de quienes integran el Poder Judicial.

4.2 Resolución 256/2024: sumario administrativo a una empleada, el uso de "estados" de redes sociales y viralización

4.2.1 Hechos

El procedimiento sumarial se originó a partir de publicaciones realizadas por una empleada judicial en sus redes sociales personales, donde imputó actos de acoso al magistrado titular de su dependencia. Asimismo, las acusaciones se extendieron al máximo tribunal y a las áreas de salud del Poder Judicial, señalándolos por supuesta inacción. Estas manifestaciones no solo fueron publicadas en el "estado" de una red social de la agente, sino que, bajo su consentimiento, fueron viralizadas en grupos de mensajería instantánea (WhatsApp) integrados por numerosos agentes judiciales y, posteriormente, alcanzaron trascendencia pública al ser reproducidas en medios de comunicación digitales y radiales locales.

El Superior Tribunal de Justicia confirmó que los hechos estaban acreditados, destacando que, si bien la sumariada alegó que las capturas de pantalla carecían de valor probatorio, el testimonio de un empleado corroboró que ella misma autorizó la difusión de los contenidos fuera de su círculo íntimo. El Tribunal enfatizó que la agente optó por la denuncia pública en lugar de utilizar los canales administrativos y penales legalmente establecidos para canalizar sus reclamos, lo que demostró una voluntad deliberada de afectar la imagen institucional.

4.2.2 Tensión entre derechos constitucionales y deberes del empleado judicial

El eje jurídico del caso radica en la delimitación del ámbito de la vida privada frente al derecho disciplinario. El Superior Tribunal de Justicia, en el acto conclusivo del sumario, analizó si la conducta de la agente, realizada en sus redes sociales personales (amparada *prima facie* por el art. 19 de la Constitución Nacional), podía ser sancionada. El Tribunal determinó que, para que la vida privada de un agente ingrese en la esfera disciplinaria, debe existir una incompatibilidad moral que provoque un debilitamiento de la autoridad o un menoscabo del prestigio del Poder Judicial.

En este análisis de ponderación, se concluyó que la conducta ejemplar, la prudencia y el decoro son exigencias que el empleado debe mantener tanto en sus funciones oficiales como en su vida privada. Al realizar acusaciones graves y mediáticas contra un juez y la institución misma, la agente quebrantó el deber de honestidad y el decoro exigido por el Reglamento Interno de la Administración de Justicia y el Código de Ética. La autoridad resolvió que el derecho a la intimidad no es absoluto y encuentra su límite cuando afecta la confianza pública en el servicio de justicia, especialmente cuando la conducta trasciende al ámbito público y periodístico.

4.2.3 Resolución. Sanción y recomendaciones sobre la viralización

El Superior Tribunal de Justicia resolvió considerar a la sumariada responsable disciplinariamente, aplicando una sanción de treinta días de suspensión sin goce de haberes. Esta decisión se fundó en el art. 23, inc. 16 de la Ley Orgánica de la Administración de Justicia, que faculta al tribunal a sancionar actos que ofendan el decoro de la administración y la falta de respeto a magistrados. Para graduar la sanción de suspensión en su máximo rigor, se consideró la gravedad de las acusaciones, la deliberación en el obrar de la agente y la existencia de antecedentes disciplinarios previos.

Finalmente, el caso dejó una importante doctrina respecto a la responsabilidad de terceros en la era digital. El Tribunal extendió una recomendación formal de mayor prudencia a un segundo agente judicial que, si bien no fue el autor de las expresiones, fue quien las viralizó en grupos de WhatsApp. La resolución advirtió que el deber de mesura y ética obliga a todo empleado a valorar las consecuencias de difundir contenidos que pongan en tela de juicio el prestigio de la institución, calificando la conducta del divulgador como ligera y temeraria al no medir el impacto de la comunicación masiva sobre la investidura judicial.

4.3. Análisis comparativo de los precedentes: el estándar de trascendencia e incompatibilidad moral y el deber de decoro

A partir del examen de las resoluciones antes expuestas, es posible identificar una unidad de criterio por parte del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes. A pesar de las marcadas diferencias en la jerarquía de los sujetos y la naturaleza de las plataformas digitales utilizadas, la autoridad de aplicación emplea una misma matriz dogmática para resolver la colisión entre la vida privada y el deber de decoro.

En primer término, ambas resoluciones convergen en la operatividad del concepto de trascendencia como presupuesto de la falta disciplinaria. El Tribunal establece que las conductas en redes sociales —ya sean mensajes en Facebook o estados de WhatsApp e Instagram— ingresan en la esfera sancionatoria en el instante en que pierden su carácter de reserva y afectan la confianza pública. En el caso del magistrado, la trascendencia se produjo por la difusión mediática de su interacción con una parte; en el caso de la agente, por la viralización de sus denuncias fuera de los canales institucionales. En ambos supuestos, el Superior Tribunal de Justicia determina que no existe un ámbito de intimidad absoluto cuando el comportamiento del agente provoca un debilitamiento de su autoridad moral o un menoscabo al prestigio del Poder Judicial.

En segundo lugar, se observa una aplicación simétrica del deber de decoro (art.

5, inc. f del Código de Ética). El hilo conductor es la exigencia de una conducta ejemplar que debe ser puesta de manifiesto en todo momento. Mientras que en el magistrado se tutela principalmente la apariencia de imparcialidad, en la empleada se protege la lealtad y el respeto a la organización. No obstante, el fundamento es el mismo: el entorno digital es un amplificador de riesgos para la imagen del servicio de justicia, lo que obliga a todos los integrantes del sistema a una mesura mayor que la del ciudadano común.

Finalmente, esta respuesta institucional —marcadamente casuística— evidencia la necesidad de avanzar hacia una mayor previsibilidad normativa. Como se ha mencionado, el abordaje local actúa sobre el hecho consumado y su repercusión social, lo que invita a considerar modelos preventivos como el del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa,[5] donde el establecimiento de pautas éticas previas permite equilibrar el derecho a la libertad de expresión e intimidad con la integridad y dignidad del cargo judicial.

5. Conclusiones

A modo de cierre del presente trabajo, se exponen las siguientes reflexiones finales:

Resulta indiscutible que el derecho a la intimidad protege el ámbito de la autonomía individual, permitiendo a las personas controlar su información personal y proteger su vida privada de injerencias indebidas.[6]

La investigación permite afirmar que, si bien la privacidad es un derecho inalienable protegido por la CN (art. 19), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 11) y la Constitución provincial (art. 26), el principio de no interferencia en la vida privada cede ante situaciones excepcionales donde el actuar privado del

5 El Superior Tribunal de Justicia de La Pampa ha avanzado en una regulación orgánica mediante el Acuerdo 3804 del 07/07/2021. En dicho decisorio, el alto cuerpo pampeano aprobó las recomendaciones de su Comisión de Ética Judicial sobre el uso de plataformas digitales, estableciendo que, si bien no debe prohibirse la participación activa de magistrados y funcionarios en comunidades virtuales, esta debe equilibrarse con el mantenimiento de la integridad, el decoro y la dignidad del cargo. El acuerdo subraya que el uso de redes sociales no es indiferente para la administración de justicia, pues un uso inadecuado genera desconfianza y pérdida de legitimidad institucional. Entre sus pautas orientadoras, se destaca la exigencia de un conocimiento general sobre la tecnología y la inteligencia artificial, la necesidad de prudencia al realizar acciones informales como indicar "me gusta" o compartir información de terceros y la obligación de utilizar un lenguaje profesional que evite agresiones o comentarios discriminatorios. Asimismo, la norma pampeana advierte sobre el alcance y la permanencia del contenido digital, instando a los operadores judiciales a ser conscientes de cómo sus expresiones y asociaciones virtuales pueden impactar en la percepción de imparcialidad e independencia que la sociedad deposita en el sistema de justicia, constituyendo así un modelo de conducta ética cuya imitación resultaría valiosa para dotar de mayor previsibilidad y compromiso decoroso al personal judicial local.

6 CSJN, 11/12/1984, *Ponzetti de Balbín c. Editorial Atlántida S. A.*, Fallos: 306:1892.

agente judicial adquiere relevancia disciplinaria al proyectar efectos negativos sobre el vínculo laboral (Casaro Lodoli, 2011, p. 125).

En este sentido, la trascendencia pública de las expresiones en redes sociales actúa como el factor determinante: cuando la opinión o manifestación digital traspone la esfera íntima y afecta la dignidad de la función o la imagen institucional del Poder Judicial, la conducta se torna sancionable.

Al respecto, se destaca que "si bien el art. 19 de la CN no es óbice para aplicar sanciones disciplinarias por la inconducta, la potestad de la administración deberá ser ejercida con mesura para no entrometerse en la vida privada del funcionario" (Diez, 1979, como se citó en Cochia, 2015, p. 86).

En el caso específico del servicio de justicia, la índole de los cometidos públicos obliga a una mayor exigencia en la evaluación de los comportamientos individuales.

En este marco, el decoro debe ser interpretado como un deber deontológico-genérico que le permite al derecho disciplinario adaptarse a las nuevas realidades tecnológicas.

Siguiendo a la doctrina, Villegas Basavilbaso (1951, como se citó en Cochia, 2015, p. 87) señala que este deber no se circunscribe al ejercicio de la función, sino que se extiende a la vida privada del agente porque su personalidad es única; de allí que la ausencia de decoro fuera del servicio incida inevitablemente en la gestión de los intereses públicos que le fueron confiados.

Se concluye que la interacción en plataformas digitales no constituye un espacio de inmunidad, sino una extensión del ámbito de actuación del agente. La autoridad del sumario tiene, por tanto, la carga de realizar un riguroso juicio de adecuación entre la conducta virtual y el estándar de ejemplaridad exigible, evitando que la apertura del tipo derive en arbitrariedad.

En sintonía con lo anterior, se ha verificado que el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, a través de sus resoluciones en sumarios administrativos, ha adoptado este criterio de razonabilidad. El Tribunal no sanciona la expresión por su contenido intrínseco, sino por su capacidad de socavar la confianza social en la magistratura y la integridad del sistema.

Finalmente, se establece que el desafío del Poder Judicial de Corrientes radica en equilibrar la libertad de expresión con la salvaguarda institucional. El deber de decoro funciona como una garantía de imparcialidad y, para dotar de mayor seguridad jurídica al sistema, se advierte la conveniencia de avanzar hacia criterios de interpretación claros que les permitan a los agentes conocer de antemano los límites de su actuación en el entorno virtual, protegiendo así tanto su derecho a la intimidad como el prestigio del servicio de justicia.

Bibliografía

Casaro Lodoli, G. A. (2011). *La responsabilidad disciplinaria en el Poder Judicial de la provincia de Corrientes* (1ª ed.). Mave.

Cochia, J. J. (2015). *El sumario administrativo: El régimen disciplinario en Corrientes* (1ª ed.). Con Texto.

Ivanega, M. M. (2013), *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa* (2ª ed. act.). Rap.

Marienhoff, M. S. (1994). *Tratado de Derecho Administrativo* (4ª ed. act., III-B), Abeledo Perrot.

Nielsen, F. y Comadira, J. P. (2011). Apuntes sobre los principios de la ética pública en el Derecho argentino. *Documentación Administrativa*, (267-268).

Sosa, D. S. (2013). Bases fundamentales del derecho administrativo disciplinario. *Revista Actualidad Jurídica, 2*.

Legislación citada

Constitución de la Provincia de Corrientes.

Constitución Nacional.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

Decreto Ley 26/00 Orgánica de Administración de Justicia.

Ley 26032.

Ley 5911 de Ética Pública de la Provincia de Corrientes.

Reglamento Interno de Administración de Justicia del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes, texto ordenado y actualizado al Acuerdo 10/2021. https://lix.li/WsJavi

Jurisprudencia citada

Acuerdo 3804 del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, aprueba las recomendaciones presentadas por la Comisión de Ética del Poder Judicial de la Provincia de La Pampa en la Recomendación CEJ N° 1, sobre uso de plataformas digitales por parte de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial. https://lix.li/nWFJk

Acuerdo Extraordinario 13/1998 del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, aprueba el Código de Ética para Magistrados, Funcionarios y Empleados del Poder Judicial. https://lix.li/MyKIGj

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ponzetti de Balbín c. Editorial Atlántida S. A.*, 11/12/1984, Fallos: 306:1892.

Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, en expte. adm. E-2180-2022, caratulado: *A. B. A. O. S/ Juez de Ejecución Tributaria pone en conocimiento publicaciones virtuales efectuadas por la agente L. D. P. – Solicita Medidas,* resolución 256 del 15/05/2024.

Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, en expte. adm. E-2414-2022, caratulado: *Superior Tribunal de Justicia Prov. de Ctes. S/ Información Periodística Ref. denuncia contra el Sr. Juez Civil, Comercial, Laboral, Familia, Niñez y Adolescencia y de Paz de la localidad de Santa Lucía Dr. D. A. A.*, resolución 611 del 17/10/2023.

Roles de autoría y conflicto de intereses

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

Brevitatis Causae

Derecho Administrativo en el Estado Constitucional
N° 2 (octubre de 2026): 403-407

DNU sobre materia electoral prohibida y emitido por razones de conveniencia (la Cámara Nacional Electoral declara inconstitucional el DNU 366/25 sobre emisión de cartas de ciudadanía)[1]

Emergency Decree on a Constitutionally Prohibited Electoral Matter, Issued on Grounds of Expediency (The National Electoral Chamber Declares Emergency Decree No. 366/2025 on the Issuance of Citizenship Certificates Unconstitutional)

Fabián Omar Canda[2]
Universidad de Buenos Aires. Universidad Austral.
Pontificia Universidad Católica Argentina

Sumario

1. El caso
2. Conclusiones

https://doi.org/10.26422/daec.2026.0200.can

1 Agradezco la colaboración en la búsqueda de jurisprudencia y doctrina al MDA Santiago Lauhirat.

2 Profesor de Derecho Administrativo de grado y posgrado en: Universidad de Buenos Aires, Pontificia 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
https://orcid.org/0009-0000-4966-3073

1. El caso

En una causa[3] en la cual la Cámara Nacional Electoral revisó por apelación la denegatoria de ciudadanía dispuesta por un juez federal, el tribunal de grado resolvió la inconstitucionalidad del Decreto 366/25.

Recordemos que este decreto de necesidad y urgencia (DNU) dispuso —entre otros tópicos— que fuese la Dirección Nacional de Migraciones y no la Justicia quien de aquí en más[4] —y contrariamente a lo dispuesto hasta ahora por la antiquísima Ley 346—[5] sea la competente para el otorgamiento de cartas de ciudadanía.

En lo que aquí interesa, la Cámara manifestó que

> … en nada obsta al mantenimiento del reseñado criterio el decreto de necesidad y urgencia 366/2025, […] que asigna a la Dirección Nacional de Migraciones la competencia para otorgar ciudadanías- pues […] los tribunales deben resguardar el principio de jerarquía normativa, que les impone aplicar la norma legal frente a un decreto que la modifica con exceso de facultades constitucionales.[6]

Para concluir del modo citado, la Cámara entendió que existía una "… intrínseca vinculación entre el otorgamiento de cartas de ciudadanía y la adquisición de los derechos políticos electorales".[7]

En suma, el tribunal arguyó que el DNU regulaba materia electoral, prohibida para esta categoría excepcional de normas por la Constitución Nacional.[8] Por otro

---

3 Cámara Nacional Electoral, *Yang, Liping s/ nacionalidad y ciudadanía – solicitud de carta de ciudadanía* (Expte. N° CNE 8843/2023/CA1), 30/06/26.

4 Al respecto, el art. 39 del Decreto 366/25 establece: "Los extranjeros que hubiesen cumplido las condiciones dispuestas […], obtendrán la carta de naturalización que le será otorgada por la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES, organismo descentralizado actuante en la órbita de la VICEJEFATURA DE GABINETE DEL INTERIOR de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS".

5 De conformidad con los arts. 2, 3, 5, 6 de la Ley 346 —en su redacción original—, le correspondía al "juez federal" lo atinente al trámite de naturalización o ejercicio de la opción por la nacionalidad argentina.

6 Cámara Nacional Electoral, *Yang, Liping*…, op. cit., considerando 5.

7 *Ibidem*, considerando 4.
Sobre la prohibición expresa de DNU en materia electoral, Gelli (2022) explica que surgió "[…] de la desconfianza mutua entre los líderes políticos Alfonsín y Menem que convinieron llevar a cabo la reforma constitucional de 1994. Quisieron, con ello, preservar las reglas del proceso democrático y la competencia electoral" (p. 489).

8 Desde otro vértice, es importante destacar que el Fuero Civil y Comercial Federal también se ha expedido en sentido contrario a la constitucionalidad del Decreto 366/25. Concretamente, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal sostuvo que la disposición de naturaleza legislativa no satisfacía las exigencias que impone la Constitución Nacional para que sean procedentes las modificaciones que introdujo en la ley que rige la materia de nacionalidad y ciudadanía, dictada por el Congreso Nacional en ejercicio de la previsión específica emergente del

lado, analizó si las razones aducidas en el DNU daban cuenta de una "situación de emergencia"[9] o si eran supuestos de "mera conveniencia"[10] que no justificaban la emisión de un decreto de excepción.

En este sentido, concluyó que los motivos expresados en los considerandos del DNU en cuanto a que fuese la Dirección Nacional de Migraciones —y no la Justicia, como lo hacía hasta ahora— la competente para otorgar cartas de ciudadanía "[…] no alcanzan para poner en evidencia […] la necesidad de adoptar medidas inmediatas para paliar una situación de rigurosa excepcionalidad que pusiera en riesgo el normal funcionamiento del régimen de naturalización".[11]

La Cámara destacó que en los fundamentos del decreto se había expresado que la Dirección de Migraciones era la autoridad administrativa competente para el otorgamiento de cartas de ciudadanía "[…] ya que podía verificar de forma adecuada la pertenencia del otorgamiento de dichas cartas" y que no correspondía distraer recursos del Poder Judicial a tales fines, "[…] los que podrían ser utilizados para el cumplimiento de las funciones específicas de dicho Poder".[12]

En otras palabras, la motivación del DNU[13] —entendió la Cámara— resultaba deficiente para acreditar una situación excepcional de necesidad y urgencia.[14]

---

art. 75, inc. 12 de la ley fundamental. Además, al igual que la Cámara Nacional Electoral, de descartar la existencia de una circunstancia excepcional que habilite su dictado, la referida Sala indicó que "… la naturalización constituye, además, una materia expresamente contemplada por la Constitución Nacional (art. 20) y, por esa razón, las cuestiones que se susciten en torno a su otorgamiento no pueden quedar sustraídas al control jurisdiccional" (CNACCF, Sala III, *Volosh, Yana s/ solicitud de carta de ciudadanía*, 18/06/26).

9 CSJN, *Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía BCRA.) s/ amparo*, 27/12/1990, Fallos: 313:1513. En el mencionado precedente, el máximo tribunal aludió como presupuesto fáctico habilitante para el dictado de estas disposiciones de carácter legislativo a "… una situación de grave riesgo social, frente a lo cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en aquel decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados".

10 Sobre este punto, el criterio inveterado de la Corte Federal es que "… corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto" (CSJN, *Verrocchi Ezio Daniel c/ PEN- Administración Nacional de Aduanas- s/ acción de amparo- dec. 770/96 Y 771/96*, 19/08/1999, Fallos: 322:1726; *Consumidores Argentinos c/ EN-PEN-DTO 558/02-SS-Ley 20091 s/ amparo ley 16.986*, 19/05/2010, Fallos: 333:633).

11 Cámara Nacional Electoral, *Yang, Liping*…, op. cit., considerando 10.

12 *Ibidem.*

13 Sobre la necesidad de justificación debida de los requisitos de validez impuestos por la Constitución Nacional a los decretos de necesidad y urgencia, puede verse: CSJN, Leguizamón *Romero, Abel y otra c/ I.S.S.J. y P. s/ ordinario*, 07/12/2004, Fallos: 327:5559, considerando 9.

14 Antes de ahora, con relación a la exigencia de una adecuada y cabal motivación, sostuve que "Cuando de los DNUs se trate habrá de exigirse al emisor un esfuerzo de motivación en pro de demostrar que las circunstancias excepcionales que hacen imposible aguardar la sanción de una ley se han configurado. La ausencia o deficiencia de motivación resultará fatal para la constitucionalidad de

2. Conclusiones

Por un doble orden de razones sustanciales, la Cámara Nacional Electoral declaró inconstitucional el DNU 366/25: 1) incurrir en materia electoral; 2) no configurarse circunstancias excepcionales de necesidad y urgencia. Ambos requisitos son condición *sine qua non*[15] para que este tipo excepcional de normas de sustancia legislativa sean dictadas por el PEN conforme lo preceptuado por el art. 99, inc. 3 de la Constitución Nacional.

Las materias vedadas por la Constitución nacional para los DNU están tasadas por la norma fundamental. Invita la reflexión considerar —como lo hiciera la Cámara electoral— que la emisión de cartas de ciudadanía invade o incide en materia electoral prohibida por la carta magna. De otro lado, plausiblemente el tribunal exige una adecuada motivación que justifique el dictado del DNU.

Recordemos que todo acto estatal debe estar adecuadamente motivado, sea un acto administrativo, una ley o una sentencia. Ello es una consecuencia de los principios de publicidad y razonabilidad de los actos de gobierno, consustanciales al Estado de derecho.

En la especie se trató de una norma de carácter excepcional, por lo que la necesidad de motivación adecuada se vio potenciada geométricamente.

Verdadero caballo de Troya del derecho administrativo, la ausencia o deficiencia de motivación deja inerme a la ciudadanía en general y al interesado en particular —en este caso, al solicitante de la carta de ciudadanía— para defenderse y controlar los actos de gobierno. La deficiencia motivacional afecta así la esfera vital del individuo y el derecho social a gozar de una buena administración.[16]

---

la norma de excepción. Es dable considerar que en el caso de los DNUs el esfuerzo de motivación debe ser aún mayor, pues, como bien lo puntualizara la Corte Suprema en 'Colegio', en el caso de estos decretos el Poder Ejecutivo Nacional se apropia directamente del ejercicio de una facultad legislativa. El Congreso no tiene injerencia alguna en el dictado, aunque sí ejerce luego una función de control. En los delegados, en cambio, existe una 'autorización' legal para regular por vía de reglamento delegado una materia propia del Congreso. Ha habido, pues, una decisión previa del titular de la competencia para descargarla acotadamente en el Poder Ejecutivo" (Canda, 2010, p. 17).

15 Así lo ha sostenido la CSJN en *Risolía de Ocampo, María José c/Rojas, Julio César y otros s/ejecución de sentencia (incidente)*, 02/08/2000, Fallos: 323:1934; y *Leguizamón Romero, Abel y otra c/ I.S.S.J. y P. s/ ordinario*, 07/12/2004, Fallos: 327:5559.
El cumplimiento de ambos recaudos constitucionales y su eventual fiscalización judicial resultan indispensables para evitar aquello que García de Enterría sostenía respecto de los decretos leyes en España, donde se terminó legitimándolos como "… una verdadera competencia legislativa alternativa en manos del Gobierno, a fuerza no sólo de una relajación de facto de la verificación de sus presupuestos habilitantes, sino también de la inexistencia de iure de mecanismo alguno de ratificación o conversión por el órgano legislativo y de control por los Tribunales" (García de Enterría y Fernández, 2011, p. 153).

16 Ver, por todos, Arana Muñoz (2022).

Bibliografía

Arana Muñoz, J. (2022). El derecho fundamental a la buena administración y administración y centralidad del ciudadano en el derecho administrativo. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, XXXIV*(408), 11-33.

Canda, F. (2010). El fallo "Consumidores Argentinos" y el control de los DNUs. La Corte Suprema y la normativa de excepción: una lectura en perspectiva con el caso "Colegio Público de Abogados de la Capital Federal". *Jurisprudencia Argentina*. Lexis Nº 0003/015066.

García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2011). *Curso de Derecho Administrativo* (Tomo I)- Temis/Palestra.

Gelli, M. A. (2022). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada* (6ª ed., Tomo II, arts. 44 a 129). La Ley.

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° 2 (octubre de 2026): 409-416

El acto administrativo algorítmico ante la LNPA reformada por la Ley 27742

The Algorithmic Administrative Act under the LNPA as Amended by Law No. 27,742

Juan José Esper Zamar[1]
Diputado de la Provincia de Buenos Aires

Sumario

1. Introducción: la administración algorítmica y la pregunta por la validez
2. Algoritmo determinístico y algoritmo inteligente: una distinción con consecuencias jurídicas diversas
3. La voluntad como presupuesto de los requisitos esenciales
4. El vicio en la motivación y su encuadre
5. Conclusión

https://doi.org/10.26422/daec.2026.0200.esp

1. Introducción: la administración algorítmica y la pregunta por la validez

La incorporación de sistemas automatizados y de inteligencia artificial al ejercicio de la función administrativa dejó de ser una hipótesis prospectiva. El artículo 8 de la Ley 19549 (en adelante, LNPA), en su redacción según la Ley 27742, admite que el acto administrativo se manifieste "en forma gráfica, electrónica o digital"[2] y delega en la reglamentación "las distintas modalidades y condiciones a las que se sujetará la utilización de medios electrónicos o digitales para la emisión de actos administrativos". El artículo 1° bis, incorporado por la misma reforma, consagra entre los

1 Abogado (Universidad Católica Argentina). Cursó la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral (tesis en elaboración). Se desempeñó en diversas áreas de gestión en el sector público, tanto en el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires como en el Municipio de San Miguel, donde fue Secretario de Seguridad (2018-2021). Actualmente es Diputado de la Provincia de Buenos Aires por la Primera Sección Electoral.
jjesperzamar@mail.austral.edu.ar

2 Art. 8°, Ley 19549, texto según Ley 27742 (BO 08/07/2024).

principios del procedimiento la eficiencia burocrática y habilita a la Administración a recabar documentación por medios electrónicos.[3] El interrogante de este trabajo no es tecnológico ni regulatorio, sino estrictamente dogmático: cuando la decisión administrativa se apoya en un algoritmo, ¿el acto resultante satisface los requisitos esenciales del artículo 7° de la LNPA, o nace afectado por un vicio que compromete su validez? No se discutirá aquí si conviene o no regular la inteligencia artificial, cuestión de política legislativa ajena al objeto de este análisis, sino cómo responde el régimen vigente de vicios frente al estado actual de la IA.

La tesis que se sostendrá es doble y, según se verá, deliberadamente condicionada. *Primero*: es menester distinguir entre el algoritmo determinístico (expresión de actividad reglada que no plantea problema de validez) y el algoritmo inteligente o profundo,[4] cuya opacidad, *en el estado actual de la técnica*, sí lo compromete. *Segundo*: el acto que hoy utilice un algoritmo inteligente opaco como fundamento decisorio exclusivo nace con un déficit estructural de motivación que socava el presupuesto sobre el que reposan los requisitos esenciales, y ese defecto es capturado íntegramente por el régimen de los artículos 7°, 14, 15 y 19 de la LNPA reformada. La conclusión, sin embargo, no es terminal: depende de un presupuesto técnico (la opacidad) que la propia evolución de la tecnología puede remover y de un marco normativo que la autoridad reglamentaria y el legislador pueden adaptar cuando lo estimen conveniente.

2. Algoritmo determinístico y algoritmo inteligente: una distinción con consecuencias jurídicas diversas

No todo acto automatizado supone inteligencia artificial. Es posible diferenciar dos categorías de consecuencias jurídicas netamente distintas.[5] El *algoritmo simple o determinístico* ejecuta un código conforme a una estructura condicional: dado el antecedente, se sigue necesariamente el consecuente. Su resultado es cierto y previsible; las reglas y el contexto los suministra el programador. Se emplea en actividades seriadas (licitaciones, concursos, habilitaciones) y se asimila a la actividad reglada: la máquina no hace más que traducir a lenguaje matemático una norma jurídica preexistente, de modo que el silogismo normativo puede reconstruirse íntegro. En términos del artículo 7°, inciso c), el objeto se encuadra en el consecuente que la norma predeterminó.[6] No hay aquí problema de voluntad ni de motivación.

---

3 Art. 1° bis, Ley 19549, texto según Ley 27742.

4 *Acto administrativo automático*, Federico José Lacava, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2022. En sentido análogo, con la distinción entre algoritmos no predictivos y predictivos, Huergo Lora, A. (2020). *La regulación de los algoritmos*. Thomson Reuters Aranzadi (cap. I).

5 Ver nota 3.

6 Art. 7°, inc. c), Ley 19549, texto según Ley 27742.

El *algoritmo profundo o inteligente* (técnicamente, IA) responde a una lógica diversa: parte de una regla inicial, pero evoluciona generando reglas nuevas a partir de los datos que procesa; su resultado no es cierto, sino probabilístico (producto de inferencias), y el contexto no lo suministra el programador, sino que lo construye el propio sistema. De ello se sigue la característica jurídicamente decisiva: la *opacidad*. En el estado actual de la técnica, no resulta posible rastrear cómo el sistema llegó a la decisión, fenómeno descripto como "caja negra",[7] de modo que se produce una desconexión entre la voluntad y el acto, y la imputación de la decisión a la Administración solo puede sostenerse mediante una ficción. Lacava lo describe de la siguiente manera: las tecnologías ofrecen a la Administración máquinas "que se auto-programan […] transitan recorridos inescrutables e imprevisibles, vuelven las decisiones opacas, invisibles, insensibles y, en gran medida, incontrolables" (Lacava, 2022, como se citó en Garda, 2025, p. 74, nota 82). Esto quiere decir: si no se sabe por qué la máquina decidió, aparece el vicio en la motivación.[8] El fenómeno cuenta con un antecedente doctrinal temprano en los estudios de Masucci (1993) sobre el acto administrativo informático.

La inexplicabilidad del algoritmo profundo no es una limitación transitoria, sino una característica estructural del método: el sistema no aplica reglas preexistentes ni recorre inferencias simbólicas registrables, sino que produce su salida como resultado agregado del ajuste estadístico de millones de parámetros numéricos. No hay, en rigor, un razonamiento que exhibir. Y si se le exigiera al sistema producir una justificación, esta se generaría por el mismo mecanismo probabilístico que cualquier otra de sus salidas: sería una narrativa plausible construida *a posteriori*, no la exteriorización del proceso que determinó la decisión.[9]

3. La voluntad como presupuesto de los requisitos esenciales

El encuadre del defecto exige precisar el lugar sistemático de la voluntad. Sammartino enseña que los requisitos esenciales de los artículos 7° y 8° "reposan sobre un presupuesto, la voluntad sin vicios del emisor del acto" (2014, p. 4),[10] y que "la voluntad sin vicios del agente, vale recordar, es presupuesto de validez del acto mas no es un elemento" (2009, p. 64). La reforma de la Ley 27742 no altera esa arquitectura:

---

7 La expresión fue difundida por Pasquale (2015). Para la distinción entre la opacidad intencional, la técnica y la intrínseca al aprendizaje automático -solo esta última relevante aquí-, ver Burrell (2016).

8 Ver nota 3.

9 La literatura técnica documenta que las explicaciones y cadenas de razonamiento exhibidas por los modelos de lenguaje frecuentemente no son fieles a las causas reales de sus respuestas: Turpin (2023), Anthropic (2025b).

10 En nota, el autor aclara que ello se extrae del art. 14, inc. a), LNPA.

la voluntad aparece mencionada en el inciso a) del artículo 7°, atada a la competencia, pero no erigida en elemento autónomo; y el artículo 14, inciso a) fulmina con nulidad absoluta el acto cuando la voluntad de la Administración resulte "excluida" por error esencial, dolo, violencia física o moral, simulación absoluta o grave defecto en la formación de la voluntad de un órgano colegiado.[11] El sistema argentino de nulidades es, además, autónomo del civil desde *Los Lagos*: las categorías del derecho privado solo ingresan por analogía, "con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la substancia de esta última disciplina".[12]

Sobre esa base, surge entonces la *teoría de la voluntad administrativa algorítmica*, la cual reconduce la voluntad al procedimiento: la voluntad administrativa es *endoprocedimental*, se forma en la serie de actos preparatorios que culmina en la decisión.[13] En el algoritmo determinístico, esa reconducción es inocua: la voluntad coincide con la voluntad normativa, querida por anticipado por quien aprobó la regla y ordenó traducirla a código. En el algoritmo inteligente, en cambio, no existe un proceso volitivo humano que la teoría del órgano permita reconducir al ente estatal: nadie quiso el criterio que decidió el caso, porque ese criterio lo generó el propio sistema y permanece inaccesible. La imputación es, entonces, puramente ficcional, y en el estado actual de la técnica el presupuesto de los requisitos esenciales tiende a quedar excluido en los términos del artículo 14, inciso a).

4. El vicio en la motivación y su encuadre

El artículo 7°, inciso e) exige que el acto sea motivado, "expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo".[14] La motivación es la exteriorización de la causa y de las razones; su estándar constitucional fue fijado por la Corte con especial rigor para el ejercicio de potestades discrecionales. En *Schnaiderman* sostuvo que el obrar discrecional "en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria" y que la discrecionalidad "impone una observancia mayor de

11 Art. 14, inc. a), Ley 19549, texto según Ley 27742.

12 CSJN, *Los Lagos S.A. Ganadera c/ Gobierno Nacional*, Fallos: 190:142 (1941). La aplicación de las reglas civiles sobre nulidades al derecho administrativo no procede de manera directa ni subsidiaria, sino analógica.

13 La teoría se desarrolla en Lacava (2022), precedido por su estudio "Acto administrativo automático en el marco del Estado Constitucional de Derecho" (2019), y se inscribe en el marco conceptual del Estado constitucional de derecho elaborado por Sammartino (2009, 2014); su antecedente es la reconstrucción de Masucci (1993). La formulación que aquí se sigue corresponde a la exposición del propio autor en el Diplomado Post Magistral de Derecho Administrativo de la Universidad Austral (F. J. Lacava, 17 de junio de 2026).

14 Art. 7°, inc. e), Ley 19549, texto según Ley 27742.

la debida motivación".[15] En *Solá* encuadró el defecto como "vicio grave en la causa (arts. 7°, inc. b, y 14, inc. b, de la Ley 19549)".[16] La doctrina se mantiene tras la reforma: en *Reta*, la Corte exigió que el acto "debía contener la motivación exigida por las normas aplicables para ser considerado válido".[17]

El acto fundado exclusivamente en un algoritmo inteligente no puede, por diseño, satisfacer ese estándar: no expresa "en forma concreta" razones que son irrastreables incluso para la propia Administración. No se trata de una motivación insuficiente y mejorable, sino de una imposibilidad estructural de motivar. La gradación del vicio bajo la LNPA reformada no es, con todo, pacífica: Sammartino (2025) advierte la perplejidad de que la ausencia de motivación suficiente haya quedado implícita en el artículo 14, inciso b), apartado iv —dentro de la genérica "grave violación del procedimiento aplicable"—, o bien remitida a un supuesto residual de nulidad relativa del artículo 15, lo que importaría ignorar la doctrina de *Schnaiderman*, *Scarpa* o *Reta*.

En el acto algorítmico opaco, el defecto *se manifiesta* como vicio en la motivación pero *se encuadra* como exclusión de la voluntad: la imposibilidad de motivar es el síntoma observable de que no existió proceso volitivo imputable al órgano. El encuadre en el artículo 14, inciso a) conduce a la nulidad absoluta e insanable.[18] La diferencia tiene consecuencias concretas: si el vicio fuera solo de motivación, su gravedad quedaría atrapada en aquella discusión y el acto podría llegar a sanearse; encuadrado como exclusión de la voluntad, la nulidad es absoluta y no hay ratificación ni confirmación posible.

5. Conclusión

El derecho comparado confirma que el problema es conocido y que admite respuestas dogmáticas diversas: España define la actuación administrativa automatizada y exige un órgano responsable del sistema;[19] Alemania solo admite el acto íntegramente automatizado cuando una norma lo autoriza y no media discrecionalidad;[20] el Consejo de Estado italiano condicionó la decisión algorítmica a la "conocibilidad"

15 CSJN, *Schnaiderman, Ernesto Horacio c/ Estado Nacional – Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación*, Fallos: 331:735 (08/04/2008).

16 CSJN, *Solá, Roberto y otros c/ Estado Nacional – Poder Ejecutivo*, Fallos: 320:2509 (25/11/1997).

17 CSJN, *Reta, Miguel Ángel c/ Universidad Nacional de San Juan*, sentencia del 02/07/2024.

18 Art. 19, Ley 19549, texto según Ley 27742.

19 Art. 41.1, Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público (España), BOE-A-2015-10566.

20 Art. 35a de la Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG, Ley de Procedimiento Administrativo de Alemania), incorporado por ley del 18 de julio de 2016: un acto administrativo puede dictarse íntegramente por medios automáticos siempre que una norma lo autorice y no exista discrecionalidad ni margen de apreciación. Texto oficial en https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/__35a.html

del algoritmo, la no exclusividad y la imputabilidad al órgano;[21] y el derecho de la Unión Europea impone transparencia e interpretabilidad de los sistemas y reconoce el derecho a no ser sometido a decisiones íntegramente automatizadas.[22]

Ahora bien, la conclusión que sigue vale mientras se mantengan dos supuestos que pueden cambiar y es preciso aclararlo. El primero es técnico. La opacidad de los modelos de aprendizaje profundo es un estado de transición, no una ley natural: la investigación en interpretabilidad ha comenzado a mapear las representaciones y circuitos internos de los modelos de lenguaje, y los modelos de razonamiento exteriorizan cadenas de inferencia paso a paso.[23] Si cede la opacidad, cede con ella el fundamento fáctico del vicio. El requisito es doble: no basta una explicación generada *a posteriori*, porque que sería, otra vez, motivación aparente, sino que se requiere la exteriorización fiel y controlable del proceso que efectivamente determinó la decisión.[24] Un sistema cuya cadena decisoria fuera trazable y auditable en esos términos podría, en principio, satisfacer el estándar de motivación concreta y reconectar voluntad y acto. Asumir la opacidad como definitiva sería pensar que la gran revolución tecnológica se encuentra en su pico y no en su inicio, como toda la comunidad científica internacional coincide sin distinción.

La segunda apertura es normativa. El propio artículo 8 delega en la reglamentación las modalidades de emisión por medios electrónicos o digitales y nada impide que una ley formal recepcione estas tecnologías con los recaudos que estime pertinentes. La señal legislativa ya existe: el proyecto de nueva Ley General de Sociedades en tratamiento en el Senado incorpora la "sociedad automatizada", que desarrolla su objeto mediante sistemas algorítmicos autónomos o agentes de inteligencia artificial, sin recursos humanos para su operación ordinaria, y responde con su patrimonio por los daños que aquellos causen.[25] Si el legislador argentino debate personificaciones operadas por agentes de inteligencia artificial en el derecho privado, es esperable, y por ende viable, la recepción del acto administrativo algorítmico.

En síntesis, y como conclusión: (i) el acto fundado en algoritmo determinístico es

---

21 Consiglio di Stato, Sez. VI, sentencia n° 2270 del 8 de abril de 2019, y sentencia n° 8472 del 13 de diciembre de 2019 (Italia). La primera exige la "conocibilidad" del algoritmo y su sujeción a los principios de la acción administrativa; la segunda fija los tres requisitos de conocibilidad, no exclusividad de la decisión algorítmica e imputabilidad al órgano. Textos disponibles en https://lix.li/AFVSSP y https://www.eius.it/giurisprudenza/2019/760

22 Art. 13, Reglamento (UE) 2024/1689 (Reglamento de Inteligencia Artificial); art. 22, Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD).

23 V. gr., Anthropic (2024), 2025ª). Sobre los límites de fidelidad de las cadenas de razonamiento exhibidas, ver, *supra*, nota 9.

24 Podría objetarse que la decisión del funcionario humano tampoco es transparente en su proceso mental y que, sin embargo, su motivación se acepta.

25 Proyecto de nueva Ley General de Sociedades remitido por el Poder Ejecutivo Nacional al Senado y en tratamiento (2026).

expresión de actividad reglada y no plantea problema de validez; (ii) en el estado actual de la técnica, el acto fundado exclusivamente en un algoritmo inteligente opaco nace con un defecto que se manifiesta como vicio en la motivación y se encuadra como exclusión de la voluntad (art. 14, inc. a), con nulidad absoluta e insanable; (iii) esa incompatibilidad no es ontológica, sino contingente: depende de un presupuesto técnico que la evolución de la inteligencia artificial puede remover y de un marco normativo adaptable por vía reglamentaria o legal.

Bibliografía

Anthropic. (21 de mayo de 2024). *Mapping the Mind of a Large Language Model*. https://www.anthropic.com/research/mapping-mind-language-model

Anthropic. (2025a). *On the Biology of a Large Language Model*. Transformer Circuits Thread. https://transformer-circuits.pub/2025/attribution-graphs/biology.html

Anthropic. (2025b). *Reasoning Models Don't Always Say What They Think*. https://www.anthropic.com/research/reasoning-models-dont-say-think

Burrell, J. (2016). How the machine "thinks": Understanding opacity in machine learning algorithms. *Big Data & Society, 3(1)*, 1-12. https://doi.org/10.1177/2053951715622512

Garda, J. B. (2025). La juridicidad como principio fundamental y la nueva configuración de las vías de hecho administrativas en la Ley de Bases. *Revista Derecho Administrativo (RDA)*, (158), 58-79.

Huergo Lora, A. (Dir.) (2020). *La regulación de los algoritmos*. Thomson Reuters/Aranzadi/Cizur Menor.

Lacava, F. J. (2019). Acto administrativo automático en el marco del Estado Constitucional de Derecho. *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, (2). IJ-DCCXLVII-919.

Lacava, F. J. (2022). *Acto administrativo automático*. Astrea.

Masucci, A. (1993). *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*. Jovene.

Pasquale, F. (2015). *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Harvard University Press.

Sammartino, P. M. E. (2009). Causa y objeto del acto administrativo en el estado de derecho constitucional (material de cátedra del Diplomado, glosa del dolo como vicio de la voluntad).

Sammartino, P. M. E. (2014). Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional de derecho. *El Derecho Administrativo (EDA), 2014, N°13,487, 1-13*.

Sammartino, P. M. E. (2025). El requisito esencial "procedimiento" en la LNPA reformada (material de cátedra del Diplomado, apartado sobre el art. 14, inc. b, ap. IV).

Turpin, M., Michael, J., Perez, E. y Bowman, S. R. (2023). Language Models Don't Always Say What They Think: Unfaithful Explanations in Chain-of-Thought Prompting. *NeurIPS*.

Transparencia en el uso de inteligencia artificial

El autor declara que utilizó Claude (Anthropic) como herramienta de apoyo en la investigación y la corrección de estilo.

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió los siguientes roles de autoría: conceptualización, investigación, metodología y redacción. Asimismo, declara no poseer conflicto de interés alguno.

Derecho Administrativo en el Estado Constitucional
N° 2 (octubre de 2026): 417-425

Comparación entre el régimen de nulidades argentino e italiano

A Comparative Analysis of the Argentine and Italian Legal Regimes Governing Nullity

María Luz Zanvettor[1]
Tribunal Superior de Justicia, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba

Sumario

1. Introducción
2. Régimen de las nulidades de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos argentina LNPA
3. Régimen de las nulidades en la ley italiana (art. 21, incisos 7° a 9°)
3.1 El artículo 21-septies y la nulidad absoluta (***nullità***)
3.2. El artículo 21-octies y la anulabilidad (***annullabilità***)
4. Puntos de confluencia y divergencia crítica
4.1 La falta de definición de los "elementos esenciales"
4.2 El tratamiento del exceso de poder y la incompetencia
4.3 La desformalización del acto administrativo y la instrumentalidad de las formas
5. La desobediencia judicial como vicio insubsanable
6. Conclusión

https://doi.org/10.26422/daec.2026.0200.zan

1. Introducción

El objeto del presente informe es realizar un análisis comparativo entre determinados aspectos del régimen de las nulidades de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos argentina (Ley 19549, LNPA) y las previsiones normativas de la

1 Abogada (Universidad Nacional de Córdoba). Maestranda en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Profesora adjunta de Derecho Administrativo (Universidad Blas Pascal). Investigadora. Funcionaria de la Relatoría Contencioso Administrativa, Tribunal Superior de Justicia, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Mail: zanvettorml@gmail.com
zanvettorml@gmail.com
https://orcid.org/0000-0002-4469-1814

legislación italiana, puntualmente a través de los artículos 21-septies y 21-octies de la Ley 241/1990 (incorporados por la reforma de la Ley 15/2005). El foco del estudio se centrará en el tratamiento de la falta de elementos esenciales del acto y en las consecuencias jurídicas derivadas de la desobediencia a mandatos judiciales.

Además, se plasmarán algunas modificaciones realizadas por la Ley 27742 en los artículos que se analizarán de la Ley 19549 de Procedimientos Administrativos argentina.

2. Régimen de las nulidades de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos argentina

En primer lugar, es menester señalar cuáles son los artículos de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA) que regulan las nulidades en dicho cuerpo normativo. Conforme al ordenamiento positivo nacional vigente, el régimen de invalidez del acto administrativo se encuentra estructurado a partir de los artículos 7, 14 y 15 de la Ley 19549, modificados profundamente en su estructura y redacción por la Ley de Bases 27742. El diseño adoptado por el legislador argentino no define de manera abstracta o taxativa qué es un "elemento esencial", sino que opta por un camino indirecto: el artículo 7° enumera los requisitos esenciales de validez, mientras que los artículos 14 y 15 determinan las consecuencias jurídicas en función de qué elemento específico resulte afectado por el vicio.

Los elementos del acto administrativo son los requisitos que deben concurrir sin vicios para que haya acto administrativo plenamente válido.

Efectivamente, el artículo 7º (Requisitos esenciales del acto administrativo) dispone textualmente:

> Son requisitos esenciales del acto administrativo los siguientes: a) Debe ser dictado por autoridad competente y cuya voluntad no esté viciada por error, dolo o violencia; b) Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable; c) El objeto debe ser cierto, física y jurídicamente posible; debe decidir todas las peticiones formuladas, pero puede involucrar otras no propuestas, previa audiencia del interesado y siempre que ello no afecte derechos adquiridos; d) Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan las normas especiales, se incluyen en estos últimos (i) el respeto a la tutela administrativa efectiva de quienes pueden verse afectados por el acto de alcance particular en sus derechos o intereses jurídicamente tutelados; y (ii) el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos o intereses jurídicamente tutelados; e) Deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inci-

> so b) del presente artículo; f) Habrá de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Las medidas que el acto involucre deben ser razonables y proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad.

Cabe destacar cuáles fueron las modificaciones introducidas por la Ley de Bases 27742 en los requisitos esenciales del acto administrativo (artículo 7° de la LNPA).

La reforma no modificó la nómina de los elementos tradicionales, pero alteró sustancialmente sus dimensiones cualitativas al positivizar garantías constitucionales y estándares pretorianos que antes carecían de una base legal expresa.

Las principales transformaciones operadas en el texto legal se estructuran de la siguiente manera:

- La voluntad de la Administración (inciso a). Si bien la regularidad del elemento subjetivo ya se consideraba implícita, la reforma positiviza formalmente el requisito al disponer que el acto debe ser dictado por autoridad competente "y cuya voluntad no esté viciada por error, dolo o violencia". Antes, la voluntad solo estaba en los vicios del acto administrativo (art. 14). Ahora, se agrega como elemento. Esta adición perfecciona la simetría del ordenamiento, ligando directamente el elemento del artículo 7° con las causales de exclusión de la voluntad sancionadas con nulidad absoluta en el reformado artículo 14, inciso a).
- La conformidad a derecho del objeto (inciso c). En la redacción del elemento objeto, al tradicional estándar de certeza y posibilidad física y jurídica, el legislador incorporó la exigencia de que el objeto sea, además, "conforme a derecho". De este modo, la contradicción abierta del objeto con el bloque de legalidad se erige de forma autónoma como un vicio en este requisito esencial.
- La jerarquización del procedimiento y la tutela administrativa efectiva (inciso d). Este apartado representa la modificación más disruptiva de la reforma. Por un lado, se extiende la exigencia ritual a aquellos procedimientos "que resulten implícitos del ordenamiento jurídico". Por el otro, el legislador consagra con carácter imperativo y rango de requisito esencial dos subincisos fundamentales: (i) el respeto a la tutela administrativa efectiva de quienes pueden verse afectados por el acto de alcance particular en sus derechos o intereses; y (ii) el dictamen previo proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico. Con ello, la garantía del debido proceso adjetivo deja de ser una mera pauta interpretativa y se convierte en una condición cualitativa de existencia del elemento procedimental.
- La proporcionalidad y razonabilidad como parámetros de la finalidad (inciso f). En lo relativo al desvío de poder, la ley añade un mandato definitivo de control sustancial: "Las medidas que el acto involucre deben ser razonables y proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad". A través de esta incorporación, los

> principios de razonabilidad y proporcionalidad abandonan su carácter puramente jurisprudencial para transformarse en un estándar legal expreso. Su inobservancia vulnera de forma directa el elemento esencial "finalidad", gatillando la sanción de nulidad absoluta contemplada en el artículo 14.

En definitiva, la reforma del artículo 7° de la LNPA abandona la concepción meramente formalista de los elementos del acto para adoptar un enfoque fuertemente garantista. Al dotar de una dimensión cualitativa y sustancial a requisitos como la voluntad, el procedimiento y la finalidad, el legislador argentino robusteció el control de legalidad y acotó el margen de discrecionalidad de la actividad estatal.

Por su parte, el artículo 14 (Nulidad absoluta) sanciona con la invalidez más severa al acto administrativo cuando la anomalía lesiona de manera directa los componentes determinados por la norma. Tras la reforma, la ley adopta una estructura de incisos y subincisos bien definidos y establece:

> El acto administrativo es de nulidad absoluta e insanable en los siguientes casos: a) Cuando la voluntad de la Administración resultare excluida por: (i) Error esencial; (ii) Dolo, en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos; (iii) Violencia física o moral ejercida sobre la autoridad que lo emitió; (iv) Simulación; o (v) Un grave defecto en la formación de la voluntad de un órgano colegiado. b) Cuando: (i) Fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia, del territorio o del tiempo. En el caso de la incompetencia en razón del grado, cuando el acto fuere dictado por una autoridad administrativa distinta de la que debió haberlo emitido dentro del ámbito de una misma esfera de competencias, la nulidad es relativa, salvo que se tratare de competencias excluyentes asignadas por ley a una determinada autoridad en virtud de una idoneidad especial; (ii) Careciere de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocado; (iii) Su objeto no fuere cierto, física o jurídicamente posible, o conforme a derecho; (iv) Se hubiere omitido la audiencia previa del interesado cuando ella es requerida o se hubiere incurrido en otra grave violación del procedimiento aplicable; o (v) Se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder. La sentencia que declare la nulidad absoluta tendrá efecto retroactivo a la fecha de dictado del acto, a menos que el tribunal disponga lo contrario por razones de equidad, siempre que el interesado a quien el acto beneficiaba no hubiere incurrido en dolo.

En contraposición, el reformado artículo 15 (anulabilidad) regula aquellos supuestos donde la imperfección es periférica, abandonando el viejo concepto abstracto de "imperfección que no reviste gravedad" para adoptar un estándar enfocado en la subsistencia del elemento:

> El acto administrativo es de nulidad relativa, y sólo será anulable en sede judicial, si presenta un defecto o vicio no previsto en el precedente artículo 14. Las irregularidades u omisiones no esenciales no dan lugar a nulidad alguna. La sentencia que declare la nulidad relativa tendrá efecto retroactivo a la fecha de dictado del acto, a menos que el acto fuere favorable al particular y éste no hubiese incurrido en dolo.

De este modo, la legislación argentina adopta un criterio cualitativo y rígido: el régimen de invalidez no se estructura en función de la magnitud o gravedad abstracta del vicio, sino estrictamente sobre qué elemento esencial recae la anomalía. Si el vicio afecta de manera directa los componentes estructurales explícitamente tasados en el artículo 14 (como la inexistencia de causa, la imposibilidad del objeto, la incompetencia o la exclusión de la voluntad), la ley despliega de forma automática la sanción de nulidad absoluta e insanable. En cambio, si la imperfección recae sobre aspectos que no llegan a impedir el cumplimiento de las condiciones esenciales del artículo 7°, el acto se encuadra en la categoría de anulable (artículo 15) o se descarta si es una omisión no esencial. Es la naturaleza jurídica del elemento afectado, y no una ponderación discrecional, lo que determina la sanción del ordenamiento.

3. Régimen de las nulidades en la Ley 241/1990 de Italia (artículos 21-septies a 21-nonies)

A diferencia de la LNPA argentina, el ordenamiento italiano se caracterizó históricamente por carecer de una regulación legislativa de las nulidades, dejando su construcción en manos de la jurisprudencia del Consiglio di Stato. Esta situación cambió radicalmente con la reforma introducida por la Ley 15/2005, la cual incorporó el Capítulo IV-bis a la Ley 241/1990, positivizando las categorías de nulidad (*nullità*) y anulabilidad (*annullabilità*) en sus artículos 21-septies y 21-octies.

3.1 El artículo 21-septies y la nulidad absoluta (*nullità*)

El artículo 21-septies establece los supuestos tasados en los que un acto administrativo es nulo de pleno derecho, determinando que es nulo el acto:

1. Que carece de elementos esenciales (*mancanza degli elementi essenziali*).
2. Que padece de un defecto absoluto de atribución (*difetto assoluto di attribuzione*), equivalente a la incompetencia constitucional o entre poderes distantes.
3. Que ha sido dictado en violación o elusión de la cosa juzgada (*in violazione o elusione del giudicato*).
4. En los demás casos expresamente previstos por la ley.

3.2. El artículo 21-octies y la anulabilidad (*annullabilità*)

Por su parte, el artículo 21-octies regula la anulabilidad como la categoría general residual. El apartado 1 determina que es anulable el acto administrativo adoptado en violación de la ley (*violazione di legge*), por incompetencia (*incompetenza*, entendida como incompetencia relativa por el grado) o por exceso de poder (*eccesso di potere*).

4. Puntos de confluencia y divergencia crítica

4.1 La falta de definición de los "elementos esenciales"

Ambos regímenes presentan una coincidencia metodológica inicial: ninguno define de manera abstracta qué es un elemento esencial. Mientras la LNPA argentina prefiere enumerar los "requisitos esenciales" en su artículo 7° para luego ligar sus vicios a las sanciones de los artículos 14 y 15, el legislador italiano, en el artículo 21-septies, se limita a sancionar la *mancanza degli elementi essenziali* sin listarlos, obligando al operador jurídico a recurrir a la doctrina civilista o a la jurisprudencia para reconstruir el concepto (sujeto, objeto, forma, voluntad y causa).

4.2 El tratamiento del exceso de poder y la incompetencia

Aquí se evidencia una divergencia sustancial basada en el criterio cualitativo argentino frente al pragmatismo italiano.

En el derecho italiano: el exceso de poder (*eccesso di potere*) y la incompetencia relativa son causales expresas de mera anulabilidad (artículo 21-octies, apartado 1).

En el derecho argentino: la reforma de la Ley de Bases reafirmó que el desvío o abuso de poder (vicio en la finalidad) y la incompetencia (salvo el grado en esferas comunes) configuran supuestos automáticos de nulidad absoluta e insanable (artículo 14, inciso b). La LNPA no pondera la gravedad del desvío; la mera afectación de la finalidad fulmina el acto.

4.3 La desformalización del acto administrativo y la instrumentalidad de las formas

El punto de mayor ruptura se encuentra en el apartado 2 del artículo 21-octies italiano, el cual introdujo un principio de "no anulabilidad" por vicios formales o procedimentales en actividades regladas. Si el acto es de naturaleza vinculada y es evidente que su contenido dispositivo no habría podido ser diferente al adoptado, el acto

no es anulable aunque se hayan violado normas de procedimiento o de forma, o se haya omitido la comunicación de inicio del trámite.

En la LNPA argentina, si bien el artículo 15 establece que las irregularidades no esenciales no dan lugar a nulidad, el estándar para la nulidad absoluta por vicio de procedimiento es estricto: el artículo 14, inciso b), subinciso iv) sanciona con nulidad absoluta la omisión de la audiencia previa cuando es requerida o "cualquier otra grave violación del procedimiento aplicable". No existe una norma de "no anulabilidad" de tal magnitud legal para salvar actos reglados con vicios graves de procedimiento, manteniéndose un control cualitativo sobre el derecho a la tutela administrativa efectiva (artículo 7°, inciso d).

5. La desobediencia judicial como vicio insubsanable

El punto de confluencia más rotundo y tuitivo entre ambos sistemas radica en la sanción aplicable al acto administrativo que pretende eludir o contrariar una decisión judicial firme.

El modelo italiano (*violazione o elusione del giudicato*). El artículo 21-septies de la Ley 241/1990 eleva la violación o elusión de la cosa juzgada a la categoría de nulidad absoluta (*nullità*), blindando de forma radical la eficacia de las sentencias frente al poder estatal.

La recepción expresa en el derecho argentino: el texto de la LNPA modificada por la Ley de Bases recepta esta misma solución protectora en el artículo 23, inciso b), subinciso iv). La norma dispone expresamente que aquellos actos dictados con posterioridad a una sentencia definitiva y firme en el marco de un proceso judicial, "en la medida en que ellos contraríen o modifiquen lo dispuesto por la sentencia, no producirán efectos jurídicos de ninguna especie".

Doctrinariamente, esta carencia absoluta de efectos equivale a una nulidad de pleno derecho e insanable por configurar una imposibilidad jurídica en el objeto y una carencia absoluta de causa. Además, procesalmente ambos sistemas convergen en la simplificación: el artículo 23 de la LNPA exime al administrado de agotar la vía administrativa, permitiéndole impugnar el acto espurio directamente dentro del procedimiento de ejecución de sentencia, garantizando que el control judicial no se vuelva un ritualismo inútil.

6. Conclusión

El análisis comparativo entre los regímenes de invalidez de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos de Argentina y la Ley 241/1990 de Italia (con las

reformas introducidas a partir de 2005 en sus artículos 21-septies y 21-octies) permite extraer valiosas conclusiones sobre la evolución del derecho administrativo contemporáneo.

En primer lugar, se observa una coincidencia metodológica inicial en torno a la indeterminación de los elementos esenciales. Ninguno de los dos ordenamientos optó por plasmar una definición rígida o taxativa de cuáles son estos componentes. No obstante, mientras la LNPA argentina clasifica las nulidades de manera cualitativa, guiándose estrictamente por el elemento del artículo 7° que resulte afectado por la anomalía bajo el diseño del artículo 14, el artículo 21-septies italiano prefiere enunciar genéricamente la "falta de elementos esenciales" junto a supuestos específicos como el defecto absoluto de atribución y la violación de la cosa juzgada.

En segundo lugar, el estudio revela una divergencia sustancial en la respuesta jurídica asignada a ciertos vicios. Bajo el amparo del artículo 21-octies, el derecho italiano cataloga al exceso de poder (*eccesso di potere*) y a la incompetencia relativa como causales de mera anulabilidad. Por el contrario, en el régimen reformado de la LNPA argentina, el foco se posa exclusivamente sobre la identidad del requisito lesionado: si la anomalía afecta la competencia o la finalidad (desviación de poder), la ley gatilla automáticamente la nulidad absoluta e insanable (artículo 14, inciso b), evidenciando una estructura argentina fuertemente ligada a una teoría de las nulidades que tutela la integridad y legalidad del elemento por sobre consideraciones de proporcionalidad o magnitud del vicio.

En tercer lugar, la reforma italiana de 2005 introdujo un cambio de paradigma mediante la "desformalización" o desmitificación de la forma. El artículo 21-octies, apartado 2, recepta de manera drástica el principio de instrumentalidad de las formas, privilegiando la eficacia y el resultado práctico por sobre las solemnidades del procedimiento. Así, un acto dictado en violación de normas de forma o por falta de notificación de inicio de trámite no es anulable si se trata de una facultad vinculada (acto reglado) y la Administración demuestra en juicio que el contenido dispositivo final no habría podido ser diferente. En la experiencia argentina, incluso tras la flexibilización de la Ley de Bases, no existe una disposición de "no anulabilidad" de tal magnitud legal; el examen se mantiene rigurosamente sobre la existencia y cumplimiento de los requisitos esenciales, disponiendo expresamente el artículo 15 que solo las irregularidades u omisiones no esenciales no darán lugar a nulidad alguna.

Finalmente, donde ambos sistemas jurídicos se unen en una respuesta unívoca y categórica es en el resguardo de la función jurisdiccional frente a la desobediencia de la Administración pública. Ya sea a través de la *nullità* radical por *violazione* o *elusione del giudicato* del modelo peninsular o mediante la privación automática de efectos jurídicos establecida en el reformado artículo 23, inciso b), subinciso iv) de la LNPA, el mensaje de ambos legisladores es idéntico: el acto administrativo que pretende eludir o contrariar un mandato judicial firme carece de toda validez y entidad jurí-

dica por portar un vicio insubsanable en sus bases. Mientras la herencia conceptual argentina mantiene un enfoque garantista ligado a la legalidad cualitativa de sus elementos esenciales, la evolución italiana persiguió la agilización del Estado para evitar que tecnicismos procesales tumbaran decisiones correctas en el fondo; sin embargo, ante el alzamiento estatal contra una sentencia, ambas naciones clausuran el camino de la arbitrariedad en pos de una verdadera tutela judicial efectiva.

Bibliografía

Balbín, C. F. (2025). *Tratado de Derecho Administrativo* (4ª ed., Tomo II). La Ley.

Cassagne, J. C. (2024). *Derecho Administrativo* (14ª ed., Tomos I y II). La Ley/Thomson Reuters.

Chieppa, R. y Giovagnoli, R. (2023). *Manuale di Diritto Amministrativo* (7ª ed.). Giuffrè Francis Lefebvre.

Comadira J. R., Escola H. J. y Comadira J. P. (2012). *Curso de Derecho Administrativo*. Abeledo Perrot.

Coviello, P. J. J. (2024). El nuevo artículo 7° de la LNPA: entre la tutela administrativa efectiva y la razonabilidad. *Revista Argentina de Régimen de la Administración Pública (RAP), XLVI*(541),. 15-38.

Gordillo, A. (2021). Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas (12ª ed., Tomo 3: El acto administrativo). Fundación de Derecho Administrativo.

Sandulli, A. M. (2022). Il procedimento amministrativo. En Scoca, F. (Dir.), *Diritto Amministrativo* (6ª ed., pp. 289-340). Giappichelli.

Sammartino, P. M. E. (2024). Las modificaciones al régimen del acto administrativo en la Ley de Bases N° 27.742. *Revista de Derecho Administrativo*, (152), 45-89.

Sammartino, P. M. E. (2025). Nulidades administrativas en la LNPA reformada. *Revista de Derecho Administrativo*, (159), 36-92.

Sammartino, P. M. E. (2026). El "procedimiento administrativo constitucional" como garantía connatural al principio de "tutela administrativa efectiva". *Derecho Administrativo en el Estado Constitucional,* (1), 41-102. https://doi.org/10.26422/daec.2026.0100.sam

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.

Derecho Administrativo en el Estado Constitucional
N° 2 (octubre de 2026): 427-438

La suspensión en sede administrativa del acto administrativo irregular y estable en la LNPA.
Antes y después de la reforma

The Suspension of Irregular and Stable Administrative Acts in Administrative Proceedings under the National Administrative Procedures Law.
Before and After the Reform

Laura Oviedo[1]
Procuración General de la Nación

https://doi.org/10.26422/daec.2026.0200.edo

1. Introducción

En el presente informe analizaremos una de las novedades que introdujo la denominada "Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos" (Ley 27742) al modificar el art. 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos

1 Abogada por la Universidad Nacional de La Plata. Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral, con diploma de honor al mejor promedio y mención especial por su tesina. Especialista en Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales por la Universidad de Castilla-La Mancha. Maestranda en Magistratura y Derecho Judicial de la Universidad Austral. Actualmente se desempeña como prosecretaria letrada de la Procuración General de la Nación, en el área de dictámenes de derecho público no penal a cargo de la procuradora fiscal Laura Monti. Ha sido docente de grado y de posgrado, disertante en cursos y seminarios especializados y es autora de publicaciones de doctrina en derecho administrativo.
loviedo@mpf.gov.ar

(Ley 19549; en adelante, LNPA), vinculada con la suspensión en sede administrativa de los efectos del acto administrativo irregular y estable.

Antes de la reforma, esta cuestión no estaba expresamente regulada por la LNPA, lo que dio lugar a debates y a distintas posiciones doctrinarias que tuvieron eco, como veremos, en los asesoramientos de la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante, PTN).

2. Consideraciones preliminares

Antes de analizar cómo quedó regulada esta cuestión, cabe recordar que la función administrativa —objeto de regulación del derecho administrativo— tiene como fin primordial la satisfacción directa e inmediata del interés público, el cual, en el Estado constitucional de derecho, supone la plena vigencia del ordenamiento jurídico, esto es, la vigencia irrestricta del principio de juridicidad.

Este principio general del derecho ha sido receptado expresamente por el art. 1° bis de la LNPA, incorporado por la Ley 27742, como uno de los principios fundamentales del procedimiento administrativo. Se trata de una formulación superadora del tradicional principio de legalidad, pues en el ámbito del procedimiento administrativo supone el deber irrenunciable de la Administración pública de sujetar su actuación a *todo el ordenamiento jurídico* integrado por la Constitución Nacional (CN), los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, las leyes, los demás tratados y los reglamentos. En otros términos, el denominado "bloque de juridicidad" constituye el marco normativo al que debe adecuarse todo el obrar de la Administración.

Como contracara, la Administración está obligada a preservar y mantener, por sí y ante sí, la plena vigencia de la juridicidad cuando constatare que ha sido vulnerada, para lo cual cuenta con diversos institutos jurídicos previstos por la propia LNPA. Sin embargo, como veremos, existen determinados supuestos, también previstos por la norma, en los que, aun constatada esa ilegitimidad, la Administración carece de habilitación jurídica para restablecer por sí la vigencia de la juridicidad, en cuyo caso debe recurrir a la justicia para cumplir con esa misión fundamental.[2]

2 V. gr., arts. 9°, inc. d; 12, 2° párr. y 17 de la LNPA.

3. La estabilidad del acto administrativo irregular antes y después de la reforma introducida por la Ley 27742

En primer lugar, corresponde analizar cómo quedó configurado el régimen de estabilidad del acto administrativo *irregular* tras la reforma introducida por la Ley 27742, para luego examinar la regulación de la suspensión provisoria de sus efectos en sede administrativa.

Previo a todo, cabe recordar que la LNPA distingue entre el acto administrativo regular y el acto administrativo irregular. Mientras que el primero es aquel plenamente válido, que reúne las condiciones esenciales o externas de validez, el segundo es aquel que está afectado por un vicio determinante de nulidad absoluta en los términos de los incisos a y b del art. 14 de la LNPA.

Como principio, el acto administrativo irregular *debe* ser revocado por razones de ilegitimidad, pues el principio de juridicidad no tolera la permanencia en el mundo jurídico de un acto afectado por un vicio determinante de nulidad absoluta, por lo que la Administración está obligada a removerlo. Solo de manera excepcional, cuando ese acto hubiera adquirido estabilidad, la potestad de revocarlo en sede administrativa cede frente a la protección de los derechos subjetivos nacidos de aquel. Desde esa perspectiva, la estabilidad presenta una doble dimensión: por un lado, constituye una garantía a favor del administrado que actuó sin conocimiento del vicio, dado que protege los derechos subjetivos nacidos del acto administrativo incorporados al patrimonio del particular de buena fe (arts. 14 y 17, CN) y, por el otro, opera como un límite al ejercicio de la potestad revocatoria de la Administración de volver sobre sus propios actos por razones de ilegitimidad.

Cabe resaltar que la "estabilidad del acto administrativo" es una institución de larga tradición en nuestro derecho administrativo. Su antecedente jurisprudencial se remonta al precedente *Carman de Cantón*, resuelto por la CSJN en el año 1936. Allí, la Corte estableció que, frente a determinados actos administrativos regulares que generaron derechos subjetivos que se incorporaron al patrimonio de una persona (arts. 14 y 17, CN), el Estado no puede alterarlos o revocarlos por sí mismo, sino que debe ocurrir a la justicia.[3]

Posteriormente, en el año 1972, se sancionó la LNPA, que receptó lo central de esa construcción jurisprudencial e introdujo una novedad al ampliar el alcance de la estabilidad como garantía de los particulares ante un elenco de actos administrativos irregulares.

En cuanto aquí interesa, en su redacción original, el art. 17 de la LNPA establecía:

3 Fallos 175:368. Ver considerando 5°.

> El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto hubiere generado prestaciones que estuviere en vías de cumplimiento solo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aun pendientes mediante declaración judicial de nulidad.

Posteriormente, ese régimen fue modificado en 1977 por la Ley 21686, que reformuló los presupuestos de la estabilidad del acto administrativo irregular, los que pervivieron hasta la reforma de la Ley 27742. En particular, sustituyó la referencia a las prestaciones en vías de cumplimiento por la exigencia de que el acto se encontrara "firme y consentido" y hubiera generado derechos subjetivos "que se estén cumpliendo". La nueva redacción, entonces, restringió los supuestos en los cuales el acto administrativo irregular podría adquirir estabilidad.[4]

Ahora bien, la reforma introducida por la Ley 27742 a la LNPA modificó en gran medida los términos del art. 17 de la LNPA.

En primer lugar, la norma mantuvo como regla general la potestad de la Administración de revocar, modificar o sustituir por razones de ilegitimidad el acto administrativo de alcance particular irregular.[5] Sin embargo, si ese acto hubiera sido *notificado* —la reforma sustituye el requisito de que se encontrara firme y consentido— y *hubiera generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo* o se *hubiera agotado totalmente su objeto* —esto constituye otra de las novedades introducidas por la Ley 27742—[6], ese acto *irregular favorable* al particular adquiere *estabilidad*. Por lo tanto, la Administración no puede revocarlo ni sustituirlo en sede administrativa y solo podrá obtener la declaración de nulidad mediante la promoción de la acción de lesividad.

A continuación, el párrafo cuarto del art. 17 de la LNPA establece ciertos límites a esa estabilidad. De tal modo, admite la revocación o sustitución del acto adminis-

---

4 La norma quedó redactada de la siguiente manera: "El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aun pendientes mediante declaración judicial de nulidad".

5 Siguiendo al Prof. Sammartino (2019, pp. 4-5), la expresión utilizada por el art. 17 de la LNPA —"acto administrativo afectado de nulidad absoluta"— no es técnicamente precisa, pues la nulidad absoluta constituye la consecuencia jurídica derivada de la existencia de un vicio grave en alguno de los elementos esenciales del acto administrativo. Por ello, en el presente trabajo se empleará la expresión "acto administrativo afectado por un vicio determinante de nulidad absoluta", por considerarla técnicamente más adecuada.

6 Se trata de un modo no formal de extinción del acto administrativo, ya que opera sin necesidad de que exista un acto estatal que así lo declare. La LNPA, en su redacción anterior, no contempla expresamente en su articulado este modo natural de extinción del acto. La causa de este modo de extinción reside en el cumplimiento pleno de sus efectos programados en aquél que se configura a través de la consumación de los efectos naturales o necesarios del acto administrativo. Ver Sammartino (2017).

trativo irregular que adquirió estabilidad cuando ello favorezca al administrado sin causar perjuicio a terceros, cuando se hubiere acreditado el dolo del administrado[7] o cuando el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario.

Esta previsión receptó expresamente la doctrina sentada por la CSJN en el precedente *Almagro* (1998), que, con buen criterio, había extendido al acto administrativo irregular estable las excepciones previstas en la anterior redacción del art. 18 de la LNPA para el acto administrativo regular.[8]

En conclusión, el régimen actual consagra una estabilidad plena pero no absoluta. El acto administrativo irregular favorable al particular adquiere estabilidad y no podrá ser revocado en sede administrativa cuando: a) ha sido notificado; y b) ha generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo o cuando se hubiera agotado totalmente su objeto. Sin embargo, esa regla cede si concurre alguno de los supuestos de excepción previstos en el cuarto párrafo del art. 17 de la LNPA, esto es: i) que la revocación, modificación o sustitución favorezca al administrado sin causar perjuicio a terceros; ii) que se acredite dolo del administrado; o iii) que el derecho se hubiera otorgado expresa y válidamente a título precario. Fuera de esos supuestos, la Administración *tiene el deber*, en resguardo del interés público comprometido en la vigencia del principio de juridicidad, de promover la correspondiente acción de lesividad ante el órgano judicial competente para obtener la nulidad del acto administrativo.

4. La suspensión del acto administrativo irregular estable antes de la reforma de la LNPA

En este escenario, frente a un acto administrativo irregular estable, cabe preguntarse si la Administración, en cumplimiento de su deber de preservar la plena vigencia de la juridicidad, puede disponer en sede administrativa la suspensión provisoria de sus efectos.[9]

Antes de la reforma introducida por la Ley 27742, la LNPA no regulaba expresamente esa cuestión. En efecto, si bien el art. 12 de la ley contemplaba la potestad de la Administración de suspender de oficio —bajo determinadas circunstancias—[10] los

7 Se refiere al dolo civil, en los términos del art. 271 del Código Civil y Comercial.

8 Fallos 321:169. Esp. considerando 5°.

9 Conviene distinguir la suspensión de los efectos del acto administrativo de su extinción. Mientras la suspensión constituye una medida de carácter provisional que paraliza temporalmente la producción de efectos jurídicos del acto sin privarlo de su presunción de legitimidad, la extinción importa su retiro definitivo del ordenamiento jurídico y la cesación permanente de sus efectos. Precisamente por su carácter transitorio, la suspensión constituye un instituto distinto de la revocación por razones de ilegitimidad, pues no afecta la existencia del acto administrativo, sino únicamente la eficacia temporal de sus efectos. Ver Sammartino (2017).

10 El art. 12 de la LNPA anterior a la reforma establecía: "… la Administración podrá, de oficio o a

efectos de un acto administrativo, nada decía al respecto. Ese vacío normativo dio lugar a diversas posiciones doctrinarias que, a su vez, tuvieron eco en los distintos criterios que adoptó la PTN.

4.1 La doctrina

La ausencia de una regulación expresa dio lugar a dos grandes posiciones doctrinarias acerca de la posibilidad de suspender en sede administrativa los efectos del acto administrativo irregular estable.

Una primera postura, representada por autores como Fiorini, Monti y Comadira, aceptaba la potestad de la Administración de suspender provisionalmente los efectos del acto administrativo irregular estable con sustento en el art. 12 de la LNPA. Consideraban que la suspensión y la revocación eran institutos distintos, regulados por normas diferentes, por lo que las limitaciones excepcionales previstas en el art. 17 de la LNPA para la revocación del acto administrativo irregular estable no podían extenderse a la suspensión regulada en el art. 12 de la ley. Para Comadira, además, se trataba de una potestad inherente y, por lo tanto, irrenunciable de la Administración, que constituía un verdadero deber fundado en la necesidad del inmediato restablecimiento de la juridicidad vulnerada por ese acto.

La segunda postura, representada por autores como Gordillo, Cassagne y Mairal, negaba la potestad de la Administración de suspender provisionalmente los efectos del acto administrativo irregular estable. Entendía que la estabilidad reconocida por el art. 17 de la LNPA impedía no solo su revocación en sede administrativa, sino también la suspensión de sus efectos, pues ello implicaría, en la práctica, permitir lo que la ley había querido impedir en resguardo del normal ejercicio de los derechos emergentes del acto administrativo hasta el dictado de la sentencia judicial. Desde esta perspectiva, la Administración debía promover la correspondiente acción de lesividad para obtener la declaración judicial de nulidad del acto y obtener por vía cautelar la suspensión de los efectos del acto.

4.2 La doctrina administrativa de la PTN

Las distintas posiciones doctrinarias tuvieron su correlato en la evolución de la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación, cuya interpretación sobre esta cuestión tampoco fue uniforme.

pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta".

En líneas generales, pueden distinguirse tres etapas.

i. Primera etapa (hasta 2006). Durante este período, el organismo asesor admitió la posibilidad de suspender en sede administrativa los efectos del acto administrativo irregular estable, pero exigía que, simultáneamente, se ordenara promover la correspondiente acción de lesividad para obtener la declaración judicial de nulidad del acto.[11] Ese criterio se fundaba en la necesidad de evitar que un acto administrativo afectado por un vicio determinante de nulidad absoluta continuara produciendo efectos lesivos para el interés público mientras tramitaba la acción de lesividad.
ii. Segunda etapa (2006-2018). A partir del dictamen 259:11 (2006), la PTN rechazó la posibilidad de suspender en sede administrativa los efectos del acto administrativo irregular estable.

Consideró que el Estado debía promover la correspondiente acción de lesividad y solicitar en ese proceso una medida cautelar destinada a suspender los efectos del acto administrativo. Fundó esa solución en la que, si la ley prohíbe la revocación en sede administrativa de un acto administrativo que confiere derechos a los particulares a fin de garantizar el normal ejercicio de esos derechos, tampoco podía admitirse su suspensión, pues ello implicaría, en la práctica, permitir aquello que la propia norma había querido impedir, esto es, dejar tales derechos a merced de una decisión administrativa ulterior. En consecuencia, sostuvo que la Administración debía solicitar, junto con la interposición de la acción de lesividad, una medida cautelar que suspendiera los efectos del acto. Ello, en resguardo de la legalidad, del erario público y del propio administrado, quien ya no podría invocar el desconocimiento del vicio.

De este modo, la PTN no descartó la necesidad de suspender provisionalmente los efectos del acto administrativo irregular estable, sino que entendió que esa decisión debía quedar reservada al juez competente en la acción de lesividad, por carecer la Administración de potestad para disponerla en sede administrativa.

iii. Tercera etapa (desde 2018). Se inició con el dictamen 307:167 (2018), mediante el cual la PTN volvió a admitir la suspensión en sede administrativa de los efectos del acto administrativo irregular estable.

A diferencia de la postura sostenida en el dictamen 259:11, el organismo entendió que la suspensión de los efectos del acto administrativo irregular estable constituye una potestad de la Administración con sustento en el art. 12 de la LNPA.

Consideró que, como presupuesto lógico de la acción de lesividad, la Administración debía dictar una "declaración administrativa de lesividad" que: i) declare la nulidad del acto y su carácter lesivo para el interés público; ii) ordene promover la

11 Dictámenes 156:273; 164:17; 168:523 y 246:125

correspondiente acción de lesividad; y iii) disponga la suspensión provisoria de los efectos del acto, sin perjuicio de solicitar esa misma medida como cautelar en sede judicial. Se trata de una decisión no ejecutoria, pero suspensiva.[12]

El criterio sentado en este dictamen fue reiterado en dictámenes 318:427 (2021)[13] y 327:13 (2023),[14] y constituyó el criterio rector del organismo hasta la reforma introducida por la Ley 27742. Solo de manera excepcional, en dictámenes 316:340, el organismo asesor retomó el criterio sentado en el dictamen 259:11.

En síntesis, bajo el régimen anterior a la reforma introducida por la Ley 27742, la PTN penduló entre admitir que la Administración suspendiera en sede administrativa los efectos del acto administrativo irregular estable con sustento en el art. 12 de la LNPA y la necesidad de ocurrir al Poder Judicial a tal efecto.[15]

---

12 En cuanto a la naturaleza jurídica de la declaración de lesividad, la PTN en el dictamen IF-2025-03048287 del 9 de enero de 2025 se pronuncio acerca de que no configura un acto administrativo, sino que se trata de un conjunto de directivas impartidas para ser cumplidas en la esfera interna de la administración. Agregó que son "actos que tienen carácter interorgánico, no son actos administrativos propiamente dichos o, a lo sumo, revisten la calidad de actos preparatorios".

13 En los dictámenes 318:427, la PTN reafirmó que la declaración administrativa de lesividad constituye un presupuesto lógico de la acción de lesividad. Asimismo, sostuvo que la suspensión en sede administrativa de los efectos del acto administrativo irregular estable constituye una potestad de la Administración, con sustento en el art. 12 de la LNPA, que se inscribe en su deber de velar por el interés público, representado por la necesidad de que su obrar y los actos que dicta se ajusten al ordenamiento jurídico. Agregó que el límite de la potestad anulatoria por razones de ilegitimidad está dado por la estabilidad del acto administrativo —la denominada "cosa juzgada administrativa"—, en resguardo de los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional. En tales términos, concluyó que la declaración administrativa de nulidad no ejecutoria, pero suspensiva, constituye un presupuesto de la acción de lesividad.

14 En los dictámenes 327:13, la PTN entendió que la Administración debe velar por evitar un perjuicio al erario público y que los pagos pendientes derivados de una remuneración afectada por un vicio determinante de nulidad absoluta se apartan de ese deber. Sobre esa base, sostuvo que la suspensión en sede administrativa de los efectos del acto encuentra fundamento en el art. 12 de la LNPA, en tanto constituye un medio razonable para evitar pagos sustentados en una fuente ilegítima. Finalmente, agregó que la existencia de un vicio ostensible justifica el ejercicio de esa potestad.

15 La cuestión también fue abordada por algunos pronunciamientos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Así, la Sala I, en la causa *Vizcarra* (1995), admitió la suspensión en sede administrativa del acto administrativo irregular estable, siempre que se promoviera de inmediato la correspondiente acción de lesividad. Más recientemente, la Sala V, en *Novartis* (2022), entendió que la Administración puede suspender por sí los efectos del acto administrativo irregular estable cuando concurren los recaudos previstos en el art. 12 de la LNPA. En ese pronunciamiento, dictado con posterioridad a Ley 26854, la Cámara entendió que la Administración puede suspender por sí y ante sí los efectos del acto administrativo irregular y estable, siempre que concurran los recaudos previstos en el art. 12 de la LNPA. En ese sentido, reconoció que se trata de una potestad de la Administración supeditada a la efectiva concurrencia de razones de interés público, a la inexistencia de un perjuicio grave para el interesado y a la invocación fundada de una nulidad absoluta. Asimismo, agregó un recaudo adicional: la suspensión resultaba procedente en tanto no se encontraran

5. El régimen de la suspensión del acto administrativo irregular estable luego de la reforma introducida por la Ley 27742

Como vimos, bajo el régimen anterior a la reforma introducida, la LNPA no regulaba expresamente la cuestión atinente a la suspensión en sede administrativa de los efectos del acto administrativo irregular estable. Esa situación fue modificada por la Ley 27742, que incorporó al art. 17 una previsión específica sobre la materia.

El segundo párrafo del art. 17 dispone: "No podrán suspenderse en sede administrativa los efectos de los actos administrativos que se consideren afectados de nulidad absoluta *cuando no se admita su revocación en sede administrativa*".[16]

En consecuencia, tras la reforma de la LNPA, la Administración carece de potestad para suspender los efectos del acto administrativo irregular que hubiera adquirido estabilidad, *salvo* que: la suspensión favorezca al administrado sin causar perjuicio a terceros; se hubiera acreditado dolo del administrado o el derecho se hubiera otorgado expresa y válidamente a título precario.

La suspensión de los efectos del acto queda así sometida a los mismos límites y excepciones que la ley prevé para la revocación del acto administrativo irregular estable. Fuera de los supuestos excepcionales previstos en el cuarto párrafo del art. 17, la Administración debe recurrir a la justicia para procurar el restablecimiento de la juridicidad tanto provisorio como definitivo.

Al regular expresamente esta cuestión, el legislador receptó la postura sostenida por un sector de la doctrina y por la PTN en dictámenes 259:11. Cabe señalar, además, que esa solución ya había sido incorporada por el legislador en un régimen especial. En efecto, la ley 27.328, que reguló los contratos de participación público-privada, dispuso en su art. 9°, inc. p), que la suspensión o nulidad de un contrato por razones de ilegitimidad debía ser solicitada y declarada judicialmente.

La circunstancia de que, como regla, la Administración carezca de potestad para suspender, por sí y ante sí, los efectos del acto administrativo irregular estable no significa que deba tolerar la producción de efectos lesivos para el interés público durante el trámite de la acción de lesividad. Por el contrario, en esos casos, no sólo tiene el deber de promover la correspondiente acción judicial, sino también de requerir al juez el dictado de una medida cautelar para impedir la producción de tales efectos.

La tutela cautelar solicitada por la Administración encuentra su cauce procesal en el art. 16 de la ley 26.854. El Estado nacional podrá solicitar la medida cautelar suspensiva con carácter previo o conjuntamente con la interposición de la acción de lesividad y, a tal fin, deberá acreditar el riesgo cierto e inminente de sufrir perjuicios sobre el interés público, el patrimonio estatal u otros derechos de titularidad del

comprometidos los derechos especialmente protegidos por el art. 2°, inc. 2, de la Ley 26854.

16 Énfasis agregado.

Estado; la verosimilitud del derecho invocado y de la ilegitimidad alegada; así como la idoneidad y necesidad de la medida en relación con la pretensión principal deducida en la acción de lesividad.[17]

De este modo, la decisión acerca de la suspensión provisoria de los efectos del acto administrativo irregular estable queda reservada al juez de la acción de lesividad, quien deberá ponderar la concurrencia de los recaudos de procedencia establecidos por la Ley 26854.

En este punto, la suspensión judicial de los efectos del acto administrativo no solo cumple la función instrumental, propia de toda cautelar, de asegurar la eficacia práctica de la sentencia que eventualmente recaiga en la acción principal, sino también la de evitar que, durante la sustanciación del proceso, continúen produciéndose efectos lesivos para el interés público comprometido en el restablecimiento de la juridicidad.

En consecuencia, cuando el acto administrativo irregular ha adquirido estabilidad, *la tutela urgente del interés público* debe canalizarse a través del sistema cautelar previsto en la Ley 26854, y la decisión acerca de la suspensión provisoria de los efectos de ese acto le corresponde al juez de la acción de lesividad. Esa solución concilia el deber de la Administración de procurar el restablecimiento *urgente* de la juridicidad con la garantía de la estabilidad que el ordenamiento le reconoce al administrado de buena fe, al resguardar los derechos subjetivos nacidos del acto.

6. Conclusión

De todo lo expuesto, se advierte que el debate nunca giró en torno a la necesidad de suspender provisionalmente los efectos del acto administrativo irregular estable para preservar el interés público comprometido en la plena vigencia de la juridicidad, sino en determinar si esa decisión puede ser adoptada por la propia Administración o si, por el contrario, queda reservada al Poder Judicial en el marco de la acción de lesividad.

La reforma introducida por la Ley 27742 resolvió una cuestión que, durante décadas, había permanecido desprovista de una regulación expresa, dando lugar a

17 Conf. arts. 3.1, 13, 16 y conc., Ley 26854. En este punto, cabe señalar que el Prof. Sammartino (2019, esp. nota al pie 36) sostiene que los actos administrativos que concretizan, de manera directa e inmediata, un derecho fundamental indisponible adquieren estabilidad plena una vez notificados. Según el autor, esa estabilidad constituye una garantía jurídica fundamental basada en el deber del Estado de respetar y garantizar la dignidad humana y los derechos fundamentales que le son inherentes. Correlativamente, esa garantía incide sobre la potestad revocatoria de la Administración, en tanto le impide tornar ineficaces esos derechos en sede administrativa. Agrega, asimismo, que el catálogo de esos actos puede extraerse, inicialmente, del art. 2°, inc. 2 de la Ley 26854, que confiere trato procesal preferencial a quienes están en situación de vulnerabilidad social.

importantes debates doctrinarios y diversos criterios en la doctrina de la PTN.

Si bien la reforma mantuvo vigente el régimen general de suspensión de los efectos del acto administrativo previsto en el art. 12 de la LNPA, incorporó un límite específico a su ejercicio cuando se está ante un acto administrativo irregular estable. En consecuencia, ambas disposiciones deben ser interpretadas de manera sistemática y armónica. Mientras que el art. 12 de la LNPA reconoce, con carácter general, la potestad de la Administración de suspender, de oficio o a pedido de parte, la ejecución de un acto administrativo en su propia sede —a) por razones de interés público; b) cuando la ejecución del acto traiga aparejados mayores perjuicios que su suspensión; o c) cuando se alegare fundadamente una nulidad ostensible y absoluta—, el segundo párrafo del art. 17 impide el ejercicio de esa potestad ante el supuesto particular de que el acto administrativo irregular hubiera adquirido estabilidad en los términos de esa norma.

Esta solución resulta, además, coherente con el régimen cautelar establecido por la Ley 26854, cuyo art. 16 regula expresamente las medidas cautelares solicitadas por el Estado nacional y establece los recaudos para su procedencia. De ese modo, la limitación impuesta a la potestad suspensiva de la Administración encuentra su correlato en la posibilidad de requerir judicialmente la suspensión provisoria de los efectos del acto cuando ello resulte necesario para la tutela urgente del interés público.

En definitiva, la regulación introducida por la Ley 27742 puso fin a un debate que durante décadas dividió a la doctrina administrativista. Al reservar al juez la decisión acerca de la suspensión provisoria del acto administrativo irregular estable, el legislador reforzó la garantía de estabilidad del administrado de buena fe sin desatender la tutela urgente del interés público, que encuentra adecuado cauce en el régimen cautelar de la Ley 26854.

Bibliografía

Alonso Regueira, E. M. (2017). "Kek" o el principio de la estabilidad del acto administrativo irregular. *Revista Argentina de Régimen de la Administración Pública (RAP)*, (460).

Bezzi, O. H. y Espinoza Molla, M. R. (2024). Comentarios preliminares a la Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos. Con referencia especial a su impacto en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. *El Derecho Administrativo*, (8).

Brandan, T. (2024). Una nueva previsión normativa respecto a la suspensión del acto irregular estable. Análisis del nuevo artículo 17 de la ley 19.549: ¿el fin o el inicio de un nuevo debate? En Alonso Regueira, E. (Ed.), *Bases para la libertad en el derecho administrativo argentino* (Tomo Celeste, pp. 433-447). Asociación de Docentes, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. https://lix.li/ZhQxjf

Cassagne, J. C. (1994). La suspensión de los actos en la sede administrativa y judicial. En Cassagne, J. C. (Dir.), *Procedimiento administrativo. IV Encuentro Hispano-Argentino sobre Derecho Administrativo*.

Cassagne, J. C. y Perrino, P. E. (2024). *El acto administrativo en la Ley de Bases*. La Ley. AR/DOC/2299/2024.

González Moras, J. M. (2024). *Ley nacional de procedimientos administrativos 19.549 comentada y anotada. Con las reformas de la ley 27.742 y el decreto 695/24*. Ad-Hoc.

Rey Vázquez, L. E. (2015). La potestad revocatoria de la Administración por razones de ilegitimidad. Análisis a la luz de la doctrina y jurisprudencia argentina. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, (6).

Sammartino, P. M. E. (2017). Extinción del acto administrativo en el Estado constitucional. *La Ley, t. 2017-C*.

Sammartino, P. M. E. (2019). La estabilidad del acto administrativo. *Revista de Derecho Administrativo, 125*. AR/DOC/2804/2019.

Silva Tamayo, G. E. (16 de julio de 2019). *Algunas reflexiones sobre las limitaciones a la revocación de actos en sede administrativa (A propósito de un reciente dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación)*. *DPI, Diario Administrativo*, (245).

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.

Recensiones

Derecho Administrativo en el Estado Constitucional
N° 2 (octubre de 2026): 441-446

Nuevas tecnologías y derecho administrativo: la encrucijada del siglo XXI. Actas de las XVII Jornadas. Prof. Meilán Gil de Derecho Administrativo Iberoamericano (Pazo de Mariñán)

De Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Dir.)

A Coruña, Editorial Colex, 770 páginas.

Luciana S. Falcone[1]

Universidad Austral

https://doi.org/10.26422/daec.2026.0200.fal

Con el término "Pazo" —del latín *palatium*— se designa a las casas solariegas gallegas, especialmente las edificadas en el campo (Real Academia Española, s.f.).

Los orígenes del Pazo de Mariñán se sitúan a mediados del siglo XV, en una defensa mandada a construir por Gómez Pérez de las Mariñas, noble caballero de la corte de Juan II que participó de una manera activa en las luchas Irmandiñas, quien se autotituló "Señor de las Mariñas, de Mesía y de Moscoso". La construcción inicial se conoce como "de Bergondo", no de Mariñán. El Pazo y sus jardines son un conjunto histórico-artístico y monumental, declarado así por el Real Decreto del 5 de octubre de 1972 (Deputación Da Coruña, s.f.).

1 Abogada (Universidad Nacional de La Matanza). Magíster en Derecho Administrativo y en Magistratura y Derecho Judicial (Universidad Austral). Especialista en asesoramiento jurídico del Estado y en contratos administrativos (Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, Procuración del Tesoro de la Nación). Diplomada en Derecho Aduanero y Diplomada posmagistral en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Se desempeña como profesora adjunta de la cátedra de la Dra. Miriam Ivanega en la materia Derecho Público, Provincial y Municipal (Universidad Nacional de la Matanza). Actualmente se desempeña como relatora en la Vocalía XXI del Tribunal Fiscal de la Nación (competencia Aduanera).
lucianasoledadfalcone@gmail.com
https://orcid.org/0009-0007-8060-2173

Desde hace más de quince años, una vez al año, los referentes del derecho administrativo iberoamericano se reúnen en ese Pazo para participar de las Jornadas de Derecho Administrativo en homenaje a un gran jurista: José Luis Meilán Gil, cuya memoria se encuentra siempre presente en los corazones de quienes asisten al Pazo.

Como resultado de esas célebres jornadas, surgen ponencias y comunicaciones que, este año, versaron sobre un tema de especial trascendencia y actualidad: nuevas tecnologías y derecho administrativo: la encrucijada del siglo XXI.

Como resultado del trabajo volcado en las Jornadas, se elaboró el libro que aquí comentamos —cuyo director es el profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz—, en el que el lector podrá encontrar gran variedad de temas: la gobernanza digital, la buena administración en la era digital, la transparencia algorítmica, el control y la planificación en el marco de la transformación del derecho administrativo, la contratación pública electrónica, la profesionalización, la transparencia algorítmica, la gestión financiera pública con apoyo en herramientas de inteligencia artificial, entre muchísimos otros que se reflejan en más de cuarenta ponencias y otras tantas comunicaciones.

Los trabajos y los autores son los siguientes:

Ponencias

- El Derecho Administrativo frente a la encrucijada de la Cuarta Revolución Industrial (Eugenio Ribón Seisdedos).
- Los medios electrónicos en las actuaciones de la Administración. Un mecanismo para garantizar el debido proceso en el sistema jurídico colombiano (Ciro Nolberto Güechá Medina).
- La Planificación Contractual y la inteligencia artificial en la contratación pública en Colombia (Juan Carlos Expósito Vélez).
- Algo sobre el empleo de las nuevas tecnologías en la gestión administrativa local. (Armando Rodríguez García).
- La inteligencia artificial y su aplicación práctica a la Administración pública de la Ciudad de México (Arturo González Jiménez).
- Posicionamiento del Derecho Administrativo ante el avance de las nuevas tecnologías. Reivindicación del paradigma humanista. (Carlos E. Delpiazzo).
- Uso de la inteligencia artificial y otras nuevas tecnologías por la Administración. (Cristina Vázquez).
- La planificación estratégica para el control y la transformación digital como parámetro en la regulación tecnológica en la Administración pública (Nancy Nelly González Sanmiguel).
- Inteligencia artificial: la regulación en Europa y el camino propuesto para México (Rodrigo Rodríguez Sánchez).
- Actividad de control. Funciones jurídicas. Control no judicial (Dr. Manuel Javier Paolino).

- Procedimiento administrativo y derechos fundamentales: el procedimiento administrativo constitucional como garantía de efectividad de los derechos fundamentales en sede administrativa (Patricio Marcelo E. Sammartino).
- El control no judicial de los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC's) (Richard J. Martin Tirado).
- La regulación administrativa de sistemas algorítmicos y el principio de objetividad en la actuación pública (Francisco Manuel Silva Banderas).
- La motivación del acto administrativo frente a las nuevas tecnologías: algunas notas para la regulación (Lina Victoria Parra Cortés).
- Regulación de las nuevas tecnologías por la administración (Una visión general de la situación en El Salvador) (Miguel Ángel Cardoza Ayala).
- El uso informal de la inteligencia artificial en la contratación pública (Daniela Véliz López).
- Nuevas tecnologías y contrataciones públicas. Una visión desde la República Argentina (Gabriela Andrea Stortoni Maisterrena).
- La contratación pública, las nuevas tecnologías y el diseño regulatorio adecuado a la luz de los documentos de la OCDE (Martín Galli Basualdo).
- Nuevas tecnologías y contratación pública (Raquel Cynthia Alianak).
- Contratación pública electrónica en los poderes judiciales provinciales (José Roberto Sappa).
- Más allá de la profesionalización en la Educación Jurídica Continua (Carlos Fernando Matute González).
- Gestión financiera pública con apoyo en herramientas de inteligencia artificial (Eddy de la Guerra Zúñiga).
- La utilización de los medios tecnológicos, un nuevo derecho de los ciudadanos: validez y eficacia (Hugo Dagoberto Pineda Argueta).
- Monitoreo de redes sociales por la Administración pública (Lo que es técnicamente posible no siempre es correcto) (Juan Carlos Morón Urbina).
- Las redes sociales y la función administrativa del Estado (Luis Eduardo Rey Vázquez).
- Protección de los glaciares en la Argentina (Fabián Omar Canda).
- La pérdida de efectividad normativa en la gestión local de residuos: una propuesta de diagnóstico (Itziar Sobrino García).
- Las comunidades energéticas en el Derecho de la Unión Europea: la experiencia española en el marco de la gobernanza multinivel de la transición ecológica (Marina Rodríguez Beas).
- El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho administrativo y las respuestas de siempre (Hugo R. González Elias).
- El principio de trazabilidad algorítmica: un mandato de optimización en el contexto del riesgo de manipulación estratégica de los sistemas públicos (Luis Octavio Martínez Quijada).

- Defensa del contribuyente ante la fiscalización basada en datos e inteligencia artificial: tutela cautelar para exigir trazabilidad, neutralizar asimetría informativa y habilitar prueba técnica (Omar García Huante).
- Nuevas tecnologías y la constitucionalización del derecho administrativo (Augusto Durán Martínez).
- Protección constitucional de los neuroderechos en Chile (Enrique Navarro Beltrán).
- Gobernanza pública de datos, ciencia y datos FAIR: "tan abiertos como sea posible; tan cerrados como sea necesario" (Isabel Celeste Fonseca).
- La desconstitucionalización de los órganos autónomos en México perjudica los derechos humanos generando un autoritarismo algorítmico (Yuri Pavón Romero).
- Desafíos del sistema de contratación pública en Chile: transparencia, eficiencia y libre competencia en el contexto de la modernización normativa (Aníbal Rodríguez Letelier).
- Aspectos referidos a la contratación pública en el anteproyecto de Ley Orgánica de Integridad Pública (María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo).
- Reconfiguración del régimen exorbitante de derecho administrativo por opacidad algorítmica (Gerardo Centeno Canto).
- Nuevas Tecnologías, IA y Derecho Administrativo (Graciela Ruocco).
- De la administración pública burocrática a la administración pública algorítmica: mutación del paradigma administrativo y transformación del ejercicio del poder público (Dra. Miriam Lisbeth Muñoz Mejía).
- El derecho a una buena administración en el ámbito social ante la Administración digital (Francisco Javier Abad Pardo).
- Gobernanza digital y políticas sociales: hacia una Administración social colaborativa e inclusiva (José Manuel Rey Varela).
- Buena administración en la era de la inteligencia artificial (Pablo Schiavi).
- El uso, por parte de las administraciones públicas, de las tecnologías de la información y la Inteligencia Artificial en el ordenamiento urbano territorial (Adriana Taller).
- Urbanismo y avances tecnológicos. Las tecnologías por delante de las regulaciones (Santiago Juan Manuel Herrera).
- El derecho público frente a la IA y las nuevas formas de poder (Jorge Enrique Ibáñez Najar).
- Relatoría de las XVII Jornadas Prof. Meilán Gil de Derecho Administrativo Iberoamericano. Nuevas tecnologías y Derecho Administrativo: la encrucijada del siglo XXI (Alfredo Delgadillo López).

Comunicaciones

- Inteligencia artificial: dignidad y sostenibilidad en la gestión pública. Una encrucijada entre la técnica normativa y la voluntad política (Alejandro H. Spessot).

- Nuevas tecnologías y contratación pública estratégica: tensiones y desafíos para la buena administración (Bárbara Fernández Villa).
- La explicabilidad algorítmica como nuevo requisito de validez del acto administrativo automatizado e inteligente (Dafne Rosario Medina Martínez).
- La buena administración y el silencio administrativo en la «ley de bases». Reconstrucción dogmática, presunción de ilegitimidad y tutela cautelar (Diego Paulo Isabella).
- Vicios de los actos administrativos dictados con inteligencia artificial: perspectiva uruguaya y derecho comparado (Federico Pereyra Burghi).
- La recepción de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el marco de la contratación pública (Fernanda Otero Barba).
- La protección de datos personales por la Administración pública frente al uso de tecnologías y uso automatizado de información (Gary Israel Manzano Irigoyen).
- Algunas reflexiones sobre el teletrabajo en el sector público (Gustavo Igarza Funes).
- La digitalización sin transformación digital en la contratación pública mexicana: el caso de la terminación anticipada consensuada en Compras MX, un potencial corruptor (Jesús Rodrigo Guadalupe Nájera Trujillo).
- Auditoría interna e inteligencia artificial en el Estado Social y Democrático de Derecho (Joaquin Pinotti).
- La transparencia algorítmica como exigencia de la buena administración (Luciana S. Falcone).
- Uso de tecnologías de la información para la participación accesible en el sistema de compras públicas en México (Luis Darío Ángeles González y Fernando Alberto Mondragón Solís).
- Nuevos imperativos de la contratación pública en las administraciones modernas (María Alejandra Ferreyra).
- Obligaciones estatales y estándares interamericanos en entornos digitales: protección de la honra, libertad de expresión y moderación de contenidos (Mariuxi Estefanía Granda Granda).
- Impacto de la apertura electrónica en la contratación pública (Pablo Daniel Cruz).
- Derechos culturales y su evaluación jurídica en la era digital. Entre la ponderación constitucional, la competencia jurisdiccional y la influencia tecnológica (Sergio Guillermo Lozano Galindo).
- Vigilancia de los servidores públicos con inteligencia artificial, ¿nuevo paradigma en la Administración pública? (V. Isael Damián Cuéllar).

El derecho administrativo pierde su vigencia si no se enriquece con aportes, debates y espacios de intercambio plural académico. También pierde su sentido si no intenta dar respuesta a las problemáticas y demandas de la sociedad. Por eso, los

constantes desafíos que la realidad plantea a la regulación pública deben ser objeto de estudio de cara al presente y al futuro.

Muchos de esos estudios se encuentran en las más de setecientas páginas de esta obra, en la que destacados colegas incluyeron sus apreciaciones sobre los constantes desafíos para el derecho administrativo moderno, cuyo tratamiento no se puede demorar.

Por eso, las bases sustanciales de los sistemas republicanos y democráticos, pilares del derecho constitucional y administrativo y de las garantías de tutela de los derechos fundamentales de las personas, se ubican frente a una era digital que ya llegó y que, de cara a lo que vendrá, exige por parte de la comunidad académica un aporte invaluable, como esta obra.

Bibliografía

Deputación Da Coruña. (s.f.). *Pazo de Mariñan*. https://turismo.dacoruna.gal/es/descubre/patrimonio-provincial/pazo-de-marinan

Real Academia Española. (s.f.). Pazo. *Diccionario de la lengua española*. https://dle.rae.es/pazo

Roles de autoría y conflicto de intereses

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



DERECHO