

# **I. REFLEXIONES ACERCA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA. GARANTÍAS JURÍDICAS EN EL PROCEDIMIENTO, EL CONTROL JUDICIAL Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

Dra. Miriam M. IVANEGA

Sumario: 1. Evolución del Derecho administrativo en la República Argentina. 1.1 Introducción. 1.2 Particularidades del Derecho Administrativo argentino. El impacto de la reforma constitucional de 1994. 2. El procedimiento administrativo: Avances de su regulación en clave de garantía. 2.1 Comentarios de la regulación normativa. a) El decreto-ley 19549. b) La normativa vinculada al acceso a la información pública y a la participación ciudadana. 2.2 La tutela administrativa efectiva y la reinterpretación de los principios generales del procedimiento administrativo en la jurisprudencia de la CSJN. a) El alcance del principio. El caso «Astorga Bracht». b) El principio del plazo razonable en el procedimiento administrativo. c) Criterios jurisprudenciales acerca del acceso a la información y la participación ciudadana. 3. El control judicial de la Administración Pública: Fortalezas y debilidades. 3.1 Características generales. 3.2 El agotamiento de la instancia administrativa. 3.3 Comentarios acerca las medidas cautelares. 4. La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. 4.1 Síntesis de la evolución de la responsabilidad patrimonial estatal. 4.2 La Ley 26.944. Aciertos y desaciertos. a) La responsabilidad por actividad ilegítima. La regulación imprecisa de la omisión. b) La responsabilidad por actividad legítima. 5. Breves reflexiones acerca de las perspectivas evolutivas del Derecho administrativo.

## **1. EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA**

### **1.1 INTRODUCCIÓN**

**S**E ha indicado que el derecho administrativo argentino «es el más desarrollado de Latinoamérica» y que los autores argentinos son citados en el resto del continente cuyos tratados son más numerosos y tanto o más extensos que los france-

ses. (1), percepción que –aun cuando pudiera no coincidirse totalmente con ella– deja entrever la imposibilidad de abarcar en estas páginas la evolución y el desarrollo del procedimiento administrativo, el control judicial de la Administración y la responsabilidad del Estado.

Por ello, hemos de abordar algunas de las características de esas instituciones, considerando principalmente las garantías jurídicas involucradas, con los aportes que la jurisprudencia y la doctrina han realizado en cada caso.

En ese plano entonces, hemos de recordar los primeros pasos de la disciplina reflejados en los estudios científicos y remitirnos a Benjamín Villegas Basavilbaso, que en el prólogo a la edición de 1964 del Tratado de Derecho Administrativo de Miguel Marienhoff, refiere al libro de Ferreira Ramón (Derecho Administrativo General y Argentino, de 1866) como primigenio de la disciplina en la República Argentina, destacando que desde aquella época el derecho administrativo se presentaba como un derecho *in fieri* «agravada su sistematización científica no solamente por las incesantes leyes y decretos-leyes que la dificultan, sino también por las profundas transformaciones políticas, económicas, sociales y tecnológicas del Estado». Allí reconoce que habían pasado las épocas en las que era considerado como una mera legislación administrativa sujeta a la escuela de la exégesis, donde el ámbito propio se lo disputaban el derecho constitucional y el derecho civil, pues se trataba de una disciplina incuestionable cuya jerarquía como ciencia jurídica no podía ser discutida. Por ello, no puede concebirse un Estado de Derecho sin derecho administrativo, por aquel «pone valladares a la arbitrariedad y al despotismo. Su desconocimiento o violación implica el retorno al Estado de policía que es la negativa de la libertad y de los derechos humanos» (2).

Ya en las disposiciones del Código Civil que había sido sancionado en 1869 existían remisiones al derecho administrativo en caso de arrendamientos de bienes nacionales, provinciales, municipales o de establecimientos de utilidad pública y restricciones al dominio privado por interés público (arts. 1502 y 2611)(3) lo que muestra, aun con esfuerzo, la identidad que iba adquiriendo.

En sus inicios, la disciplina era mirada con recelo y hasta con desprecio como lo identifica Mairal al citar a José Manuel de Estrada cuya crítica apuntaba a que se trataba de «una faz enfermiza del derecho moderno», llegando a sostenerse que ni siquiera era moderna pues, «aun después de estar en vigor la Constitución de 1853, continuaba aplicándose, en algunas materias administrativas, la Real Ordenanza de Intendentes de 1782» (4).

---

(1) MAIRAL Héctor, «El Derecho Administrativo y la Decadencia Argentina», Conferencia brindada al incorporarse como Académico de Número a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en sesión pública del 22 de agosto de 2012, <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/15Mairal12.pdf>

(2) VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, «Prólogo al Tratado de Derecho Administrativo de Miguel S. Marienhoff», tomo I, quinta edición actualizada, reimpresión, Buenos Aires, 2000, pp. 7-8.

(3) BLABIN, Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2008, pp. 10-13

(4) MAIRAL, Héctor, *op. cit.*, p. 15 ss. Este autor, indica que Juan Bautista Alberdi previó el futuro cuando advertía en sus Bases y Puntos de Partida para la Organización Nacional: «no dejemos que el derecho administrativo europeo conculque las libertades que nuestra Constitución nos debe garantizar».

Además de la obra de Ramón Ferreira, se reconocen como precursores de la doctrina administrativista argentina a Juan Bautista Alberdi (Derecho público provincial, 1856), Vicente Fidel López (Escritos, 1870), Lucio V. López (Derecho administrativo argentino, 1902) y Adolfo Horma (Conferencias sobre derecho administrativo, 1902-1914).

Luego, las obras generales de juristas de la talla de los profesores Villegas Basalvilbaso, Bielsa, Diez, Marienhoff, Gordillo, Fiorini, Linares, Cassagne forjaron un camino de excelencia académica que trascendió las fronteras del país. El incesante desarrollo de la disciplina se ve reflejado en la cantidad de obras, producto de medulosas investigaciones de eminentes profesores en todo el país, que a través del tiempo realizaron y realizan aportes con aires renovados.

## 1.2 PARTICULARIDADES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO. EL IMPACTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Destacamos tres de las características del derecho administrativo en la República Argentina: su carácter local por la estructura federal de gobierno; las fuentes históricas de la Constitución Nacional (CN) y el modelo del control judicial; el rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).

El federalismo argentino convierte a la disciplina en un derecho local, un derecho provincial (5). De acuerdo a la estructura constitucional, las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación al constituir la unión nacional y son preexistentes a ella. Uno de los poderes reservados y no delegados es el de legislar en materia administrativa, es decir darse y regirse por sus propias instituciones locales.

Ahora bien, sin perjuicio de los poderes no delegados por las provincias, para cumplir con los fines que la Constitución puso a su cargo, la Nación goza de todas las potestades de carácter administrativo, del mismo modo que, en sus ámbitos, lo hacen las provincias. Puede comprobarse entonces la repercusión que ello tiene en la distribución de competencias, pues habrá materias administrativas cuya legislación será de resorte exclusivo de las provincias (el uso de los bienes de dominio público) otras en las que la Nación será competente (Policía sanitaria animal cuan-

---

(5) El carácter local también comprende a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A partir de la reforma constitucional del año 1994 la Ciudad de Buenos Aires adquirió el status constitucional que se expresó en el artículo 129 CN: «La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad». La CSJN confirmó recientemente que «la asignación de competencias en el sistema federal no implica, por cierto, subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin; por lo cual no debe verse un enfrentamiento de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes (...). El armónico desenvolvimiento del sistema federal de gobierno depende de la buena fe, de la coordinación y de la concertación recíproca entre los distintos estamentos de gobierno (Nación, Provincias, Ciudad de Buenos Aires y municipios), pues esos principios constituyen el modo razonable para conjugar los diferentes intereses en juego y encauzarlos hacia la satisfacción del bien común (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti)». Fallo CSJN «Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires C/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) S/Acción Declarativa de Inconstitucionalidad», del 4 de mayo de 2021

do el interés público protegido sea de orden nacional) y finalmente existirán materias en las que se presente concurrencia de competencias (Disponer una expropiación por utilidad pública) (6).

Desde la perspectiva constitucional, los lineamientos básicos de la estructura político institucional del país son de inspiración norteamericana, motivo por el cual la doctrina y la jurisprudencia de ese origen tuvo especial influencia en el derecho constitucional. En cambio, el derecho administrativo abrevó tradicionalmente en la doctrina francesa y española, con aportes de la italiana y la alemana.

Esta particularidad imprimió a la disciplina de características propias, pues del derecho norteamericano se adoptó el juzgamiento de la Administración por parte del Poder Judicial (que en el ámbito nacional y en la mayoría de las provincias están a cargo de tribunales con competencias en lo contencioso administrativo) y del derecho continental europeo se tomó la concepción de la exorbitancia del derecho administrativo (7).

Si bien como se reseñará más adelante la doctrina argentina al explicar el control jurisdiccional encuentra raíces ajenas al sistema de EE.UU., lo cierto es que su similitud con éste radica en la imposibilidad de que el Poder Ejecutivo pueda ejercer ese tipo de funciones.

Cabe aquí recordar que entre la doctrina argentina se postula la inutilidad de emplear el término jurisdiccional, porque se lo suele confundir con el control por un órgano administrativo (jurisdicción administrativa) en lugar del judicial. De ahí entonces que en el derecho argentino podrá encontrarse la denominación control jurisdiccional como sinónimo de control judicial (8).

En esa línea de pensamiento, la crítica doctrinaria de la supuesta distinción entre jurisdicción judicial y jurisdicción administrativa se basa en que ella implica una *contradictio in terminis*, pues si hay jurisdicción no hay administración y viceversa. La idea de que existe una impropiedad lingüística, una incorrección conceptual encuentra sentido en que, si la diferencia entre ambas se da por el órgano y no por la función, se estaría afirmando que la Administración puede realizar funciones de los jueces, posición que en el derecho argentino está vedado (entre otras normas) por lo dispuesto en el artículo 109 de la Constitución Nacional, que indica «En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas». Si en lugar de ello se pretende diferenciar ambas jurisdicciones por la función, es necesario declarar reservada a los jueces y prohibida a la administración la decisión definitiva con fuerza de verdad legal de controversias entre partes. Así, aquella objeción es totalmente válida pues en la República Argentina no corresponde referirse a la jurisdicción administrativa» (9).

---

(6) MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, T. I, 5.<sup>a</sup> edición actualizada, reimpresión, Buenos Aires, 2020, pp. 160-161.

(7) COMADIRA, Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge, COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualización), *Curso de derecho administrativo*, Abeledo Perrot, T. I, Buenos Aires, 2012, pp. 18-19.

(8) HUTCHINSON, Tomás, «El sistema argentino de control judicial de la Administración», en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*; año 7, núm. 40, Universidad Nacional de La Plata, 2010, pp. 152.179.

(9) Cfr. GORDILLO Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, 11.<sup>a</sup> ed., ahora como 1.<sup>a</sup> ed. del Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Buenos Aires, F. D. A., 2013, pp. IX. 19-23.

Con esas particularidades, se consolidó un derecho administrativo de base constitucional junto a una construcción significativa a través de las sentencias del poder judicial, en particular de la CSJN, cuyas decisiones han nutrido el contenido de sus principales figuras e instituciones; en ese contexto tiene una especial importancia el control de constitucionalidad que pueden ejercer todos los jueces y la Corte (10).

Una rápida mirada en la evolución de los precedentes demuestra que una ley de procedimientos administrativos del año 1972, la ausencia de una ley de responsabilidad del Estado hasta el año 2014 y una suma de normas dictadas en épocas de emergencia pública, no fueron obstáculos para que desde la jurisprudencia se consolidaran las bases y principios de esta disciplina. No han escapado del análisis del Máximo Tribunal los temas más relevantes como el principio de legalidad, las fuentes de la disciplina, el acto y el contrato administrativos, el procedimiento administrativo, la responsabilidad del Estado, la función pública, el control judicial de la Administración, entre otros.

En su evolución, la injerencia progresiva del derecho administrativo contemporáneo sobre las esferas que se habían reservado con exclusividad al derecho privado, sumado a la necesidad de regular nuevas conductas y situaciones que no se encontraban reguladas por normas especiales, provocó un quiebre de la ecuación Administración Pública-Derecho Administrativo. De ahí entonces que se lo entienda como una «categoría histórica», cuya ampliación de contenido es producto de consecuencias históricas (11).

Otro aspecto relevante que contribuyó a la transformación de la disciplina ha sido el reconocimiento supranacional e internacional de determinadas garantías y libertades, sucedido en las postrimerías del siglo xx y fortalecido en el siglo xxi, cuya recepción constitucional se concretó con la reforma del 1994 en el artículo 75 inc. 22, que establece «La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aproba-

---

(10) COMADIRA, Julio Rodolfo, ESCOLA, Héctor Jorge, COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualización), *op. cit.*, pp. 19-20. Ver análisis de precedentes jurisprudenciales en pp. 20-34.

(11) CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, T. I., 2.<sup>a</sup> edición, Palestra, Lima-Perú, 2017, pp. 133-134.

dos por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional».

Esa reforma introdujo nuevos ejes de análisis en la disciplina, no solo en el reconocimiento de derechos y de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, sino también en la competencia del Poder Ejecutivo respecto al dictado de decretos de necesidad y urgencia y delegados, la incorporación del Jefe de Gabinete de Ministros a cuyo cargo se puso el ejercicio de la administración general del país, la inclusión de la Auditoría General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Consejo de la Magistratura.

Pero nos interesa recalcar que, en el germen del derecho administrativo argentino, en palabras de Gordillo, existen una serie de derechos inalienables que deben ser respetados por el Estado que no puede desconocer, porque son superiores y preexistentes a él, acentuándose una «nueva etapa de la larga y difícil lucha contra las inmunidades del poder» (12).

En síntesis, la persona humana y su dignidad como núcleos del derecho administrativo han de impactar necesariamente en tres de sus instituciones: el procedimiento administrativo, el control judicial de la Administración y la responsabilidad del Estado, de los que se brindarán unas pinceladas, principalmente, de su evolución normativa y jurisprudencial.

## 2. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: AVANCES DE SU REGULACIÓN EN CLAVE DE GARANTÍA

### 2.1 COMENTARIOS DE LA REGULACIÓN NORMATIVA

#### a) El Decreto-Ley 19549

El régimen normativo nacional (Decreto-Ley 19.549(13)) data del año 1972. Junto con su reglamento (Decreto 1759/72 y mdifics.-TO Decreto 893/17) constituyen un cuerpo legal que regula la actuación de los funcionarios, organiza y sistematiza los medios de protección del particular para defender sus derechos, además fija normas de carácter procedimental y de fondo –como las vinculadas a los elementos del acto administrativo y al régimen de nulidades– y además incluye normas procesales como la habilitación de instancia judicial (14).

La ley se aplica a la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad (15) con ajuste a los siguientes principios: Impulsión e instrucción de oficio, celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites, informalis-

---

(12) GORDILLO, Agustín, *op. cit.*, T. 8, p. 41.

(13) Régimen modificado por la Ley 21.686, Decreto 1023/2001 y Ley 25.344.

(14) HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 51.

(15) Ampliar en COMADIRA, Julio Rodolfo, ESCOLA, Héctor Jorge, COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualización) y HUTCHINSON, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, *op. cit.*

mo (excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales que puedan ser cumplidas posteriormente), debido proceso adjetivo que comprende el derecho a ser oído, ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada.

La vigencia de casi cincuenta años de un régimen con escasas modificaciones no impidió que se interpretaran sus principios a la luz de la reforma constitucional de 1994 y de regulaciones específicas, como las vinculadas al acceso a la información pública, la participación ciudadana y a la gestión electrónica de expedientes, sumado al desarrollo jurisprudencial y doctrinario.

Con esa perspectiva, en un fallo de la CSJN del 2021 se destacó (Juez Rosatti) que «el procedimiento administrativo no solo constituye el ámbito a través del cual se debe procurar –con justicia– la satisfacción del interés público; en paralelo, es también una instancia para la defensa de los derechos e intereses de los particulares, sujeta –inexcusablemente– a los principios de legalidad, debido proceso adjetivo y sustantivo –o razonabilidad– (arts. 18, 19 y 28, Constitución Nacional y artículo 1.º, Ley 19.549)(16)

#### **b) La normativa vinculada al acceso a la información pública y a la participación ciudadana**

El principio de transparencia pública consustancial a los objetivos del actual Estado Constitucional de Derecho, tiene dos manifestaciones concretas en el acceso a la información y la participación ciudadana. Bajo la noción de «transparencia activa» los órganos del Estado muestran a la sociedad la máxima información de interés público sin necesidad de que sea requerida; es poner a disposición en forma espontánea sin solicitud previa. Pero, es justo reconocer que si la transparencia fuera tan activa y espontánea como se pretende, el ciudadano no tendría –como sucede en forma habitual– que verse obligado a solicitar información pública a través de la articulación de reclamos administrativos o acciones judiciales.

A nivel nacional, la ausencia de una ley general de acceso a la información hasta el año 2016 no impidió que, frente al rechazo de la Administración Pública, los tribunales hicieran lugar a las peticiones de ciudadanos.

Interpretando normas reglamentarias y los principios generales de máxima divulgación y *pro homine*, construyéndose criterios sólidos reflejados en los pronunciamientos de la CSJN y también en la Ley 27.275.

Un relevante antecedente de esta norma legal es el Decreto 1172/03 (que mantiene su vigencia) aplicable al Poder Ejecutivo Nacional, que hemos considerado como verdadera norma inspiradora general y facilitadora de este derecho.

A través de él se aprobaron cinco reglamentos vinculados al principio de transparencia, uno de los cuales (Anexo VII) se identificó como «Reglamento general de acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo nacional».

En ese anexo se establece que, como una instancia de participación ciudadana, toda persona puede ejercer su derecho a requerir, consultar y recibir información de cualquiera de los organismos comprendidos en la norma. La finalidad consiste

---

(16) CSJN Roa Restrepo, Henry c/ EN-M Interior OP y V-DNM s/Recurso Directo DNM CAF 53869/2017/CS001, del 6 de mayo de 2021.

en que se provea al ciudadano de información completa, adecuada, oportuna y veraz, sin que fuera necesario acreditar derecho subjetivo, interés legítimo ni contar con patrocinio letrado.

Esta regulación en el ámbito nacional fue la única que rigió por trece años, pues como adelantamos debió esperarse hasta 2016 para que se dictara una ley general –27.275–, que en forma integral incluyera a todos los poderes estatales y que describiera con mayor detalle la información definida como pública.

En efecto, el objeto de la ley ha sido garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública, fundado en los principios de presunción de publicidad, transparencia y máxima divulgación, informalismo, máximo acceso, apertura, disposición, no discriminación, máxima premura, gratuidad, control, responsabilidad, alcance limitado de las excepciones, *in dubio pro petitor*, facilitación, buena fe.

Comprende a todos los poderes del Estado, todas las formas de organización empresarial estatal, privados que hayan recepcionado fondos públicos, concesionarios y licenciatarios de servicios públicos, entre otros (art. 7).

Además de incluir las solicitudes de información y vías de reclamo (título I, capítulo III) regula la «Transparencia activa» (título II, artículo 32) obligando a los sujetos comprendidos en ella (17), el deber de facilitar la búsqueda y el acceso a la información pública «a través de su página oficial de la red informática, de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y procurando remover toda barrera que obstaculice o dificulte su reutilización por parte de terceros». A su vez, los obliga a publicar en forma completa, actualizada, por medios digitales y en formatos abiertos, una serie de datos, informes, actos, etc. Estas obligaciones se fijan sin perjuicio de la aplicación de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad (art. 33). Las excepciones están específicamente contenidas en el artículo 8.

También se crea la Agencia de Acceso a la Información Pública como ente autárquico del Poder Ejecutivo Nacional con autonomía funcional, que debe velar por el cumplimiento de los principios y procedimientos establecidos en la ley, garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública y promover medidas de transparencia activa y cuyas competencias están previstas en el artículo 24. Su máxima autoridad, dura cinco (5) años en el cargo con posibilidad de ser reelegido por una única vez y es designado por ese Poder mediante un procedimiento de selección fijado por la ley, que es público, abierto y transparente que garantice la idoneidad del candidato. A su vez, cada uno de los sujetos obligados deberá nombrar a un responsable de acceso a la información pública que tramitará las solicitudes de acceso a la información pública dentro de su jurisdicción.

El Poder Legislativo, el Poder Judicial de la Nación, el Ministerio Público Fiscal de la Nación, el Ministerio Público de la Defensa y el Consejo de la Magistratura crearán en sus ámbitos un organismo con autonomía funcional y con competencias y funciones idénticas a las de la Agencia de Acceso a la Información Pública.

---

(17) Se exceptúa a organizaciones empresariales, partidos políticos, sindicatos, universidades y cualquier entidad privada a la que se le hayan otorgado fondos públicos, en lo que se refiera, únicamente, a la información producida total o parcialmente o relacionada con los fondos públicos recibidos y a los concesionarios, explotadores, administradores y operadores de juegos de azar, destreza y apuestas, debidamente autorizados por autoridad competente.

También se crea un Consejo Federal para la Transparencia como organismo interjurisdiccional de carácter permanente, que tendrá por objeto la cooperación técnica y la concertación de políticas en materia de transparencia y acceso a la información pública, integrado por un (1) representante de cada una de las provincias y un (1) representante de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que deberán ser los funcionarios de más alto rango en la materia de sus respectivas jurisdicciones.

Por último, respecto de la participación ciudadana insistimos que en todas sus manifestaciones requiere esfuerzos de los gobiernos y de los ciudadanos. Los primeros tienen el deber de implementar mecanismos que la faciliten y que ayuden a la sociedad civil a organizarse y capacitarse; a su vez los ciudadanos en forma individual o conformando organizaciones, deben propender a una actuación responsable. Ambos en un marco de solidaridad y tolerancia aceptando la crítica libre y plural.

En la República Argentina tampoco se dictó una ley marco de participación ciudadana (más allá de la referida al acceso a la información antes descripta) pero existe un plexo normativo sustentado en la Constitución Nacional que expresa o implícitamente la reconoce: iniciativa popular (art. 39); la consulta popular (art. 40); la participación de asociaciones de usuarios y consumidores y de las provincias en los organismos de control (art. 42); la participación de los pueblos indígenas en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten, con posible concurrencia de las provincias (art. 75, inc. 17); la participación de la familia y de la sociedad en el marco de las leyes de educación (art. 75, inc. 19); la elección directa del presidente de la Nación (art. 94); la sesión pública para el nombramiento de jueces de la Corte Suprema de Justicia y jueces federales inferiores (art. 99, inc. 4); las audiencias públicas del Consejo de la Magistratura de la Nación (art. 114); la participación en la elaboración del estatuto organizativo de la ciudad de Buenos Aires (art. 129).

A nivel legal, está prevista en diversas normas, entre ellas: los Marcos Regulatorios de los servicios públicos (*v. gr.*, Leyes 24.065 y 24.076), Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240 y modif.); Ley de Ética en la Función Pública (Ley 25.188); Ley General del Ambiente (Ley 25.675); Ley de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental (Ley 25.831); de Protección de Datos Personales (Ley 25.326), de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos (Ley 26.331); de Servicios de Comunicación Audiovisual (Ley 26.522); Ley de Acceso a la Información Pública (Ley 27.275 para la designación del titular de la Agencia Nacional) y el citado Decreto 1172/03, que aprobó los reglamentos de las «audiencias públicas», la «elaboración participativa de normas» y las «reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos».

Hay entonces diversas manifestaciones de este derecho, que involucran a los tres poderes del Estado como deudores natos de su satisfacción.

Específicamente, en el contexto de los procedimientos administrativos, la manifestación más concreta de la participación en el procedimiento administrativo ha sido la audiencia pública, ampliamente analizada por la doctrina del derecho público argentino, como herramienta apta para que los ciudadanos pueden expresar sus opiniones, objeciones y recomendaciones en temas de interés público. Su raigambre constitucional impone que la organización administrativa disponga de todos los recursos (materiales, tecnológicos, humanos, de espacios físicos, etc.)

## I. REFLEXIONES ACERCA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA REPÚBLICA...

para que pueda efectivizarse; de lo contrario al igual que otros derechos quedan en un plano de buenas intenciones.

Con sus bases en los artículos 18(18) y 42(19) de la CN, en el procedimiento administrativo está vinculada con el derecho de todo interesado a ser oído con carácter previo a la emisión de un acto –de alcance general o particular– que pueda afectar sus derechos subjetivos o intereses legítimos (art. 1.º, inc. f. LPA).

En otras palabras, en todas sus manifestaciones la participación se logra cuando el ciudadano tiene la posibilidad de conocer, escuchar, involucrarse. La apertura de las puertas de la gestión estatal en toda su dimensión y de todos sus poderes, tiene un claro objetivo de calidad institucional.

Recuérdese que tanto el acceso a la información como las vías de participación ciudadana están presentes en la mayoría de las Cartas Iberoamericanas dictadas en el marco del CLAD(20), lo que demuestra el rol protagónico que asumen como exigencias que inevitablemente los Estados deben reconocer y facilitar a través de instrumentos normativos y de gestión efectivos.

### 2.2 LA TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA Y LA REINTERPRETACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CSJN

#### a) **El alcance del principio. El caso «Astorga Bracht»**

La tutela administrativa efectiva comprende un amplio elenco de derechos que tienen todas las personas en el seno de los procedimientos administrativos, cuya finalidad es la eficaz defensa de sus derechos y su participación en dicho ámbito. Es un derecho fundamental que cumple, principalmente una función de garantía o de instrumento al servicio de otros derechos(21).

Identificada como un derecho-garantía, en términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)(22) no se agota en el tradicional derecho al debido proceso adjetivo pues exige de parte del Estado un plus más: la eliminación

---

(18) Artículo 18: Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos (...).

(19) Artículo 42: «(...) la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control».

(20) Además de la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, 2009, están reconocidas en: Código Iberoamericano de Buen Gobierno, 2006; Carta Iberoamericana del Gobierno Electrónico, 2007; Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública, 2008; Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración, 2013; Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto, 2016; Carta Iberoamericana de Ética e Integridad en la Función Pública, 2018.

(21) CANOSA, Armando N., «Principio de la tutela administrativa efectiva», en AA.VV., *Procedimiento administrativo* (Directores: Pozo Gowland, Héctor; Halperín, David; Aguilar Valdez, Oscar y Lima, Fernando Juan), T. I, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 647.

(22) Opinión Consultiva OC-8/1987, de 30 de enero de 1987, Serie A, núm. 8.

de todas las trabas normativas, económicas o sociales, que puedan impedir u obstaculizar irrazonablemente el ejercicio de la defensa (23).

En efecto, entendida como un principio de principios, su amplitud nos muestra la confluencia de otros principios que son meras derivaciones, o aplicaciones, o subprincipios como el debido procedimiento administrativo, el informalismo, *in dubio pro actione*, la búsqueda de la verdad material, la imparcialidad, la celeridad, etc.

Es, en definitiva, como sostiene Cassagne un verdadero principio fundamental, base del ordenamiento ubicado en la Constitución Nacional, y en fuentes supranacionales (24).

El caso «Astorga Bracht» (25) de la CSJN marcó un rumbo en esta concepción, en el año 2004, al haber fundado la protección de los derechos de particulares en sede administrativa en la vigencia de este principio e interpretando que en las relaciones entre la Administración y los particulares el procedimiento administrativo no debe entenderse como una herramienta meramente instrumental, sino como el continente de garantías que asisten a aquellos y como un real cauce formal de toda la actividad administrativa.

Así, esta tutela administrativa efectiva se presenta en las etapas de formación de la decisión administrativa –expresión utilizada por aquel Tribunal– en la impugnatoria y también en la preprocesal, obligatoria para producir el agotamiento de la vía administrativa previa a la instancia judicial. Resumiendo, con base en la decisión judicial mencionado, esa tutela se manifiesta en la posibilidad de ocurrir y recurrir ante las autoridades administrativas competentes; en el derecho que tiene el particular de obtener un pronunciamiento en sede administrativa fundado y razonable y, por lo tanto, en la obligación de la administración de resolver y en la decisión de obtener esas decisiones –actos administrativos– previo tránsito por un procedimiento administrativo sujeto a las normas (26).

---

(23) PERRINO, Pablo, «El derecho a la tutela administrativa efectiva» en AA.VV., *El Derecho Administrativo hoy, 16 años después*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2013, pp. 75-94.

(24) CASSAGNE, Juan Carlos, «Principios generales del procedimiento administrativo», en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, pp. 18-22.

(25) Por Resolución núm. 16/1999 del Comité Federal de Radiodifusión se aprobó el pliego de bases y condiciones para la adjudicación de ciertas estaciones de radiodifusión de frecuencia modulada, cuyo artículo 3.º había dispuesto que los solicitantes debían acompañar en su presentación un escrito dirigido a ese ente administrativo, en el que se indicara expresamente que desistían de manera total e incondicional, de todos los recursos administrativos y judiciales que se hubieran interpuesto contra las disposiciones legales y reglamentarias para el servicio en cuestión, así como también contra cualquier acto administrativo emitidos por el propio Comité o por la Comisión Nacional de Comunicaciones. La Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que esa disposición es violatoria del Artículo 18 de la Constitución Nacional y de tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional «en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva». En su criterio, sostiene que no debe privarse a nadie, arbitrariamente, «de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso –o procedimiento– conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia –o decisión– fundada». CSJN «Astorga Bracht, Sergio y otro c. COMFER, Decreto núm. 310/98 s/ amparo Ley 16.986», Fallos 327:4185 (2004).

(26) Cfr. CANOSA, Armando «Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva», en *Revista RAP* 323, Sección jurisprudencia comentada, Ediciones RAP, Buenos Aires, pp. 75-88, y THEA, Federico G., «Las garantías del debido proceso en la toma de las decisiones públicas», en *Suplemento La Ley-Derecho Administrativo* del 22 de junio de 2009, pp. 11 ss.

## I. REFLEXIONES ACERCA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA REPÚBLICA...

Es importante recalcar que esa tutela debe estar presente no solo en el procedimiento administrativo general, pues como indica la Corte IDH (27) todos los órganos estatales deben cumplir con el debido proceso legal tanto en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, como administrativas y legislativas (28).

Sin perjuicio de ello, debe reconocerse que el procedimiento administrativo es más amplio que el proceso judicial y así también la tutela administrativa efectiva es más amplia que la tutela judicial efectiva. Entre las razones de ello, se sostiene que la Administración en el procedimiento no tiene las limitaciones propias del juez en el proceso: no necesita «caso» ni está estrictamente vinculada por los sistemas de legitimación; hasta puede analizar la oportunidad, el mérito y la conveniencia de las decisiones (cuestión en principio extraña al conocimiento judicial). Si bien existe una vinculación entre ambas, no pueden confundirse ni es posible trasladar al procedimiento administrativo un criterio restrictivo diseñado para el proceso judicial (29).

### b) El principio del plazo razonable en el procedimiento administrativo

A nuestro criterio, las interpretaciones alrededor del plazo razonable han tenido un impacto directo en la disciplina. Responde a la regla de que nadie puede ser sometido a un proceso de modo indefinido, cuya aplicación al principio de la tutela judicial efectiva fu extendida a todo proceso y procedimiento tal como lo ha reiterado la Corte IDH, conforme a los artículos 8.1 de la Convención Americana de derechos Humanos y 14.3.c del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Ese Tribunal Internacional ha sostenido reiteradamente que para determinar la razonabilidad del plazo existen diversos criterios, entre ellos: la complejidad de la prueba, la pluralidad de sujetos procesales o la cantidad de víctimas, el tiempo transcurrido desde la violación, las características del recurso consagradas en la legislación interna y el contexto en el que ocurrió la violación (30).

---

(27) Opinión Consultiva OC-11/90 (*supra* nota 2, p. 28) Casos: Tribunal Constitucional vs. Perú, sentencia del 31 de enero de 2001, Serie C, núm. 71, p. 70; Baena Ricardo y otros vs. Panamá, 2 de febrero de 2001, Serie C, núm. 75, p. 125; IvcherBronstein vs. Perú, sentencia de 6 de febrero de 2001, serie C, núm. 74, p. 103.

(28) Claude Reyes y otros vs. Chile, sentencia del 19 de setiembre de 2006, Serie C, núm. 151. pp. 120 y 122.

(29) LISA, Federico, «De la tutela administrativa efectiva y del debido procedimiento administrativo en el Nuevo reglamento para el trámite de actuaciones administrativas de la provincia de Santa Fe (Decreto Acuerdo núm. 4.174/2015)», en *Revista RAP*, núm. 462, Buenos Aires, marzo 2017, pp. 95-107.

(30) Entre otros: Casos Anzualdo Castro vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de setiembre de 2009. Serie C, núm. 202, párr. 157. 30; Acosta Calderón vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C, núm. 129, párr. 106; López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C, núm. 14, párr. 133; Kawas Fernández vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C, núm. 196, párr. 113. 32, Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C, núm. 186, párr. 150; Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209, párr. 245; Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C, núm. 179, párr. 83.

En la República Argentina, en el año 2012, la CSJN tuvo que decidir acerca de la aplicación de este principio en un procedimiento administrativo sancionador tramitado en el Banco Central de la República Argentina (caso «Losicer» (31)). No era la primera vez que el Tribunal lo analizaba (32) pues había tenido la oportunidad de interpretarlo en materia de prescripción de la acción penal (33).

Pero la particularidad del fallo «Losicer» radicó en la consolidación de su doctrina vinculada al control de la actividad de la Administración Pública, sentando una nueva configuración de ésta a partir de los Pactos de Derechos Humanos. Así, su importancia reside en que –como indicamos– la demora objeto de cuestionamiento se produce en un procedimiento sumarial previo a la aplicación de sanciones administrativas (34).

En tal contexto, un aspecto relevante fue que el principio del plazo razonable se constituyó en una pauta de interpretación de las normas internas delimitantes de las competencias y las responsabilidades de la Administración Pública, indicando la Corte Suprema que «(...) los prolongados lapsos de inactividad procesal, puestos de manifiesto por la propia autoridad administrativa, atribuibles inequívocamente a dicha entidad financiera, se presentan como el principal motivo de la dilación del sumario que tuvo resolución solo después de haber transcurrido dieciocho años desde el acaecimiento de los hechos supuestamente infraccionales y tras quince años de haberse dispuesto su apertura, por lo que la irrazonable dilación del procedimiento administrativo resulta incompatible con el derecho al debido proceso amparado por el artículo 18 de la Constitución Nacional y por el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos».

En suma, una demora prolongada constituye *per se* una violación a las garantías individuales (35).

### c) **Criterios jurisprudenciales acerca del acceso a la información y la participación ciudadana**

El significativo peso que han tenido ciertas decisiones judiciales vinculadas al rol de los ciudadanos en los procedimientos administrativos, nos obligan a realizar algunas pinceladas de los criterios sentados por los tribunales argentinos; ya que muchos de ellos constituyeron bases firmes para las regulaciones antes indicadas.

La reafirmación del reconocimiento del acceso a la información como derecho humano, que evolucionó progresivamente en el marco del derecho internacional de los derechos humanos y donde el sistema interamericano ha cumplido un rol fundamental, ha llevado a la CSJN a interpretar que la negativa a brindar información

(31) CSJN «Losicer Jorge Alberto y otros c. BCRA-Resol.169/05 (expte. 105666/B6 SUM FIN 708)» Fallos 335:1126 (2012).

(32) Entre otros CSJN: Fallos 333:1639 (2010); 332:1512 (2009); 331:287 (2008) Voto de la Dra. Carmen M. Argibay; 330:1261 (2007); 330:518 (2007); 328:4615 (2005); 322:662 (1998); 315:1940 (1992); 306:431 (1984); 300:983 (1978); 300:1115 (1978); 291:540 (1975).

(33) CSJN Fallos 333:1639 (2010); 332:1512 (2009).

(34) Cfr. GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo, «Derechos y prerrogativas públicas: aspectos de un nuevo orden», en *La Ley* 2012-E 592; IVANEGA, Miriam M., *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, Editorial RAP, 2.<sup>a</sup> edición actualizada, Buenos Aires, 2013.

(35) En ese sentido, Corte IDH Caso de la Comunidad Moiwana. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C. núm. 124. Caso Ricardo Canese. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C núm. 125.

pública constituye un acto arbitrario ilegítimo en el marco de los principios de una sociedad democrática. Ello porque tal tipo de acción recorta en forma severa tales derechos que son reservados a cualquier ciudadano, en tanto requiera datos de indudable interés público que hagan la transparencia y la publicidad de gestión de gobierno, pilares fundamentales de una sociedad que se precie de ser democrática (36).

También entendió que, para asegurar la publicidad de los actos de gobierno, que caracteriza a un sistema republicano y garantizar el correlativo derecho a la información, aquella «debe atravesar todas las etapas del accionar público y decantar desde la norma general a todo lo que hace a su instrumentación particular ya que sólo así es posible prevenir en forma efectiva la configuración de nichos de impunidad» (37)

En cuanto a la participación ciudadana y a una de sus modalidades como lo son las audiencias públicas, los antecedentes jurisprudenciales no son pocos. Con un especial énfasis en la necesidad de que el ciudadano pueda ejercer ese derecho en forma plena, fundado en su carácter de derecho humano y en la amplia regulación convencional, la justicia argentina construyó una doctrina que abarcó todas las manifestaciones del Estado (38).

Justamente, respecto a la audiencia pública (39) ha sido ejemplificativo (aunque no el único) el precedente «Cepis» (40), oportunidad en la que (entre otros argumentos) se reafirmó «la raigambre democrática y republicana de la participación ciudadana y la operatividad del derecho a participar». Allí sostuvo que las audiencias públicas constituían una de las varias maneras de participación ciudadana en la toma de decisiones públicas, pero que no son la única alternativa constitucional ya que se deja en manos del legislador la previsión del mecanismo que mejor asegure aquel derecho en cada caso y que el reconocimiento de que en la toma de decisiones públicas deben tener un contenido amplio, «traduciendo una faceta del control social que puede manifestarse de maneras distintas y cuya ponderación ha sido dejada en manos del legislador» (41). Este aspecto refuerza lo que hemos sostenido en varias oportunidades: participar en forma efectiva implica controlar la gestión. Bajo el eje de la transparencia pública, la información, la participación y el control deben ser ejercidos plenamente por el ciudadano.

---

(36) CSJN, Fallos, 321:2558, 2767, 330:3908.

(37) CSJN «CIPPEC c/EN Ministerio Desarrollo Social, Decreto 1172/03 s/amparo Ley 16.986». Fallos 337:256 (2014).

(38) Cfr. IVANEGA, Miriam, *Control público*, Astrea, Buenos Aires, 2016, pp. 201-244.

(39) En materia medio ambiental se suelen citar los casos «Mamani» (vinculado a la ley de bosques nativos) y «Mendoza» (saneamiento de la Cuenca Matanza-Riachuelo) Fallos: 340:1193 y 331:1622; 339:1795.

(40) CSJN «Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo» Fallos 339:1077(2016). Se trató de un proceso colectivo iniciado por el Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad, en representación de una clase de personas conformado por usuarios del servicio de gas, que no habían tenido la posibilidad de que sus intereses fueran representados en forma previa al nuevo cuadro tarifario aprobado por la autoridad administrativa. Es decir, se trataba de un contrato de concesión de servicios públicos, en cuya fase de ejecución una de las principales obligaciones a cargo del usuario (el pago de la tarifa) estaba supeditada a una etapa sustancial del procedimiento administrativo: su participación.

(41) Considerando 15 de la sentencia de la Corte, considerando 11 Juez Maqueda.

En esa línea argumental, se puntualizó que la participación ciudadana es valorada como un factor de previsibilidad (como integrativo del acceso a la información adecuada y veraz del artículo 42 CN), un elemento de legitimidad para la administración y una garantía de razonabilidad. «Desde el punto de vista gnoseológico la audiencia pública es el procedimiento que permite exponer, intercambiar y refutar opiniones técnicas y, como consecuencia, ratificar las percepciones iniciales de sus partícipes o bien modificarlas como consecuencia del debate. Es el mecanismo apto no solo para salir de la ignorancia sino también para construir alternativas que permitan formular una síntesis que dé cabida a la mayor cantidad posible de opiniones diferentes, pero no contradictorias» (42).

### 3. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: FORTALEZAS Y DEBILIDADES

#### 3.1 CARACTERÍSTICAS GENERALES

En el ámbito federal –a contrario de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– no existe un Código Procesal Contencioso Administrativo, constituyendo ello la principal debilidad del sistema.

Tal como encumbrada doctrina sostiene nunca fue tarea fácil controlar el ejercicio del poder público cuando se afecta los derechos de los ciudadanos; por eso la labor judicial resulta mucho más compleja en este terreno que la que tiene un juez civil, ya que el protagonista en aquella es el interés público, con la aplicación de un ordenamiento de mayor movilidad. «La labor judicial de controlar la actividad de la Administración no es mecánica ni exclusivamente técnica. Es más bien casi un arte: el de impartir justicia teniendo en cuenta la armonización de los intereses individuales o colectivos de cada conflicto con el interés público» (43).

En el plano orgánico la cabeza del Poder Judicial es la Corte Suprema de Justicia de la Nación y demás tribunales que el Congreso establezca en el territorio nacional según el artículo 108 CN. Complementan el diseño los artículos 116 (44) y 18 (45) de la CN.

El control de constitucionalidad es de carácter difuso, es decir que cualquier juez federal del país puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, un decreto o

(42) Considerando 17 voto juez Rosatti.

(43) CASSAGNE, Juan Carlos, Perspectivas de la justicia contencioso administrativa argentina en el siglo XXI, en <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/1.pdf>, *op. cit.* p. 2.

(44) Artículo 116: Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas 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.

(45) Artículo 18: «(...) Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos (...)».

un acto administrativo, el que debe desarrollarse dentro de un caso o controversia judicial y puede ser declarada de oficio por el juez.

Como indicamos al inicio de estas páginas, otro dato de interés es aquel que caracteriza al sistema argentino como especializado dentro de la justicia federal, pues existen tribunales judiciales específicos: es el llamado Fuero Contencioso Administrativo Federal, que comprende Juzgados Nacionales de Primera Instancia y una Cámara Nacional de Apelaciones. Ratificando lo señalado debe recordarse a Fiorini (46) respecto a que la expresión contencioso administrativo en nuestro país resulta contradictoria, pues en Francia identificó al control sobre las actividades de la Administración Pública por autoridades que no debían pertenecer al Poder Judicial, mientras que en la República Argentina «el contencioso administrativo» está a cargo de ese Poder.

En el diseño del sistema judicialista es recurrente la referencia al artículo 109 de la CN que prohíbe al presidente de la Nación ejercer funciones judiciales, «arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas» (47).

Esa disposición no tiene su equivalente en la Constitución estadounidense donde la ley puede determinar que la decisión administrativa tenga carácter final. Es decir, aún en los países de sistema judicialista más antiguo existen supuestos en los cuales la decisión administrativa puede carecer de control judicial, particularidad que resulta imposible en la República Argentina, justamente por la prohibición de la citada disposición. En consecuencia, se afirma que «la adopción del sistema judicialista en Argentina es plena, imperando consiguientemente un sistema de unidad de jurisdicción» (48).

Por eso entre la doctrina administrativista se sostiene que estamos frente a un sistema de origen nacional derivado de la recepción, por parte de los primeros gobiernos patrios, en la Revolución de Mayo y posteriormente, de las concepciones de división de poderes que surgían en Europa a fines del siglo XVIII y que fueron incorporándose sin las influencias de la revolución francesa de la separación de poderes y sin la tradición jurídica de la indemandabilidad del Estado y la inmunidad soberana propias del derecho británico y luego estadounidense (49).

En esa línea, el carácter judicialista aplicado en Argentina es caracterizado más ortodoxo y puro que el norteamericano y tiene sentido en el asegurar la independencia del poder judicial y en la idea de compensar el peso del presidencialismo. De ahí entonces, que solo a los jueces corresponde la función de juzgar las controversias con fuerza de verdad legal o, como se ha interpretado, que los jueces conservan siempre la potestad de la decisión final en las controversias en que son parte la Administración o el Estado, en base al principio denominado de control judicial suficiente (que comprende la revisión de las cuestiones de hecho y las de derecho). Ello muestra el alejamiento absoluto del modelo francés (50).

---

(46) FIORINI, Bartolomé, *Qué es el contencioso*, 2.ª ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2006, pp. 11 ss.

(47) Cassagne, Juan Carlos, indica que Alberdi toma esa cláusula de la Constitución Chilena de 1833 y que a través de ella tiene su fuente en la Constitución de Cádiz de 1812.

(48) HUTCHINSON, «El sistema argentino de control judicial de la administración», *op. cit.*, pp. 174-179.

(49) *Ibidem*.

(50) CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, *op. cit.*, pp. 57-66.

Ahora bien, el Máximo Tribunal de Justicia en el conocido precedente «Fernández Arias» de 1960, reconoció la existencia y constitucionalidad de diversos organismos administrativos dotados de facultades jurisdiccionales, en el entendido que se asentaban en la idea de una administración más ágil, eficaz y dotada de competencia amplia como instrumentos aptos para resguardar, en determinados aspectos, fundamentales intereses colectivos de contenido económico y social, los que de otra manera solo podrían ser tardía o insuficientemente satisfechos.

Sin embargo, el Tribunal afirmó que ese criterio no suponía la posibilidad de un otorgamiento incondicional de atribuciones jurisdiccionales pues la actividad de tales órganos se encontraba sometida a limitaciones de jerarquía constitucional, que no podían transgredirse. Entre esas limitaciones preestablecidas figuraba la que obligaba a que el pronunciamiento jurisdiccional emanado de órganos administrativos quedara sujeto a «control judicial suficiente», a fin de impedir que aquéllos ejercieran un poder absolutamente discrecional, sustraído a toda especie de revisión ulterior.

Por control judicial suficiente se entendió a: a) el reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios; b) la negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial.

Una interpretación contraria a ello no tendría cabida dentro del derecho argentino, principalmente por el citado artículo 18 de la CN, que «incluye la garantía de que, mediando situaciones del carácter indicado, ha de reconocerse a los habitantes del país el derecho a ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia (...). Si este requerimiento no recibe satisfacción, esto es, si las disposiciones que gobiernan el caso impiden a las partes tener acceso a una instancia judicial propiamente dicha (...) existe agravio constitucional originado en privación de justicia» (51).

La existencia de entes con tales tipos de atribuciones no resulta contradictoria con el artículo 109 CN, ni con lo que sostuvimos acerca de la inexistencia de una jurisdicción administrativa asimilable al régimen francés.

Así, tal como lo indica Gordillo, no solo puede otorgarse a la administración una facultad que sea irrevisable judicialmente, sino que además no satisface el requisito de la necesaria revisión judicial la mera existencia de un recurso limitado de inconstitucionalidad o arbitrariedad. Es necesario un medio de impugnación judicial que permita la discusión suficiente y adecuada de los hechos y el derecho que el caso involucra. «Si entendemos por función jurisdiccional aquella que pueda constituir esa «instancia judicial al menos» de la que habla el fallo, que haga innecesaria una revisión judicial «adecuada,» es evidente que ese tipo de atribución le es terminantemente negada a la administración» (52).

Después de más de cuatro décadas, la CSJN siguió esta línea interpretativa resultando más precisa en el fallo «Ángel Estrada» (53); allí sostuvo que el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración desconocía lo

(51) CSJN «Fernández Arias, Elena, y otros: c/ Poggio, José suc.». Fallos 247:646 (1960).

(52) GORDILLO, Agustín, *op. cit.*, pp. IX.27-IX.29.

(53) CSJN «Ángel Estrada y Cia. S. A. C/ Resol. 71/96, Sec. Ener. y Puertos (Expte. núm. 750-002119/96) S/Recurso Extraordinario» Fallos 328:651 (2005).

dispuesto en los artículos 18 y 109 de la CN y que los principios constitucionales quedaban a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hubiesen sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estuvieran aseguradas, el objetivo económico y político se hubiera tenido en cuenta por el legislador para crearlos haya sido razonable «y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente».

### 3.2 EL AGOTAMIENTO DE LA INSTANCIA ADMINISTRATIVA

En este breve acercamiento, que estamos realizando, al control judicial de la Administración hemos de incluir uno de los temas que generan aun hoy un interesante debate doctrinario, convirtiéndolo para buena parte de la doctrina en un obstáculo a la tutela judicial efectiva.

De acuerdo a la LNPA, la admisibilidad de la pretensión judicial de nulidad de un acto administrativo requiere la concurrencia de dos requisitos: a) el agotamiento de la vía administrativa y, b) la interposición de la demanda dentro de plazos de caducidad establecidos por la ley (54).

Se exceptiona de estas condiciones el supuesto del amparo del artículo 43 de la CN (55).

A falta de un Código Contencioso Administrativo en el ámbito federal, la regulación del acceso a la jurisdicción está prevista en las disposiciones del capítulo IV de la LNPA y en la jurisprudencia; estos presupuestos de jerarquía meramente legal, son comprobables de oficio por los jueces (56).

---

(54) El artículo 25 de la LNPA establece: Artículo 25: La acción contra el Estado o sus entes autárquicos deberá deducirse dentro del plazo perentorio de noventa (90) días hábiles judiciales, computados de la siguiente manera: a) Si se tratare de actos de alcance particular, desde su notificación al interesado; b) Si se tratare de actos de contenido general contra los que se hubiere formulado reclamo resuelto negativamente por resolución expresa, desde que se notifique al interesado la denegatoria; c) Si se tratare de actos de alcance general impugnables a través de actos individuales de aplicación, desde que se notifique al interesado el acto expreso que agote la instancia administrativa; d) Si se tratare de vías de hecho o de hechos administrativos, desde que ellos fueren conocidos por el afectado. Cuando en virtud de norma expresa la impugnación del acto administrativo deba hacerse por vía de recurso, el plazo para deducirlo será de treinta (30) días desde la notificación de la resolución definitiva que agote las instancias administrativas. Artículo 26: La demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando el acto adquiera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos previstos en el artículo 10 y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción.

(55) El artículo 43 CN establece: «Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización (...)».

(56) GARCÍA PULLES, Fernando, «El sistema de control contencioso administrativo en el ámbito federal de la República Argentina» en *El Contencioso Administrativo en la Argentina Análisis del*

Sucintamente hemos de mencionar que las vías de agotamiento de la instancia administrativa son la impugnatoria y la reclamatoria. La primera implica la interposición de recursos administrativos conforme a la LNPA y su reglamentación y el reclamo impropio contra actos de alcance general (arts. 23 y 24 de la LNPA) (57). En cuanto a la vía reclamatoria (58), resulta obligatoria, en principio, respetarla cuando se enfrentan hechos y omisiones estatales (59).

Como decíamos la figura del «agotamiento de la vía administrativa» fue objeto de airadas críticas fundadas en razones que van de considerarla un ritualismo inútil hasta el hecho de que dilata en forma innecesaria la defensa de los derechos de los ciudadanos en sede judicial y que es un privilegio estatal excesivo. Es evidente que estos argumentos apuntan a entenderla como un obstáculo al ejercicio de la tutela judicial efectiva y por lo tanto opuesto al artículo 18 CN y a los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

Incluso, autores como Bianchi plantean la necesidad de examinar si aquel recaudo se encuentra actualmente vigente ante esas normas y la interpretación de la Corte IDH por ejemplo en el fallo «Baena» (60).

Si bien el agotamiento de la vía administrativa se trata de un requisito que se halla atenuado por la utilización de la acción de amparo –que se puede interponer para lograr el pronto restablecimiento de los derechos y garantías constitucionales violados por acción u omisión por las autoridades pública– en los hechos su exigencia fomentó un nivel de litigiosidad mayúsculo, por la obligación de recurrir en tiempo y forma los administrativos que resuelvan peticiones finales o de fondo,

---

*sistema federal, de las veintitrés provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* (Dir. Fernando G. Pullés) T. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pp. 1-46.

(57) Artículo 23: «Podrá ser impugnado por vía judicial un acto de alcance particular: a) cuando revista calidad de definitivo y se hubieren agotado a su respecto las instancias administrativas (...).

(58) Artículo 30: El Estado nacional o sus entidades autárquicas no podrán ser demandados judicialmente sin previo reclamo administrativo dirigido al Ministerio o Secretaría de la Presidencia o autoridad superior de la entidad autárquica, salvo cuando se trate de los supuestos de los artículos 23 y 24. El reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial y será resuelto por las autoridades citadas. Artículo 31: El pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los noventa (90) días de formulado. Vencido ese plazo, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros cuarenta y cinco (45) días, podrá aquél iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajos los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción. El Poder Ejecutivo, a requerimiento del organismo interviniente, por razones de complejidad o emergencia pública, podrá ampliar fundadamente los plazos indicados, se encuentren o no en curso, hasta un máximo de ciento veinte (120) y sesenta (60) días respectivamente. La denegatoria expresa del reclamo no podrá ser recurrida en sede administrativa. Los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los artículos 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el artículo 25 y en el presente. Artículo 32: 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: a) Se tratase de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente; b) Se reclamare daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual.

(59) Si bien las excepciones a la obligatoriedad de interponer reclamo administrativo previo fueron drásticamente reducidas con la reforma que en el año 2000 introdujo la Ley 25.344 a la LNPA, la jurisprudencia ha reiterado la vigencia de una de las más usuales, la que considera el recorrer la vía administrativa como un ritualismo inútil, en ciertos supuestos.

(60) BIANCHI, Alberto B., «Tiene fundamento constitucional el agotamiento de la vía administrativa», en LL 1995-A-397.

«transformando la sede administrativa en una instancia jurisdiccional». A ello debe agregarse el cumplimiento de los plazos de caducidad fatales para interponer la demanda judicial. En definitiva, aquel carece de base constitucional y resulta opuesto «al acceso irrestricto a un juicio pleno como el juzgamiento sobre el fondo de la pretensión articulada en un caso contencioso-administrativo» (61)

En cambio, quienes defienden la aplicación de este requisito sostienen que la relevancia de esa figura se plasma, fundamentalmente, en que con el procedimiento administrativo impugnatorio o reclamatorio lo que se pretende es tanto la debida tutela de los intereses particulares como la procura de legitimidad de la actuación estatal, al otorgarse a la Administración la posibilidad de enmendar sus propios errores (a través del procedimiento impugnatorio de actos), o de acceder a peticiones del particular en su sede (en ciertos casos de reclamaciones regladas), evitando de esta forma su sometimiento a juicio, con los inconvenientes y costos que ello genera para el particular y la propia Administración (62).

A nuestro criterio, compartimos el criterio de que no debería ser obligatorio la interposición de los recursos administrativos para agotar la vía administrativa, sino opcional (63). Es el particular quien debe valorar las circunstancias del caso y sus herramientas de defensa a la hora de decidir si articula o no los recursos o reclamos administrativos previos a la instancia judicial. La postulación de esta perspectiva no solo deviene del alcance que asignamos a la tutela judicial efectiva sino que también de una realidad indiscutible: el rechazo en la mayoría de los casos de las impugnaciones administrativas, muchas de las cuales ni siquiera son motivo de negativas expresas debiéndose acudir a los efectos negativos del silencio administrativo.

### 3.3 COMENTARIOS ACERCA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Finalmente, brindaremos algunas visiones de las medidas cautelares las que, con base en la tutela judicial efectiva, se asientan sobre dos elementos estructurales: a) el resguardo de la eficacia final de un derecho fundamental que persigue –mediante la garantía jurisdiccional– una debida y oportuna protección ante acciones u omisiones del Estado o de los particulares, y b) evitar que una sentencia favorable se torne injustamente ilusoria (64).

---

(61) CASSAGNE Juan Carlos, «La tutela judicial efectiva», en *Tratado de derecho administrativo* (dir. Juan Carlos Cassagne), T. I, La Ley, Buenos Aires, 2007, pp. 106-113.

(62) MONTI, Laura, «Agotamiento de la vía administrativa y tutela judicial efectiva», en *Estudios de Derecho Público* (director Enrique M. Alonso Regueira), 1.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, 2013, pp. 317-325. También COMADIRA Julio Rodolfo, *Procedimientos administrativos* (Coord. Laura Monti), T. I, La Ley, Buenos Aires, 2002, pp. 419-418.

(63) CASSAGNE, Juan Carlos, «La tutela judicial efectiva», *op. cit.*, p. 102.

(64) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, «La inconstitucionalidad e inconvencionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado es parte (Ley 26.854)», en *LL Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación*. Ley 26.853 del 23 de mayo de 2013, pp. 69-72; HUTCHINSON; Tomás, «Algunas reflexiones sobre la regulación de las medidas cautelares en las que interviene el Estado», en *SJA*. 2013/09/25-22, JA 2013-III. Cita *online*: AP/DOC/1923/2013. También GOZAÍNI, Osvaldo A., «Medidas cautelares contra el Estado», en *LL*. 2013, C, 762.

La Ley 26854 dictada en el año 2013 establece una regulación específica de las medidas cautelares que pueden interponerse ante la acción u omisión del Estado Nacional o sus entes descentralizados (o solicitadas por éstos) que hasta el momento de su vigencia se encontraban mayormente regidas por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En forma similar a lo sucedido con otras figuras del derecho administrativo, el estudio de estas medidas aun antes de la ley había sido objeto de intensos debates en la doctrina y de precedentes judiciales no siempre coincidentes en cuanto al alcance de aquellas.

Si bien podía suponerse que una regulación uniforme, en vistas a preservar la tutela judicial efectiva, generaría una amplia y positiva recepción por parte de los juristas, ello no sucedió pues se intensificaron las críticas por parte de la doctrina constitucional y administrativa respecto de algunas de sus disposiciones (65).

Las objeciones más enérgicas se vinculan con que las exigencias y pautas establecidas para su interposición y tramitación son tan estrictas que en realidad se dictó «con la clara finalidad de evitar que el ciudadano pueda obtener una tutela anticipada e inmediata de sus derechos por medio de este instituto procesal arraigado en nuestra cultura cívico y jurídica» (66).

En la posición opuesta a éstas, se la considera como una norma procesal de avanzada que recepta la moderna doctrina y jurisprudencia de la materia, y reconoce expresamente la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Además, la protección en forma diferenciada a sectores socialmente vulnerables en su derecho a una vida digna muestra la recepción de principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos «constituyendo una novedosa política pública de tutela procesal diferenciada llevada a cabo por el Poder Legislativo de la Nación» (67).

En cuanto a este último aspecto se levantan voces que objetan la necesidad de acreditar en el proceso la condición de pertenecer a un sector socialmente vulnerable, pues ello es por lo menos perverso dado que la vulnerabilidad no se prueba, sino que se sufre. Por esta razón, también es equivocado la referencia del artículo 2.º inc. 2 respecto a que «se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos», pues no existe dicha categoría en

---

(65) Acerca del activismo judicial que deriva de las disposiciones de esta ley ver ÁBALOS, María Gabriela, «El activismo judicial y las medidas cautelares contra el estado en clave convencional», en *Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado*, PTN, diciembre 2017, pp. 12-46.

(66) CASSAGNE, Ezequiel, «El plazo y otras restricciones a las medidas cautelares. A propósito de la Ley 26.854», en *LL Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación*. Ley 26.853 del 23 de mayo de 2013, p. 54. Ver también SACRISTÁN Estela B., «El concepto de interés público en la ley 26.854», en *LL Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación*. Ley 26.853 del 23 de mayo de 2013, p. 145; VERBIC, Francisco, «El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado Nacional y su potencial incidencia en el campo de los procesos colectivos» en *LL Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación*. Ley 26.853 del 23 de mayo de 2013, pp. 155-165; VALLEFÍN, Carlos A., *Medidas cautelares frente al Estado. Continuidades y rupturas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013.

(67) Sea alude a los derechos de vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria y ambiental. CABRAL Pablo, «La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada. Un análisis de la Ley 26.854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de los Derechos Humanos», en *Rev. Int. de Dir. Público, RIDP*, Belo Horizonte, año 3, núm. 5, jul./dez. 2018, pp. 21-83.

el mencionado Instrumento Internacional el cual tampoco incorpora de forma expresa y operativa derechos económicos, sociales y culturales (68).

Más allá de estas discrepancias, nos indicará a algunos de los artículos que merecieron contrapuestas visiones doctrinarias.

1. La ley permite que la solicitud de medidas cautelares pueda ser articulada en forma previa, simultáneamente o con posterioridad a la interposición de la demanda, aunque no podrán coincidir con el objeto de la demanda principal (art. 3).

Este último aspecto es objetado, entendiéndose que en la práctica ello produce una especie de derogación de las denominadas «medidas cautelares innovativas», que en la última década adquirieron un notable desarrollo en la última década (69). También se despoja de validez a las llamadas «medidas autosatisfactivas», que constituyen un requerimiento urgente a la justicia que se agota con su despacho favorable (70).

2. Otro requisito que se rechaza es el informe que el juez –una vez solicitada la medida cautelar y previo a resolver– debe requerir a la autoridad pública demandada, quien dentro del plazo de cinco (5) días, debe producirlo dando cuenta del interés público comprometido por la solicitud y expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada, acompañando las constancias documentales que considere pertinentes (art. 4).

Si bien existen excepciones (71) a este requisito, las críticas se centran en que la vista a la demandada puede frustrar el objetivo de la cautelar además de constituir una condición dilatoria e innecesaria; toda vez que retrasa la decisión del Juez al tener que solicitar la opinión del Estado antes de decidir. Justamente, el principio inaudita parte que las debería caracterizar se funda en razones de urgencia y efectividad, por lo que la intervención del sujeto pasivo de la tutela cautelar implica una considerable inversión de tiempo, que cuando media una situación de peligro debe evitarse a fin de proteger a quien justifique que su derecho, en el supuesto de no ser tutelado, puede sufrir una seria afectación (72).

---

(68) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, «La inconstitucionalidad e inconventionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado es parte (Ley 26.854)», *op. cit.*, pp. 69-72

(69) MIDÓN, Marcelo Sebastián, «Medidas cautelares requeridas contra el Estado nacional. Botiquín de inocuos placebos», *LL Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación*, Ley 26.853 del 23 de mayo de 2013, pp. 91-93.

(70) BASTERRA Marcela I., «El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado. A propósito de la Ley 26.854», en Regueira Enrique (dir.), *Estudios de derecho público*, Ed. Asociación de Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Social, Universidad de Buenos Aires, pp. 533-566; OTEIZA, Eduardo, «El cercenamiento de la garantía a la protección cautelar en los procesos contra el Estado por la Ley 26.854», en *Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación*, Ley 26.853, Buenos Aires, 23 de mayo de 2013, pp. 95-101.

(71) Conforme a la ley el juez o tribunal pueden dictar una medida interina de breve vigencia hasta que se recepcione el informe previo, cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaran. También podrá hacerlo cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso donde estén comprometida la vida digna en los términos de la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria, o se trate de un derecho de naturaleza ambiental.

(72) BASTERRA, Marcela I., «El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado. A propósito de la Ley 26.854», *op. cit.*, p. 542.

Sin embargo, la doctrina que justifica la inclusión de ese requisito sostiene que se encuentra debidamente alineado con las garantías constitucionales que en materia procesal protegen a todas las partes de un litigio. El principio de bilateralidad de los procesos judiciales permite a la contraria el ejercicio de su derecho de defensa, como manifestación de las garantías de debido proceso, acceso a la justicia, igualdad de armas y tutela judicial efectiva, las que deben estar presentes para efectivizar los derechos, tanto del actor, como del demandado. La bilateralidad previa a la concesión de las medidas cautelares, es la postura adoptada en algunas provincias en sus códigos procesales administrativos, como Mendoza, Santiago del Estero, Neuquén, Tierra del Fuego, Formosa, Jujuy, Santa Fe, Córdoba y Buenos Aires (73).

Coincidimos con la visión de que a través el Informe del art. 4.º el juez contará con «bases objetivas suficientes para realizar un juicio de previsibilidad, por el cual podrá anticipar las secuelas que, razonablemente, habrá de producir una decisión asegurativa sobre las relaciones de disponibilidad comunes por los miembros de la comunidad (interés público)» (74). No obstante, el juzgador siempre deberá evaluar los derechos en juego y las demás circunstancias que pueden incidir en el caso concreto.

3. En el artículo 5.º se prevé la vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado, siendo este uno de los aspectos más criticados de la regulación: el juez debe fijar, bajo pena de nulidad, un límite razonable para la vigencia de la medida cautelar otorgada, que no podrá ser mayor a los seis (6) meses. «En los procesos de conocimiento que tramiten por el procedimiento sumarísimo y en los juicios de amparo, el plazo razonable de vigencia no podrá exceder de los tres (3) meses». Al vencimiento del término fijado, a petición de parte, y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso, se puede, fundadamente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis (6) meses, siempre que ello fuera procesalmente indispensable (75).

Ese límite temporal prorrogable para la vigencia de las medidas cautelares no procede cuando esté en juego la tutela de los sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud, un derecho de naturaleza alimentaria o cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental.

Nos inclinamos por la posición que objeta esta limitación, ya que afecta la tutela judicial efectiva y además desconoce la demora excesiva en la resolución de los procesos judicial.

---

(73) CABRAL, Pablo, «La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada. Un análisis de la Ley 26.854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de los Derechos Humanos», *op. cit.*, pp. 25-30. También SALGÁN RUÍZ, Leandro Gonzalo, «El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado y sus entes descentralizados aprobado por la ley 26854», en *SJA 2013/06/12-57-JA. 2013-II*. Cita *online*: AP/DOC/1048/2013

(74) SAMMARTINO, Patricio, «Medidas cautelares en los casos en los que es parte el Estado: ideas rectoras y características del sistema legal vigente», en AA.VV., *Control Público y Acceso a la Justicia*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2016, pp. 303-347.

(75) Si la medida cautelar es otorgada cuando se encuentra pendiente el agotamiento de la instancia administrativa, tendrá vigencia hasta diez días después de que la autoridad administrativa competente haya dictado el acto que agota la instancia. Dentro de ese plazo el beneficiario de la medida cautelar deberá iniciar la demanda judicial y podrá solicitar que se renueve la medida cautelar.

Éstos son irrazonablemente lentos, los procedimientos multiplican las dificultades de los justiciables, hay ausencia de intermediación entre el juez y las partes que obstaculiza el conocimiento real de la causa y su avance en tiempos razonables. A ello se suman costos significativos soportados en forma igualitaria sin perjuicio de los resultados que profundizan la desigualdad, los plazos procedimentales son cumplidos por las partes, pero no por el juez, las decisiones no se cumplen o tienen diverso grado de cumplimiento de acuerdo a quién es el justiciable (76).

La propia CSJN sostuvo que a los fines de valorar la razonabilidad del plazo de vigencia de una medida cautelar «resulta imprescindible evaluar el tipo de proceso iniciado, la complejidad de la materia objeto de la controversia, la conducta asumida por las partes luego de dictada la medida cautelar así como también la importancia de los intereses en juego en el proceso.» (77)

4. El artículo 9.º establece que «Los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias».

Esta disposición reproduce el último párrafo del artículo 195 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuya inconstitucionalidad fue declarada en varias oportunidades y que en opinión de autorizada doctrina no se compece con las facultades de los jueces para decretar medidas cautelares que son, y deben ser, discrecionales, es decir que no se puede imponer, ni prohibir la admisión o procedencia de alguna de ellas, bajo pena de violar la garantía del acceso a la jurisdicción, donde además se afecta el derecho de defensa (78).

Quienes justifican esta limitación lo hacen desde la visión de las prerrogativas típicas que el derecho administrativo reconoce al Estado en su labor de protección del interés público de toda la sociedad; por ende la utilidad de este tipo de normas estará garantizada en tanto y en cuanto su aplicación no afecte o limite los derechos fundamentales de los ciudadanos, ya que la protección de estos derechos universales e indisponibles que se encuentran en la base de la igualdad jurídica, es también la razón que justifica la existencia del poder público en un Estado Social y Democrático de Derecho. Aunque se admite que nuevamente es trascendente la forma en que los jueces apliquen el artículo 9.º de la ley (79).

Sin embargo, también coincidimos con quienes consideran que esta previsión equivale a la prohibición de la procedencia de las medidas cautelares contra la Administración Pública Nacional, pues prácticamente la totalidad de este tipo de tutelas es susceptible de afectar bienes o recursos (80).

5. En el supuesto de la medida cautelar dirigida a suspender, total o parcialmente, los efectos de un acto administrativo, de una disposición legal o un regla-

---

(76) CAVALLI, Luis, «Comentario a la Ley 26854. Una visión desde el derecho ambiental», en *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, núm. 8, mayo 2013, IJ Editores; <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=65188&print=2>

(77) CSJN Grupo Clarín y otros S. A. Fallos, 333:1885 (2010).

(78) GOZAINI, Osvaldo A., «Las medidas cautelares ante la Ley 26.854», en *Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación*, Ley 26.853; LL. 23 de mayo de 2013, pp. 73-89.

(79) CABRAL, Pablo, «La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada», *op. cit.*, pp. 66-67.

(80) BASTERRA, Marcela I., «El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado. A propósito de la Ley 26.854», *op. cit.*, pp. 547-549.

mento del mismo rango jerárquico, el art.13 inc.3 prevé que la providencia que haga lugar a la petición podrá ser objeto de recurso de apelación el que tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los derechos a la vida, a la salud, un derecho alimentario o ambiental.

Sobre este punto se ha sostenido la ineficacia de una medida suspensiva de una resolución, decretos de necesidad y urgencia o cualquier otra disposición pues con sólo interponer una apelación –al tener efecto suspensivo– se mantendrá la vigencia de aquellas en detrimento de los derechos involucrados de los particulares. Es decir que salvo los tres supuestos que constituyen las excepciones antes mencionadas, todos los demás supuestos se encontrarían en una situación de inferioridad y desigualdad. La medida cautelar concedida tendría efectos durante el lapso que va desde que se traba hasta que se concede el recurso de apelación interpuesto, solución legal que ha sido considerada inconstitucional (81) por atentar contra la tutela judicial efectiva y desnaturalizar la esencia asegurativa que caracteriza a las medidas cautelares, criterio con el que coincidimos (82).

Por último, hemos de señalar que la ley incluye cinco tipos de medidas cautelares: a) suspensiva del acto administrativo que ya citamos (art. 13.º), de contenido positivo (art. 14.º), de no innovar (art. 15.º), solicitadas por el Estado (art. 16.º) y aquellas previstas para casos de interrupción de servicios públicos (art. 17.º).

La solicitud de la suspensión judicial de los efectos del acto administrativo se puede formular en tres oportunidades, a saber: 1) durante el agotamiento de la vía administrativa o mientras tramita un recurso o reclamo administrativo optativo (medida cautelar autónoma); 2) luego de agotada la vía administrativa –o después de haberse resuelto el recurso o reclamo administrativo optativo– y antes de interponer la demanda anulatoria (medida cautelar anticipada); 3) luego de agotada la vía administrativa –o después de haberse resuelto el recurso o reclamo administrativo optativo– y junto con la demanda anulatoria o luego de su interposición (medida cautelar accesorio).

#### 4. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

##### 4.1 SÍNTESIS DE LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ESTATAL

Estamos ante uno de los temas trascendentales del derecho administrativo y del Estado Constitucional de Derecho. Ríos de tinta se han escrito en la República

---

(81) Cfr. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, «La inconstitucionalidad e inconvencionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado es parte (Ley 26.854)», *op. cit.*; HUTCHINSON, Tomás, «Algunas reflexiones sobre la regulación de las medidas cautelares en las que interviene el Estado», *op. cit.*, GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015; SPISSO, Rodolfo R., «La tutela judicial efectiva ante una ley inconstitucional» en *LL 2013-F, 560*; SIRKIN, Eduardo, «Acerca de la ley 26.854 modificatoria del CPCCN referida a las medidas cautelares contra el Estado Nacional», en *elDial.com, DC1A5A*, p. 8.

(82) COMADIRA, Fernando G., ¿Cómo obtener la suspensión de los efectos de un acto administrativo en sede judicial? en *elDial.com, DC2BBE*, 2020.

Argentina sobre el tema, resultando imposible sistematizar las investigaciones y las agudas reflexiones de la doctrina, que permitieron junto a la jurisprudencia consolidar la responsabilidad extracontractual del Estado.

En esa línea se entiende que en su función reparadora, su objetivo es restablecer, *ex post*, el equilibrio perdido entre el Estado y el particular causado por la lesión jurídica producida en los derechos o bienes de las personas por los órganos o entes estatales en ejercicio de funciones públicas (83).

Coincidimos en que la responsabilidad patrimonial del Estado es una cuestión compleja y que encierra una gran cantidad de problemas, que exceden largamente la normativa. Una observación macroscópica, global y sistémica de la responsabilidad estatal exige enlazar el mundo jurídico con otras diferentes áreas del conocimiento, como la economía, la política, la sociología, los valores, la filosofía, entre otros. El aspecto jurídico normativo es solo un fragmento, una parcela, de la complejidad. También es cierto que, la centralidad de la persona humana lleva a considerar que todo daño sobre derechos fundamentales indisponibles que aquella no tiene obligación soportar, sea de fuente ilegítima o legítima, obliga al íntegro restablecimiento de la dignidad lesionada, lo que comprende la restitución plena, en especie y/o en su equivalente de la integridad (física, psíquica y moral) de la persona (84).

En la República Argentina, la doctrina administrativa mayoritariamente se ha inclinado (salvo algunas excepciones) por sostener que la regulación de la responsabilidad del Estado es materia propia del derecho público, en particular administrativo y que solo ante la falta de esa regulación puede aplicarse analógicamente el Código Civil. Por lo tanto, corresponde a la Nación, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a cada una de las provincias, el dictado de la legislación correspondiente.

Hasta la sanción de la ley 26.944 en el año 2014 no se contaba con una ley genral en la materia, situación que, como se indicó anteriormente, no impidió que los tribunales judiciales argentinos afirmaran la obligación del Estado de responder por los perjuicios que causara por su accionar ilícito o lícito, basada en las ideas de justicia, legalidad, equidad, inviolabilidad de la propiedad o igualdad ante las cargas públicas (85).

En un primer momento, responsabilizar al Estado basado en el Código Civil dependía de que su comportamiento se considerara como *jure imperio* o *jure gestionis*, admitiéndose solo en este caso la aplicación de aquellas normas que regían la responsabilidad de las personas jurídicas privadas por incumplimiento contractual. Pero aun en estos casos, a partir de la interpretación gramatical de una equivo-

---

(83) SAMMARTINO Patricio, «Responsabilidad del Estado: Características generales del sistema legal vigente», en AA.VV., *Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la Ley 26.944*. Editorial: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (Coord. Ávila, Santiago Matías), Buenos Aires, 2015, pp. 173 ss.

(84) *Ibidem*.

(85) COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor J.; COMADIRA, Julio Pablo, *op. cit.*, p. 1568 ss., texto y nota 161. CASSAGNE Juan Carlos, «Los principios que fundamentan la responsabilidad extracontractual del Estado y el Alcance de la Reparación», en AA.VV., *Responsabilidad del Estado*, Rubinzal Culzoni Editores, 2008, p. 48.

cada redacción del texto originario de un artículo del Código Civil (art.43) (86) las personas jurídicas no responderían por actos ilícitos de sus representantes. Salvo que una ley expresamente lo permitiera el Estado respondería en el campo extracontractual (87).

En la jurisprudencia argentina encontramos precedentes donde medulosamente se analizaron las responsabilidades por actividades ilícita –acción u omisión–, lícita y por daños causados con o por el vicio o riesgo de las cosas, por actividad legislativo y por actividad judicial, citándose en el inicio de esa evolución el caso «Tomás Devoto» (88) (aun cuando existen algunos precedentes aislados) de 1933, en el cual, a pesar de las limitaciones del artículo 43 se responsabilizó indirectamente al Estado fundado en los artículos 1109 y 1113 del Código Civil vigente en esa época (89). La parte actora había interpuesto demanda contra el Estado Nacional por el cobro de una suma de dinero en concepto de daños y perjuicios sufridos por el incendio ocasionado en un campo de su propiedad por empleados de la Empresa Nacional de Telégrafos, hechos sucedido mientras reparaban una línea telegráfica. La Corte Suprema consideró que «El incendio como acto reprobado por la ley, impone al que lo ocasiona por culpa o negligencia, la obligación de reparar los daños ocasionados a terceros, extendiéndose esa responsabilidad al Estado bajo cuya dependencia se encontraba el autor del daño o por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado».

En 1938, dictó sentencia en la causa «Ferrocarril Oeste de Buenos Aires» (90) esta vez vinculada con el daño ocasionado a un tercero por la expedición de un certificado erróneo por parte de empleados del Registro de la Propiedad. Si bien confirma el criterio del caso Devoto, avanza en considerar que, a la responsabilidad del Estado por su actuación como poder público, no resultaba posible aplicar el artículo 43 del Código Civil (que refería a las personas jurídica privadas), recurriendo a otra disposición de esa legislación: el artículo 1112 (91), que regulaba la responsabilidad de los funcionarios públicos por el ejercicio irregular de sus funciones. Este enfoque es considerado sustancial en el arraigo de las bases de una concepción *iuspublicista* de la responsabilidad extracontractual; disposición que la

---

(86) El artículo original establecía. «No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común o sus administradores individualmente hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellos».

(87) PERRINO, Pablo, La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, pp. 12-16.

(88) CSJN «Tomás Devoto y Cía. S. A. c/ Gobierno Nacional» Fallos 169: 111 (1933).

(89) Antes de la reforma introducida por la Ley 17.711, dichas disposiciones establecían: Artículo 1109: «Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil». Artículo 1113: «La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado».

(90) CSJN «Ferrocarril Oeste de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/ indemnización de daños y perjuicios» Fallos 182:5 (1938).

(91) Artículo 1112: «Los hechos y 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, son comprendidos en las disposiciones de este título».

doctrina administrativista y la jurisprudencia interpretaron a la luz de la falta de servicio (92).

Es el precedente «Vadell» (93) el que marca un significativo avance porque se modifica la postura anterior y con base en la teoría del órgano, se determina que la responsabilidad estatal no es indirecta, sino directa, asentada en la idea objetiva de la «falta de servicio» con sustento en el artículo 1112 del Código Civil: «La responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público no constituye una responsabilidad indirecta, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas» (94).

De ahí en más se sucedieron decisiones que fueron diseñando y estructurando la responsabilidad extracontractual por actividad ilícita.

En la responsabilidad estatal omisiva ha sido fundamental la interpretación de la CSJN de los principios generales del derecho, en especial el de razonabilidad, y el de no dañar a otro (arts. 28 y 19 de la CN). La jurisprudencia que estableció la existencia de falta de servicio por omisión efectuó una valoración con arreglo a la razonabilidad del comportamiento desplegado por la autoridad pública, teniendo en consideración los medios disponibles, el grado de previsibilidad del supuesto dañoso, la naturaleza de la actividad que se incumplió, las circunstancias de tiempo, modo y lugar (95).

Respecto a la responsabilidad extracontractual por actividad legítima, en la sentencia dictada en la causa «Laplacette, Juan su sucesión y otros c/ Prov. de Bs. Aires» (96) de 1943 el Máximo Tribunal admitió por primera vez el deber estatal de reparar los daños ocasionado por comportamientos conforme a derecho. Lo importante de esta decisión, que se reitera posteriormente es que asienta la responsabilidad en la CN. En esa ocasión expresó: «si bien puede divergir sobre los fundamentos de la teoría de la responsabilidad del Estado por los daños causados sin culpa a los particulares, es indudable que entre nosotros esa responsabilidad nace, en los casos como el presente, de la garantía de inviolabilidad de la propiedad consagrada por los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional y que la forma de hacer efectiva esa garantía es necesario buscarla en los principios de derecho común, a falta de disposición legal expresa, pues de lo contrario la citada garantía constitucional sería ilusoria (...). La responsabilidad del Estado por los daños causados sin culpa, si bien con divergencias sobre los fundamentos jurídicos que la justifican, es aceptada por la doctrina general... esta es la única solución equitativa y justa, la que conduce a la protección de la propiedad perjudicada por obras del

---

(92) PERRINO, Pablo, *op. cit.*, pp. 14-18.

(93) CSJN «Vadell, Jorge Fernando c/ Provincia de Buenos Aires» Fallos 306:2030 (1984)

(94) Acerca de los factores de atribución objetivo y subjetivo ver BALBIN, Carlos, *op. cit.* T. II, pp. 386-404. Este autor señala que la teoría general de la responsabilidad del Estado debe construirse sobre ambos factores según el caso; proponiendo que el estándar básico es el de las obligaciones y deberes legales que deben sustituir a los criterios de la falta de servicio o lesión resarcible.

(95) PERRINO, Pablo, *op. cit.* pp. 96-97. BALBIN, Carlos, *op. cit.* T. II, pp. 351-360. LAMOGLIA, Carlos M., «Responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: su regulación en la Ley núm. 26.944», en AA.VV., *Responsabilidad del Estado: Apuntes para el estudio de la Ley 26.944* (Coordinadores: Miriam M. Ivanega y Ricardo Rivero Ortega), Editorial RAP, Buenos Aires, año 2015.

(96) CSJN «Laplacette, Juan su sucesión y otros c/ Prov. de Bs. Aires» Fallos 195:66 (1943).

Estado; equidad y justicia que debe guiar la interpretación de los principios generales, de la doctrina y de los textos legales, que así por analogía, son llevados a regir los casos no previstos expresamente pero que caben dentro del contexto general de los principios que los informan...» (97).

Luego, en el precedente «Corporación Inversora Los Pinos S. A.» (98) de 1975 reafirmó que este tipo de responsabilidad se asienta en la garantía constitucional de la propiedad y el principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas del artículo 16 CN. Tiempo después, en «Cantón» (99) señaló que «La reparación que debe el Estado, por perjuicios causados por el accionar legítimo de la Administración, debe atender, ante la falta de normas expresas sobre el punto, al modo establecido en instituciones análogas (...) debiendo aceptarse en el caso que la expropiación es la que guarda mayor semejanza con el supuesto planteado, por el ámbito en que se desenvuelve, la finalidad que persigue y la garantía que protege».

En sucesivas decisiones se fueron determinando los requisitos que debían reunirse para este tipo de responsabilidad la existencia de un daño cierto, la relación de causalidad entre el accionar del Estado, el perjuicio y la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la demandada (100).

Como se pudo comprobar, han sido los jueces quienes predominantemente «a fuerza de cumplir con su deber y fallar casos concretos y ante el silencio y la inacción del legislador, se han convertido en este tema en legisladores inductivos, forjando criterios que se reafirmaron con sucesivos pronunciamientos» (101).

## 4.2 LA LEY 26.944. ACIERTOS Y DESACIERTOS

Según el esquema propuesto en los puntos anteriores, hemos de indicar algunas de las principales características de esta ley (102) que regula la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad produzcan a los bienes o derechos de las personas (103).

---

(97) Julio Rodolfo Comadira ha criticado el razonamiento de la CSJN. Para este profesor no es procedente este tipo de responsabilidad desde la CN para terminar recurriendo a las normas del Código Civil, máxime que el derecho común el ejercicio regular de un derecho no compromete responsabilidad alguna y porque cuando el Estado desarrolla una actividad lícita que es dañosa ejerce su competencia en forma regular, de modo que si no la ejerciera podría configurarse el supuesto de responsabilidad ilegítima. COMADIRA, ESCOLA, COMADIRA, *op. cit.*, pp. 1519-1521.

(98) CSJN «Corporación Inversora Los Pinos S. A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires» Fallos 301:272 (1979).

(99) CSJN «Cantón, Mario Elbio c/Gobierno Nacional s/ordinario» Fallos 301:403 (1979).

(100) Entre otros, CSJN Fallos 315:1026.

(101) ROSATTI, Horacio. «Competencia para legislar sobre responsabilidad del Estado en la Argentina» en *Ley 26.944 de responsabilidad del Estado, análisis crítico y exegético* (director Horacio Rosatti) Rubinzal, Culzoni Editores, Santa Fe, 2014., p. 29.

(102) Rige para el ámbito nacional. Por el artículo 11 se invita a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que adhieran a los términos de la ley.

(103) Se exime de responsabilidad al Estado, en los casos de daños y perjuicios derivados de casos fortuitos o fuerza mayor –salvo que el Estado los asuma expresamente– y cuando el daño se produce por el hecho de la víctima o de un tercero, respecto del que el Estado no debe responder.

Coincidiendo con la mayoría de las interpretaciones jurisprudenciales indicadas y la doctrina administrativista(104) –a pesar de las críticas que merecen algunas de sus disposiciones– se consagra el principio de la responsabilidad objetiva y directa, descartándose la aplicación directa o subsidiaria de las disposiciones del Código Civil y Comercial (CCyC).

La complejidad del tema lleva a tener que esperar que en los próximos años los desarrollos jurisprudenciales vayan modelando el nuevo sistema legal de acuerdo con las necesidades que, en cada caso, plantea la efectiva concretización de los valores y principios del Estado de los derechos fundamentales vigente, ya que encierra una gran cantidad de problemas, que exceden largamente la normativa(105).

En este punto, resulta necesario remitirse a los artículos 1764, 1765 y 1766 del CCyC que, respectivamente, establecen la inaplicabilidad a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria, del capítulo de la responsabilidad civil y que «La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda», así como la responsabilidad de los funcionarios públicos por los hechos y omisiones en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas.

De ahí que, se haya sostenido que el plexo normativo conformado por las leyes 26.944 y el CCyC instituyen un sistema legal-marco de responsabilidad del Estado, reglamentario de la garantía patrimonial sustantiva reconocida en la CN (arts. 16, 17, 19 y 75, inc. 22) en cuanto atañe al daño producido por el obrar de los órganos estatales en ejercicio de funciones públicas. En consecuencia «las llaves maestras para interpretar adecuadamente el sistema legal vigente a partir de 2014 son la analogía y el principio de dignidad humana»(106)

a) **La responsabilidad por actividad ilegítima. La regulación imprecisa de la omisión**

Volviendo a la ley, es necesario puntualizar que se siguió el criterio de que para que surja la responsabilidad objetiva no es necesario indagar en la subjetividad del agente público, ni demostrar la culpa, negligencia o dolo; lo que no significa que la responsabilidad esté desligada del obrar del agente del hecho dañoso, dado que la falta de servicio se predica de conductas y no de resultados, apoyándose en la reprochabilidad de la conducta dañosa de aquel(107).

Así, el factor de atribución es la configuración de un incumplimiento irregular o funcionamiento defectuoso del servicio, y que por lo tanto excluye la voluntad culpable del funcionario que causa el daño. En términos de Cassagne, la falta de servicio lleva a la supresión de la culpa como factor de atribución de la responsabi-

---

(104) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, «Reflexiones sobre los factores de atribución de la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración», *La Ley*, 2005-D. p. 1267; MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública*, Ábaco, Buenos Aires, 2001, entre otros autores.

(105) SAMMARTINO, Patricio, «Responsabilidad del Estado», *op. cit.*, pp. 176-178.

(106) *Ibidem*.

(107) PERRINO, Pablo, *La responsabilidad del Estado*, *op. cit.* p. 47.

lidad, haciendo también innecesario individualizar al autor del daño (108). Es decir, no corresponde hablar de culpa como lo hacen quienes al referirse al factor de atribución y al equilibrio de los intereses en juego en un juicio indemnizatorio, aluden a que la falta de servicio es siempre subjetiva, pero de distinta naturaleza a la culpa o el dolo del derecho civil, pues no resulta necesario individualizar al autor material del daño, sino que es el servicio el que, por funcionar de forma irregular, lo produce (109).

En cuanto a la responsabilidad directa, la imputación de las acciones de los agentes públicos por aplicación de la teoría del órgano, fue el eje interpretativo de la CSJN a partir del caso Vadell antes mencionado.

De acuerdo al artículo 3.º los requisitos exigidos para configurar la responsabilidad por actividad e inactividad ilegítima, son: «a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado».

Consideremos entonces la omisión como causa de la responsabilidad estatal.

La falta de servicio por omisión presupone que el órgano o ente estatal ha dejado de hacer o de ejecutar algo, no alcanzando con acreditar ello pues resulta necesario demostrar que esa abstención constituye un incumplimiento, total o parcial, de un mandato normativo y como tal obligatorio.

Nos detendremos brevemente en la última parte de la disposición, que resulta limitativa de la responsabilidad estatal, en primer lugar, por las incertidumbres que se presentan a la hora de interpretar «la inobservancia de un deber normativo expreso y determinado».

La doctrina que defiende la formulación del precepto legal sostiene en primer término que guarda congruencia con cierta doctrina de la Corte Suprema en la que se subordinó la procedencia de la pretensión indemnizatoria por omisión ilegítima del Estado a la existencia de un «deber jurídico determinado a cargo del Estado Nacional basado en una obligación preexistente» (110). A ello agrega que la correcta hermenéutica del artículo aludido permite verificar que cuando se refiere al deber normativo de actuación expreso y determinado, no alude al principio de competencia (por cuyo conducto se establece a quién le incumbe, según la atribución por la Constitución, las leyes y los reglamentos, realizar una determinada acción o conducta, formal o material) sino a una de las variables del principio de juridicidad entendido como presupuesto, cierto y determinado, de actuación (111).

(108) Conf. CASSAGNE, Juan C., «Reflexiones», *op. cit.*, pp. 1267 ss.

(109) Esta es la posición de REIRIZ, Graciela, «Responsabilidad del Estado», en *El derecho administrativo, hoy. Editorial Ciencias de la Administración*, Buenos Aires, 1996.

(110) CSJN «Carballo de Pochat Violeta Sandra Lucia C/ Anses S/Daños y Perjuicios» Fallos: 336:1642 (2013).

(111) SAMMARTINO, Patricio, «Responsabilidad del Estado» *op. cit.*, pp. 203-207. Señala este autor «En tal sentido, estimamos que no resulta adecuado intentar extraer del principio de especialidad un deber o manda jurídica. Ello es así pues el principio de la especialidad es una técnica para determinar el alcance de la competencia material del órgano. En tal sentido, a los fines de la interpretación del art. 3, inc. d) consideramos desacertado fundir el principio de juridicidad con el de competencia».

Si bien coincidimos con la doctrina que postula un alcance amplio de esa expresión comprendiendo a la juridicidad (112), no podemos dejar de considerar que una mayor especificación en la ley hubiera permitido cumplir con el principio de seguridad jurídica al que son consustanciales la claridad y la precisión normativa, tanpreciadas por los ciudadanos, máxime si pretenden demandar al Estado por este tipo de responsabilidad.

Es cierto que como se indicó la jurisprudencia irá determinando el contenido concreto de la ley en cada caso; pero también lo es, que ese camino será extenso en el tiempo y que en su consolidación pueden quedar insatisfechos derechos fundamentales por interpretaciones restrictivas que limiten aquellos conceptos.

En resumen, aun cuando el legislador siguió cierta jurisprudencia (113), para que se configure la omisión antijurídica dañosa, como falta de servicio, deben reunirse tres requisitos: a) deber establecido normativamente; b) de modo expreso; y c) determinado. En consecuencia, la omisión que derive del incumplimiento a un deber normativo «general e indeterminado» no da lugar a la responsabilidad estatal.

La generación de situaciones injustas cuando se generara un daño a un bien de la vida relevante (vida, salud, educación, medio ambiente, etc.) ha llevado a sostener que los tribunales deberán evaluar cada caso desde los principios generales que sustentan el instituto, entre los cuales se resalta el de dignidad humana (114).

Bajo este prisma, la procedencia de la responsabilidad del Estado por omisión según los cánones de la ley 26.944, considerados desde la perspectiva de la dignidad humana, necesitará: que exista una norma que establezca un deber (norma atributiva de la competencia, normalmente de creación del órgano o ente al cual se le dota de aptitud legal para obrar), que tal deber deberá ser expreso [o razonablemente implícito en lo expreso (115)] y determinado (directamente determinado:

---

(112) *Ibidem*.

(113) Ver también CSJN «Mosca, Hugo Arnaldo C/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonarense) y otros s/daños y perjuicios» Fallos 330:563 (2007).

(114) Un meduloso análisis de la jurisprudencia en Canda Fabian, Jurisprudencia reciente de la CSJN acerca de la responsabilidad del Estado por omisión en Responsabilidad del Estado, INFOJUS, Buenos Aires, 2015, pp. 127-160. Un interesante fallo –que también comenta Canda– en el que se analiza el deber expreso genérico indeterminado que deviene en determinado por las circunstancias del caso, es el dictado en la causa «Faifman, Ruth Myriam y otros c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios» (Fallos: 338:161 del 2015) de la CSJN dictado con posterioridad a la sanción de la Ley 26.944. Se trató de la acción iniciada por la actora por sí y en representación de sus hijas con el objeto de que se les indemnizaran los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su cónyuge y padre respectivamente, en el atentado terrorista contra la sede de la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA) ocurrido el 18 de julio de 1994. El argumento principal se basa en que el Estado había incumplido con sus obligaciones de prevención y seguridad respecto a sus habitantes, pues «no había adoptado medidas idóneas y eficaces para intentar evitar el. atentado, en particular teniendo en cuenta que dos días antes se había producido un acto terrorista de características semejantes contra la Embajada de Israel en la Argentina». Un dato relevante consistía en que esa responsabilidad había sido reconocida expresamente por el Gobierno Argentino, en un acta suscripta el 4 de marzo de 2005 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y luego en el decreto 812/05 del Poder Ejecutivo Nacional.

(115) Gordillo indica recuerda «que en el derecho privado la capacidad es la regla y por lo tanto se presume en la medida que una norma expresa no venga a negarla, en derecho público la competencia de los órganos no se presume y debe estar otorgada en forma expresa o razonablemente implícita por una norma jurídica para que pueda reputársela legalmente existente». GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, FDA, 11.ª ed., ahora como 1.ª ed. del Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Buenos Aires, F. D. A., 2013, p. XII-10

cuando el deber es específico; indirectamente determinado: cuando es genérico pero por los derechos en juego y las circunstancias del caso se hace necesario potenciarlo y tornar previsible el daño) «No responderá el Estado cuando se trate del nudo incumplimiento de un deber normativo genérico» (116).

Sin perjuicio de coincidir con este criterio insistimos en que la deficiente técnica legislativa resulta una valla para demostrar la configuración de este tipo de responsabilidad.

## b) La responsabilidad por actividad legítima

Para los casos de la responsabilidad estatal por actividad legítima, los requisitos exigidos por la ley son: a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño; e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.

Este tipo de responsabilidad es de carácter excepcional, no procediendo en ningún caso la reparación del lucro cesante. Expresamente el artículo 5 establece que la indemnización «comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas». Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización.

De los condicionamientos normativos el alcance de la indemnización ha sido el más cuestionado, debate que se inicia mucho antes de la vigencia de la Ley 26.944, en especial por lo errático de la jurisprudencia.

Los autores que justificaron el carácter restrictivo entienden que la Constitución Nacional no contiene disposiciones que consagren el principio de integralidad del resarcimiento, correspondiendo a la reglamentación legal determinar el alcance de la reparación. De ahí pues, que hayan propuesto los efectos expansivos del régimen de la expropiación (Ley 21.499) que excluye al lucro cesante (117).

El sacrificio de derechos patrimoniales por razones de bien común que constituye el fundamento de la figura expropiatoria, se asimila a todo supuesto de res-

(116) CANDA, Fabian, «Jurisprudencia reciente de la CSJN acerca de la responsabilidad del Estado por omisión» en AA. VV., *Responsabilidad del Estado. Aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944*. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, (Coord. Ávila, Santiago Matías), Buenos Aires, 2015, pp. 158-160.

(117) El artículo 10 de la ley dispone: «La indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses».

ponsabilidad por actividad lícita (118), siendo este enfoque el adoptado por el régimen legal comentado (119).

En sentido contrario, el argumento para rechazar la aplicación de los criterios de la expropiación se basa en el derecho de propiedad de la CN que impone, frente a daños que ocasiona el Estado por su actuación lícita, el resarcimiento amplio incluyendo todos los perjuicios y el lucro cesante. De esta forma, se rechaza que pueda acudir por vía analógica a las disposiciones de la ley de expropiaciones porque aplicar las soluciones normativas que restringen o limitan derechos contraviene los principios constitucionales (120).

Los precedentes de la CSJN no han sido uniformes (121). Mientras que en «Corporación Inversora Los Pinos», «Canton» y «Motor Once» no aceptó que la reparación incluyera lucro cesante; en los casos «Sánchez Granel» (122) y «Jucalán Forestal» (123) hizo lugar a la petición de los actores y la condena al Estado incluyó ese rubro. Luego, en «El Jacarandá», «Zonas Francas» y «Malma Trading» (124) reconoció que no existían fundamentos para limitar la reparación al

---

(118) En este sentido: MARIENHOFF, Miguel S., «El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado» en *El Derecho* 114-949; HUTCHINSON, Tomás, «La responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público», en AA.VV., *Contratos administrativos*, RAP, Buenos Aires, 2000, pp. 535 ss.; Comadira, Julio R., Escola, Héctor, Comadira Julio P. (coord.), *op. cit.*, pp. 1525-1527.

(119) Resulta emblemático el caso «Motor Once, SACE el c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires», 9/5/1989 (Fallos: 312:649) en el cual de la mano de la procuradora fiscal se sostuvo que ante la ausencia de una solución normativa singularizada para este tipo de responsabilidad estatal, debía recurrirse a los principios de leyes análogas. Así, la norma que guardaba mayor analogía con la situación discutida en autos era la Ley Nacional de Expropiaciones 21.499, señalando que este tipo de responsabilidad no podía disciplinarse por normas de derecho privado y que se había producido una legítima afectación de los derechos de un particular sacrificados por razones de interés público.

(120) CASSAGNE, Juan Carlos «El principio general de la justa indemnización en la responsabilidad del Estado, ¿justicia conmutativa o distributiva?», en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 14/9/2015, pp. 1 ss.; BIANCHI, Alberto B., «Nuevos alcances en la extensión en la responsabilidad del Estado», en *El Derecho* 111-550; BARRA, Rodolfo C., «Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos», en *El Derecho* 122-861; AGUILAR VALDEZ, Óscar R., «Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos», en AA.VV., *Servicio público y Policía* (dirección Juan Carlos Cassagne, pp. 187 ss.; MERTEHIKIAN, Eduardo, *op. cit.*, pp. 131 ss.; PERRINO Pablo «La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante» en *Suplemento de Jurisprudencia Argentina*, del 11 de noviembre de 2009.

(121) GELLI, María Angélica, «Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado», en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t. 2014-E, 659.

(122) CSJN «Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S. A. I. C. F. I. c/ Dirección Nacional de Vialidad» Fallos: 306:1409 (1984). El caso se vinculaba con un contrato público, en esa ocasión, la Corte Suprema entendió que «La legitimidad del proceder del Estado en la resolución unilateral del contrato no lo releva de la obligación de resarcir los daños que de aquél se hubiesen derivado, que no puede limitarse al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas».

Fallos: 326:4428 (2003) La legitimidad del proceder del Estado en la resolución unilateral del contrato no lo releva de la obligación de resarcir los daños que de aquél se hubiesen derivado, que no puede limitarse al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas.

(123) CSJN Jucalán Forestal Agropecuaria S. A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios Fallos: 315:441 (1992).

(124) CSJN «Malma Trading S. R. L. c/ Estado Nacional M.º de Econ. y Obr. y Serv. Publ. s/ proceso de conocimiento», Fallos: 337:548 (2014).

daño emergente con exclusión del lucro cesante, pero subrayó que no se habían acreditado los daños en concepto de lucro cesante.

En otras palabras, el Máximo Tribunal acepta la integralidad del resarcimiento en la responsabilidad del Estado por actividad lícita, aunque su reconocimiento en el caso concreto dependerá de la demostración específica e individualiza a cargo de quien lo invoca.

A pesar de estas interpretaciones, la ley fue terminante y excluyó la reparación por lucro cesante.

Sin embargo, opinamos que la solución legal no es del todo feliz, ya que debió dejarse al juzgador un margen de apreciación de las circunstancias que rodearon la producción de la situación dañosa y sus consecuencias sobre el afectado.

Con ese razonamiento compartimos la opinión de que el juez podría declarar la inconstitucionalidad del artículo 5 de la Ley 26.944 a fin de resguardar la supremacía constitucional, pues de no repararse adecuada y en forma íntegra los daños ocasionados por el obrar lícito del Estado, podrían afectarse los principios de igualdad y propiedad (125).

## 5. BREVES REFLEXIONES ACERCA DE LAS PERSPECTIVAS EVOLUTIVAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Hemos tenido ocasión de reflexionar acerca de la enseñanza actual de la disciplina (126), donde destacamos la influencia –entre otros elementos (127)– de las TIC y la perspectiva de género, que, insistimos, inciden en su transformación y evolución.

En primer término, subrayamos que la irrupción de la era digital debe generar una mayor de eficacia y eficiencia en la gestión pública y que los cambios que ella involucra deben tender a mejorar el vínculo con los ciudadanos.

El derecho administrativo no solo tiene que preocuparse por el contenido del «gobierno abierto» y la digitalización de los procedimientos y procesos, debe observar los obstáculos que se presentan en la satisfacción de los derechos fundamentales de quienes sufren las consecuencias de la llamada «brecha digital». Se trata en definitiva de una disciplina que tendrá que seguir reconociendo las realidades sociales, económicas (y por supuesto políticas) para equilibrar el interés público con tales derechos.

En cuanto a la perspectiva de género, no dudamos en que el derecho administrativo debe incorporarla en su estudio, en la interpretación de su contenido, en la reformulación de las normas y en la implementación de acciones que eviten convertirla en un mero formalismo.

---

(125) YLARRI, Juan Santiago, «La responsabilidad del Estado en Argentina y el alcance de la reparación por su actividad lícita» en *Revista Derecho del Estado*, núm. 36, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016 pp. 331-359.

(126) IVANEGA, Miriam M., «Reflexiones en torno a la enseñanza del derecho administrativo: la aplicación del juego de roles, el método del caso. Los desafíos», en AA.VV., *Reflexiones Iberoamericanas sobre la enseñanza del derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2021, pp. 191-217.

(127) En esa ocasión, incluimos a la neurociencia por sus aportes sustanciales para el reconocimiento de las intenciones de los demás y de los componentes de la empatía.

## I. REFLEXIONES ACERCA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA REPÚBLICA...

Los operadores jurídicos no podemos ignorar la importancia que tiene el tema en las relaciones con el Estado y en la organización de las estructuras administrativas.

Adoptar la perspectiva de género «lejos de ser una ideología, constituye una pauta legal que permite analizar el impacto del género en las relaciones, prácticas y legislación, orientada a la igualdad» (128).

Estamos en el ámbito del principio de igualdad, que se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y que es inseparable de la dignidad esencial de la persona. Tal enfoque convierte en incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio o que, a la inversa, por considerarlo inferior, se lo trate con hostilidad o de otra forma se lo discrimine del goce de derechos que se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. Este principio fundamental de igualdad y no discriminación ya ingresó en el dominio del *ius cogens*, descansando sobre éste el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional permeando todo el ordenamiento jurídico (129).

En pocas palabras, no dudamos en que la consagración de la igualdad obliga a transformaciones racionales para que, en términos convencionales y constitucionales, la paridad no se convierta en una solución coyuntural sino integral, en la cual nadie se instituya en propietaria o propietario, sino que se construya con defensoras y defensores en el marco del Estado Constitucional de Derecho.

A través de esta apretada síntesis se pretendió mostrar ciertos rasgos de una evolución del derecho administrativo caracterizada, principalmente, por el peso de los tratados, pactos y convenciones de derechos humanos.

Ahora bien, no dudamos que el impacto de otros factores –motivados o no en la pandemia por el COVID-19– ya nos muestran el largo camino que deberá transitarse, en la búsqueda de herramientas que permitan afianzar a la persona humana y su dignidad como el núcleo de todo el sistema jurídico, en un justo equilibrio con el interés general y en el marco de una sociedad democrática.

---

(128) YUBA Gabriela, «Perspectiva de género: alcances e implicancias en materia de derechos humanos», *elDial.com*, DC23BB.

(129) Corte IDH Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, *supra*, párr. 81, y Caso Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C, núm. 310, párr. 90.