Libros de Cátedra

Derecho Administrativo

Conceptos esenciales y perspectiva constitucional

Claudia A. M. Milanta (Directora)
María Julia Richero (Coordinadora)

sociales

FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

edulp
EDITORIAL DE LA UNLP

UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE LA PLATA

Derecho Administrativo
Conceptos esenciales y perspectiva constitucional

Claudia A. M. Milanta
Directora

María Julia Richero
Coordinadora

DERECHO ADMINISTRATIVO

CONCEPTOS ESENCIALES Y PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

BIENES ESTATALES Y LIMITACIONES A LA PROPIEDAD
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
JUSTICIA ADMINISTRATIVA. INSTITUCIONES DEL PROCESO

LIBRERIA EDITORA PLATENSE
La Plata, 2025

Edición al cuidado de
Enrique Horacio Bonatto

Director Académico
Profesor Mauro Fernando Leturia
mfleturia@hotmail.com

Armado y paginación electrónica
Juan Bonatto Seoane
bottproducciones@hotmail.com

Diseño de portada realizado por el artista Matías La Plata.
Medio de Contacto: matiasleturia1@gmail.com

Colaboradora en diseño de tapa Lic. Patricia Milanta

Editorial de la Universidad Nacional de La Plata (Edulp)
48 Nº 551-599 4º Piso/ La Plata B1900AMX / Buenos Aires Argentina
+54 221 644-7150
edulp.editorial@gmail.com
www.editorial.unlp.edu.ar

Edulp integra la Red de Editoriales de las Universidades Nacionales (REUN)
Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723
© 2025 - Edulp - Versión digital

No se permite la reproducción parcial o total, el almacenamiento, el alquiler, la transmisión o la transformación de este libro, en cualquier forma o por cualquier medio, sea electrónico o mecánico, mediante fotocopias, digitalización u otros métodos, sin el permiso previo y escrito del editor. Su infracción está penada por las leyes 11.723 y 25.442 de la República Argentina

Milanta, Claudia
Derecho administrativo: conceptos esenciales y perspectiva constitucional / Claudia Milanta; María Julia Richero.
1a ed. - La Plata: Librería Editora Platense, 2025.
628 p.; 23 x 16 cm.
1. Derecho. I. Richero, María Julia II. Título
CDD 342

ISBN 978-950-536-599-9

Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA

Claudia Angélica Matilde Milanta
Directora
María Julia Richero
Coordinadora

DERECHO ADMINISTRATIVO
CONCEPTOS ESENCIALES Y PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL
Bienes estatales
Limitaciones a la propiedad y expropiación.
Responsabilidad del Estado.
Procedimiento administrativo.
Justicia Administrativa Nacional y de la Provincia de Buenos Aires.
Instituciones del proceso administrativo.

Derecho Administrativo II Cátedra 2
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Claudia A. M. Milanta (titular);
María Julia Richero-Homero M. Villafañe
Irina A. Leal-Sebastián Deferrari (profesores adjuntos);
Guillermo Rizzi-Ariel Bayón-Guillermo Tribiño-Melina Grossi (auxiliares docentes);
Pablo Garbuz Montenegro-Lucio Villarreal
Juan Manuel Gallo-Enrique Kinter-Brenda Zaidman
Jonatan Vargas-Jéssica Celis Romero-Natalia M. Peluso
(adscriptos y colaboradores)

edulp
EDITORIAL DE LA UNLP

LEP
LIBRERIA EDITORA PLATENSE

Agradecimientos

La publicación de este Libro de Cátedra -en formatos digital y papel-, es la culminación de un proyecto presentado en el marco de la convocatoria de la Universidad Nacional de La Plata, con participación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, la Editorial de la misma casa de estudios (EDULP) y Librería Editora Platense.

La Cátedra 2 de Derecho Administrativo II y sus docentes agradecen a las autoridades, personal y responsables de esas instituciones, principalmente a la Dra. Valeria Moreno, Secretaria Académica de dicha Facultad, por la dedicación, incentivo y recepción de la propuesta; a la Lic. Ana Manasanch, Editora de EDULP, por su invalorable colaboración, así como a la genuina labor de la diseñadora Erika Medina; a la Mgtr. María Clara Lima, Directora de Propiedad Intelectual (UNLP), por su necesaria intervención y generosa disponibilidad, y al Prof. Enrique H. Bonatto (L.E.P.), por el cuidado en la edición e impresión de la obra.

Una mención especial al estimado Profesor Emérito Dr. Carlos A. Botassi, quien fuera Titular de la materia y director del primer libro de esta Cátedra, oportunidad en la que recordó el cuerpo docente de la Facultad que "contó en su integración con juristas que inscribieron sus nombres en la historia del Derecho Público argentino: Manuel F. Gnecco, José Nicolás Matienzo y Rodolfo Bullrich (1906/1930); Benjamín Villegas Basavilbaso, Manuel María Diez, Alberto Gaspar Spota, Miguel S. Marienhoff, Bartolomé A. Fiorini, Jorge Tristán Bosch, Julio Oyhanarte y Eduardo A. Ortíz Basualdo (1930/1957); Pedro Aberastury, Beatríz E. Dalurzo, Héctor Pedro Fassi, Agustín A. Gordillo, Armando E. Grau, Jorge A. Saenz,

Jorge A. Ortega y María Graciela Reiriz (1958/179)", evocando luego y también a quienes lo han o siguen conformando en tiempos más recientes.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción.....21

CAPÍTULO 1
Dominio Público
Sebastián Deferrari
SUMARIO: 1. Introducción 1.1. Derechos reales administrativos. Dominio. 2. Elementos del dominio: a) elemento subjetivo, b) elemento objetivo, c) elemento teleológico o finalista, d) elemento normativo o legal. Dominio privado del Estado 3. Clasificación de los bienes de dominio público. 4. aspectos vinculados al dominio: a) uso común, b) uso especial. 5. Régimen dominial en la Provincia de Buenos Aires. 6. Diferencias entre las figuras. El agua. Dominio público y privado: mar territorial, dominio y jurisdicción marítima, mar jurisdiccional, mar libre. 7. Puertos. 7.1. Condición jurídico-dominial de los puertos. 7.2. Titularidad en la Provincia de Buenos Aires. 8. Río. 8.1. Titularidad del agua en nuestro país. 9. Cementerios. 9.1. Cementerios públicos. Régimen legal local. 9.2. Sepulcros. 9.2.1. Naturaleza jurídica.....25

CAPITULO 2
Limitaciones a la propiedad privada por razones de interés público y la Expropiación
Ariel Gustavo Bayón y Juan Manuel Gallo
SUMARIO: 1. El derecho de propiedad. El reconocimiento constitucional y su alcance. 2. El derecho de propiedad y su función social. Las limitaciones a la propiedad privada en razón

del interés público. 3. Las limitaciones a la propiedad privada en razón del interés público. El Código Civil y Comercial. La remisión al Derecho Administrativo. 4. Las limitaciones a la propiedad privada en razón del interés público. Su carácter local. Las facultades concurrentes. 5. El interés público en las limitaciones impuestas a la propiedad privada. 6. Las limitaciones a la propiedad privada en razón del interés público y su graduación. 7. Las restricciones, las servidumbres y la expropiación. Nociones conceptuales. 8. Las limitaciones a la propiedad privada en razón del interés público y sus fronteras constitucionales: A. La jerarquía normativa de las limitaciones. B. La razonabilidad y la proporcionalidad. 9. Expropiación: a) Derecho de propiedad. Garantía constitucional, b) Ley declarativa de utilidad pública, c) Indemnización justa y previa, d) Sujetos, e) Expropiación inversa, f) Procedimiento y proceso expropiatorio, g) Abandono de expropiación, h) Desistimiento y caducidad, i) Prescripción, j) Retrocesión.....75

CAPITULO 3
Responsabilidad Extracontractual del Estado
Homero M. Villafañe y Lucio Villarreal
SUMARIO: 1. Introducción. 2. Etapa negatoria de la responsabilidad del Estado: a) la inmunidad soberana, b) la irresponsabilidad de las personas jurídicas. Responsabilidad de los mandatarios o representantes. 3. Apuntes sobre la responsabilidad del Estado en el Derecho

Comparado: a) los regímenes de cobertura, b) sistemas de responsabilidad directa y objetiva. 4. Crisis de la negación en Argentina. 4.1. Admisión de la demandabilidad estatal. 4.2. La doble personalidad del Estado. 4.3. Del mandato y la representación a la teoría del órgano. 4.4. De la responsabilidad subjetiva a una responsabilidad objetivada. 4.5. La responsabilidad del Estado ante supuestos de intromisiones estatales permitidas. 5. Fundamentos de la responsabilidad extracontractual del Estado en la doctrina argentina. 6. Prieta síntesis de la evolución de la responsabilidad extracontractual del Estado en precedentes de la CSJN. 6.1. Etapa negatoria. 6.2. Admisión de la responsabilidad. 6.2.1. Por actividad ilícita. 6.2.2. Por omisión ilícita. 6.2.3. Por actividad lícita. 7. Impacto de la reforma constitucional de 1994 en materia de responsabilidad estatal. 8. Etapa legislativa de la responsabilidad extracontractual del Estado. 9. Palabras de cierre.....141

CAPITULO 4
Procedimiento Administrativo
Irina Amelia Leal, Jonatan Vargas
y Enrique Kinter

SUMARIO: 1. Abordaje convencional y constitucional del procedimiento administrativo. 1.1. Introducción. 2. La tutela administrativa y judicial continua. 3. Aspectos convencionales y constitucionales del procedimiento administrativo. 3.1. Algunos apuntes sobre el silencio administrativo. 3.2. Control constitucional y convencional en el procedimiento administrati-

vo. 4. El abordaje de género en el Derecho Administrativo. 5. La cláusula ambiental desde el Convencionalismo y la Constitución. 5.1. El artículo 124 de la Constitución Nacional y la actividad minera a cielo abierto. 5.2. Ley General del Ambiente.....229

CAPITULO 5
Justicia Administrativa Nacional. Proceso Administrativo
María Julia Richero, Melina Grossi y Pablo Garbuz Montenegro
SUMARIO: 1. Introducción. 1.1. El control jurisdiccional. sistemas. 2. Antecedentes del sistema de Justicia Administrativa. 2.1. Bases constitucionales. 2.2. Bases supranacionales. 3. El Estado nacional en juicio. 3.1. Evolución histórica. Etapas. 3.1.1. El dogma de la indemandabilidad del Estado. 3.1.2. La venia legislativa. 3.1.3. El reclamo administrativo previo- Ley 3952. 3.1.4. El dictado de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549. 4. La organización del Fuero Administrativo Federal. 4.1. Antecedentes y situación actual. 5. La situación actual del acceso a la Justicia Administrativa. 5.1. Vías de acceso. 5.1.1. La vía impugnatoria. 5.1.2. La vía reclamatoria. 5.1.3. Recursos judiciales directos. 5.2. Presupuestos del proceso. 5.2.1. La habilitación de la vía judicial. 5.2.2. El plazo de caducidad. 5.3. Aplicación supletoria del Cód. Proc. Civil y Comercial de la Nación. 6. Ejecución de las sentencias contra la Nación. 6.1. La sentencia de condena. 6.2. Evolución histórica. Etapas.

6.2.1. La indemandabilidad y la venia legislativa. 6.2.2. El efecto declarativo de las sentencias. 6.2.3. El sistema creado pretorianamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El caso "Pietranera". 6.3. La emergencia económica y la ejecución. 6.3.1. La suspensión de la ejecución de las sentencias por razones de "emergencia". 6.3.2. El decreto 679/88. La pretendida reglamentación del artículo 7 de la ley 3952. 6.3.3. La ley 23.568. En el art. 2 se fijó un plazo máximo de tres años para el cumplimiento de las sentencias judiciales (sólo paro el ámbito previsional). 6.3.4. La ley 23.696, la suspensión de la ejecución de las sentencias y laudos arbitrales. 7. Consolidación de deudas estatales. 7.1. Normativa sobre consolidación. 7.2. Ley 24.447 (Presupuesto 1995). 7.3. Ley 24.624 de Presupuesto para 1996. 7.4. La ley 25.344. 8. Jurisprudencia. 8.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (CSJN). 8.1.1. Constitucionalidad del régimen de consolidación. 8.2. Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 8.2.1. El caso "Furlán". 9. El supuesto de las sentencias exhortativas y su ejecución. 10. Conclusión.....311

CAPITULO 6
Justicia Administrativa Provincial. Proceso Administrativo
Claudia Angélica Matilde Milanta

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1. Principios elementales. Perspectiva supranacional. 1.2. Enclave constitucional en nuestro país. La Justicia Administrativa. Sistema judicial.- 2.

Antecedentes y bases constitucionales de la Justicia Administrativa de la Provincia de Buenos Aires. 2.1. Las cláusulas constitucionales actuales. Introducción conceptual. 2.2. Bases constitucionales en la Provincia de Buenos Aires. Orígenes. Especial referencia al modelo judicial de 1873/1889 y al establecido en 1994. 2.2.1. La Constitución de 1854. 2.2.2. La Constitución de 1873 y enmienda de 1889. 2.2.3. La Constitución de 1934 y el mantenimiento de la cláusula constitucional precedente. 2.2.4. La reforma constitucional de 1994. 2.2.5. La tutela judicial efectiva. 2.3. La cláusula general del artículo 166 de la Constitución de 1994.- 3. Panorama de la legislación reglamentaria. 3.1. Organización del Fuero Contencioso Administrativo. Ley 12.074 y sus modificatorias. 3.2. Código Procesal Administrativo. Ley 12.008.- 4. Jurisprudencia esencial en la materia. 4.1. Los fallos fundadores de la SCBA respecto de la interpretación constitucional de la Justicia Administrativa reformada: operatividad de la cláusula general y pleno juzgamiento de los casos en la materia; constitución y funcionamiento del fuero contencioso administrativo como presupuesto intrínseco del sistema; acceso irrestricto a la justicia, principio de la demandabilidad directa del Estado y agotamiento de la vía administrativa previa como excepción. 4.2. La modificación legislativa del diseño de la materia y del fuero contencioso administrativo. Un antecedente relevante. La cuestión constitucional.- 5. A veinte años de la constitución del Fuero Contencioso Administrativo. 5.1. El

acceso a la justicia. 5.2. El caso. 5.3. Control de constitucionalidad y de convencionalidad. 5.4. Reflexión esencial sobre la misión del fuero contencioso administrativo. - 6. Conclusiones. La operatividad y fuerza normativa de la Constitución como base de la creación y conformación de la Justicia Administrativa provincial y de la plenitud de su efectividad en la tutela judicial.....397

CAPITULO 7
Instituciones del Proceso Administrativo
Guillermo Rizzi, Guillermo Tribiño, Jéssica R. Celis Romero, Natalia M. Peluso, y Brenda Zaidman

SUMARIO**:** 1. Panorama de los ejes estructurales del proceso y su enclave constitucional. 1.1. Modificaciones sustanciales. 1.2. Normas procesales del Decreto-Ley N° 19.549/1972, *aggiornato* por la llamada "Ley de Bases" N° 27.742.- 2. La legitimación procesal en el contexto constitucional. 2.1. Legitimación activa. 2.1.1. Titulares de intereses simples y de derechos de incidencia colectiva. 2.1.2. El Defensor del Pueblo y las organizaciones no gubernamentales. 2.1.3. Entes públicos estatales y no estatales. 2.2. Legitimación pasiva. 2.2.1. El Estado provincial *lato sensu*. 2.2.2. Las municipalidades. 2.2.3. Los particulares. 2.2.4. Las personas públicas no estatales. 2.3. Representación estatal. 2.4. El fallo "Halabi". Razones de contexto y estadísticas para debatir sobre la legitimación procesal, en clave constitucional. Historia reciente. 2.5. La ampliación de la le-

gitimación judicial en Argentina. 2.6. La ampliación de la legitimación judicial en la Provincia de Buenos Aires.- 3. Diversidad de vías procesales.- 4. Requisitos de admisibilidad de la demanda contencioso administrativa. 4.1. Acto definitivo. 4.2. Agotamiento de la vía. 4.3. Plazo. 4.4. Pago previo.- 5. Pretensiones procesales. 5.1. Pretensión impugnatoria o anulatoria. 5.2. Pretensión de restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés tutelado. 5.3. Pretensión Indemnizatoria. 5.4. Pretensión declarativa de certeza. 5.5. Pretensión de cesación de una vía de hecho. 5.6. Pretensión de amparo por mora.- 6. La tutela cautelar. 6.1. Fundamento normativo. 6.2. Características. 6.3. Oportunidad para promover una medida cautelar. 6.4. Modalidades de las medidas cautelares. 6.4.1. Medidas precautelares. 6.4.2. La medida cautelar autónoma. 6.4.3. Las llamadas "medidas autosatisfactivas". 6.5. Carácter restrictivo del dictado de las medidas cautelares contra la Administración. 6.6. Obstáculos para pedir medidas cautelares contra el Estado. 6.7. La ley federal 26.854, de medidas cautelares contra el Estado. 6.7.1. Los presupuestos procesales de las medidas cautelares contra el Estado Nacional. 6.7.2. Presupuestos de procedencia contemplados en la Ley 26.854. 6.7.3. Competencia. 6.7.4. Tiempo de interposición. Idoneidad del objeto. 6.7.5. Informe previo. 6.7.6. Vigencia temporal de la medida.- 7. Esquema elemental sobre las medidas cautelares contempladas en el CPCA de la Provincia de Buenos Aires. Fundamento normativo. 7.1.

Caracteres. 7.2. Medidas que pueden solicitarse. 7.3. Sentencia.- 8. Recursos.- 9. Ejecución de sentencia. -10. El rol del amparo como garantía constitucional. 10.1. Antecedentes. 10.2. Regulación nacional. 10.2.1. Reforma constitucional e incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. 10.2.2. Incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. 10.3. Regulación en la Provincia de Buenos Aires. 10.3.1. Juez competente en la Provincia de Buenos Aires. Acordadas de la SCBA. 10.3.2. Presupuestos de la acción en la Provincia de Buenos Aires.....519

Introducción

Esta entrega se propone como trabajo de la Cátedra 2 de Derecho Administrativo II, con el cometido de abordar las nociones fundamentales de los ejes temáticos de la asignatura, perteneciente a V año de la carrera de grado Abogacía. Así, se trata de una labor orientada a la conformación de un compendio que elabore las bases troncales en función de su comprensión conceptual, como aporte autónomo; además con proyección introductoria o bien de refuerzo complementario del estudio de la materia. En tal sentido, dirigido a los estudiantes y aun a docentes y profesionales, el diseño actual que se presenta en esta convocatoria se encauza con el libro de esta misma Cátedra del año 2017 que, en dos tomos, desarrolla pormenorizadamente todos los puntos de cada una de las 15 Unidades del Programa que fuera actualizado en el año 2016 (para la Cátedra 2).

Destacar los conceptos esenciales y su perspectiva constitucional, además del ínsito interés jurídico, se justifica en atención a la versatilidad de temas que integran la materia, que se agrupan, debido a ello, en tres pilares que podríamos calificar como Parte I: Instituciones del Derecho Administrativo sustantivo (Bienes estatales, Limitaciones a la propiedad privada, Expropiación, Responsabilidad del Estado), Parte II: Procedimiento Administrativo, Parte III: Justicia Administrativa.

La labor no consiste en un resumen o guía de estudios, sino en el enfoque de la naturaleza y principios primordiales que explican cada instituto, así como la reseña del marco jurídico elemental, sus actualizaciones necesarias como el sustento doctrinario y jurisprudencia fundadora.

La justificación de la relevancia de la propuesta deriva de la imprescindible necesidad de contar con un material donde pueda abrevarse la sustancia de cada uno de los temas que conforman la asignatura, desde sus bases constitucionales, profundizando y resaltando los datos medulares de las instituciones a cuyo estudio y comprensión está orientada la materia.

El Derecho Administrativo, rama esencial del Derecho Público, no puede abordarse sin el enfoque del plexo jurídico superior (constitucional y convencional) donde reposa y tiene sus raíces. El origen histórico que delimitaba algunos de sus horizontes al principio de legalidad, no desplaza la consolidación de un área tan trascendente dentro de la plena juridicidad, donde todos y cada una de sus postulados reciben su cimiento, explicación y soporte desde esa mayor jerarquía.

La idea central que inspira esta iniciativa de la cátedra, es proporcionar los conceptos esenciales y su enclave en las normas superiores, así como una referencia elemental del marco legal, como de los aportes jurisprudenciales estructurales que disciplinan cada instituto, sin desatender, de ser preciso, los aspectos de la evolución que sean necesarios. Todo ello, focalizado en el Derecho vernáculo, sin perjuicio de la alusión a sistemas comparados de ser indispensable. En ese contexto, destacar la doctrina específica y relevante para la comprensión de cada uno de ellos.

Como surge de la presentación y descripción del proyecto que ve la luz con este trabajo, el objetivo principal -se expresó- es hacer una entrega de la Cátedra elaborada por sus docentes, a los estudiantes de la materia, pero también de otras relacionadas y aun a los profesionales, a modo de compendio, basado en lo conceptual, estructural y fundamental de cada institución que integra la

asignatura Derecho Administrativo II, todo ello poniendo acento como eje conductor en la perspectiva constitucional. Empero, sin desatender el plexo normativo y su actualización, la doctrina y jurisprudencia esenciales. Y, teniendo en mira que el desarrollo puntual de cada unidad del Programa se encuentra en el Libro de Cátedra del año 2017 del que la actual iniciativa puede concebirse, asimismo, como refuerzo de sus aspectos centrales.

Tal objetivo está asociado a varias circunstancias que se desprenden de la explicación de su contenido. Uno bastante decisivo es la versatilidad de los temas que componen la asignatura, incluso de su enclave en la disciplina (vgr. proceso administrativo), que conlleva dispersión bibliográfica y dificulta la comprensión de los principios esenciales, o, al menos, auspicia un planteo que muestra solidez para su despliegue. Esa diversidad, sumada a la extensión de la materia, requiere un enfoque troncal para que el desarrollo pormenorizado de sus institutos no haga perder la aprehensión o entendimiento de la base y naturaleza conceptual de cada uno.

Tratándose de una propuesta de la Cátedra en su actual conformación por parte de los docentes que se encuentran en ella en la labor cotidiana, coadyuva al propósito central, el específico de incentivar e integrar también la participación de los colaboradores de los profesores -en una estrategia formativa necesaria- que tendrá para su desarrollo cada eje de la materia.

A su vez, se cumple otro objetivo derivado y especial que radica en presentar algunos puntos de actualización, ya que el trabajo incluye la descripción básica y específica del régimen normativo, como de los aportes doctrinarios y jurisprudenciales.

Ponderamos así que esta propuesta contribuye decisivamente al proceso de enseñanza en la disciplina.

Por último, como corolario, cabe destacar la finalidad de poner de manifiesto la mayor disposición y receptividad del cuerpo docente de esta Cátedra a una convocatoria universitaria que naturalmente requiere esfuerzo y entrega, pero que recibimos como invitación a participar en una actividad académica valiosa y promisoria.

Estas palabras preliminares expresan las consideraciones y objetivos que acompañaron el proyecto de este Libro de Cátedra en la convocatoria de la UNLP del año 2023, que ahora se publica.

CAPÍTULO 1
Dominio público

Sebastián Deferrari

Sumario: 1. Introducción 1.1. Derechos reales administrativos. Dominio. 2. Elementos del dominio: a) elemento subjetivo, b) elemento objetivo, c) elemento teleológico o finalista, d) elemento normativo o legal. Dominio privado del Estado 3. Clasificación de los bienes de dominio público. 4. Aspectos vinculados al dominio: a) uso común, b) uso especial. 5. Régimen dominial en la Provincia de Buenos Aires. 6. Diferencias entre las figuras. El agua. Dominio público y privado: mar territorial, dominio y jurisdicción marítima, mar jurisdiccional, mar libre. 7. Puertos. 7.1. Condición jurídico-dominial de los puertos. 7.2. Titularidad en la Provincia de Buenos Aires. 8. Río. 8.1. Titularidad del agua en nuestro país. 9. Cementerios. 9.1. Cementerios públicos. Régimen legal local. 9.2. Sepulcros. 9.2.1. Naturaleza jurídica

1. Introducción

1.1. Derechos reales administrativos. Dominio

En este capítulo desarrollaremos en primer lugar la noción de dominio para luego adentrarnos en el dominio estatal abarcando un amplio abanico de aspectos. Es de resaltar que el presente tiene por fin, respetando en cierta medida el esquema del Libro de Catedra, complementarlo con aspectos vinculados al dominio público y su vinculación constitucional en los distintos aspectos a tratar.

Por cuanto para adentrarnos en el concepto de dominio estatal siguiendo las enseñanzas del profesor Botassi, de-

bemos prescindir de la anacrónica división en dominio público y dominio privado del Estado, pues constituye un derecho real administrativo.

Debido a ello, de manera propedéutica, conviene hacer alguna referencia a este concepto como manera de acercarnos a una teoría general de la demanialidad tal como refieren las legislaciones española e italiana [1].

Para comenzar es necesario señalar que la noción conceptual del dominio público no tiene carácter legislativo. Su construcción ha sido fruto del aporte doctrinario y jurisprudencial.

A prieta síntesis, debemos establecer que la teoría de los derechos reales administrativos encuentra su antecedente en el siglo XIX por Otto Mayer y Santi Romano [2]. Desde entonces y hasta la actualidad en favor de la existencia de tal figura se cuenta en Francia a Pequignot y Pelloux, en Alemania, Fosrsthoff y Koelreuter, en Italia, Forti, Zanobini y Ranelletti; en España, Alcalá Zamora, Álvarez Gendin, Villar Palassi y desde luego González Pérez. Finalmente, en nuestro país se enrolan Villegas Basavilbaso, Sarria, Spota, Diez y Marienhoff. Dentro de la postura que niega a los derechos reales administrativos, se encuentran Duguit, Barthelemy, Bonnard, Laubadere, Fernández de Velázquez, Gabino Fraga y Ghigliani en un artículo publicado en La Ley del 29 de julio de 1945 (T.39 p. 1008) en críticas que han sido juzgadas, en general pobres [3].

---

1 Botassi, Carlos A., RAP, *Dominio y Jurisdicción*, págs. 665/686.

2 *Derecho Administrativo Alemán*, Depalma, 1982 y "La teoría dei diritti pubblici subbiettivi" en *Primo Trattato*, de Orlando, 1897.

3 Fanlelli Evans, Guillermo E. y Gabay, Mónica "Los derechos reales administrativos y el servicio público de agua y saneamiento,

En este sentido, la doctrina ha ensayado distintos criterios para llegar a una noción conceptual; así PROWHAM definió al dominio público como el conjunto de los bienes afectados al uso de todos, DUCRECQ agregó la idea de que el dominio público estaba constituido por los bienes no susceptibles de propiedad privada por su naturaleza. Así añadía la idea del dominio público natural, a la par de la existencia de un dominio público establecido por la determinación de la ley [4]. BALLBÉ desarrolló la doctrina moderna sobre la noción conceptual del dominio público, definiéndolo como un conjunto de bienes de propiedad del Estado, afectados por ley al uso directo o indirecto de los habitantes [5].

A continuación hemos extractado algunas definiciones que ha realizado la doctrina nacional con relación al concepto de dominio: *"Conjunto de cosas afectadas al uso directo de la colectividad, referidas a una entidad administrativa de base territorial y no susceptible de apropiación"* [6]; *"Masa o conjunto de bienes que por los fines que con ellos se tiende a satisfacer hállanse sometidos a un régimen jurídico especial de derecho público"* [7]; *"Conjun-*

Revista de la Administración Pública, t. 272, pág. 69.

4 Traducción de Víctor Manuel DOMÍNGUEZ SARRACINO, extraída de la exposición de motivos del Proyecto de Ley modif. de la "Ley de Bienes Pertenecientes al Estado", México, 28 de octubre de 2008.

5 BALLBÉ, Manuel, *Concepto de Dominio Público*, págs. 7 y ss., Bosch, Barcelona, 1945.

6 BIELSA, Rafael, *Principios de Derecho Administrativo,* Tercera edición, Depalma, Buenos Aires, 1963, pág. 782.

7 MARIENHOFF, Miguel H., *Tratado del Dominio Público,* Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1960, pág. 94.

to de bienes de propiedad del Estado, afectados por ley al uso directo o indirecto de los habitantes" [8]. *"El dominio público es un conjunto de bienes de propiedad de una persona pública que por lo fines de utilidad común a que responden están sujetos a un régimen jurídico especial de derecho público"* [9].

El dominio público es el ejercicio del derecho de todos y para todos; representa algo más que el ejercicio de un derecho particular, por eso el régimen y el sistema normativo deben ser distintos al de propiedad particular [10].

Es importante tener en cuenta que el dominio público está sometido a un régimen jurídico especial del Derecho Público, caracterizado por su inalienabilidad e imprescriptibilidad, como también por hallarse sujeto a la policía que sobre él se ejerce y que se manifiesta con modalidades propias y específicas.

El régimen jurídico del dominio público es un régimen de excepción y de interpretación restrictiva. Como el dominio público debe quedar siempre a disposición del público, surge de ello la nota de indisponibilidad (esto es, que el Estado, en su carácter de propietario del bien, no puede disponer de él con el objeto de cambiar su afectación, suprimirla o enajenarlo).

Ello por cuanto el régimen de los bienes del dominio público es exclusivamente administrativo; tienen desti-

8 Diez, José María, *Dominio Público*, Buenos Aires, 1940, Tomo IV, pág. 477.

9 Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, 2001, pág. 745 y ss., Ciudad Argentina.

10 SCBA B. 52.418, "Piccini, Luis María y otro contra Municipalidad de Tres de Febrero. Coadyuvante: Obispado de General San Martín. Demanda contencioso administrativa".

no para el uso y utilidad pública, por eso son bienes públicos [11].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que "Los bienes del dominio público, del Estado General, de los estados particulares y de los municipios, son de uso público, sea por su naturaleza o por su afectación o destino a un servicio de utilidad pública, y estos últimos mientras dure esa afectación o destino" [12].

Este régimen de indisponibilidad del dominio público está caracterizado por dos signos fundamentales:

a) la inalienabilidad y;

b) la imprescriptibilidad.

a) este concepto se anida en los artículos 279, 958,1004, 234 y 1907 del Código Civil y Comercial. El fundamento de este principio resulta de la afectación del dominio público al uso directo o indirecto de la comunidad, teniendo vigencia o duración mientras éstos se encuentren afectados a su uso directo o indirecto de la sociedad.

La inalienabilidad trae aparejada algunas consecuencias dignas de ser destacas. Entre ellas, puede mencionarse la imposibilidad de que sean objeto de compraventa u otro acto jurídico que implique la transferencia de dominio pues de celebrarse éste sería nulo por vicio en el objeto [13].

Es por ello que el presente principio encuentra su génesis en la determinación por parte del Estado con la afectación.

---

11 Fiorini, Bartolomé, *Manual de Derecho Administrativo* 2da. parte, ps. 955 y 987.

12 *Fallos*, 147:178.

13 CSJN "Administración de Parques Nacionales c/Provincia del Neuquén". JA 2001-L-554, *Fallos*, 323:4006.

"*La afectación es el hecho o la manifestación de voluntad del poder público, en cuya virtud la cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad, condición indispensable para trocar el mismo en propiedad regida por el derecho público. Como ha resuelto el Tribunal, 'un bien se incorpora al derecho público del Estado cuando se encuentra afectado al uso público en forma real y actual'*" [14].

Cuando los Estados nacional o provincial realizan una obra pública sobre el terreno de un particular y con conocimiento de éste la entrega al uso de la colectividad, ya no puede mantenerse la distinción entre el terreno -que seguiría siendo del dominio del particular y regido por el Código Civil- y la obra perteneciente al público y ajena por ende al régimen del Código, pues se trata en adelante de un bien del dominio público respecto del cual no cabe el ejercicio de acciones reales como la reivindicatoria [15].

La inalienabilidad es un medio jurídico a través del cual encuentra fundamento la tutela o la protección de los bienes dominiales y que los mismos cumplan el fin que motivó su afectación.

La inalienabilidad garantiza la inseparabilidad de los bienes de la función pública, manteniendo la titularidad administrativa. Y ¿cuáles son las consecuencias?

a) Los bienes de dominio público no pueden ser objeto de compraventa ni de ningún acto jurídico que implique la transferencia de dominio. Ese tipo de actos será nulo. Es írrita la inclusión en una escritura pública de bienes públicos nacionales que integran los Parques Nahuel Huapi y Lanín preexistentes -Secciones XXXVIII y

14 S.C.B.A., L.L., Rep. 536, sum. 3.

15 "Bergadá Mújica Héctor c Provincia de Rio Negro", La Ley, 2003-A-274.

XXXXIX-, sin que mediara la regulación o desafectación de su destino primigenio y excediendo el objeto del acto que la autorizó -decreto 6548/58)- por lo que no puede ser invocada para fundar derechos provinciales sobre las tierras en cuestión

b) Inembargabilidad: los bienes de dominio público son inembargables. El fundamento reside en el hecho de que, si bien el embargo no requiere desapropio ni enajenación pues puede responder a una simple medida de seguridad tratando de evitar que el titular pueda disponer de la cosa enajenándola, el mismo apareja también la idea de una eventual enajenación, ya que es una medida cautelar que, en último término, tiende a asegurar la ejecución forzada del bien.

c) Constitución de hipotecas: los bienes que forman parte del dominio público no pueden hipotecarse. Ello es así porque el acreedor hipotecario, a falta de pago, puede llegar a vender la cosa hipotecada para cobrarse con lo producido. Esto no es posible aceptar con respecto a los bienes de dominio público, los cuales tienen un régimen jurídico distinto. Además, el interés general debe preferirse al interés particular de los acreedores hipotecarios.

d) Servidumbres: éstas se dividen en dos grandes grupos: (i) privadas y (ii) públicas. A su vez, las privadas se subdividen en personales y reales. El Código Civil y Comercial nos indica que no puede constituirse ninguna clase de servidumbre privada sobre los bienes de dominio público, disponiendo también que las servidumbres no pueden imponerse sobre los bienes que se encuentren fuera del comercio. En cuanto a las servidumbres públicas, el principio es que éstas no se constituyen sobre los bienes del dominio público, por la sencilla razón de que, como estos bienes están afectados al uso público, no hay razón para que sobre ellos se establezca una servidum-

bre pública, cuya finalidad es destinar esos bienes al uso público. Además, el titular de un bien no puede establecer una servidumbre sobre su propio bien.

En cuanto a la defensa de la integridad del dominio público frente a las usurpaciones de los particulares, que con el transcurso del tiempo terminarían por imponerse, se ha encontrado con la formulación del principio de imprescriptibilidad. Este principio tiene por objeto conservar el dominio público en su integridad. Se trata de que el dominio público quede y sea en todo momento dedicado a su uso directo o indirecto La imprescriptibilidad subsiste en tanto los bienes mantienen la dominialidad, pero si se produce la desafectación, pasarán a constituir bienes privados, y aquel principio desaparecería. La desafectación nunca podrá ser tácita, en el sentido de que la posición de un particular que intenta prescribir, no puede llegar a producir esa desafectación.

2. Elementos del dominio

Es aquí donde resultan trascendentes las ideas de Mallol Ballbé ya que a los fines de determinar si nos encontramos frente a un bien de dominio público debemos esclarecer si coexisten en forma separada los elementos que lo componen [16].

Entendiendo al dominio público como el conjunto de bienes de propiedad del Estado afectados por ley al uso directo o indirecto de los habitantes, podemos ver que surgen cuatro elementos que componen la noción conceptual del dominio público: subjetivo, objetivo, teleológico o finalista y normativo.

16 Ballbé Mallol, *Concepto de dominio público*, Bosch, 1945.

a) Elemento subjetivo

El elemento fundamental para que el bien pueda ser considerado como parte del dominio público es el referente al sujeto titular del mismo. Evidentemente los bienes del dominio público no son *res nullius* porque en ese caso cualquier persona podría apropiarse de ellos y no habría razón alguna para el dominio público. Por otro lado, tenemos que ningún particular puede ser titular del dominio público dado que su regulación se encuentra bajo el régimen administrativo.

Establecido que el dominio público, no es *res nullius* ni puede pertenecer a particulares, aceptaremos la tesis de que el mismo pertenece al Estado -MARIENHOFF-, pero no solamente el nacional, sino también al provincial y al municipal.

Los entes públicos, estatales o no estatales, técnicamente son titulares del dominio público, si sus bienes están afectados a la prestación de un servicio público o función pública, por lo cual gozan de un régimen especial de imprescriptibilidad e inembargabilidad [17].

En esa inteligencia pueden ser también titulares de los bienes de dominio público (vg. la Universidad posee una universalidad jurídica, los libros de una biblioteca que forman parte del dominio público).

b) Elemento objetivo

Los bienes, por naturaleza, se componen de cosas corporales y de objetos incorporales y de derechos; a su vez, las cosas se subdividen en muebles e inmuebles. En cuan-

17 JA-1976-III-81.

to a los inmuebles, éstos forman parte del dominio público y no hay ningún problema en ello.

En cambio, en lo que respecta a los bienes por accesión, se puede decir que, como la cosa accesoria participa de la naturaleza de la principal, si la principal es inmueble, la accesoria también lo es, y que la accesoria tiene el mismo propietario que la principal. Dicha accesión puede ser física (cuando la accesoria está adherida a la principal) o moral (cuando la cosa accesoria depende de la principal. Ahora bien, los muebles pueden ser inmuebles por accesión física o moral de un bien de dominio público, y se presenta el problema de resolver si por esa circunstancia forman también parte del dominio público. La doctrina no es pacífica al respecto, ya que algunos autores consideran que no se pueden aplicar en el campo del Derecho Público los principios del Derecho Civil. De ahí que las cosas accesorias no sigan necesariamente el carácter de la cosa principal sino sólo cuando contribuyan en forma permanente, directa e inmediata a que el bien dominial cumpla con sus fines.

La doctrina mayoritaria recurre a un criterio rigurosamente objetivo, es decir que todos los bienes muebles que se transformaran en inmuebles por accesión física o moral de un bien del dominio público, forman parte del dominio público.

Con respecto a las cosas muebles, como los libros de una biblioteca pública o las obras de arqueológicas de un museo, no forman parte del dominio público porque no están afectados al uso público sino a un servicio público. Esta tesis fue refutada al reconocerse que el concepto de dominio público no está determinado solamente por la nota de uso público, sino por otras como la de servicio público, a las que pueden ser afectadas las cosas muebles.

En cuanto a los derechos, se los consideró como formando parte del dominio público las servidumbres públicas (de sirga y de acueducto). Esta servidumbre administrativa está comprendida en la dominialidad pública y sujeta al régimen jurídico del dominio público.

Conviene aclarar que la cosa privada gravada con servidumbre continúa siendo cosa privada, pero el derecho real que comporta la limitación, se incorpora al dominio público.

Finalmente, resta analizar los objetos inmateriales. Vemos que la fuerza hidráulica de un curso de agua pública integra el dominio público. La energía hidráulica de todos los ríos forma parte del dominio público, ya que ellos son de dominio público. También forma parte del dominio público el espacio aéreo que cubre el territorio del Estado.

c) Elemento teleológico o finalista

Dijimos que los bienes que constituyen el dominio público están afectados a uso directo o indirecto de la colectividad. La doctrina predominante es la que preconiza que los bienes del dominio público deben estar afectados al uso directo o indirecto de la comunidad.

Llegamos aquí a determinar entonces que el principal criterio configurador y/o diferenciador para determinar la presencia del dominio público es el de la afectación o destino y no el de la naturaleza propia de los bienes, puesto que para que el mismo se repute como tal debe estar al servicio de una finalidad de uso público o servicio público.

La doctrina señala que por uso público se puede entender tanto el uso directo (sin intermediarios) que la comunidad hace de un determinado bien (vg. uso de los

caminos y ríos). Pero también puede entenderse por uso público el que la Administración destina a un servicio público (vg. el edificio donde funciona un hospital).

Se distingue en doctrina, entre los bienes afectados a uso público directo, dos clases distintas: (i) los afectados al uso directo y colectivo del público (vg. playas, mar, caminos) y; (ii) los afectados al uso directo, individual y privativo (vg. sepultura de los cementerios).

También existen bienes que están afectados en forma indirecta al uso de la sociedad, y una de esas formas de afectación es cuando ellos se destinan a un servicio público. Entonces, todos los bienes afectados a la prestación de un servicio público que presta el Estado, forman parte del dominio público (vg. puertos marítimos y aeródromos). En cuanto a los bienes muebles, les bastará para ser parte del dominio público que sean cosas no consumibles, es decir, permanentes e irremplazables.

Por ello los bienes de uso público indirecto que pertenecen al dominio público y que están afectados a un servicio público, son públicos, máxime cuando dicho servicio es directamente prestado por el Estado. Así lo que caracteriza al dominio público no es precisamente ni el uso directo, ni la afectación a un servicio público, sino la afectación del bien a utilidad pública o comodidad común, concepto éste más amplio que aquéllos [18].

d) Elemento normativo o legal

No hay bienes públicos por naturaleza. Solamente la ley puede servir de fundamento para que un bien tenga el carácter dominial y será ella la que determinará qué

18 Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, cit., pág. 759.

bienes son públicos y cuáles son privados. De ahí que uno de los elementos que integran la noción conceptual del dominio público sea el elemento normativo o legal.

Desde el punto de vista constitucional encontramos la previsión establecida en el artículo 75 inciso 15, que establece que es una atribución del Congreso de la Nación la de *"arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación, fijar los de las provincias, crear otras nuevas, y determinar por una legislación especial la organización, administración y gobierno que deben tener los territorios nacionales, que queden fuera de los límites que se asignen a las provincias"*.

Por su parte, el artículo 124 en su parte final expresamente determina que *"Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio"*.

En ese aspecto existe una gran cantidad de normas que ratifican la transferencia a las provincias del dominio [19].

19 Ver Ley N°24.145 de Federalización de los hidrocarburos; el Acuerdo Federal Minero, ratificado por Ley 24.228; la Ley 23.696 tanto en materia eléctrica (traspaso a la provincia de EDELAP) y gas entre otros. Ley N° 17.319, modificado por las Leyes N° 24.145 y N° 26.197, "Los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio de la República Argentina y en su plataforma continental pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado nacional o de los Estados provinciales, según el ámbito territorial en que se encuentren. Pertenecen al Estado nacional los yacimientos de hidrocarburos que se hallaren a partir de las DOCE (12) millas marinas medidas desde las líneas de base establecidas por la Ley Nº 23.968, hasta el límite exterior de la plataforma continental. Pertenecen a los Estados provinciales los yacimientos de hidrocarburos que se encuentren en sus territorios, incluyendo los situados en el mar adyacente a sus costas hasta una distancia de DOCE (12) millas marinas medidas desde las líneas

En cuanto al ámbito local, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires encuentra su regulación en el artículo 28 por el cual *"La provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio incluyendo el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada"*.

El Código Civil y Comercial ha enunciado en el artículo 235 todos los bienes que forman parte del dominio público. Para determinar el concepto de dominio público, se dice que los bienes deberán estar sometidos a un régimen de Derecho Público, sometimiento que sólo puede resultar de una disposición de autoridad competente (Congreso de la Nación).

De conformidad a lo establecido en el artículo 235 del CC y C, *"Son bienes pertenecientes al dominio público, ex-*

---

de base establecidas por la Ley Nº 23.968. Pertenecen a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires los yacimientos de hidrocarburos que se encuentren en su territorio. Pertenecen a la provincia de Buenos Aires o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda a sus respectivas jurisdicciones, los yacimientos de hidrocarburos que se encuentren en el lecho y el subsuelo del Río de la Plata, desde la costa hasta una distancia máxima de DOCE (12) millas marinas que no supere la línea establecida en el artículo 41 del Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo y de conformidad con las normas establecidas en el Capítulo VII de ese instrumento. Pertenecen a la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, aquellos yacimientos de hidrocarburos que se encuentren en su territorio, incluyendo los situados en el mar adyacente a sus costas hasta una distancia de DOCE (12) millas marinas medidas desde las líneas de base establecidas por la Ley Nº 23.968, respetando lo establecido en el Acta Acuerdo suscrita, con fecha 8 de noviembre de 1994, entre la referida provincia y la provincia de Santa Cruz".

cepto lo dispuesto por leyes especiales: a. el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo; b. las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso; c. los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos; d. las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares; e. el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial; f. las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública

construida para utilidad o comodidad común; g. los documentos oficiales del Estado; h. las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos".

En nuestra opinión la naturaleza del dominio público debe ser examinada en función de la normativa vigente y, en este sentido, el Código Civil argentino permite inferir que estamos frente a un concreto derecho real de propiedad caracterizado en razón del sujeto que lo titulariza y la finalidad social que lo adorna [20].

2.1. Dominio privado del Estado

Sin perjuicio de lo expuesto con anterioridad en cuanto a la clasificación de los bienes del Estado, el artículo 236 del Código Civil y Comercial mantiene la distinción al establecer que *"Pertenecen al Estado nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales:*

a) los inmuebles que carecen de dueño;

b) las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería;

c) los lagos no navegables que carecen de dueño;

d) las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros;

e) los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título".

---

20 Por eso hoy día corresponde aludir a "bienes estatales" y "dominio estatal" pues, así como no hay actos jurídicos oficiales ni contratos estatales absolutamente privados que puedan considerarse en un cien por cien ajenos al Derecho Público, tampoco existen bienes fiscales exclusivamente sujetos al régimen del derecho de propiedad privada establecido en el Código Civil. Botassi, Carlos, *Dominio y Jurisdicción*, cit., págs. 665/686.

Aquí merece nuevamente interrogarse sobre la oportunidad de mantener este tipo de clasificación dado que la cuestión de considerarlos no afectados al uso general por parte de la sociedad, pero sí de manera indirecta al ejercicio de la actividad estatal puede ser bastante controversial en la actualidad.

Desde un enfoque estrictamente civil, el dominio privado del Estado no se diferencia del derecho similar de los particulares y, por tanto, las atribuciones del Estado sobre los bienes de su dominio privado y los eventuales derechos de los particulares se rigen por las disposiciones del Código Civil, aunque el principio no es absoluto y admite excepciones [21].

La cuestión resulta considerar al bien tanto en su condición como también en cuanto al régimen aplicable siendo necesario determinar que en todos los casos deber ser regido por el Derecho Público con independencia de la clasificación que el codificador haya efectuado.

3. Clasificación de los bienes del dominio público

Los bienes de dominio público se pueden clasificar en razón de sus titulares: el titular de los bienes de dominio público es el Estado, ya sea nacional, provincial o municipal o los entes descentralizados de cada uno.

También se los clasifica en razón de su formación en:

- dominio natural: formado por aquellos bienes que tienen naturalmente una determinada estructura y composición y;

- dominio artificial: se refiere a las plazas, calles, caminos y otras obras públicas construidas para utilidad o

21 J.A. 1972-315.

comodidad común.

La circunstancia de tratarse de bienes naturales y artificiales depende fundamentalmente de todo lo relativo a la afectación y a la desafectación.

Según sea la naturaleza del bien de que se trata, la afectación y la desafectación podrán efectuarse por: 1) hechos o actos administrativos, si se trata de bienes artificiales; y 2) el pertinente acto legislativo si se trata de bienes naturales.

Además, debe tenerse presente que la delimitación se vincula a los bienes naturales, mientras que la afectación se vincula a los bienes artificiales.

En razón de su jurisdicción, se distinguen en: (i) Nacional: cabe recordar que la Nación puede ejercer su potestad sobre los bienes públicos provinciales (vg. los ríos estaduales, donde concurren las jurisdicciones nacional y provincial). Pero si el bien está situado en territorio nacional donde la Nación tenga jurisdicción exclusiva, la misma será nacional; (ii) Provincial: cuando se tratara de bienes del dominio de la provincia y; (iii) Municipal: si el bien se hallara dentro del ejido municipal.

Por último, en razón de la materialidad del bien, encontramos: inmuebles, muebles, objetos materiales, derechos.

4. Aspectos vinculados al dominio

El dominio público se caracteriza por estar constituido por un conjunto de bienes destinados al uso directo o indirecto de la comunidad. Solamente existe afectación al uso público directo cuando los particulares entienden utilizar el bien directamente por sí mismos, no cuando su objeto final es utilizar el servicio público instalado sobre el bien.

En este último caso, nos encontramos con un bien afectado al uso público indirecto. Cuando se trata del uso de los bienes del dominio público por los ciudadanos, es necesario diferenciar los distintos tipos de utilización: a) Uso común: se ejerce por el público colectivamente y en forma anónima y; b) Uso especial: reserva una porción exclusiva del dominio público al usuario.

Se distingue en doctrina entre los bienes afectados a uso público directo, dos clases distintas: a) los afectados al uso directo y colectivo del público (vg. playas, mar, caminos) y b) Los afectados al uso directo, individual y privativo (vg. sepultura de los cementerios).

También existen bienes que están afectados en forma indirecta al uso de la sociedad y una de esas formas de afectación es cuando ellos se destinan a un servicio público. Entonces, todos los bienes afectados a la prestación de un servicio público que presta el Estado, forman parte del dominio público (vg. puertos marítimos y aeródromos).

Afectar es consagrar un bien al dominio público. Desafectar por el contrario es sustraerlo de su destino al uso público.

a) Uso común

Es aquel que se ejerce por el público colectivamente y en general en forma anónima. Es un uso que lo pueden realizar todas las personas por su sola condición de tales, sujetándose a la obligación de observar las disposiciones reglamentarias dictadas por la autoridad competente.

Existen distintos tipos de usos comunes, pero el más importante es el tránsito por las vías públicas [22].

22 Marienhoff, Miguel S., Tomo V, página 355 al citar a Gastón Jeze *"El destino mismo de la cosa pública implica que los indi-*

4.a.1. Caracteres

- Libertad en el uso común: la utilización no está sujeta a ninguna autorización previa por parte de la autoridad administrativa.
- Gratuidad: el uso común de los espacios del dominio público es gratuito, pero esta regla admite excepciones cuando el órgano competente exige, por ejemplo, el pago de peajes para la utilización por automotores y/o de lugares destinados a su utilización en forma exclusiva de carácter transitorio.
- Igualdad: todos los particulares se hallan en la misma situación y deben ser tratados sin preferencia ni favor.
- Sin limitación de término: existe mientras el bien público exista como tal.
- Anónimo: el usuario no está determinado.

4.a.2. Naturaleza jurídica

Al respecto, existen varias teorías, algunos sostienen que el uso común es el ejercicio de un derecho real del particular sobre la cosa, otros sostienen que es el ejercicio de una libertad individual y hay quienes sostienen que es un derecho cívico.

En la opinión de Diez hay que partir de la base de que se trata de una potestad que puede ser ejercida por todos los habitantes de un país, sin individualizarlos (o sea en forma anónima). Por ende, no puede hablarse de un interés legítimo, sino de un simple interés. Por tanto, el particular no tiene acción judicial para hacer cesar los

viduos tienen el poder de hacer ciertas cosas..." "…El destino de la cosa pública implica esos poderes, no es pues necesario, ni útil, que in texto los enumere expresamente".

obstáculos al uso común, sino que solamente puede intentar la deducción de recursos administrativos ante el órgano competente.

b) Uso especial

Es aquel que únicamente pueden realizar las personas que hayan adquirido la respectiva facultad conforme al ordenamiento vigente [23]. No es el uso general de la sociedad como en el caso del uso común. El uso especial podrá ser adquirido por cualquiera de los medios que al efecto establezca o reconozca el ordenamiento jurídico vigente en el lugar. Esos medios son: a) Permiso de uso; b) Concesión de uso y; c) Prescripción adquisitiva.

Los elementos del uso especial son:

1. Individualización del usuario: por las siguientes razones:

- porque el uso es privativo, no es un derecho que le corresponde a toda persona y;
- porque el uso privativo otorga un poder exclusivo.

2. Determinación de la parte del bien dominial que ocupa, ya que no se podrá conceder un poder jurídico exclusivo sobre la totalidad del dominio.

3. Exclusión de todo otro uso común o especial en la parte del bien afectado.

Sus caracteres son:

- Temporal: porque tiene una determinada prolongación en el tiempo, pasada la cual, la ocupación se extingue.
- A título oneroso: en mérito al derecho que tiene el

23 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo V, página 377.

propietario de los bienes, que es el Estado, a sacar del dominio público toda su utilidad económica.

- Carácter patrimonial: la ocupación privativa y las facultades que nacen de ella son susceptibles de apreciación pecuniaria. Por ello, el uso privativo es transferible y puede ser renunciable.

- Límites: El uso especial tiene como límite principal el uso común. El uso especial puede desaparecer o ser limitado por razones de policía (vg. seguridad o salubridad). Otro límite, resulta del objeto de la ocupación

4.b.1. Clases

- Normal: cuando el uso es conforme al destino del bien.
- Anormal: cuando el uso no es conforme al destino del bien.

4.2. Desafectación

La extinción del dominio público se produce por medio de la desafectación, la cual consiste en una declaración de voluntad de un órgano del Estado, o en un hecho que trae como consecuencia hacer salir un bien del dominio público del Estado para ingresar en el dominio privado del mismo o de los administrados.

"Desafectar un bien significa sustraerlo de su destino al uso público, haciéndolo salir del dominio público para ingresar al dominio privado, sea del Estado o de los administrados. El principio consiste en que los bienes desafectados ingresen al dominio privado del Estado, la excepción es que los mismos lo hagan al dominio privado de los administrados. La desafectación requiere para su validez y eficacia el asentimiento inequívoco como el ejercicio legítimo de su competencia de parte de la autoridad. Por lo tanto, la naturaleza jurídica de la

desafectación es correlativa a la de la afectación, de la cual no difiere" [24].

La desafectación de un bien del dominio público en principio debe efectuarse por un acto de Derecho Público [25].

La desafectación puede concretarse en un acto legislativo o en un acto administrativo. También pueden los hechos servir de base a la desafectación, pudiendo éstos ser naturales o humanos.

El efecto fundamental de la desafectación consiste en el cambio de la condición jurídica del bien, que de público pasa a privado, y cuya titularidad, en principio, le seguirá correspondiendo al Estado, salvo en los supuestos en que pase a los administrados

La desafectación puede ser formal, cuando consiste en una declaración de voluntad de un órgano del poder público, o por hechos, éstos naturales o humanos.

Ambas pueden referirse tanto a bienes naturales como artificiales. Tratándose de bienes naturales, la desafectación puede ocurrir quedando subsistente su individualidad (esta potestad le pertenece a la Nación mediante ley formal) o no quedando subsiste su individualidad, produciéndose una desafectación por transformación del bien, que por ello cambia su individualidad (esta potestad le pertenece a la Nación o a las provincias). En caso de bienes artificiales, la potestad para desafectar estos bienes le corresponde a la Nación, a las provincias o a los municipios.

---

24 Marienhoff, Miguel S., *Tratado del Dominio Público,* págs. 151 y 175.

25 Dromi, Roberto, op. cit. Menciona que la Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho que "*La desafectación no requiere necesariamente el dictado de una ley formal, sino que puede realizarse mediante simple acto administrativo, siempre que exprese la inequívoca de liberarlo del vínculo de inenajenibilidad".*

DROMI considera que puede existir desafectación tacita cuando los bienes del dominio público dejan de poseer tal carácter, no por cambiar su calificación sino porque la pérdida de esa calidad se debe a un hecho exterior, ej.: un río que por causas naturales se seca o es desecado por obras de la autoridad competente.

5. Régimen dominial en la Provincia de Buenos Aires

En el ámbito del Derecho Público Provincial y Municipal, la Constitución de la Provincia prevé que *"La administración de los intereses y servicios locales en la Capital y cada uno de los partidos que formen la Provincia, estará a cargo de una municipalidad, compuesta de un departamento ejecutivo unipersonal y un departamento deliberativo..."* (art. 190); mientras que la Legislatura provincial ha de deslindar *"...las atribuciones y responsabilidades de cada departamento, confiriéndoles las facultades necesarias para que ellos puedan atender eficazmente a todos los intereses y servicios locales..."* (art. 191, proemio); y, entre otras *"...atribuciones inherentes al régimen municipal..."* se le reconoce a las Municipalidades la de *"Dictar ordenanzas y reglamentos dentro de estas atribuciones"* (art. 192 inc. 6°).

Es de destacar que encuentra su regulación en el Decreto Ley N° 9533/80 (B.O., 2-VI-80) que ha establecido el régimen de los inmuebles del dominio municipal y provincial: *"Constituyen bienes del dominio público municipal las calles o espacios circulatorios, ochavas, plazas y espacios verdes o libres públicos que se hubieren incorporado al dominio provincial con anterioridad a esta ley..."* (Título I, "De los inmuebles municipales", art. 1º), previendo que: *"Los inmuebles del dominio público munici-*

pal podrán desafectarse cuando así corresponda y resulte más conveniente a los intereses de la comunidad, y con observancia de las limitaciones que resulten de la ley de ordenamiento territorial y uso del suelo y otras leyes específicas" (art. 9).

El título II determina: *"La desafectación de inmuebles del dominio público, cuando corresponda, será dispuesta por el Poder Ejecutivo..."* (art. 19); en tanto el cap. V. referido a las "Donaciones": *"Facúltase al P.E. a efectuar donaciones de inmuebles del dominio privado del Estado provincial...a) al Estado nacional...b) a las municipalidades..., en este caso, quedarán perfeccionadas por el ofrecimiento expreso del donante y la aceptación por parte de la municipalidad beneficiaria, siendo título suficiente para la inscripción de dominio en el Registro de la Propiedad el decreto que otorgue la donación y la ordenanza de la municipalidad que la acepte"* (art. 39).

De tal modo, la norma legal resolvió situaciones no contempladas, imponiendo -desde entonces- decisiones vinculadas con el destino de bienes del dominio público e invirtiendo el principio general hasta entonces vigente, según el cual los inmuebles destinados al uso público pertenecían a la Provincia conformando un importante patrimonio inmobiliario de la misma. Pasaron así a integrar el patrimonio municipal las calles o espacios circulatorios, ochavas, plazas y espacios verdes o libres públicos (art. primero, Decreto-Ley 9533/80), cuya administración, cuidado y conservación estaban en realidad ya atribuidos a los propios municipios en la Ley Orgánica de las Municipalidades [26].

26 Ver Fundamentos de la norma legal acápite II. En suma, hasta 1980 los *"espacios verdes"* fueron virtualmente del dominio

Otro de los aspectos regulatorios lo prevé el artículo 8° que determina *"A los efectos de la venta y concesión de uso de inmuebles las Municipalidades se regirán por las disposiciones contenidas en los Capítulos III y IV del Título II de la presente Ley".*

Conforme el artículo 28 *"La concesión de uso, o cualquier otra modalidad administrativa que acuerde la tenencia de bienes del dominio privado del Estado, se regirá por las siguientes disposiciones: a) La tenencia será siempre precaria y como consecuencia el acto revocable en cualquier tiempo por decisión de la autoridad competente. b) El término de la tenencia no podrá exceder de cinco (5) años. c) El canon anual a cuyo pago estará obligado el tenedor se fijará en el acto administrativo respectivo y no podrá ser inferior al diez (10) por ciento de la valuación fiscal vigente en cada uno de los años de concesión. Toda ocupación ilegítima, sin perjuicio de otras acciones que correspondan al Estado, queda comprendida en las disposiciones de esta Ley".*

Asimismo, determina que los incisos b) y c) del artículo anterior no serán de aplicación cuando mediare licitación, salvo que expresamente se estableciere lo contrario en el pliego respectivo (artículo 29) y la concesión se extingue en los siguientes supuestos: *"a) Cumplimiento del plazo. b) Muerte del concesionario. c) Imposibilidad de cumplimiento del objeto. d) Revocación. e) Caducidad por causas imputables al concesionario, tales como: falta de pago, cambio de destino, cesión, pérdida material de la*

público provincial, quedando sólo su administración y cuidado a cargo de los municipios. A partir de esa fecha pasan al dominio público municipal. Igualmente, no se pueden desafectar sino cuando corresponda y resulte más conveniente a los intereses de la comunidad siendo la regla la no desafectación.

tenencia por la acción de intrusos, abandono, daño deliberado en el bien por acción u omisión del beneficiario, y hechos que en forma potencial o efectiva tiendan a disminuir su valor".

Como fuera expuesto, el régimen jurídico aplicable determina que los bienes inmuebles de dominio municipal pueden ser otorgados en tenencia a un tercero para ser utilizados o explotados en beneficio del mismo valiéndose de las figuras de la concesión o permiso de uso a título oneroso.

En lo que atañe al otorgamiento de tal tenencia a través de una de estas figuras (concesión o permiso), en principio, las Municipalidades cuentan con amplias facultades discrecionales, en tanto se trata del ejercicio potestativo del régimen de derecho administrativo del que forman parte, sin perjuicio de lo cual, todas aquellas cuestiones vinculadas con el otorgamiento y demás actos subsecuentes (v.gr. renovación, revocación y/o prórroga de una concesión o permiso de uso) deben cumplir con el requisito de la debida fundamentación [27].

6. Diferencias entre las figuras

Por cierto, si bien el referido artículo 28 del Decreto-Ley 9533/80 sujeta a su marco regulatorio tanto la concesión de uso como cualquier otra modalidad administrativa que acuerde la tenencia de bienes del dominio privado del Estado, existe una fundamental diferencia con el permiso de uso, el cual es determinado por la índole del derecho emanado de cada uno de esos actos, por lo que

27 Conf. art. 108 de la Ordenanza General 267; doctr. SCBA B. 58.760, "L., F.F.", sent. 07/03/2007.

resulta obvio el interés de calificarlos debidamente.

Al respecto, el permiso de uso, dada su naturaleza precaria, es eminentemente revocable y -por tanto- no atribuye facultad alguna al beneficiario sobre el inmueble permisionado, ni genera en el mismo derecho a indemnización; mientras que la concesión es el acto por el cual la Administración, en virtud de las atribuciones derivadas del ordenamiento positivo, confiere a una persona un derecho o poder que antes no tenía otorgando al concesionario un nuevo derecho, un *"estatus jurídico"*.

De la expresada distinción entre *"concesión de uso"* y *"permiso de uso"* surge la esencial diferencia en la prerrogativa que de esas figuras derivan para su titular: derecho perfecto (derecho público subjetivo) en la concesión; simple situación precaria (derecho imperfecto) en el permiso [28].

Por lo demás, otra distinción a señalar es que la concesión de uso de bienes municipales, no podría revestir el carácter de gratuita, como sí el ordenamiento jurídico autoriza cuando se trata del otorgamiento de un permiso a determinadas entidades que, por su finalidad o naturaleza, no persiguen fines de lucro [29].

Finalmente, y como elemento diferenciador, cuadra precisar que, si bien todo permiso o concesión de uso conllevan la condición de ser en todo momento compatibles con el interés público, en la generalidad de los casos, el

28 Marienhoff, Miguel, *Permiso especial de uso de bienes del dominio público. Régimen jurídico de la* precariedad, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, págs. 28/29.

29 V.gr. el Estado Nacional, las provincias, las municipalidades y las entidades de bien público con personería jurídica -artículo 30 del Decreto Ley 9533/80 y artículo 56 del Decreto-Ley 6769/58 -Orgánica de las Municipalidades.

permiso se vincula a objetivos de poca significación jurídica o económica, y en su razón no compromete un patrimonio de entidad, como suele acontecer en la concesión.

6.1. El agua. Dominio público y privado

Desde el punto de vista legal, el agua puede ser "*pública"* o "privada", según pertenezca a la esfera del dominio público del Estado o al dominio privado de los particulares.

El agua generalmente es considerada pública, ello por cuanto ha sido por voluntad del legislador su caracterización, dado que éste delimita tanto su afectación como su destino.

Establecido que las aguas públicas lo son por su afectación o destino y no por su naturaleza, corresponde establecer las circunstancias o caracteres que deben tenerse en cuenta para afectar las aguas al dominio público.

En términos generales, puede decirse que, para incluir al agua en el Derecho Público, debe considerarse la "importancia" que ella tenga para el país o región de que se trate. El factor importancia debe determinarse tanto por la utilidad de las aguas como por el peligro que ellas representan.

Existen dos opiniones en el campo de la doctrina con respecto a quién es el titular de las aguas públicas. Están los que consideran que ese sujeto es el Estado y quienes argumentan que la titularidad de las mismas radica en el pueblo. Para MARIENHOFF, la correcta es la segunda [30].

30 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo,* Tomo V, pág. 16.

Analizaremos así el artículo 235 y comenzaremos por el primer inciso que estipula: *"Quedan comprendidos entre los bienes públicos: 1° Los mares territoriales hasta la distancia que determine la legislación especial, independientemente del poder jurisdiccional sobre la zona contigua..."*.

6.1.1. Mar territorial

Desde el punto de vista legal, el mar es objeto de dos grandes divisiones. a) Mar adyacente: el cual es posible también dividir en dos: a) Mar territorial y b) Mar jurisdiccional; y c) Mar Libre

Podemos denominar como mar territorial a la parte del mar adyacente más próximo a la costa y que pertenece a la soberanía del Estado ribereño.

Los autores discuten acerca de cuál es la naturaleza del derecho que el Estado ribereño tiene en el mar territorial. Las principales opiniones sustentadas las podemos dividir en dos: a) Los que consideran que existe una simple servidumbre y; b) Los que argumentan que el Estado ejerce un derecho domínico y soberano sobre dicha porción del mar.

A la primera teoría se la debe desestimar pues lo que la realidad nos demuestra es que los derechos que ejerce el Estado ribereño en este mar, exceden ampliamente la esfera limitada de esta figura.

Es por eso que la segunda teoría es la que, creemos, verdaderamente se ajusta ya que al ver la cantidad de derechos que este Estado ejerce sobre el mar territorial, debemos concluir en que se ejerce un derecho de dominio y una de las características que esto implica es que, al ser un Estado, éste ejerce su soberanía.

De las circunstancias de que el mar territorial esté bajo la soberanía del Estado ribereño, se derivan entre otras las siguientes consecuencias.

Tal como ocurre con el territorio continental, el mar territorial comprende además de las aguas, el suelo y el subsuelo ocupado por ellas y el espacio aéreo. Al país ribereño le corresponde el derecho exclusivo de explotar las riquezas del mar territorial.

Nuestro país se ha inclinado hacia la teoría que le reconoce al Estado ribereño un derecho de dominio y soberanía sobre el mar territorial [31].

Siendo el mar territorial un bien sobre el cual el Estado ejerce un derecho domínico y soberano, su condición legal será la que establezca el Estado respectivo. En nuestro país el mar territorial reviste el carácter de cosa perteneciente al dominio público.

6.1.2. Dominio y jurisdicción marítima

Dos grandes principios deben orientar el estudio de todo lo relacionado con la jurisdicción marítima:

El dominio sobre el mar territorial (es decir lecho, aguas y espacio aéreo que las cubre) pertenece a las provincias y no a la Nación.

Los poderes de la nación son limitados y restringidos, por estar expresamente determinados, es decir todo aquello que no le ha sido delegado pertenece a las provincias.

En nuestro país la jurisdicción nacional en materia marítima tiene como único objetivo reglamentar todo lo concerniente a la navegación exterior y de las provincias entre sí.

De manera que la jurisdicción marítima está dividida entre la Nación y las provincias. A la primera le co-

31 Puede ampliarse en: ANDERSEN, Cristian, "Dominio y Jurisdicción de los recursos naturales en el mar territorial adyacente a las costas provinciales", Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia N° 2 Año 2018.

rresponde todo aquello que se vincule con la navegación marítima exterior y de las provincias entre sí; lo demás es de incumbencia provincial.

A fin de deslindar la jurisdicción nacional frente a la provincial y respecto a los diversos órganos administrativos tanto nacionales como provinciales pueden darse las siguientes bases:

- La autoridad de aplicación nacional por intermedio de la Prefectura Naval ejerce jurisdicción en el mar hasta la línea de la más alta marea, en tanto se trate de la navegación y de objetos concernientes a ella.
- La navegación que da origen a la jurisdicción nacional es la realizada con las naciones extranjeras y las de las provincias entre sí.
- Fuera de la línea de la más alta marea la jurisdicción es de las provincias, quienes la ejercerán conforme a la distribución de facultades realizadas por las respectivas leyes orgánicas.
- Aun dentro de la estricta zona marítima (es decir la comprendida entre la línea de la más alta marea y él limite externo del mar territorial), la jurisdicción también corresponderá a la respectiva provincia.

6.2. Mar jurisdiccional

Por mar jurisdiccional debe entenderse la porción de aguas marítimas comprendidas entre el limite externo territorial y el mar libre.

En la parte denominada mar jurisdiccional el Estado carece de todo derecho domínico, sólo ejerce un derecho de "jurisdicción", pero se trata de una jurisdicción limitada ya que se ejerce solamente un poder de policía para fines concernientes a la seguridad del país y la observancia de las leyes fiscales.

6.3. Mar libre

Es la extensión marítima situada fuera de la alta; mar no es como algunos autores la consideran *res nullíus* ya que si así lo fuera y conforme al significado de este concepto cualquier Estado podría apoderarse de una extensión de ese mar.

Por lo que la mayoría de la doctrina denomina al mar libre como *res comunis*, es decir perteneciente con carácter indiviso a la comunidad internacional.

7. Puertos

De acuerdo a la definición del art. 2° de la ley 24.093, que concuerda con el art. 29 de la Ley de la Navegación, se denominan puertos *"a los ámbitos acuáticos y terrestres naturales o artificiales e instalaciones fijas aptos para las maniobras de fondeo, atraque y desatraque y permanencia en buques o artefactos navales para efectuar operaciones de transferencia de cargas entre los modos de transportes acuático y terrestre o embarque y desembarque de pasajeros, y demás servicios que puedan ser prestados a los buques o artefactos navales, pasajeros y cargas. Quedan comprendidas dentro del régimen de esta ley las plataformas fijas o flotantes para alijo o completamiento de cargas".*

Detengámonos ahora en la clasificación de los puertos: la ley clasifica a los puertos según la titularidad del inmueble, según su uso y según su destino: comercial, industrial o recreativo en general (art. 7°).

Según su titularidad los puertos pueden ser: a) del dominio del Estado nacional, de las provincias, de los municipios o; b) de los particulares.

Según su utilización pueden ser: a) públicos o; b) privados, ya estén destinados a quien lo requiera o restrin-

gidos a las necesidades de los titulares o de terceros vinculados con ellos.

Aquí cabe señalar que la ley, al admitir los puertos privados, acertadamente ha modificado el anterior art. 2340, inc. 2° de nuestro Código Civil y el art. 8° de la Ley de la Navegación en cuanto estos textos decían que los puertos figuran en el dominio público del Estado.

MARIENHOFF, en su "*Tratado de Derecho Administrativo*" señala que el concepto de dominio público no depende de la naturaleza del bien sino de su afectación por ley, por un acto administrativo o por hechos de la Administración, así como la desafectación del dominio público puede efectuarse en la misma forma.

La nueva ley, siguiendo una sana política económica, admite la existencia de los puertos privados y por ello no hay duda alguna de que se ha superado el escollo que derivaba del artículo mencionado del Código Civil y Comercial y de nuestra Ley de la Navegación.

7.1. Condición jurídico-dominial de los puertos

Es importante saber que el régimen legal de los puertos en nuestro país es la Ley N° 24.093 (B.O. 26/06/92). La ley parte de considerar que hay puertos susceptibles de titularidad estatal, ya sea nacional, provincial o municipal (art. 7). Dicha consideración se ve completada con la previsión contenida en el art. 235, inc. 2, CCiv., la cual -como se remarcara- parte de considerar a dicha especie de cosas como sometidas al régimen de la dominialidad.

No obstante, en ninguno de los dos casos se identifica con precisión a cuál de las dos esferas fundamentales de gobierno que componen la estructura federal del Estado -esto es, Estado Nacional y Estados provinciales- ellos

pertenecerán. Con relación al interrogante esbozado, resulta por demás evidente que la Ley N°24.093 no cedió el dominio de los puertos, cuanto menos el de aquellos respecto de los cuales ese sujeto no había obtenido la titularidad por venta, cesión o expropiación, o bien por encontrarse situado en un territorio nacional previo a su provincialización.

Lo que sí transfirió a través del dispositivo antes mencionado fue la jurisdicción, instituto que bajo ningún punto de vista puede ser confundido con el de la dominialidad, en tanto refiere no ya a la propiedad del bien sino a la potestad de regular el o los usos de que la cosa es susceptible [32].

Ello coincide con el esquema federal de Estado al que nuestro constituyente originario ha adherido. Ello, en tanto fueron las provincias las que concurrieron a la formación del Estado Nacional, peculiaridad ésta de la cual deriva -tal como se extrae de la propia Constitución Nacional- que esas esferas de gobierno tengan reservadas para sí todo el poder no delegado a la Nación, conforme resulta del art. 121.

La tesitura esbozada fue también convalidada por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia Federal, para quien de acuerdo con la distribución de

32 Dicha diferenciación, acogida luego por la doctrina ius pública más destacada, tuvo abrigo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación conforme a lo resuelto en los autos "Marconetti Boglione y Cía. v. Municipalidad de Santa Fe", del 29/5/1929, criterio reiterado hasta la actualidad, tal lo decidido más recientemente en el caso "Operadora de Estaciones de Servicios S.A. v. Municipalidad de Avellaneda s/amparo", del 28/4/1998. "La titularidad de los puertos en la Argentina (Con especial referencia a los situados en la provincia de Buenos Aires)", de Guiridlian Larosa, Javier D., LNBA 2008-6-607.

competencias que emerge de la Constitución Nacional, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art.121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75). Y, siguiendo el razonamiento esbozado no existe norma alguna de la cual pueda colegirse que, al momento de la formación del Estado Nacional, las provincias cedieron la titularidad de sus tierras, dentro de las cuales están situados los puertos. Es por ello que la ley 24.093 al disponer la transferencia de dominio lo hizo únicamente respecto de los puertos que habían sido objeto de adquisición por compra, cesión o expropiación por parte del Estado Nacional, así como de aquellos que -por encontrarse situados en territorios nacionales no provincializados a la época- pertenecían también a este último sujeto.

Continuando con el análisis, la titularidad de los puertos no cedidos en propiedad a la Nación ni expropiados, resulta ser de las provincias, y ello, por aplicación del denominado "principio de la territorialidad". A la luz de este último, el cual es acogido por la generalidad de la doctrina y jurisprudencia, la titularidad de los bienes públicos -ante la imposibilidad de proveer a su registración- será de la esfera del gobierno dentro de cuyo territorio se encuentren ubicados.

Y en tanto los puertos se encuentran emplazados, como regla, y sin perjuicio de las salvedades ya apuntadas, en el propio ámbito espacial de las provincias, serán ellas las titulares originarias de todo cuanto se encuentre dentro de su suelo. Esto es lo que resulta, a su turno, de la propia letra del art. 11 de la ley en crisis, al partir dicha norma de reconocer que la transferencia a título gratuito lo será del "dominio y/o administración portuaria".

7.2. Titularidad en la Provincia de Buenos Aires

La titularidad de los puertos se encuentra potenciada bajo el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, en donde la previsión contenida en el citado art. 121 de nuestra Carta Magna asume una particular intensidad a la luz de la reserva expresa que dicha esfera local realizó por intermedio del Pacto de San José de Flores, suscripto el 11/11/1859, al momento de incorporarse al Estado Nacional.

A través del citado convenio, y conforme resulta de su artículo 7 *"Todas las propiedades del Estado [de Buenos Aires] que le dan sus leyes particulares, como sus establecimientos públicos, de cualquier clase y género que sean, seguirán correspondiendo a la provincia de Buenos Aires, y serán gobernados y legislados por la autoridad de la provincia".*

Todo el razonamiento anterior se refuerza a poco de que se considere la situación del Puerto de La Plata, en la Provincia de Buenos Aires. Siendo el mismo de titularidad originaria de esta última persona jurídico-pública, fue enajenado al Estado Nacional en el año 1911, como da cuenta la escritura traslativa de dominio donde consta la operación de venta realizada, cuya inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble de la ciudad de La Plata fue efectuada el 21/12/1911 bajo el n. 112445, serie D.

Si el Estado Federal hubiese sido su titular, mal podría haber intervenido en el contrato anterior, ya que resulta absurdo que compre una cosa de la cual resultaba propietario. Como se ve, no otra inteligencia puede darse a la normativa en crisis, y ello, so pena de hacer incurrir al Estado Nacional en actos propios. Dicha inteligencia es la que hace inaplicables las conclusiones vertidas

por la Procuración del Tesoro de la Nación en dictamen 456/2002, con relación a la propiedad de los puertos, en tanto ellas fueron destiladas en consideración a la estación marítima La Plata.

A mayor abundamiento, es de advertir que la tesitura plasmada fue la que primó incluso desde el punto de vista histórico, siendo aquí de inevitable cita la discusión suscitada sobre el particular en el año 1869, ante la intención de construir el Puerto de Buenos Aires, donde se debatió puntualmente si dicha iniciativa -del Estado Nacional- dependía de la voluntad de la provincia en cuyo territorio aquél quería erigirse. Luego de un debate parlamentario calificado de histórico, y que tuvo en puja a ilustres personajes de la época, tal el caso de Vélez Sarsfield y Mitre, terminó primando la posición de este último a favor de la Provincia, por ser ella la que se ajustaba a los antecedentes jurídicos, históricos y políticos que existían sobre el particular.

Eventuales Derechos del Estado Nacional. Queda claro que los puertos constituyen como regla, bienes del dominio público de propiedad originaria de las provincias; correspondiendo también a estas últimas la jurisdicción, al ser ésta una exteriorización propia del régimen jurídico al que están sometidas las cosas dominicales, conjunto que por principio asume carácter local.

Cierto es que no existe anotación alguna de tal estatus en el registro público respectivo. Sin embargo, dicha situación constituye el corolario de encontrarse los bienes afectados al régimen exorbitante de la dominicalidad exceptuados del recaudo de la registración, razón por la cual no se anotan en los registros respectivos. Ello, conforme se encuentra expresamente prescripto en el art. 10, ley 17.801, del Registro de la Propiedad Inmueble a nivel nacional, no obstante lo discutible de dicha previ-

sión normativa y las inconsistencias que se reconocen sobre el particular.

Esa línea ha sido la seguida incluso por el Superior Tribunal de Justicia Nacional con anterioridad al dictado de la referida norma. Éste, refiriéndose al Puerto de La Plata y confirmando la posición antes sostenida -tanto con relación al tema de la registración cuanto a la titularidad originaria de la Provincia de Buenos Aires sobre el referido bien- manifestó que "Tratándose de un juicio de reivindicación de una fracción de terreno situado en el Puerto de La Plata, la Nación como sucesora de la Provincia de Buenos Aires, a mérito de los términos del convenio de adquisición de dicho puerto, celebrado entre ambas entidades políticas el 29/8/1904, ratificado por la ley nacional 4436 y provincial de 4/10/1904, no tiene que exhibir otro título que el derivado de aquellos preceptos para justificar su derecho de dominio".

Por último, no cabe dejar de considerar la circunstancia de que al haber sido el Estado Nacional quien dispuso de los fondos para la construcción de los puertos en su faz infraestructural, éste pueda llegar a tener a todo evento algún derecho sobre el particular. En dicho sendero, ya hemos justificado la pertenencia originaria de las tierras a las provincias respectivas, habiendo sido éste el ámbito espacial bajo el cual los puertos se construyeron. Y en tanto nuestro Código Civil no reconoce derecho real de superficie sobre construcciones (arg. aun luego de la reforma introducida por la ley 25.509, que sólo contempla la superficie forestal), ningún interés de la especie mencionada podrá alegar el Estado Nacional.

A todo evento, podría considerarse la presencia de un derecho crediticio derivado de aquello invertido en su oportunidad. Sin embargo, ello -una vez más- tampoco puede sostenerse a poco de que se aprecie la declaración

contenida en los arts. 11 y 12, ley 24.093, la cual constituye una palmaria manifestación indirecta de voluntad en el sentido de su renuncia, al disponer que aun en los puertos sobre los cuales hubiese tenido el dominio, la transferencia deberá efectuarse de manera gratuita. Si dicha posición fue tomada respecto de aquella hipótesis en la que se encuentra en mejor posición desde el punto de vista dominial, con mucha mayor razón le será aplicable a los supuestos en los que carecía de derecho real sobre la cosa.

Aun cuando no se comparta esto último, lo cierto es que la acción crediticia que pudiere seguir adelante el Estado Nacional se encuentra ya prescripta, incluso encuadrando la hipótesis en el plazo decenal previsto del entonces artículo 4023, Código Civil, con lo cual el eventual derecho personal que alguna vez pudo llegar a tener deviene a esta altura ilusorio e irrelevante a los fines que se tratan.

Para más, la postura expuesta en punto a la propiedad local (como regla) de los puertos fue compartida incluso por el Ministerio de Justicia de la Nación, conforme deriva de la resolución 274 del 20/11/1992. Bajo su contexto, se dispuso la falta de necesidad de dar intervención a la Escribanía General de Gobierno de la Nación, pudiendo remitir a las respectivas provincias los títulos de propiedad sobre los inmuebles de su pertenencia a los fines de la realización de la transferencia nomenclada en la ley 24.093, "cuando resulte necesario para la formalización de los actos escriturarios correspondientes".

De lo anterior se derivan dos conclusiones inmediatas: a) que no siempre será necesaria la participación del Estado Nacional, y b) que su intervención corresponderá sólo en aquellos supuestos en los que efectivamente dicho sujeto hubiere tenido el correspondiente título de propiedad.

Esta última hipótesis, aplicable a todo evento al Puerto de La Plata, en la Provincia de Buenos Aires, no resulta extensible al resto de las estaciones marítimas sitas en territorio de dicha persona jurídico-pública, ya que ésta nunca se desprendió de su titularidad, sino que más bien la refrendó con la reserva efectuada en el citado artículo siete, Pacto de San José de Flores.

8. Río

De conformidad a lo establecido en el artículo 235 del CC y C, *"Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales: Inc. 3°: los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos".*

Si acudimos a la Real Academia Española, se entiende por rio a toda corriente natural de agua continua y más o menos caudalosa que va a desembocar en otra, en un lago o en el mar.

Esta definición contiene todos los elementos que distinguen al río de otras formas.

- el carácter natural lo diferencia de los canales que son artificiales.

El requisito de ser más o menos considerable lo distingue de los arroyos. La condición de continua lo diferencia del torrente.

Todo curso de agua, cualquiera sea su especie (río, arroyo, torrente, etc.) está esencialmente constituido por dos elementos: A) el agua, B) el lecho.

No se concibe un río sin lecho, ni con lecho y sin agua. Al hablar de río implícitamente se hace referencia a los elementos que lo constituyen: agua y lecho.

De modo que agua y lecho integran el concepto de curso de agua considerado éste como unidad legal y natural.

Analizado ya lo que debemos entender por agua es oportuno estudiar lo relativo al lecho. El lecho de un curso de agua es la superficie de la tierra que las aguas ocupan habitualmente. Al lecho también se lo denomina cauce. Tal es la terminología utilizada por nuestro codificador.

De modo que el límite del lecho de un río se extiende hasta donde llegan las más altas aguas, en su estado normal. Esto significa que para determinar el límite del lecho del río, sólo se consideran los aumentos de nivel de las aguas debido a causas de carácter permanente. Estas causas constituyen lo que en derecho se denominan "crecidas ordinarias", en oposición a las causas extraordinarias o accidentales.

8.1. Titularidad del agua en nuestro país

En nuestro Derecho los cursos de agua pertenecen al dominio público. Es lo que dispone el Art. 235 inc. 3°, que al enumerar los bienes que integran el dominio público menciona "*los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales*".

La disposición de nuestra ley es genérica. Comprende toda clase de cursos de agua (tales como ríos, arroyos, to-

rrentes). No hace pues distinción alguna entre ríos navegables y no navegables, entre cursos de cierta magnitud y caudal (ríos y arroyos) ni entre cursos de aguas continuas o intermitentes.

Si bien el principio básico contenido en el C.C. y C. argentino, en lo que respecta a la condición legal de las aguas, es el que le correspondería adoptar a un país como el nuestro, siguiendo a MARIENHOFF deberíamos realizar una pequeña critica.

Como se dijo anteriormente, el cauce o lecho de los ríos y correlativamente sus playas, forman parte especial del concepto río, al extremo de que al hablar de río o de curso de agua se sobrentiende la existencia del cauce y en su caso de las playas, pues como se dijo, no hay curso de agua sin lecho; siendo así el cauce y las playas siguen la condición jurídica asignada al río. Si este último pertenece al dominio público, es evidente que su cauce y sus playas también pertenecerán a dicho dominio, salvo disposición expresa en contrario.

Tiene dicho la CSJN que *"los ríos y sus cauces son bienes de dominio público correspondiente a las provincias disponer lo concerniente a su uso sin perjuicio de la jurisdicción nacional respecto de lo que se relaciona con la navegación interestadual*" [33].

Sobre el particular, cabe señalar que el régimen legal de los lagos y lagunas previsto en el artículo 2340 inc. quinto del Código Civil, no ha sido modificado con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, dado que su artículo 235 los contempla como bienes pertenecientes al dominio público y que *"Al igual que el anterior régimen, no*

33 "Tonconogy Julio c/Provincia de Buenos Aires", La Ley 1995-D-167.

se han establecido lineamientos para determinar cuándo debe considerarse al lago o laguna como navegable".

Resultando de ello que para tal consideración basta que el lago o laguna pueda ser surcado por embarcaciones destinadas a la pesca o actividades deportivas.

Asimismo, conforme a las previsiones emergentes de la Constitución Nacional y su par provincial (arts. 124 y 28), la Provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio, pudiendo disponer del uso y goce de los mismos mediante la reglamentación que al efecto establezca (art. 121 de la citada Constitución Nacional).

La referida aclaración resulta de utilidad, en la medida en que la situación planteada amerita su consideración desde diversos marcos normativos y en consecuencia su abordaje desde diferentes esferas competenciales.

Así, la ley provincial N° 12.257 establece el régimen de protección, conservación y manejo del recurso hídrico de la Provincia de Buenos Aires (art. 1°); encomienda al Poder Ejecutivo entre otras, formular la política del agua; decretar reservas que prohíban o limiten uno o más usos o la constitución de derechos individuales sobre agua de dominio público (art. 2°) y determina que su aplicación estará a cargo de la Autoridad del Agua, (art. 3°).

Autoridad ésta, que entre sus funciones cuenta con la de otorgar los derechos y cumplir todas las funciones que dicha norma le encomiende genérica o específicamente, supervisar y vigilar todas las actividades y obras relativas al estudio, captación uso, conservación y evacuación del agua, pudiendo requerir el auxilio de la fuerza pública para cumplir tales funciones (art. 4°).

En tal marco, en el Título III "Del uso del agua y aprovechamiento del agua y de los cauces públicos" regula acerca de la ocupación de lechos, cauces, vasos o álveos

públicos, usos especiales, permisos, concesiones, entre otros (arts. 25, 34, 44, 55, 72) y el sistema contravencional (art. 158 y siguientes).

Asimismo, y sin perjuicio de las competencias que le corresponden, mediante Decreto N° 1509/79, modificado por su similar 185/80 la Provincia de Buenos Aires ha transferido a los municipios las funciones y servicios, conforme a los términos establecidos por el Decreto Ley N° 9347/79, de los ambientes acuáticos interiores.

Por otra parte, la Ley General de Pesca 11.477 dispone que "*…La Provincia de Buenos Aires ejercerá jurisdicción y dominio en sus aguas interiores…"* (artículo 1º); mientras que su artículo 4º incluye en dicha jurisdicción a la extracción, cría y cultivo de los recursos marítimos, fluviales y lacustres y todas las actividades anexas a la pesca, sometiendo a las disposiciones de la citada ley *"... El ejercicio de la Pesca en aguas marítimas, fluviales, lacustres y riberas comprendidas dentro de la Jurisdicción de la Provincia*" (artículo 6°, inciso a.).

9. Cementerios [34]

Resulta oportuno frente al análisis del dominio del Es-

34 Etimológicamente la voz cementerio reconoce dos orígenes que luego fueron ramificándose en otros vocablos como veremos. Así en Grecia se lo identificaba como *koimeteriom*, de *koimam,* que da la idea de descanso, de dormir; en roma se lo conocía como *coementerium*. Camposanto en Italia fue denominado a partir de la fundación del de Pisa, con tierra del Santo Sepulcro; *Friedhof* lo que significa campo de paz o lugar de reposo o reunión de tumbas en Alemania. No cosa distinta fue el significado de las catacumbas para los cristianos, las cuales fueron construidas a la manera oriental e imitando el concepto de sepultura consagrado por los judíos, los que ya de daban el nombre de cementerio.

tado la cuestión de los cementerios y su regulación normativa.

Con el devenir del tiempo vamos a notar que ha existido un fenómeno de proliferación de cementerios por lo que a nuestro juicio merece una clasificación, la que puede consistir en cementerios públicos y cementerios privados. Los cementerios públicos en principio son bienes del Estado por lo que su regulación pertenece a la esfera del Derecho Administrativo. Los cementerios privados son los bienes que tienen como titular a una persona humana o jurídica, los que son regidos principalmente conformado por el Derecho Privado y sometidos como veremos al Derecho Público en cuanto a su desarrollo.

A su vez a los cementerios privados se los puede también clasificar en: a) cementerios privados propiamente dichos, los cuales principalmente persiguen un fin de lucro ya que lo desarrollan como una actividad comercial y cuyos titulares pueden ser personas físicas o jurídicas y; b) cementerios privados pertenecientes a una colectividad, que se distinguen de los anteriores ya que no persiguen un fin de lucro, sino que es brindar el mismo fin que los cementerios públicos. Estos cementerios pueden tener su razón de ser por motivos religiosos como también a raíz de una nacionalidad en común. En la República Argentina estos últimos cementerios se han ido propagando debido a que nuestro país ha firmado distintos Tratados con potencias extranjeras para que puedan radicar y administrar sus propios cementerios [35].

35 La Argentina por medio de Tratados con Estados Unidos (1854), Alemania (1857) y Gran Bretaña (1825), les asignó el poder

9.1. Cementerios públicos

Con relación al elemento normativo notamos que este instituto no fue regulado por nuestro codificador de manera específica, pero si relacionamos dos artículos del Código Civil veremos que los mismos se encuentran incluidos o si se quiere inmersos dentro de los bienes públicos del Estado. Esto surge del juego armónico de los artículos 235 inc. f al quedar comprendida entre los bienes públicos *"cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común"* y el artículo 237 al estipular *"la Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos artículos 235 y 236"*.

Es así que si consideramos a los cementerios públicos como pertenecientes al dominio público municipal (por lo que es el Estado el encargado de prestar el servicio público) vamos a notar que existen dos relaciones significativas. La primera relación es la existente entre la Municipalidad y el particular (relación regida por el Derecho Público) y la segunda relación que existe entre el particular y el sepulcro (esta relación es regida por el Derecho Administrativo) [36].

En consecuencia, el cementerio pertenece al dominio público municipal quedando los inmuebles fuera del co-

---

de gobernar sus cementerios.

36 Vale decir que desde el punto de vista del Derecho Penal en el Titulo VI que estatuye los delitos contra la propiedad, en el Capítulo 7 referente a los daños en el artículo 184 inc5 se tutela el daño provocado en bienes de uso público y más precisamente el daño en tumbas.

mercio privado, por ser inenajenables, inembargables e imprescriptibles. El derecho sobre cada sepulcro constituye una concesión administrativa según los reglamentos respectivos, estando todos los actos relacionados con la actividad funeraria regida por el poder de policía [37].

9.1.1. Régimen legal local

Conforme el artículo 28 de la Ley Orgánica de las Municipalidades (texto según Decreto-Ley 9094/78), es competencia de la función deliberativa municipal, establecer *"cementerios públicos, y autorizar el establecimiento de cementerios privados, siempre que estos sean admitidos expresamente por las respectivas normas de zonificación y por los planes de regulación urbana, conforme con lo que determine la reglamentación general que al efecto se dicte"* [38].

Llegamos así a la conclusión de que si consideramos que los cementerios públicos pertenecen a la esfera del dominio público municipal y es aquí el Estado quien presta el servicio en forma reglada, nos encontramos frente a distintas relaciones jurídicas. Esas relaciones jurídicas las podemos clasificar de la siguiente manera: a) las relaciones que emergen entre el municipio y el particular, por un lado y; b) las relaciones entre el particular y la

37 Abreut de Becher. Liliana y Ezx Spinosa de Benincasa, María Cristina, "Régimen jurídico de los Sepulcros en los cementerios públicos y cementerios privados". La Ley, 1989-E- Secc. Doctrina, pág. 974.

38 Atribuida la competencia en virtud de la normativa antes mencionada y por citar un ejemplo, por Ordenanza Nº 7638, de fecha 27 de diciembre de 1990, se regula en el Partido de La Plata, todo lo relativo al funcionamiento del cementerio público, fijando en su artículo 1º que *"las tierras que constituyen el Cementerio de la ciudad de La Plata pertenecen al dominio público municipal..."*.

sepultura por el otro, las que van a ser regidas por el Derecho Administrativo.

9.2. Sepulcros

9.2.1. Naturaleza jurídica

Con respecto a la naturaleza jurídica de los sepulcros que se encuentran en los cementerios públicos en la doctrina clásica existieron tres posturas: a) los que consideraban al sepulcro como un bien de dominio público; b) los que consideraban al sepulcro como un bien de dominio privado y; c) los que consideraban al sepulcro como un bien de dominio público en algunos casos y como bien de dominio privado en otros [39].

Nadie discute que el propietario del sepulcro es el Estado, se debate si se trata de un bien de dominio público o privado del Estado [40].

Fundamentando la postura de que el sepulcro es de dominio público Villegas Basabilvaso considera que toda obra pública construida para utilidad común y ésta pertenece al Estado, tiene la condición jurídica de formar parte del dominio público del Estado [41]. Es decir que los

39 La Municipalidad de La Plata, conforme la ordenanza Nº 7638/90 regula el funcionamiento del cementerio público, lo considera como perteneciente al dominio público, en virtud de establecer que "los particulares no pueden invocar otros derechos que los que derivan del acto administrativo que se las otorgó sin que en ningún caso tales actos administrativos puedan importar enajenación".

40 Botassi, Carlos A., "Cementerios públicos y privados", La Ley, T. 1981-C- Secc. Doctrina, pág. 1057.

41 Villegas Basabilvaso, Benjamín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 4, pág. 397.

derechos que se otorgan sobre las sepulturas son verdaderas concesiones administrativas, las que van a ser otorgadas conforme las reglamentaciones que a los efectos se dicten.

Al ser la naturaleza jurídica del sepulcro una mera concesión regida por el Derecho Administrativo, la misma puede ser otorgada bien sea a título gratuito o bien a título oneroso. Generalmente tal concesión va a ser otorgada con la obligación por parte del titular de la sepultura de abonar una tarifa, la cual fijará el municipio. Distinto es el caso de los cementerios privados en los cuales se abona un precio no una tarifa, y que tal precio necesita de aprobación por parte del municipio [42].

42 Con relación a la policía mortuoria, la misma pertenece siempre al Estado, y por tanto es propio del poder de policía local, todo lo referido a inhumaciones, cremaciones, exhumaciones, etc., que comprenden aspectos de control sanitario, modos de efectuar las inhumaciones (en tierras, en nichos, en osarios comunes, reducciones, etc.), pago de tasas e impuestos, registraciones, etc. Edgardo O. Scotti (h), "Régimen jurídico de los cementerios privados", La Ley 1987-A Secc. Doctrina. Pág. 811

CAPITULO 2
Limitaciones a la propiedad privada por razones de interés público y expropiación

Ariel Bayón y Juan Manuel Gallo

Sumario: 1. El derecho de propiedad. El reconocimiento constitucional y su alcance. 2. El derecho de propiedad y su función social. Las limitaciones a la propiedad privada en razón del interés público. 3. Las limitaciones a la propiedad privada en razón del interés público. El Código Civil y Comercial. La remisión al Derecho Administrativo. 4. Las limitaciones a la propiedad privada en razón del interés público. Su carácter local. Las facultades concurrentes. 5. El interés público en las limitaciones impuestas a la propiedad privada. 6. Las limitaciones a la propiedad privada en razón del interés público y su graduación. 7. Las restricciones, las servidumbres y la expropiación. Nociones conceptuales. 8. Las limitaciones a la propiedad privada en razón del interés público y sus fronteras constitucionales: A. La jerarquía normativa de las limitaciones. B. La razonabilidad y la proporcionalidad. 9. Expropiación: a) Derecho de propiedad. Garantía constitucional, b) Ley declarativa de utilidad pública, c) Indemnización justa y previa, d) Sujetos, e) Expropiación inversa, f) Procedimiento y proceso expropiatorio, g) Abandono de expropiación, h) Desistimiento y caducidad, i) Prescripción, j) Retrocesión

1. El derecho de propiedad. El reconocimiento constitucional y su alcance

Previo a emprender el análisis de las limitaciones a la propiedad privada por razones de interés público y los principales institutos que aquéllas engloban, deviene imprescindible abordar el derecho de propiedad desde la óptica constitucional.

El artículo 14 de la Constitución Nacional consagra el derecho de usar y disponer de la propiedad y en el artículo 17 se reconoce su carácter inviolable [43].

---

43 Constitución Nacional, artículo 14.- *Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.*

Constitución Nacional, artículo 17.- *La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.*

En concordancia:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 75 inc. 12 Const. Nac.), artículo XXIII. – *Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.*

- Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 75 inc. 12 Const. Nac.).- artículo 17 1.- *Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.*

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica (art. 75 inc. 12 Const. Nac.), artículo 21. (Derecho a la Propiedad Privada).- *1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.*

Sobre la base de dichos artículos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado -desde antaño - que *"...las palabras 'libertad' y 'propiedad', comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en el sentido más amplio; y la segunda, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución, o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad…"* [44] [45].

---

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica (art. 75 inc. 12 Const. Nac.), artículo 30 (Alcance de las Restricciones).- *Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.*

- Constitución de la Provincia de Buenos Aires, artículo 10.- *Todos los habitantes de la Provincia son, por su naturaleza, libres e independientes y tienen derecho perfecto de defender y de ser protegidos en su vida, libertad, reputación, seguridad y propiedad. Nadie puede ser privado de estos goces sino por vía de penalidad, con arreglo a la ley anterior al hecho del proceso y previa sentencia legal del juez competente.*

- Constitución de la Provincia de Buenos Aires, artículo 31.- *La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Provincia puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada.*

44 C.S.J.N. Fallos: 145:307, "Bourdieu", año 1925. Con anterioridad, pero en el mismo año (1925) nuestro Máximo Tribunal brindó una definición del derecho de propiedad, recurriendo al concepto

Sin embargo, la extensa definición -que aún se conserva [46]- no significó un obstáculo para que el mismo Tribunal reconozca, como contrapartida y con apoyo en el texto de los artículos 14 y 28 [47], que la *"...Constitución Nacional*

---

elaborado por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos (v. Fallos: 144:219, "Mango").

45 En el orden internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el derecho de propiedad sobre la base del contenido del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos señalando que *"Los "bienes" pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor."* (Caso "Ivcher Bronstein Vs. Perú"; Sentencia de 6 de febrero de 2001).

Resulta oportuno advertir que la C.S.J.N. ha indicado que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puede servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (Fallos: 318:514, "Giroldi", año 1995; *Fallos*, 319:1840, "Bramajo", año 1996; *Fallos*, 323:4130, "Felicetti", año 2000; *Fallos*, 346:698 "Marascalchi Muñiz", año 2023, entre otros).

46 Vgr. C.S.J.N. *Fallos*, 184:137, "Storani de Boidanich", año 1939; *Fallos*, 195:66, "Laplacette", año 1943; *Fallos*, 294:152, "Ventura", año 1976; *Fallos*, 300:143, "Cipollini", año 1978; *Fallos*, 305:1045, "Winkler", año 1983; *Fallos*, 344:3476, "Coihue S.R.L.", año 2021, entre otros.

47 Constitución Nacional, artículo 28.- *Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.*

En concordancia:

- Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 75 inc. 12 Const. Nac.), artículo 29.2.- *En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el*

no consagra derechos absolutos y los derechos constitucionales se gozan conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, las que, si son razonables, no admiten impugnación constitucional" [48].

Hasta aquí se colige que el concepto constitucional de "propiedad" es más amplio que el proveniente del Derecho Civil argentino, el cual se identifica con el derecho real de dominio [49]. Ello pues, mientras este último refiere

---

reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica (art. 75 inc. 12 Const. Nac.), artículo 29 (Normas de Interpretación.).- *Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:*

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica (art. 75 inc. 12 Const. Nac.), artículo 30, op cit.

48 C.S.J.N. *Fallos*, 315:2804, "Aranda", año 1992. Anteriormente *Fallos*, 261:361, "García", año 1965.

49 Código Civil y Comercial, artículo 1941.- *Dominio perfecto. El dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, den-*

a “cosas”, la propiedad constitucional también contempla a los “bienes”.

2. El derecho de propiedad y su función social. Las limitaciones a la propiedad privada en razón del interés público

En consonancia con la relatividad de los derechos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado un fin social en la propiedad privada al sostener que *“... ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de absoluto (toda vez que) un derecho ilimitado sería una concepción antisocial”* [50] [51].

---

tro de los límites previstos por la ley. El dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario.

50 *Fallos*, 136:161, “Ercolano”, año 1923; *Fallos*, 172:21 “Avico”, año 1934; *Fallos*, 289:67, “Brunella Vda. de Weiser”, año 1974; *Fallos*, 322:3255, “Gómez Álzaga”, año 1999, entre otros

Idéntico concepto ha brindado la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien al resolver el caso “Salvador Chiriboga vs. Ecuador” (sent. 6 de mayo de 2008) ha expresado que *“...El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional”.*

51 La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica (art. 75 inc. 12 Const. Nac.) reconoce el

En tal orden, ha reconocido aquel objetivo social de la propiedad en diversos ámbitos [52], afirmando que dicho propósito, con las consecuentes obligaciones con fines de interés público que de él se derivan, abarca -entre otros- *"no sólo la seguridad, moralidad y salubridad públicas sino también la defensa y promoción de los intereses económicos"* [53].

Tal es así que el reconocimiento de la función social constituye una de las limitaciones más relevantes en cuanto al uso y goce de la propiedad. Es decir que, en otros términos, a pesar de la amplitud del concepto de propiedad, el derecho plasmado en la Carta Magna de-

---

fin social de la propiedad privada en su artículo 21 (*op. cit.*), sobre el cual la Argentina ha formulado reserva en los siguientes términos: *I. Reserva: El artículo 21 queda sometido a la siguiente reserva: "El Gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un Tribunal Internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los Tribunales nacionales determinen como causas de 'utilidad pública' e `interés social', ni lo que éstos entiendan por `indemnización justa"'.*

Sin embargo, a la luz de las restantes normas que integran la Convención y los propósitos que la misma persigue, dicha reserva debe ser interpretada con carácter restringido (v. "El derecho de propiedad y los alcances de la reserva realizada por el Estado argentino al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos", Gil Domínguez, Andrés, Sup.Act. 04/02/2003, 2 Cita: TR LALEY AR/DOC/10511/2003).

52 Vgr., en materia impositiva (C.S.J.N. *Fallos*, 286:166, "Acuña Hnos. y Cía., S.R.L.", año 1973; *Fallos*, 322:3255, "Gómez Alzaga", año 1999), de urbanización y planeamiento (C.S.J.N. *Fallos*, 308:2626, "Juillerat", año 1986; *Fallos*, 311:297, "Estrabiz de Sobral", año 1988; como así también la S.C.B.A. en causa B. 63.983, "Servipark S.A.", sent. 9-XII-2009).

53 C.S.J.N. *Fallos*, 247:121, "Cine Callao", año 1960, *Fallos*, 289:67, "Brunella Vda. de Weiser", año 1974.

bió soportar, en el sistema jurídico argentino, las mayores restricciones en razón del bienestar general como así también, en virtud de situaciones de emergencia [54] [55].

Así es como asoma protagonismo el instituto de las limitaciones a la propiedad privada en razón del interés público, las cuales son entendidas como *"...el conjunto de*

54 Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada* (4ta edición Ampliada y Actualizada, año 2008), Tomo 1, pág. 263.

55 Entre aquellas limitaciones que gestaron relevantes precedentes en la C.S.J.N., cabe destacar *Fallos*, 7:150, "Empresa Plaza de Toros", año 1869; *Fallos*, 31:273, "Saladeristas Podestá y otros", año 1887; *Fallos*, 98:20, "Hileret y Rodríguez", año 1903; *Fallos*, 136:161, "Ercolano", año 1922; *Fallos*, 137:47, "Horta", año 1922; *Fallos*, 144:219, "Mango", año 1925; *Fallos*, 150:150, "Cía. Azucarera Tucumana", año 1927; *Fallos*, 171:349, "Cía. Swift de La Plata SA", año 1934; *Fallos*, 172:21, "Avico", año 1934; *Fallos*, 199:466, "Ferrari", año 1944; *Fallos*, 199:483, "Pedro Inchauspe Hnos.", año 1944; *Fallos*, 200:450, "Vicente Martini e Hijos SRL", año 1944; *Fallos*, 239:172, "Belgrano Inmobiliaria SRL y otros", año 1957; *Fallos*, 243:449, "Nadur", año 1959; *Fallos*, 243:467, "Russo", año 1959; *Fallos*, 247:121, "Cine Callao", año 1960; *Fallos*, 269:393, "Empresa Mate Larangeira Mendes SA y otros", año 1967; *Fallos*, 270:374, "Muñiz Barreto de Álzaga y otro, Juana M.", año 1968; *Fallos*, 307:326, "Nordensthol", año 1985; *Fallos*, 308:1848, "Rolón Zappa", año 1986; *Fallos*, 313:664, "Soengas", año 1990; *Fallos*, 313:1513, "Peralta", año 1990; *Fallos*, 313:1638, "Videla Cuello", año 1990; *Fallos*, 316:2624, "Cocchia", año 1993; *Fallos*, 317:1462, "Cassin", año 1994; *Fallos*, 318:1154, "Video Club Dreams", año 1995; *Fallos*, 319:1934, "Irizar", año 1996; *Fallos*, 319:2886 "Brunicardi", año 1996; *Fallos*, 320:1414, "Interguglielmo", año 1997; *Fallos*, 323:1566, "Guida", año 2000; *Fallos*, 325:28, "Smith", año 2002; *Fallos*, 326:417,"San Luis, Provincia de", año 2003; *Fallos*, 327:4495, "Bustos", año 2004; *Fallos*, 325.2059, "Tobar", año 2002; *Fallos*, 329:5913, "Massa", año 2006; *Fallos*, 337:790, "Unión de Usuarios y Consumidores", año 2014 , entre otros.

medidas jurídico-legales concebidas para que el derecho de propiedad individual armonice con los requerimientos del interés público o general, evitando, así, que el mantenimiento de aquel derecho se convierta en una traba para la satisfacción de los intereses del grupo social" [56].

3. Las limitaciones a la propiedad privada en razón del interés público. El Código Civil y Comercial. La remisión al Derecho Administrativo

Las limitaciones al derecho de propiedad, provenientes de las normas que reglamenten su ejercicio como corolario de lo establecido en el artículo 14 de la Constitución Nacional, pueden hallarse destinadas a satisfacer un interés privado o público [57].

Practicar dicha distinción es de suma trascendencia, puesto que del propósito perseguido por las limitaciones (privado o público) derivan consecuencias *sustantivas*, como el régimen jurídico aplicable y la facultad para legislar sobre ellas y *procesales,* en torno a la jurisdicción [58] que debe intervenir ante una contienda.

Ahora bien, responden al primer interés aquellas limitaciones que están orientadas a proteger los derechos de un particular en resguardo de una convivencia social ra-

56 Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo* - Tomo IV "Limitaciones a la propiedad privada en interés público. Policías. Poder de policía. Responsabilidad del Estado". - Cuarta edición actualizada, Abeledo-Perrot, 1987, pág. 19.

57 Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, citado en nota anterior, pág. 27 y sgtes.

58 Federal o local, como así también, la determinación de la competencia material (civil o contencioso administrativo).

zonable, siendo establecidas por las normas del Derecho Privado, particularmente por el Código Civil y Comercial, a través del ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional [59] al Congreso [60].

Por su parte, aquellas que son impuestas en consideración de un interés público [61] se encuentran reguladas en las normas del Derecho Público que, como regla general y por aplicación de los artículos 121 y 122 de la Constitución Nacional [62], deben ser dictadas por las provincias

59 Constitución Nacional, artículo 75: *Corresponde al Congreso:...12. Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.*

60 Badeni, Gregorio, "Reflexiones sobre la propiedad privada", cit.

61 Es decir *"cuando protegen globalmente a la sociedad para el logro de las metas impuestas por el bien común"*, Badeni, Gregorio, "Reflexiones sobre la propiedad privada", cit.

62 Constitución Nacional, artículo 121.- *Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.*

Constitución Nacional, artículo 122.- *Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal.*

en sus respectivas jurisdicciones, sin perjuicio de su regulación por el Estado federal como consecuencia de las potestades concurrentes [63].

Es por ello que, desde la sanción del -entonces- Código Civil [64] se ha reconocido que las limitaciones a la propiedad privada en miras del interés público son una cuestión ajena a dicho cuerpo legal. Precisamente, aquel texto velezano disponía en su artículo 2611 que *"Las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo"* [65] [66].

---

63 Badeni, Gregorio, "Reflexiones sobre la propiedad privada", cit.

64 Ley Nº 340 (1869).

65 Cabe destacar que en la nota al artículo 2611, Vélez Sarsfield remarcó que *"Las restricciones impuestas al dominio por solo el interés público, por la salubridad o seguridad del pueblo, o en consideración a la religión, aunque se ven en casi todos los códigos, son extrañas al Derecho civil. La ley de Partida, por ejemplo, prohíbe que ningún edificio se arrime a las iglesias «porque», dice, «la iglesia es casa santa de Dios». L. 24, tít. 32, Part. 3ª. La ley romana prohíbe edificar cerca del palacio de los príncipes por una razón muy singular: «Nam imperio magna ab universis secreta debentur». Las leyes u ordenanzas sobre la alineación de los edificios, establecimientos de fábricas, bosques propios para la marina, cultivo de tabaco por el estanco de ese ramo de comercio, etc., no crean relaciones de derecho entre los particulares, y no pueden por lo tanto, entrar en un Código Civil.*

Las restricciones al dominio privado en mira de salvar otros derechos de las propiedades contiguas, son principalmente el único objeto de este título. Y si agregamos disposiciones sobre la libre transmisión de los bienes, es en el interés de esos mismos bienes.

En casi todos los códigos y libros de derecho, esas restricciones se cuentan en el número de las servidumbres, lo que es equivocar los antecedentes indispensables y todas las condiciones de las servidumbres. Las restricciones y límites que en este título imponemos al dominio, son recíprocamente impuestos a los propietarios vecinos por su interés respectivo, y no suponen una heredad dominante, ni

Lógicamente, el actual Código Civil y Comercial no introdujo modificaciones sobre el punto, en tanto su artículo 1970 [67] conservó la sustancia de aquel texto original [68]. Sin embargo, la ocasión permitió subsanar una cuestión terminológica de antigua data: el término "restricciones" fue sustituido por el vocablo "limitaciones", a fin de que aquél se encuentre subsumido en este último, a razón de la relación género-especie que existe entre ellos [69].

---

una heredad sirviente. Estas disposiciones no tienen en realidad otro objeto que el de determinar los límites en los cuales debe restringirse el ejercicio normal del derecho de propiedad, o de conciliar los intereses opuestos de los propietarios vecinos".

66 La remisión hacia el Derecho Administrativo fue convalidada desde sus orígenes por la C.S.J.N. en *Fallos*, 17: 470, "Presidente de la Comisión de Aguas Corrientes, Cloacas, etc. de la Ciudad de Buenos Aires", Año 1876 y *Fallos*, 31: 273, "Podestá y otros", año 1887, entre otros.

67 Código Civil y Comercial, artículo 1970.- *Normas administrativas. Las limitaciones impuestas al dominio privado en el interés público están regidas por el derecho administrativo. El aprovechamiento y uso del dominio sobre inmuebles debe ejercerse de conformidad con las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.*

Los límites impuestos al dominio en este Capítulo en materia de relaciones de vecindad, rigen en subsidio de las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.

68 Sin perjuicio de ello, cabe destacar que *"El código anterior decía que las limitaciones fundadas "sólo" en el interés público se rigen por el derecho administrativo. Se eliminó la palabra "sólo", ya que no era exacto, pues el derecho público local, regula también cuestiones atinentes al interés de los vecinos."* (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial comentado*, primera edición, 2015, Rubinzal-Culzoni, Tomo IX, pág. 289).

69 Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo,* cit., pág. 22.

4. Las limitaciones a la propiedad privada en razón del interés público. Su carácter local. Las facultades concurrentes

Hasta aquí la cuestión no genera mayores incertidumbres, en tanto de ser un fin público el contenido en la limitación impuesta a la propiedad privada, será el Derecho Administrativo su materia regulatoria, la cual es esencialmente local, como consecuencia de nuestro sistema federal de gobierno, en cuyo mérito las provincias conservan todo el poder no delegado en ella al constituir la unión nacional [70] y son quienes se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas [71].

Sin embargo, las circunstancias determinarán si el Derecho Administrativo aplicable ante una determinada limitación obedece a una cuestión nacional o estrictamente local. Ello pues, cuando la Nación precisa ejercitar potestades de carácter administrativo a fin de cumplir con los fines puestos a su cargo por la Constitución Nacional, se encuentra facultada para hacerlo [72]. En este orden de co-

70 Conf. Constitución Nacional, art. 121, op. cit.

71 Conf. Constitución Nacional, art. 122, op. cit.

72 Ello ha sucedido en el precedente "Las Mañanitas S.A" (*Fallos*, 332:1704, año 2009) en donde la la C.S.J.N. resolvió en instancia originaria una controversia en la que examinó y decidió diversas cuestiones vinculadas con los derechos propietarios en el camino de sirga (art. 2639 Cód. Civ.), al que lo caracteriza como "restricción" (Consid. 19).

Gelli, tras recordar que *"...el Art. 31 de la Constitución establece el bloque de constitucionalidad federal por sobre el derecho local, es decir, la jerarquía superior de las normas que integran el bloque federal por sobre las constituciones y normativas provinciales…"* destaca que al declararse la inconstitucionalidad de la norma provin-

cial involucrada en el caso, se *"... preservó , a su vez, la supremacía del orden federal -en el caso, las disposiciones del Código Civil- y los derechos propietarios, garantizados por Art. 17 de la Constitución Nacional."* (v. Gelli, María Angélica, *"El principio de supremacía federal y los derechos propietarios en el Camino de Sirga en el caso 'Las mañanitas'"*, Publicado en: Sup. Const- 2010 (febrero), 27 • La Ley 2010-A , 437; Cita Online: AR/DOC/328/2010).

Precisamente, en dicho precedente, el Alto Tribunal señaló *"19) Que si bien es indiscutible que los estados provinciales han conservado las facultades atinentes a la determinación de los fines de interés público que justifican la sanción de sus leyes (artículos 121, 122 y 124 de la Constitución Nacional), y que las restricciones que se imponen al dominio privado sólo en base a ese interés general son regidas por el derecho administrativo (artículo 2611 del Código Civil), también lo es que las provincias, bajo la invocación del ejercicio de esas facultades, no pueden alterar la esencia de los institutos regulados por los códigos de fondo estableciendo exigencias que los desnaturalizan.*

20) Que el derecho de propiedad, la regulación del dominio, no es un instituto propio del derecho público local, sino un derecho tan general que ha justificado su regulación desde la Nación mediante la atribución que al efecto le fue conferida al legislador nacional por medio del artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional.

21) Que al haber atribuido a la Nación la facultad de dictar el Código Civil, los estados locales han admitido la prevalencia de las leyes del Congreso y la necesaria limitación de no dictar normas que las contradigan (Fallos: 176:115; 226:727; 235:571; 275:254: 311:1795; 320:1344).

22) Que ello no importa desconocer que las provincias conservan todo el poder no delegado en la Constitución al gobierno federal (Fallos: 322:2817, entre muchos otros), sino determinar el alcance del que sí lo ha sido, para lo cual debe tenerse presente que la referida legislación tuvo por finalidad el logro de un sistema homogéneo de leyes que, sin desmerecer el poder de los estados provinciales, generara los fuertes lazos de unidad que resultan necesarios para que exista una misma identidad.

23) Que de tal manera no puede ser convalidada la norma local frente a la regulación de la propiedad que instituye el Código Civil,

sas, como principio, la determinación de la competencia federal o provincial, en materia administrativa, depende, primordialmente, de la determinación acerca de si está, o no, en juego una finalidad de carácter nacional [73],

Dicha circunstancia no genera una controversia entre las autoridades federales y locales dado que, de conformidad con los artículos 121 y 122 de la Constitución Nacional, estas últimas tienen la facultad de dictar limitaciones administrativas de manera de satisfacer el interés general que a ellas les incumbe proteger, ello pues, vale reiterar, el ejercicio de estas facultades no vulnera las garantías consagradas en la Constitución Nacional, en tanto el derecho de propiedad no reviste carácter absoluto y es susceptible de razonable reglamentación [74].

A su vez, es el marco del federalismo de concertación [75],

---

ya que las provincias carecen de facultades para establecer normas que se aparten de la referida legislación (Fallos: 175:300; 176:115; 193:157; 203:274; 284:319; 285:209; 320:1344; 326:3899)....".

73 Comadira, Julio R., *Derecho Administrativo*, pág. 316, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1996. Concretamente, en materia de servidumbre, el citado autor señala que la potestad para su creación ha de depender de la ubicación del respectivo bien y de la finalidad a que responden aquéllas. Cuando la limitación opera sobre un bien sito en territorio federal o sobre un predio ubicado en una provincia, pero que persigue una finalidad nacional, se encontrará facultado para crear la servidumbre, el Estado federal. (ob. cit. pág. 318; v. P.T.N. Dictamen 246:622).

74 Conf. doctr. C.S.J.N. *Fallos*, 277:313, "Río Belén, S.A.C.I.I. y A.", año 1970; *Fallos*, 308:2626, "Juillerat", año 1986; *Fallos*, 320:222, "Mar de Ostende", año 1997 y *Fallos*, 347:18, "Mercau" año 2024.

75 La C.S.J.N. en los autos "Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia de Buenos Aires" (*Fallos*, 347:1288,

que permite la interacción articulada de los diversos Estados provinciales y el Estado federal en el ejercicio de sus respectivas competencias constitucionales, respecto de lo cual el Máximo Tribunal ha sostenido que para considerar inconciliables los poderes concurrentes debe mediar una repugnancia efectiva entre una y otra facultad, la nacional y la provincial, en cuyo caso y siempre que la atribución se haya ejercido por la autoridad nacional dentro de la Constitución, prevalecerá el precepto federal, por su carácter de Ley Suprema [76].

Desde la perspectiva estrictamente local, resulta de interés señalar que en nuestro Derecho Público provin-

---

año 2024) recordó "*4°) Que al ser el federalismo un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no se conducen aisladamente, sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una interacción articulada (Fallos: 344:251; 340:1695), evitando que confronten unas con otras (Fallos: 344:809, considerando 4° del voto de los jueces Maqueda y Rosatti). Así, este principio rector del federalismo argentino implica asumir una conducta federal leal que tome en consideración los intereses del conjunto federativo, para alcanzar cooperativamente la funcionalidad de la estructura federal in totum (Fallos: 340:1695). En el contexto referido, 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 (Fallos: 344:809, voto de los jueces Maqueda y Rosatti)".*

76 C.S.J.N. *Fallos*, 137:212, "Griet Hermanos", año 1922; *Fallos*, 300:402, "Schaffhausen Sociedad Inmobiliaria", año 1978; *Fallos*, 315:1013, "Leiva", año 1992 y *Fallos*, 322:2862, "Líneas de Transmisión del Litoral S.A. (LITSA)", año 1999

cial, los municipios cuentan con potestades consagradas constitucionalmente para elaborar normas generales, sobre las actividades de interés local desarrolladas en el ámbito de su competencia territorial [77].

Tal como enseña la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, la restricción consagrada en el artículo 14 de la Constitución Nacional se concreta a través del llamado "poder de policía" [78], que constituye la facultad de reglamentar y, por consiguiente, de limitar el ejercicio de los derechos individuales en beneficio de la comunidad. Así concebido, como función normativa -reglamentaria- este poder es ejercido dentro de las respectivas atribuciones por los poderes Legislativo y Ejecutivo y también por las municipalidades, mediante la sanción de leyes, decretos y ordenanzas, respectivamente [79].

En este contexto, las facultades de los municipios se encuentran determinadas no sólo por el constituyente

77 S.C.B.A. Causa I.75.873 "Carlos E. Iturriaga e Hijos S.A." Res. 23-II-2022, con cita de doct. causa I. 2043, "Masil", sent. de 15-3-2000.

78 *"...el poder de policía -o norma de policía- consiste en una medida coactiva ajustada a derecho y que tiende a compatibilizar los intereses particulares con los de la comunidad, en tanto la policía es la puesta en marcha de tal limitación de derechos o imposición de obligaciones, traducidas en potestades jurídicas que el ordenamiento atribuye al Estado."* (S.C.B.A., causa B. 63.983, "Servipark S.A.", sent. 9-XII-2009).

79 Conf. S.C.B.A. causas I. 1018, "Delta Plata", sent. del 5-VI-1979; B. 46.950, "Delco", sent. del 11-II-1980; I. 1583, "Municipalidad de Bahía Blanca", sent. del 8-VII-1997; B. 57.195, "Droguería Suizo Argentina S.A.", sent. del 14-VI-2000; B. 53.836, "Cadegua Sociedad Anónima", sent. del 21-III-2001; "Servipark S.A.", B. 63.983, sent. 9-XII-2009, entre otras

sino también por el legislador, pudiendo serles atribuidas en forma exclusiva o en concurrencia con otros entes territoriales o servicios estatales, como propias o delegadas por el Estado provincial.

Cabe distinguir entonces entre las potestades públicas (la función) y los cometidos o actividades concretas (la materia) que pueden ejercer los gobiernos municipales. La función legislativa (poder jurídico de dictar normas de carácter general y por tanto obligatorias para sus habitantes, como ordenanzas) sólo puede ejercerse respecto de ciertas actividades de interés local y dentro del ámbito de su competencia [80].

En este sentido, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires le adjudica al régimen municipal *"la administración de los intereses y servicios locales"* [81]; enumera -en forma no taxativa- [82] entre sus atribuciones, el ornato y la salubridad, la beneficencia, los asilos de inmigran-

80 Conf. Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1953, I-252 y Martins, Daniel, "El municipio y su problemática contemporánea (Facultades y atribuciones del gobierno municipal)", El Derecho, t. 116, 6-I-1986, ambos autores citados por S.C.B.A. en causa B. 63.983, "Servipark S.A.", sent. 9-XII-2009.

81 Constitución de la Provincia de Buenos Aires, artículo 190.- *La administración de los intereses y servicios locales en la Capital y cada uno de los partidos que formen la Provincia, estará a cargo de una Municipalidad, compuesta de un departamento ejecutivo unipersonal y un departamento deliberativo, cuyos miembros, que no podrán ser menos de seis ni más de veinticuatro, durarán cuatro años en sus funciones, renovándose cada dos años por mitad y serán elegidos en el mismo acto que se elijan los senadores y diputados, en la forma que determine la ley.*

82 Conf. S.C.B.A. en causa I.75.873 "Carlos E. Iturriaga e Hijos S.A." Res. 23-II-2022.

tes, las cárceles locales y la vialidad pública [83] y reconoce la facultad de *"dictar ordenanzas y reglamentos dentro de estas atribuciones"* [84].

Consecuentemente, la Ley Orgánica de las Municipalidades (Decreto Ley Nº 6769/58 y sus modificatorias) instituye que las ordenanzas deben regular las cuestiones relativas a *"...ornato, sanidad, asistencia social, seguridad, moralidad, cultura, educación, protección, fomento, conservación y demás estimaciones encuadradas en su competencia constitucional que coordinen con las atribuciones provinciales y nacionales"* (art. 25, Dec. Ley cit.) para luego estipular -de modo enunciativo- [85] el conjunto de atribuciones asignadas a la función deliberativa [86] cu-

83 Constitución de la Provincia de Buenos Aires, artículo 192. *Son atribuciones inherentes al régimen municipal, las siguientes:* (...) 4.- *Tener a su cargo el ornato y salubridad, los establecimientos de beneficencia que no estén a cargo de sociedades particulares, asilos de inmigrantes que sostenga la Provincia, las cárceles locales de detenidos y la vialidad pública.*

84 Constitución de la Provincia de Buenos Aires, artículo 192. *Son atribuciones inherentes al régimen municipal, las siguientes:* (...) *Dictar ordenanzas y reglamentos dentro de estas atribuciones.*

85 El carácter enunciativo surge del inciso 28 del artículo 27 (Texto según Dec-Ley 9117/78) de la Ley Orgánica de las Municipalidades el cual prescribe *"... Y toda otra materia vinculada a los conceptos y estimaciones contenidas en el artículo 25".*

86 Entre las atribuciones reglamentarias que se asignan a la función deliberativa por el artículo 27 (Texto según Dec-Ley 9117/78) de la Ley Orgánica de las Municipalidades se encuentran: *"...1.- La radicación, habilitación y funcionamiento de los establecimientos comerciales e industriales, en la medida que no se opongan a las normas que al respecto dicte la Provincia y que atribuyan competencia a organismos provinciales. 2.- El trazado, apertura, rectificación, construcción y conservación de calles, caminos, puen-*

tes, túneles, plazas y paseos públicos y las delineaciones y niveles en las situaciones no comprendidas en la competencia provincial. 3.- La conservación de monumentos, paisajes y valores locales de interés tradicional, turístico e histórico. (...) *6.- La instalación y el funcionamiento de abastos, mataderos, mercados y demás lugares de acopio y concentración de productos y de animales, en la medida que no se opongan a las normas que al respecto dicte la Provincia y que atribuyan competencia a organismos provinciales.* (...) *8.- Las condiciones de higiene y salubridad que deben reunir los sitios públicos, los lugares de acceso público y los baldíos. 9.- La instalación y el funcionamiento de establecimientos sanitarios y asistenciales; de difusión cultural y de educación física; de servicios públicos y todo otro de interés general en el partido, en la medida que no se opongan a las normas que al respecto dicte la Provincia. 10.- La elaboración, transporte, expendio y consumo de materias o artículos alimentarios, exigiendo el cumplimiento de las condiciones higiénico-sanitarias, bromatológicas y de identificación comercial que establezcan las normas de aplicación, así como también el certificado de buena salud de las personas que intervengan en dichos procesos.* (...) *17.- La prevención y eliminación de las molestias que afecten la tranquilidad, el reposo y la comodidad de la población, en especial las de origen sonoro y lumínico, así como las trepidaciones, la contaminación ambiental y de los cursos de agua y el aseguramiento de la conservación de los recursos naturales. 18.- El tránsito de personas y de vehículos públicos y privados en las calles y caminos de jurisdicción municipal, atendiendo, en especial a los conceptos de educación, prevención, ordenamiento y seguridad, así como en particular, lo relativo a la circulación, estacionamiento, operaciones de cargas y descargas, señalización, remoción de obstáculos y condiciones de funcionamiento de los vehículos, por medio de normas concordantes con las establecidas por el Código de Tránsito de la Provincia. 19.- La ubicación, habilitación y funcionamiento de guardacoches, playas de maniobras y de estacionamiento.* (...) *21.- El patentamiento de vehículos que circulen por la vía pública, que no estén comprendidos en regímenes nacionales o provinciales. 22.- El transporte en general y, en especial, los servicios públicos de transporte de pasajeros, en cuanto no sean materia de competencia nacional o provincial. 23.- Los servicios de vehículos de alquiler*

yas ordenanzas pueden ser reglamentadas mediante la competencia asignada al Departamento Ejecutivo, quien debe operativizarlas y hacerlas cumplir (art. 108, inc. 3 y 17 Dec. Ley cit.) [87].

Ante ello, la casuística determinará si las limitaciones impuestas por la provincia o municipios lo son en el legítimo ejercicio de facultades propias o concurrentes que la autorizan, con fundamento en las atribuciones para reglamentar los derechos (en el caso de propiedad), las que sólo pueden ser reputadas en contradicción con las ejercidas por la autoridad nacional cuando median condiciones que las tornen inconciliables [88].

5. El interés público en las limitaciones impuestas a la propiedad privada

Como se señalara, el artículo 1970 del Código Civil y Comercial prevé -en su primer párrafo- que se encuentran regidas por el Derecho Administrativo aquellas limitaciones que son impuestas al dominio privado en razón del "interés público".

---

y sus tarifas. 24.- La construcción, ampliación, modificación, reparación y demolición de edificios públicos y privados, así como también sus partes accesorias. 25.- Lo referente a las propiedades ribereñas y condominio de muros y cercos. (...) *…".*

87 Ley Orgánica de las Municipalidades (Decreto Ley Nº 6769/58 y sus modificatorias), artículo 108: *Constituyen atribuciones y deberes en general del Departamento Ejecutivo:...3.- Reglamentar las ordenanzas…17.- (Inciso Incorporado por Ley 14180) Ejercer las demás atribuciones y cumplir los deberes inherentes a la naturaleza de su cargo o que le impongan las leyes de la Provincia.*

88 C.S.J.N. *Fallos*, 315:1013, "Leiva", año 1992, *Fallos*, 322:2780, "Bodegas y Viñedos Rubino Hnos. S.A.C.I.F.A.", año 1999.

Ello torna imprescindible abordar el alcance de la expresión, puesto que la ausencia de aquel "interés público" relegará la aplicación exclusiva [89] del Derecho Administrativo.

---

89 Cuadra destacar que el segundo párrafo del artículo 1970 del Código Civil y Comercial prevé que *"Los límites impuestos al dominio en este Capítulo en materia de relaciones de vecindad, rigen en subsidio de las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción"*.

Ante ello, cabe precisar que *"...las limitaciones al dominio privado en miras de salvar otros derechos de las propiedades contiguas son el objeto principal de este capítulo* (en referencia al Capítulo 4 "Límites al dominio"). *Estas disposiciones no tienen en realidad otro objeto que el de determinar los límites en los cuales debe restringirse el ejercicio normal del derecho de dominio, o de conciliar los intereses opuestos de los propietarios vecinos.*

Se puede decir, entonces, que limitaciones al dominio son las normas legales (nunca convencionales) que regulan ese derecho real; compatibilizando los derechos y obligaciones que por igual gozan los hombres en sus relaciones de vecindad (en interés predominantemente privado), o en miras de un interés público, para armonizar el derecho privado o individual con el interés general o colectivo.

Es decir, pues, que existen limitaciones fundadas en "relaciones de vecindad" y limitaciones de dominio "en consideración a un interés público …" (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial comentado*, cit., pág. 285).

"Las limitaciones de que trata el Código son, como se dijo, las fundadas en razones de vecindad; en cambio, las limitaciones en interés público son creadas en razones de comunidad. En las primeras hay interés privado; en las segundas un interés público. En las del Código prevalece el elemento individual; en las de interés público, el elemento social, aunque esta división no es estricta.

Además, como se dijo, aquellas que regula el Código en materia de vecindad son subsidiarias de lo que dispongan las normas locales…" (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial comentado*, op. cit., pág. 287).

Junto con ello, cabe remarcar que en lo que respecta al significado de la reforma, el *"...Código anterior decía que las limitaciones fundadas "sólo" en el interés público se rigen por el derecho administrativo". Se eliminó la palabra "sólo", ya que no era exacto pues, el*

Previo a continuar, es necesario advertir que la expresión integra los denominados *"conceptos jurídicos indeterminados"* los que, de acuerdo al Alto Tribunal, imponen un análisis casuístico *"ponderando las circunstancias propias del supuesto examinado en todos sus aspectos y conjuntamente, lejos de cualquier aplicación mecanicista y con la flexibilidad necesaria para su adecuación a las complejas circunstancias humanas"* [90].

A la par de ello, el Máximo Tribunal ha brindado una pauta hermenéutica para la comprensión del término "interés público", señalando que la tarea interpretativa debe implicar *"una relación de supremacía general presidida por razones de interés general de la comunidad"* [91]; como así también lo ha condicionado [92] y conceptualizado

---

derecho público, local, regula también cuestiones atinentes al interés de los vecinos (...).

El Código aclara, como lo sostenía la doctrina, que las normas que regulan cuestiones de vecindad también son supletorias de las normas administrativas." (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial comentado*, op. cit., pág. 289).

90 C.S.J.N., *Fallos*, 330:834, "Arcángel Maggio S.A.", año 2007.

91 C.S.J.N. *Fallos*, 316:1335, "Cachau", año 1993.

92 Así lo destaca SACRISTÁN, Estela B, en su artículo "El concepto de interés público en la ley 26.854" (Publicado en: Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853 23/05/2013 , 145 Cita: TR LALEY AR/DOC/1964/2013) al citar diversos pronunciamientos de la C.S.J.N. en los que ha expresado que el interés público es de fuente legal formal (*Fallos*, 228: 359, "Migone", año 1954), debe ser claro (*Fallos*, 214: 547, "Servicios Aéreos Cruzeiro Do Sul Ltda.", año 1949), suficiente (*Fallos*, 216: 701, "EI Indio S.A. Agrícola Ganadera", año 1950), proporcional al interés individual (*Fallos*, 185: 105, "Piria", año 1939) o proporcional a la restricción al derecho (*Fallos*, 312: 496, "Portillo" año 1989; *Fallos*, 199: 483, "Pedro Inchauspe Hermanos", año 1944; *Fallos*, 214: 61, "Solive-

ante casos concretos [93].

llas" año 1949; *Fallos*, 262: 205, "Jorda de Fernández Márquez", año 1965; *Fallos*, 269: 293, "Centro de Estudiantes de Ciencias Económicas", año 1967; *Fallos*, 269: 416, "D'Aste", año 1967; *Fallos*, 292: 517, "Medaglia (h.)" año 1975; *Fallos*, 308: 814, "Krayacich", año 1986).

93 Silva Tamayo, Gustavo E. en su artículo "La defensa del interés Público" (Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado | Mayo 2023 | Año 7 Nº 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) | pp. 74-95) resalta que *"En lo que respecta a la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, resulta notable de apreciar que registra a lo largo de nuestra historia institucional variopintos pronunciamientos en los cuales: 1) identificó el 'interés público' con la noción de 'orden público' para justificar la reducción del interés y la prórroga del plazo para el pago del capital por parte de los deudores hipotecarios que preveía la Ley N° 11.741 ('Avico c/De la Pesa'* - C.S.J.N. *Fallos*, 172:21 , año 1934-*); 2) lo asimiló al bienestar general, de carácter circunstancial y derivado del examen de los hechos en cada caso particular y concreto en materia de poder tributario ('Bodegas y Viñedos Arizu S.A. v. Nación Argentina'* - *Fallos*, 188:56, año 1940)*; 3) utilizó la figura para justificar la adopción de medidas de emergencia tendientes a su salvaguarda ('Peralta'* - C.S.J.N. *Fallos*, 313:1513, 1990)*; o bien, 4) avaló la revocación por razones de oportunidad de la adjudicación de una estación de radiodifusión llevada a cabo por el último gobierno de facto, fundando la medida en una 'oposición cierta en las fuerzas vivas de la comunidad…malestar público que constituyó el presupuesto fáctico de la revocación' con lo cual, implícitamente, dejó sentado el carácter mutable y dinámico del interés público ('El Jacarandá S.A. s/juicio de conocimiento'* - C.S.J.N. *Fallos*, 328: 2654, año 2005). *Finalmente, en 'Arriola', remitió a las pautas interpretativas sentadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su Opinión Consultiva Nº 5/86, respecto al bien común, para describirlo '…como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo*

Sin embargo, a pesar de la complejidad [94], algunos autores han brindado diversas definiciones sobre el "interés público" [95], encontrándose -entre otras- la elaborada

personal y la mayor vigencia de los valores democráticos' sin dejar de señalar '…la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de orden público y bien común, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos' (C.S.J.N. *Fallos*, 332: 1963, año 2009).

Cuadra añadir que como lo destaca SACRISTÁN, Estela B., en su artículo "El concepto de interés público en la ley 26.854" (op. cit.), el interés público también ha sido caracterizado como guía de la función social de la propiedad (C.S.J.N. *Fallos*, 289:67, "Brunella Vda. de Weiser", año 1974) y sumado al bienestar general, ha sido considerado como lo opuesto al interés privado (C.S.J.N. *Fallos*, 303: 1661, "Panamérica S.A. Distribuidora de Inversiones", año 1981).

94 Así lo destaca MUÑOZ, Guillermo A., en su trabajo "El interés público es como el amor" en Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo N° 8.

95 También ha aproximado una definición la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien a través de su Opinión Consultiva N° 6/86 expuso: "*29. El requisito según la cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del 'bien común' (art. 32.2), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es 'la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad' ('Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre' (en adelante 'Declaración Americana'), Considerandos, párr. 1)*".

por el doctrinario Héctor J. Escola [96] quien enseña que el "bienestar general" al que se refiere no sólo el Preámbulo de la Constitución Nacional, sino que se efectiviza en todo su articulado, halla su correlato jurídico en el "interés público", entendido no sólo como la suma de una serie de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, sino también como el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en el cual la mayoría de los individuos reconocen también, un interés propio y directo [97].

6. Las limitaciones a la propiedad privada en razón del interés público y su graduación

La conceptualización del dominio prevista en el Código Civil y Comercial y su cuerpo antecesor, radica bajo las notas que lo caracterizan como un derecho absoluto [98], exclusivo [99] y perpetuo [100], lo cual evidencia un desacierto ante el plexo normativo argentino [101].

---

96 Escola, Jorge, *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo,* Depalma, Buenos Aires, 1989, ps. 31-32.

97 Para abordar otras definiciones, ver Silva Tamayo, Gustavo E., "La defensa del interés público" (op. cit.).

98 Código Civil: artículos 2506 y 2518. Código Civil y Comercial: artículos 1941 y 1945.

99 Código Civil: artículo 2508. Código Civil y Comercial: artículo 1943.

100 Código Civil: artículo 2510. Código Civil y Comercial: artículo 1942.

101 Villegas Basavilbaso, Benjamín, "Restricciones administrativas de la propiedad". Publicado en La Ley 3, 146 Cita: TR LALEY

Sucintamente, a fin de no apartarnos del análisis constitucional y legal que aquí nos propusimos, corresponde destacar que el dominio:

a) no es absoluto [102] [103] en tanto, como derecho, se encuentra sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio, dentro de las cuales no sólo se encuentran las concernientes al Derecho Administrativo [104] sino también las propias del Derecho Civil [105].

b) no es exclusivo, por cuanto la propiedad tiene limi-

AR/DOC/554/2012.

102 C.S.J.N. *Fallos*, 136:161, "Ercolano", año 1923; *Fallos*, 172:21 "Avico", año 1934; *Fallos*, 289:67, "Brunella Vda. de Weiser", año 1974; C.S.J.N. *Fallos*, 315:2804, "Aranda", año 1992, entre otros.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que *"61. El derecho a la propiedad no es un derecho absoluto, pues en el artículo 21.2 de la Convención se establece que para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, practicarse según los casos y las formas establecidas por la ley y efectuarse de conformidad con la Convención"* (Caso "Salvador Chiriboga vs. Ecuador", Sentencia de 6 de mayo de 2008).

103 Bielsa, Rafael, en su artículo "Caracteres y extensión del derecho de propiedad", (JA, 17-16 y ss.) ya sostenía por el año 1925 que *"...de 'absoluto' es de lo que menos tiene el derecho de propiedad"*.

104 Conf. Código Civil y Comercial, art. 1970, op. cit.

105 Vgr. Código Civil y Comercial, artículo 10.- *Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.*

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

taciones, en virtud de las cuales su uso y goce es compartido por otros sujetos distintos del propietario [106] [107] y,

c) tampoco es perpetuo, puesto que los particulares [108] como el Estado [109], pueden extinguir el derecho bajo la satisfacción de determinadas condiciones.

Ahora bien, el análisis del alcance de la reglamentación dictada por los órganos en virtud de lo dispuesto en la Constitución Nacional (art. 14) es de suma relevancia, en tanto el grado de incidencia que aquélla refleje sobre los caracteres de la propiedad [110] determinará a cuál de

---

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

Código Civil y Comercial art. 1941 *Dominio perfecto. El dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley….*

106 Villegas Basavilbaso, Benjamín, "Restricciones administrativas de la propiedad", cit.

107 Servidumbres civiles (vgr. servidumbre forzosa, Código Civil y Comercial, art. 2166) y administrativas (conf. Código Civil y Comercial, art. 1970).

108 Vgr. Código Civil y Comercial, 1942.- *Perpetuidad. El dominio es perpetuo. No tiene límite en el tiempo y subsiste con independencia de su ejercicio. No se extingue aunque el dueño no ejerza sus facultades, o las ejerza otro, excepto que éste adquiera el dominio por prescripción adquisitiva.*

109 Vgr. a través del instituto de la expropiación (Conf. arts. 17 y 31 de la Constitución Nacional y Provincial, respectivamente; Ley Nacional Nº 21.499 y Ley Provincial Nº 5708)-

110 Cuadra recordar que mientras las restricciones afectan el carácter absoluto de la propiedad, la servidumbre y la expropiación

las especies -dentro del género de las limitaciones a la propiedad privada en razón del interés público- se corresponde.

Esta circunstancia constituye el punto de partida, en tanto existen "intromisiones estatales autorizadas" [111] que dan lugar a una indemnización, mientras que otras no justifican una reparación.

No obstante, las mayores complejidades e incertidumbres entre las líneas divisorias de las distintas especies de limitaciones, se asoman cuando las normas reglamentarias del derecho de propiedad poseen contornos imprecisos. Principalmente, ante los casos concretos, cuando se recurre al uso de alguna de las limitaciones normadas por el ordenamiento jurídico, mas en su aplicación práctica se exceden los márgenes propios de la especie utilizada [112].

---

inciden -respectivamente- sobre la exclusividad y perpetuidad de aquélla.

111 C.S.J.N. *Fallos*, 312:659 "Motor Once SAC e I.", año 1989

112 En la causa "Zorrilla" (*Fallos*, 336:1390, año 2013), la C.S.J.N. confirmó la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala V) que admitió la demanda de expropiación irregular promovida por los actores contra el Estado Nacional, señalando que *"...si bien la es cierto que del esquema contemplado por la ley 12.665 y su decreto reglamentario no se sigue que la declaración de "monumento histórico-artístico" traiga aparejada, por sí sola, la obligación del Estado Nacional de expropiar cada cosa que se declare comprendida en su régimen, los elementos adjuntados a la causa resultan demostrativos de que la declaración contenida en la ley 25.317, y las circunstancias que siguieron a tal decisión, no implicaron una simple restricción al derecho de propiedad de los actores sino un verdadero cercenamiento de ese derecho pues operaron como un evidente obstáculo para que pudieran disponer libremente del inmueble".*

En tal sentido, cuadra poner de resalto que en las limitaciones de interés público, se hace retroceder el ejercicio absoluto y exclusivo del derecho de propiedad privada (restricciones y servidumbres administrativas), hasta donde lo exija el interés general concretado en las necesidades administrativas [113] y si *"...so capa de restricción se lleva a la propiedad una perturbación gravosa, ésta no*

En la causa "Rossi" (CSJ 179/2012 (48-R)/CS1, año 2014) la C.S.J.N. confirmó la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala I) que había considerado como una servidumbre administrativa a la restricción permanente para urbanizar y darle un uso industrial a un inmueble a raíz de la instalación en un predio contiguo y a menos de 400 metros de una planta de almacenamiento de gas natural para aplanamiento de picos de consumo. El Alto Tribunal consideró que *"el sacrificio que éstos (los titulares del inmueble) debieron soportar en su dominio excede los límites al ejercicio normal u ordinario de su derecho de propiedad, pues la carga que se les impone es en bien del público, para evitar el deterioro de su salud y modo de vida"*.

En la más reciente causa "Mercau" (*Fallos*, 347:18, año 2024) la C.S.J.N. dejó sin efecto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de San Luis que desestimó la demanda deducida por los propietarios de un inmueble que solicitaron la inconstitucionalidad de las normas que declararon su predio como "Reserva Natural Protegida" prohibiendo los loteos o construcciones y permitiendo únicamente un uso turístico y peticionaron el pago de una indemnización.

Para así decidirlo, el Máximo Tribunal de la Nación recordó que si bien las restricciones administrativas no justifican por sí solas el derecho a la indemnización, ello no puede significar desnaturalizar el derecho de propiedad a tal punto que impida completamente su ejercicio. De este modo, concluyó que la declaración de reserva natural sobre el predio de los actores ostentaba un carácter y una extensión tales que desnaturalizaban el ejercicio del derecho en cuestión.

113 Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, Tomo III, El Ateneo, 4a. edición, 1947, n° 659, p. 381.

será restricción sino 'servidumbre', o 'expropiación', con las consecuencias jurídicas del caso: invalidez o pago de indemnización, si el administrado consiente la restricción" [114] [115].

Al margen de dicha circunstancia que dependerá del análisis en concreto, deviene imprescindible rememorar sucintamente los principales institutos que integran el género limitaciones. Circunscribiremos tal repaso a las restricciones, las servidumbres y finalmente, en un abordaje independiente, la expropiación.

7. Las restricciones, las servidumbres y la expropiación. Nociones conceptuales

A. Las restricciones administrativas, también llamadas meras restricciones, en su condición de especie dentro del género en el que se agrupan las limitaciones a la propiedad privada en interés público, son aquellas que *"....no trasuntan ni implican una carga impuesta a la*

---

114 Linares, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, 2da. reimpresión, año 2007, Astrea, pág. 488.

En similar sentido, Villegas Basavilbaso, Benjamín, enseña: *"¿Cuál es, entonces, la extensión de las restricciones? La restricción no puede en caso alguno, -para conservar su propia naturaleza jurídica-desnaturalizar el derecho de propiedad, por cuanto dejaría de ser restricción, para transformarse en servidumbre, o en expropiación. La restricción nunca desintegra ni disminuye el derecho de propiedad. La extensión está determinada por la necesidad de la actividad administrativa, y ésta a su vez por el derecho de propiedad que no debe ser desintegrado.*" (en "Restricciones administrativas de la propiedad" cit.).

115 Es decir, en otros términos, cuando bajo el ropaje del *nomen iuris* se pretende ignorar una pauta constitucional que, en suma, vela por la integridad del derecho de propiedad.

propiedad privada. Técnicamente, no apareja 'sacrificio' alguno para el propietario. Sólo consiste en la fijación de límites al ejercicio normal u ordinario del derecho de propiedad. No implica avance, lesión ni deterioro alguno a este derecho: no hay desmembramiento de éste. Tal es la esencia de la restricción administrativa, o sea constituye una 'condición normal del ejercicio del derecho de propiedad' (conforme Marienhoff, Miguel, 'Tratado de Derecho Administrativo', Tomo IV, Cuarta Edición Actualizada, Abeledo Perrot, página 45 y ss)" [116].

En esta inteligencia, tales medidas limitativas constriñen la amplitud del derecho de los particulares, quienes sólo podrán ejercer las potestades correspondientes al carácter absoluto de su derecho de propiedad dentro de la esfera delimitada por aquéllas. Al consistir en una tolerancia sin vulneración o deterioro sobre éste, no existe desmembramiento alguno de la propiedad, pues la medida adoptada hace a la relatividad de los derechos particulares, que se comprimen racionalmente en su despliegue para predeterminar el ámbito de lo lícito o legítimo [117].

En suma, las restricciones son connaturales a la existencia misma del Derecho, constituyendo una calidad jurídica general de todas las propiedades. Por ende, ninguna restricción -dentro de su estricto marco de actuación- agravia al particular, quien nada puede obje-

116 C.S.J.N. causa "Rossi, Norberto Aldo y otro c/Gas Natural Ban S.A. (GNBSA) s/daños y perjuicios", (CSJ 179/2012 (48-R)/CS1, año 2014),; citado en *Fallos*, 347:18, "Mercau", año 2024.

117 En efecto, al propietario *"nada se le quita, pues la restricción actúa en un ámbito o esfera jurídica cuya titularidad no le corresponde a dicho propietario, sino a la comunidad"* (Marienhoff, Miguel S., op. cit., Tomo IV, págs. 46/47 y 53/55).

tar al respecto; ni siquiera un resarcimiento indemnizatorio [118].

Distintas son las intromisiones estatales que conllevan una privación de la propiedad o una lesión de sus atributos esenciales, pues éstas son indemnizables bajo los institutos de la servidumbre administrativa [119] y de la expropiación, entre otros [120].

Dichas limitaciones importan, en definitiva, la imposibilidad o privación de un uso y goce útil de la propiedad por parte de su titular y resultan claramente diferenciables de las llamadas restricciones administrativas.

B.- Precisamente, como lo ha señalado el Alto Tribunal [121], la constitución de una servidumbre administrativa importa para el propietario de la cosa la privación de parte de su derecho de propiedad y de su derecho de dominio, al ver afectada su exclusividad y, recíprocamente,

---

118 Conf. Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Tomo IV, 1ª ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1969, págs. 176/182; Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 12ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2018, pág. 156; y Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 9, 1ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2014, pág. 370; C.S.J.N. *Fallos*, 308:2626; art. 2611 Código Civil; art. 1970 del Código Civil y Comercial de la Nación.

119 Cuadra destacar que en el ámbito de limitaciones no ablatorias, como lo es la servidumbre administrativa, la mera existencia del gravamen puede incluso no reflejarse en una pérdida apreciable del valor venal del inmueble, ni originar *per se* derecho a indemnización (C.S.J.N. *Fallos*, 304:1603, "Gil", año 1982; *Fallos*, 308:926, "Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires S.A.", año 1986; *Fallos*, 313:1469, "Giachetti", año 1990).

120 Vgr. requisición, ocupación temporánea.

121 C.S.J.N. *Fallos*, 330:5404, "Lagos", año 2007.

conferir a la Administración Pública una atribución jurídica sobre la cosa. No obstante que el propietario conserva su calidad de tal y su derecho de dominio, así como la posesión de la cosa y, eventualmente, su uso en función del concreto objeto de la servidumbre [122].

C.- Finalmente, la posibilidad de sujetar los derechos de propiedad a limitaciones razonables encuentra su máxima expresión en la expropiación por causa de utilidad pública prevista en el artículo 17 de la Constitución Nacional [123] y 31 de la Constitución Provincial [124] cuyos textos, si bien declaran a la propiedad como inviolable, no invalidan que pueda ser restringida, limitada o aun como en la expropiación, sustituida mediando justificación razonable y previo pago de una indemnización.

Concretamente, la expropiación es definida como el medio jurídico en cuyo mérito el Estado obtiene que un bien sea transferido de un patrimonio a otro por causa de utilidad pública, previa indemnización [125] y su fundamento *"no radica en un supuesto dominio eminente del Estado como atributo de la soberanía, sino en: a) el bien común o la realización del valor justicia como bien del*

122 Vgr. Servidumbre de Protección de Fronteras Ley Nacional Nº 14.027; Servidumbre Administrativa de Electroducto, Ley Nacional Nº 19.552 y Ley Provincial Nº 8398; Servidumbre de Gasoducto Ley Nacional N° 24.076 y Ley Provincial Nº 10.540; Servidumbre de Ruinas y Yacimientos Arqueológicos y Paleontológicos Ley Nacional Nº 25.743; Servidumbre Minera arts. 146 y ss. del Código de Minería (Ley Nacional Nº 1919 y modif.), entre otras.

123 Op cit.

124 Op cit.

125 Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo* - Tomo IV, cit., pág. 123.

Estado; b) el carácter relativo de la propiedad privada con función social" [126] [127].

8. Las limitaciones a la propiedad privada en razón del interés público y sus fronteras constitucionales

A. - La jerarquía normativa de las limitaciones.

Corresponde recordar, una vez más, que el artículo 14 de la Constitución Nacional establece que *"Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las* leyes *que reglamenten su ejercicio: … de usar y disponer de su propiedad…".*

De manera complementaria, el artículo 19 prevé, en su segunda parte, que *"... Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la* ley*, ni privado de lo que ella no prohíbe"* [128] y el artículo 28 estipula que

126 Bidart Campos, Germán, "Régimen constitucional de la expropiación", en AA.VV, *Doctrinas Esenciales: Derecho Constitucional*, 1ª ed., t. III, La Ley, Buenos Aires, pág. 785, conf. cit. en voto del Ministro Dr. Rosatti en *Fallos*, 343:1146, "U.N.I.R.E.C.", año 2020.

127 Incluso la C.S.J.N. ha destacado que el fundamento de la expropiación radica en la necesidad de conciliar los intereses públicos con los privados (C.S.J.N., *Fallos*, 268: 112, "Provincia de Santa Fe", año 1967; *Fallos*, 326:2329, "Agua y Energía Eléctrica S.E.", año 2003) y que en toda expropiación válida el propósito fundamental que persigue el Estado es el de satisfacer intereses públicos superiores, cuya consolidación exige el sacrificio del dominio particular o privado (C.S.J.N., *Fallos*, 339: 468, "Figueroa de Cornejo", año 2016).

128 La C.S.J.N. sostiene que conforme surge del artículo 19 de la Constitución Nacional, toda nuestra organización política y civil reposa en la ley; los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni

"Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes *que reglamenten su ejercicio".*

De la lectura conjunta de aquellos artículos surge que los derechos garantizados en la Constitución Nacional no son absolutos y que pueden ser reglamentados mediante las leyes que se dicten en consecuencia.

De este modo, tanto las limitaciones en defensa del interés privado como en defensa del interés público, deben ser establecidas por "leyes", sin perjuicio de la potestad reglamentaria [129] concedida al órgano ejecutivo [130].

---

el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que las establezca (Fallos: 178:355, "Escudero", año 1937; *Fallos*, 191:245, "Cimadamore", año 1941; *Fallos*, 229:368, "Staudt y Cía., S.A. Comercial", año 1954; *Fallos*, 311:2553, "Sánchez Abelenda", año 1988; *Fallos*, 327:388, "Romero Cacharane", año 2004; *Fallos*, 330:3801 "Minaglia", año 2007-disidencia de los jueces Maqueda y Zaffaroni-).

Cabe destacar que sin perjuicio de este principio general, existen determinadas materias donde el mismo se ve acentuado, como sucede en materia penal y tributaria.

129 Con la salvedad de que un decreto reglamentario no puede desconocer o restringir derechos que la propia Constitución Nacional y la ley reconocen, como así tampoco subvertir su espíritu y su finalidad, ya que ello -cabe reiterar- contraría la jerarquía normativa y configura un exceso en el ejercicio de las atribuciones que la Constitución concede al Poder Ejecutivo (C.S.J.N *Fallos*, 317:779, "Moschini", año 1994; *Fallos*, 318:1707, "Barrose", año 1995 y *Fallos*, 322:1318, "Tantucci", año 1999). Sólo en el caso de que el acto reglamentario se ajuste al espíritu de la norma reglamentada y sirva razonablemente a la finalidad que ella persigue, forma parte de la ley y tiene la misma validez y eficacia (C.S.J.N *Fallos*, 319:3241, "Chocobar", año 1996 y *Fallos*, 321:2223, "AADI. CAPIF. Asociación Civil Recaudadora", año 1998).

130 Badeni, Gregorio, "Reflexiones sobre la propiedad privada", cit.

Resulta claro entonces que la restricción de derechos garantizados por las Constituciones Nacional y Provincial sólo pueden ser reglamentados por leyes dictadas conforme al mecanismo de formación y sanción previsto en cada uno de aquellos cuerpos constitucionales, los que le atribuyen dicha función al Congreso Nacional, a la Legislatura Provincial y a los Concejos Deliberantes [131], en

131 La S.C.B.A. ha señalado que *"...en todo Estado organizado, los derechos individuales están limitados en beneficio del bien común que se concreta a través del llamado 'Poder de Policía'. Dicho poder, concebido como función normativa reglamentaria, es ejercido dentro de sus respectivas atribuciones por el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y también por las Municipalidades mediante la sanción de leyes, decretos y ordenanzas.*

En el supuesto de los Municipios, las ordenanzas constituyen la fuente más importante y genuina de restricciones impuestas al derecho privado por razones compatibles con el interés público, sin que proceda invocar un derecho irrevocablemente adquirido frente al orden público (conf. doctr. causas B. 67.026, 'Cámara Argentina de Empresas de Seguridad e Investigación C.A.E.S.I. y otros', sent. de 21-II-2018; B. 63.444, "Cooperativa de Horticultores de Mar del Plata Ltda.', sent. de 27-XII- 2017; e.o.).

No cabe duda que el Poder de Policía no es absoluto ni arbitrario y, por lo tanto, las limitaciones que por él se imponen a los particulares en el ejercicio de su derecho deben ser dispuestas con el fin de regular el orden público y asegurar el bienestar general, es decir, por motivos válidos y razonables, sin que la reglamentación del caso los desnaturalice ni constituya en la práctica una prohibición, destrucción o confiscación" (causa A. 74.849, "Miani", sent. 8-V-2019).

A su vez, con anterioridad, en el precedente "Servipark S.A.", (sent. 9-XII-2009, causa B. 63.983) dicho Tribunal ha resuelto que *"En todo Estado organizado la libertad y la propiedad individual están limitadas en beneficio del bien común. El fundamento de las mismas se halla plasmado en nuestro ordenamiento constitucional en el art. 14 de la Constitución nacional el que, al enumerar los derechos de que gozan todos los habitantes de la Nación, agrega 'conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio'. Dicha restricción se concreta*

a través del llamado 'poder de policía', que es en resumen la facultad de reglamentar y, por consiguiente, de limitar el ejercicio de los derechos individuales en beneficio de la comunidad. Así concebido, como función normativa -reglamentaria- este poder es ejercido dentro de las respectivas atribuciones por los poderes Legislativo y Ejecutivo y también por las municipalidades, mediante la sanción de leyes, decretos y ordenanzas, respectivamente (conf. causas I. 1018, 'Delta Plata', sent. del 5-VI-1979; B. 46.950, 'Delco', sent. del 11-II-1980; I. 1583, 'Municipalidad de Bahía Blanca', sent. del 8-VII-1997; B. 57.195, 'Droguería Suizo Argentina S.A.', sent. del 14-VI-2000; B. 53.836, "Cadegua Sociedad Anónima', sent. del 21-III-2001, entre otras).

Así el poder de policía -o norma de policía- consiste en una medida coactiva ajustada a derecho y que tiende a compatibilizar los intereses particulares con los de la comunidad, en tanto la policía es la puesta en marcha de tal limitación de derechos o imposición de obligaciones, traducidas en potestades jurídicas que el ordenamiento atribuye al Estado.

En este contexto las facultades de los municipios se hallan determinadas no sólo por el constituyente sino también por el legislador, pudiendo serles atribuidas en forma exclusiva o en concurrencia con otros entes territoriales o servicios estatales, como propias o delegadas por el Estado provincial.

Cabe distinguir entonces entre las potestades públicas (la función) y los cometidos o actividades concretas (la materia) que pueden ejercer los gobiernos municipales. La función legislativa (poder jurídico de dictar normas de carácter general y por tanto obligatorias para sus habitantes, como ordenanzas) sólo puede ejercerse respecto de ciertas actividades de interés local y dentro del ámbito de su competencia (conf. Sayagués Laso, 'Tratado de Derecho Administrativo', Montevideo, 1953, I-252; Martins, Daniel, 'El municipio y su problemática contemporánea (Facultades y atribuciones del gobierno municipal)', 'El Derecho', t. 116, 6-I-1986).

En efecto, en nuestro derecho público provincial, la Constitución atribuye al régimen municipal 'la Administración de los intereses y servicios locales' y luego enumera en forma no taxativa…" diversos propósitos y con igual carácter enunciativo la Ley Orgánica de las Municipalidades (Dec. Ley Nº 6769/58), estatuye diversas atribuciones al Concejo Deliberante (arts. 25, 27 Texto según Dec-Ley 9117/78) cu-

el marco de sus competencias.

Es decir que el Poder Ejecutivo no puede establecer, mediante decreto, restricciones a derechos que están garantizados constitucionalmente, toda vez que dicha medida vulneraría el rango normativo exigido (arts. 14, 19 y 28 Const. Nac.) e invadiría competencias que son propias de los cuerpos legislativos.

Finalmente, sin perjuicio de la claridad de la normas constitucionales señaladas, cuadra poner de resalto a la Opinión Consultiva N° 6 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien se manifestó respecto del alcance de términos "*leyes*" empleado en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuyo texto [132] [133] es de contenido semejante a nuestro artícu-

---

yas ordenanzas, pueden ser reglamentadas mediante la competencia asignada al Departamento Ejecutivo (art. 108 inc. 3, L.O.M.), quien debe operativizarlas y hacerlas cumplir (art. 108, inc. 17, L.O.M.).

Claro está, como lo ha dicho la S.C.B.A. en el citado precedente "Servipark S.A.", que el ejercicio de dichas potestades *"...debe ajustarse a un criterio de razonabilidad (conf. causa I. 1248, 'Sancho', sent. del 15-V-1990 y sus citas). O sea, que, las limitaciones establecidas a los derechos individuales han de basarse en la razón y no ser arbitrarias ni caprichosas, vale decir, como lo enseña Bielsa, que deberían estar impuestas por la necesidad y proporcionadas al fin propuesto (conf. Bielsa, Rafael, 'Régimen Jurídico de Policía', 'La Ley', 83:772 y Fallos 250:196)".*

132 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica (art. 75 inc. 12 Const. Nac.), artículo 30 (Alcance de las Restricciones).- *Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.*

133 Cuadra recordar que uno de los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos es el *"Derecho a la*

lo 14 de la Constitución Nacional. Concretamente, dicha Corte concluyó *"...que la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes"* [134].

Propiedad Privada" contemplado en el artículo 21, el cual reza: *"1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley".*

134 Resulta de suma utilidad transcribir los principales fundamentos que expuso la Corte Interamericana de Derechos Humanos para arribar a dicha definición. A tal fin, manifestó: *"21. El sentido de la palabra* ***leyes*** *dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.*

22. Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley

adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder. (...)

26. En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión leyes*, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual 'los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos'.*

27. La expresión leyes*, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y*

B.- La razonabilidad y la proporcionalidad

Cuadra recordar que, desde antiguo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido al Poder Legislativo la facultad de restringir el ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución Nacional a fin de preservar otros bienes también ponderados en ella [135].

Dicho reconocimiento obedece, tal como se expresara, a que nuestro ordenamiento jurídico no contempla la existencia de derechos absolutos sino limitados por las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no alterarlos en su substancia y de respetar los límites impuestos por las normas de jerarquía superior [136].

Es decir que existe un obstáculo hacia aquellas leyes reglamentarias, por cuanto el poder para dictarlas se halla siempre sometido a la restricción que importa la garantía constitucional, de suerte que no es permitido

---

promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.

28. La Convención no se limita a exigir una ley para que las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades sean jurídicamente lícitas. Requiere, además, que esas leyes se dicten 'por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas'....".

135 C.S.J.N. *Fallos*, 31: 273, "Podestá y otros", año 1887

136 Conf. arts. 14, 28 y 31 de la Constitución Nacional y C.S.J.N. *Fallos*, 249:252, "Barone", año 1961; *Fallos*, 257:275, "Editorial Sur S.R.L.", año 1963; Fallos: 262:205, "Jorda de Fernández Márquez", año 1965; *Fallos*, 296:372 "Ercoli", año 1976; Fallos: 300:700, "Ríos", año 1978; Fallos: 310:1045 "Budano", año 1987; *Fallos*, 311:1132, "Graduados en Ciencias Económicas Asoc. Coop. de Servicios Prof. Ltda.", año 1988; *Fallos*, 316:188, "Superintendencia de Seguros de la Nación", año 1993; entre otros.

aplicarlas o interpretarlas de tal manera que destruyan o alteren el derecho adquirido, ni que produzcan el efecto de privar de algo que constituya una propiedad [137].

Ante ello, es posible entonces colegir que, aun cuando los derechos no son absolutos, tampoco lo son las atribuciones de los poderes públicos al ejercer las facultades reglamentarias de aquéllos, dado que en el marco de nuestro sistema republicano de gobierno, las competencias de las autoridades públicas se caracterizan por ser un poder esencialmente limitado, sometido a la juridicidad y a la razonabilidad constitucional [138].

Ello desecha todo intento de arbitrariedad de las autoridades estatales, puesto que los medios empleados por el legislador deben estar orientados a un propósito constitucionalmente válido, y ser proporcionados al fin perseguido [139]. Ello implica, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que *"...[l]a reglamentación legislativa no debe ser, desde luego, infundada o arbitraria sino razonable,* [...] *justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad*

137 Conf. C.S.J.N. *Fallos*, 137:47. "Horta", año 1922.

138 Conf. arts. 1º, 19 y 28 de la Constitución Nacional; arts. 1º, 25 de la Const. Pcial., C.S.J.N *Fallos*, 345: 951, "Edenor S.A. y otro", año 2022, voto del Ministro Dr. Rosatti.

139 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la causa "Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Sentencia de 6 de mayo de 2008 (Excepción Preliminar y Fondo)" recordó con basamento en una sentencia anterior (Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de julio de 2004) que *"la restricción de los derechos consagrados en la Convención debe ser proporcional al interés de la justicia y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio de [un] derecho…".*

de salvaguardar el interés público comprometido, y proporcionado a los fines que se procura alcanzar con ella" [140] [141]. A su vez, estará condicionada por la necesidad de armonía y orden con el ejercicio de los derechos, de defender y fomentar la salud, la moralidad, la seguridad, la conveniencia pública y el bienestar general. Es decir, la medida de los intereses y principios de carácter público a tutelar determinará la medida de las regulaciones en cada caso [142].

En definitiva, el límite sustancial que la Constitución impone a todo acto estatal, y en particular a las leyes que restringen derechos individuales es, *por un lado,* el de la razonabilidad [143], lo que implica que las leyes deben perseguir un fin válido a la luz de la Constitución Nacional y

140 Doct. C.S.J.N. *Fallos*, 199: 483, "Pedro Inchauspe Hermanos", año 1944.

141 En ese sentido, la medida de la reglamentación de los derechos debe buscarse, por un lado, en la necesidad de respetar su sustancia, y por otra parte, en la adecuación de las restricciones que se les imponga, a las necesidades y fines públicos que los justifican, de manera que no aparezcan como infundadas o arbitrarias, sino que sean razonables, esto es proporcionadas a las circunstancias que las originan y a los fines que se procura alcanzar con ellas (C.S.J.N. *Fallos*, 200:450, "Vicente Martini e Hijos SRL", año 1944).

142 Conf. C.S.J.N. *Fallos*, 199: 483, "Pedro Inchauspe Hermanos", año 1944, y la doctrina de *Fallos*, 117:432, "Ivanísevich" año 1913; *Fallos*, 118:278, "Canale", año 193; *Fallos*, 136:161 "Ercolano", año 1922; *Fallos*, 172:21 "Avico", año 1934 y *Fallos*, 243:449, "Nadur Amar", año 1959.

143 C.S.J.N., *Fallos*, 288:240, "Ionata", año 1974; *Fallos*, 330:3098, "Telefónica de Argentina S.A.", año 2007 (disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni) y *Fallos*, 344:1151, "Shi", año 2021 (voto del Ministro. Dr. Lorenzetti).

que las restricciones impuestas deben estar justificadas en la realidad que pretenden regular; y *por otro*, el de la proporcionalidad, el cual supone que los medios elegidos deben ser adecuados para alcanzar los objetivos proclamados [144], los que no deben valorarse en abstracto sino en función de la entidad del bien que se pretende proteger [145].

En conclusión, el denominador común al que debe sujetarse el análisis de todas las limitaciones a la propiedad privada, es tanto la competencia del órgano y la satisfacción del procedimiento previsto al efecto para reglamentar el derecho, como así también la razonabilidad y proporcionalidad de la misma. Ello implica verificar, en concreto, si las regulaciones no alteran el contenido más esencial del derecho de propiedad [146], puesto que aquéllas deberán respetar los límites establecidos en la Constitución, que van desde la reglamentación razonable y proporcional, hasta la expropiación [147].

---

144 Conf. arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional, y doctrina de C.S.J.N. *Fallos*, 243:449, "Nadur Amar", año 1959; *Fallos*, 248:800, "Sindicato Argentino de Músicos", año 1960; *Fallos*, 334:516, "Johnson y Johnson de Argentina SAC E I", año 2011; *Fallos*, 335:452, "Q.C.S.Y.", año 2012, entre otros.

145 Doctrina de C.S.J.N. *Fallos*,313:1638, "Videla Cuello", año 1990; *Fallos*, 330:855, "Rinaldi", año 2007; *Fallos*, 334:516, "Johnson y Johnson de Argentina SAC E I", año 2011 y *Fallos*, 344:1151, "Shi", año 2021 (voto del Ministro. Dr. Lorenzetti).

146 C.S.J.N., *Fallos*, 269:393, "SA Empresa Mate Larangeira Mendes", año 1967, año 2008; *Fallos*, 344:3476, "Cohiue S.R.L.", año 2021, entre otros.

147 Conf. C.S.J.N. *Fallos*, 347:18, "Mercau", año 2024, voto del Ministro Dr. Rosenkratz.

Expropiación

En el marco de lo expuesto precedentemente en relación al dominio público y las restricciones al dominio, resulta necesario desarrollar el instituto público constitucional de la expropiación.

En ese sentido, comenzamos señalando que la expropiación se encuentra consagrada a través del artículo 17 de la Constitución Nacional [148] y replicada en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en su artículo 31 [149].

Sin perjuicio del abordaje independiente que se realizará sobre el instituto de la expropiación, es menester destacar sucintamente que en palabras del Máximo Tribunal Provincial, con cita de precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la "utilidad pública" declarada en la ley expropiatoria *"...no siempre obtura el eventual escrutinio de los jueces, sobre todo frente a afectaciones de derechos provocadas mediando arbitrariedad del poder público (conf. doct. C.S.J.N., Fallos 33:162; 204:310; 209:390; 251:246; 210:1153; 291:507; 312:1725; 317:221; en análogo sentido esta Suprema Corte en causa B. 43.878, 'Bonfante', sent. de 3-III-1964, 'Acuerdos y Sentencias', 1964-I-259); tampoco, si en el ejercicio de semejante potestad se incurre en un desvío o exceso notorio de la finalidad invocada (conf. C.S.J.N., Fallos 298:383), situaciones en las que la norma legislativa puede ser privada de validez por irrazonable (arts. 17, 28, 31, 33 y concs., Const. nac.)"* (causa I. 2107, "O'Connor", sent. 18-II-2009).

148 "*Artículo 17.- La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada…*".

149 "*Artículo 31.- La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Provincia puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada*".

En ambos textos constitucionales los principios son los mismos: la propiedad por principio general es inviolable; y en caso de expropiación, debe ser por causa de utilidad pública, debiendo ser calificada por ley y, de modo previo, indemnizada.

A pesar de ello, debemos tener en consideración que la naturaleza jurídica del instituto es netamente de Derecho Público. En ese sentido resulta destacable la propia doctrina de la CSJN que lo ha reconocido [150].

Asimismo, debemos destacar ciertos caracteres elementales de la expropiación: a) es una potestad propia del Estado; b) debe ser actual (la utilidad pública no puede ser potencial) y c) unilateral [151] (siendo exclusiva e irreversible del Estado) [152].

De dichas premisas es que se inicia la interpretación que se llevará a cabo en el presente trabajo de la normativa constitucional y sus leyes reglamentarias (leyes 21.499 -ley nacional de expropiaciones- y ley 5708 -ley provincial de expropiaciones-).

a) Derecho de propiedad. Garantía constitucional

En primer lugar, debemos considerar el concepto de derecho propiedad bajo la óptica de la doctrina y de la

150 Cfr. CSJN "Provincia de Chaco V. Parra de Bosco, Ana M. y otros s/Expropiación expte. 6214/99 s/inhibitoria", *Fallos*, 324:533.

151 CSJN, 09/06/1988 "Francisco Emilio Russo y otro v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", *Fallos*, 311:997.

152 Cfr. Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, Comadira, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Tomo II, 2013, pág. 1740.

misma CSJN.

En ese sentido, podemos indicar que la Constitución consagra el derecho de manera que parecería absoluto y total con el término "inviolable". Asimismo, lo declara, pero sin definición concreta del mismo.

De allí, que en las labores doctrinales e interpretativas se lo haya relacionado a la prohibición de incautar bienes, requisas, confiscación, entre otras actividades que podrían afectar sustancialmente el derecho consagrado. Cabe destacar que el derecho de propiedad resulta propio del origen histórico de la democracia liberal. Sin perjuicio de lo cual, debe ser considerado bajo la óptica del artículo 28 [153] de la Constitución Nacional, siendo susceptible de ser reglamentado por las leyes para su ejercicio [154].

Cabe preguntarse a continuación, y frente a la falta de desarrollo por el constituyente del contenido del derecho de propiedad, en que consiste dicha garantía.

En ese sentido, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha indicado que dicho derecho consiste "… *todos los intereses que un hombre puede poseer, fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad y se integra con todos los derechos que tengan un valor reconocido, ya sea que surjan de las relaciones de derecho privado o actos administrativos*…" [155]. Cabe recordar, que dicha caracterización fue declarada en la causa "Bourdie C. Municipa-

153 "*Artículo 28.- Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*".

154 Cfr. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, cit., pág. 205.

155 Cfr. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, cit., pág. 207.

lidad de la Capital" [156].

De allí, que el contenido del derecho de propiedad no se limita únicamente a los derechos reales, pudiendo ser licencias, concesiones, propiedad intelectual, entre otros.

Podríamos preguntarnos si hay ciertas propiedades que no podrían ser sujetas a una expropiación. Aquí deberíamos atender a los supuestos de embajadas, bienes de la Iglesia Católica (conforme el concordato con la Santa Sede de 1966) y del mismo modo los recursos naturales de las provincias (salvo con su consentimiento) [157].

Mismo análisis corresponde llevar a cabo respecto a la posibilidad de expropiar bienes del dominio provincial o municipal (o a la inversa también). Siendo dicha situación ya prevista por la ley de expropiación nacional en su artículo 4. Sin embargo, pareciera ser "inconveniente" e "innecesaria" en los casos de los edificios gubernamentales de los Poderes (por ejemplo, sede la Suprema Corte, Casa de Gobierno del Poder Ejecutivo o Congreso provincial).

Cabe atender, a esta altura, las dos excepciones que considera la propia Constitución para considerar que la propiedad pierde el carácter de inviolabilidad. Siendo mediante sentencia fundada en ley y expropiación por causa de utilidad pública, calificada por ley y previamente indemnizada.

De tal modo, en el siguiente acápite, analizaremos cada una de las partes del precepto constitucional en lo atinente a la expropiación.

---

156 *Fallos*, 145:307 (1925).

157 Cfr. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, cit., pág. 210.

b) Ley declarativa de utilidad pública

En primer lugar, debemos atender al concepto que dará origen a la expropiación. El alcance del concepto utilidad pública.

Dicho concepto pareciera ser de los llamados "conceptos jurídicos indeterminados", siendo aquellos que en abstracto no resultan definibles, pero en su puesta en práctica resultan analizables y juzgables.

En el mismo sentido, dicho término ha sido cambiante a lo largo de la historia argentina, ya sea tanto por factores jurídicos, como económicos, históricos y sociales. Habiéndose sucedido distintos gobiernos y concepciones ideológicas disimiles que han logrado dar un contenido de los más variado a dicho concepto.

Sin embargo, el criterio actual pareciera ser el de la "teoría de los fines del Estado", por la cual una de las finalidades esenciales del Estado moderno es asegurar y promover el bienestar general, desarrollo individual/colectivo y por ende, el bien común [158].

A pesar de ello, en cuanto a las posibles cláusulas constitucionales que harían de basamento a dicho concepto

158 Cfr. Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, Comadira, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, cit., pág. 1739.

Asimismo, el artículo 1 de la ley 21.499 indica "*La utilidad pública que debe servir de fundamento legal a la expropiación, comprende todos los casos en que se procure la satisfacción del bien común, sea éste de naturaleza material o espiritual*".

En similar sentido, el artículo 1 de la Ley 5708 de la Provincia de Buenos Aires al indicar "*Los bienes cualquiera fuere su naturaleza jurídica, son expropiables por causa de utilidad pública o interés general*".

encontramos las del artículo 75 incisos 18 y 19 [159] de la Constitución Nacional. Allí, pareciera que encontramos posibles causales que justificarían el dictado de leyes que declaren ciertas propiedades como de utilidad pública. Obsérvese en ese sentido, la construcción de ferrocarriles

159 *"Artículo 75.- Corresponde al Congreso:*

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

19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales".

o canales navegables, por citar un ejemplo [160].

Independientemente de lo mencionado, cabe la pregunta respecto a que debe considerarse por "ley" en los términos expuestos por la manda constitucional. En ese sentido, es claro que se trata de ley en sentido formal, es decir, aquella que ha cumplimentado el proceso constitucional para la sanción conforme lo indica el mecanismo constitucional [161].

De lo expuesto hasta aquí, el único que se encuentra facultado para dictar la ley de expropiación y determinar aquellos bienes sujetos a utilidad pública es el Congreso de la Nación.

En ese sentido, durante largos periodos se ha considerado que la determinación de utilidad pública resulta una cuestión política no justiciable conforme la inveterada doctrina de la CSJN. Sin embargo, el mismo Máximo Tribunal se ha encargado de indicar que puede ser objeto de cuestionamiento y tratamiento por la Justicia el alcance de las propiedades afectadas a una obra [162]. Precisando la cuestión, pareciera ser que la ley podría ser atacada por manifiesta y grave arbitrariedad, pero no por su oportunidad, mérito y conveniencia.

---

160 En este punto, también resulta destacable lo indicado por los artículos 3 y 4 de la Ley 5708 ya referenciada.

161 En ese sentido, la ley 5708 de la Provincia de Buenos Aires menciona en su artículo 3 "*Las expropiaciones, deberán practicarse mediante ley especial…*".

162 Cfr. "Municipalidad de la Capital c. Elortondo". *Fallos*, 33:1662 (1888).

En similar sentido, pareciera haber tomado nota la Provincia de Buenos Aires en la Ley 5708 al indicar el alcance expropiatorio de los artículos 3 y 4.

A pesar de ello, la ley nacional 21.499 tomando nota de dicho fallo (y sucesivos de la CSJN) indicó en sus artículos 8 y 9 cuestiones particulares atinentes a la aptitud funcional o inadecuada de una propiedad al momento de ser expropiada y posibles soluciones para el sujeto expropiado [163].

Otro punto a tener en consideración es que la ley deberá ser previa al desapoderamiento. Cuestión que resulta trascendental a tener en cuenta, debido a que si no el accionar del Estado estaría siendo manifiestamente ilegitimo, pudiendo configurarse un supuesto de vía de hecho.

Debe tenerse en consideración la cuestión respecto al detalle de la declaración legislativa de utilidad pública respecto al objeto expropiable. Con ello, se quiere decir que pueden ser genéricamente determinados o específi-

163 *ARTICULO 7º — La declaración de utilidad pública podrá comprender no solamente los bienes que sean necesarios para lograr tal finalidad, sino también todos aquellos cuya razonable utilización en base a planos y proyectos específicos convenga material o financieramente a ese efecto, de modo que se justifique que las ventajas estimadas serán utilizadas concretamente en la ejecución del programa que motivó la declaración de utilidad pública.*

ARTICULO 8º — Si se tratase de la expropiación parcial de un inmueble y la parte que quedase sin expropiar fuere inadecuada para un uso o explotación racional, el expropiado podrá exigir la expropiación de la totalidad del inmueble. En los terrenos urbanos se considerarán sobrantes inadecuados los que por causa de la expropiación quedaren con frente, fondo o superficie inferiores a lo autorizado para edificar por las ordenanzas o usos locales. Tratándose de inmuebles rurales, en cada caso serán determinadas las superficies inadecuadas, teniendo en cuenta la explotación efectuada por el expropiado. En el supuesto de avenimiento, las partes de común acuerdo determinarán la superficie inadecuada, a efectos de incluirla en la transferencia de dominio; en el juicio de expropiación dicha superficie será establecida por el juez.

camente. En caso de la primera opción, el mismo objeto puede ser determinable a resultas de estudios técnicos de acuerdo a los planos descriptivos, costos, planes y programas. Todo ello, sin perder de vista la cuestión de que el objeto debe tener directa vinculación y nexo de lo expropiado con la utilidad pública declarada.

Finalmente, el instituto de la expropiación es potestad de los gobiernos nacional, provincial y municipal.

c) Indemnización justa y previa

En el presente acápite abordaremos la cuestión atinente a la indemnización y dos caracteres sustanciales de la misma.

En primer lugar, el carácter de previo tiene una importancia significativa y hace a la constitucionalidad propia del proceso expropiatorio.

La propia CSJN ha mencionado que resulta un requisito que hace a la legitimidad de la misma expropiación [164]. En consonancia con ello, no resultaría posible el pago mediante bonos, títulos públicos u otro tipo de medio de pago que no sea el dinerario (en especie u obligación de hacer), salvo aceptación por el expropiado. Cabe recordar a esta altura que tratamos derechos patrimoniales que resultan renunciables por el expropiado, en el marco de su voluntad.

De lo expuesto, la CSJN ha sostenido que el medio de pago debería ser en dinero [165]. Asimismo, debe ponerse

164 CSJN, 05/04/1995, "Servicio Nacional de Parques Nacionales v. Franzini", *Fallos*, 318:445.

165 CSJN, 05/04/1995, "Servicio Nacional de Parques Nacionales v. Franzini".

de resalto que el desapoderamiento no debería llevarse a cabo de forma previa al pago, conforme lo indica la Carta Magna. Como veremos más adelante, llevar a cabo el desapoderamiento sin el pago previo, puede generar que el expropiado inicie un proceso tendiente a cumplimentar la manda constitucional [166].

A pesar de todo lo mencionado, encontramos la problemática atinente a la justa indemnización por expropiación.

Aquí debemos considerar en primer lugar, los caracteres de esta indemnización que debe ser: previa, justa, actual e integra [167].

En cuanto a los tres últimos, debemos indicar que éstos han sido los aspectos que más complicaciones han traído al instituto en estudio, por lo cual se hará un tratamiento conjunto.

En primer lugar, es necesario tener en cuenta que se trata de una deuda valor conforme lo ha expuesto la propia CSJN [168].

A partir de dicha conceptualización es que debemos avanzar en que el carácter de justo, hace a esa deuda valor justificando en su integración el valor objetivo, daños

---

Asimismo, artículo 12 de la Ley 21.499 y artículo 8 de la Ley 5708.

166 CSJN, 15/05/1986, "Estado nacional Argentino v. SA Las palmas del Chaco Austral s/expropiación", *Fallos*, 326: 2329. 27/09/1988, "Elida Pereyra Capdevila de Monferran", *Fallos*, 311:2001.

167 CSJN, 30/04/1996, "Dirección de Vialidad v. Cerveceria y Malteria Quilmes", *Fallos*, 319:545.

168 CSJN 8/07/2003, "Agua y Energía Eléctrica SE", *Fallos*, 326:2329. 11/02/2014 "Shoo Devoto" *Fallos*, 329:5467."

sufridos (directos e inmediatos por el proceso expropiatorio), depreciación monetaria e intereses [169].

La ley de expropiación nacional indica que quedan por fuera del concepto indemnizatorio las circunstancias meramente personales, afectivas, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que se le confiera al bien por las obras a ejecutarse. Respecto a esto último, cabe destacarse el fallo "Lottero Papini SA" de la CSJN [170].

En lo atinente al valor objetivo, debe tenerse en consideración para fijar el mismo que se trate del valor de mercado, que implique el valor teniendo en consideración el lugar del bien (en caso de inmueble) o bienes de similares características (caso de muebles). Sin embargo, se comprende dentro del valor objetivo el valor panorámico e histórico del bien. Asimismo, deberá ser tenido en consideración ese valor al momento del desapoderamiento [171].

Se ha considerado que resulta improcedente cualquier tipo de tributo o quita de la indemnización a abonarse de la expropiación. Del mismo modo, la eventual condena en costas por el juicio expropiatorio por discusión de la indemnización, no podrá afectar dicho monto [172].

En este punto, ponemos de resalto la diferencia en los textos de la ley 21.499 y la ley 5708.

---

169 Artículo 10 Ley 21.499.

170 CSJN. 4/08/1988. "Lottero Papini SA v. Provincia de Buenos Aires s/expropiación irregular" *Fallos*, 311:1310.

171 CSJN. 12/04/1994. "Fructuoso Benitez y otra v. DNV", *Fallos*, 317:377.

172 Cfr. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, cit., pagina 211.

Mientras que la ley 21.499 no ha desarrollado con amplitud dicho título (IV), la ley 5708 establece una serie de indicios respecto a cómo será la indemnización de inmuebles (artículo 12), valor a tener en cuenta de los bienes para fijar el monto de la indemnización (artículo 9), valor del inmueble en caso de expropiación parcial (artículos 10 y 11), contratos en curso, previos a la ley de expropiación o posteriores, de las cosas o bienes sujetos a expropiación (artículo 14 y 15). Asimismo, respecto a las mejoras, el artículo 13 de la ley provincial indica que no serán objeto de la indemnización aquellas llevadas a cabo dentro del año de dictada la ley expropiatoria, salvo las necesarias.

Asimismo, cabe analizar el supuesto por el cual el expropiado realice mejoras en el objeto expropiado a los fines del momento del desapoderamiento y obtener una indemnización mayor. En ese sentido se ha dicho que serán indemnizadas estrictamente las mejoras necesarias, descartándose las útiles o voluntarias [173].

Resulta trascendental lo dispuesto por la propia normativa de expropiaciones al referirse a la depreciación monetaria, circunstancia que debiera ser atendida con especial cuidado. En dicho estado de situación y tratándose de una deuda valor, cabría preguntarse cómo sería resuelta dicha circunstancia en el fuero nacional (con las últimas sentencias de la CSJN que han denegado el aumento de valor de sumas consideradas exorbitantes conforme pautas de actualización de la CNTA [174]) o el fuero

173 Cfr. Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, Comadira, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, cit., pág. 1751.

174 CSJN. 13/08/2024. "Lacuadra, Jonathan D. c/Directv Argentina SA y otros s/Despido".

provincial de la PBA (con el fallo dictado "Barrios" [175]). A pesar de todo ello, debemos poner de resalto lo dicho por la CSJN en el fallo "Universidad Nacional de Rosario", dictado en un periodo con mayor inflación y en el cual indicó que lo trascendente es mantener el valor adquisitivo real mediante la indemnización expropiatoria [176].

En cuanto a los intereses se ha considerado aplicable la tasa del 6% anual (artículo 20 de la ley 21.499) [177].

De tal modo, y sintetizando, el carácter previo indica que debe llevarse a cabo el pago en dinero (en principio y sujeto a voluntad del expropiado) de forma previa al desapoderamiento del objeto expropiado; en cuanto al carácter de actual resulta necesario que se trate del valor de mercado del objeto al momento del desapoderamiento incluyéndose las mejoras necesarias; respecto al carácter integral deben incluirse dentro del pago el valor objetivo del bien, los daños sufridos (directos e inmediatos), depreciación monetaria e intereses; respecto al carácter de justa referencian indubitablemente al concepto de deuda valor al momento del desapoderamiento.

d) Sujetos

En dicho marco conceptual, y conforme surge de las propias Constituciones Nacional y Provincial se presu-

175 SCBA. 17/04/2024. "Barrios, Héctor Francisco y otra contra Lascano, Sandra Beatriz y otra. Daños y perjuicios", C. 124.096.

176 CSJN. 08/09/1992, "Universidad Nacional de Rosario v. Jose Manuel Beretta Moreno y otros", *Fallos*, 315:2053.

177 Cfr. Villegas, A. Walter, "La Ley General de Expropiaciones nº 21.499 con relación a su precedente" en Revista Argentina de Derecho Administrativo, pág. 15 a 32.

me que al mencionarse que la declaración de utilidad pública será por ley, indica que el sujeto expropiante es el Estado.

En dicho sentido, la normativa nacional indica con claridad que tanto el Estado Nacional, como entidades autárquicas y empresas del Estado Nacional podrán actuar como expropiantes siempre que se hallen facultadas por sus leyes orgánicas o especiales, inclusive las personas humanas o jurídicas -siendo autorizadas por ley o por acto administrativo- (artículo 2 de Ley 21.499). Respecto a la ley provincial, la misma no hace una referencia explícita a dicha cuestión.

Distinto análisis merece el sujeto expropiado. En dicho marco, la ley nacional considera que podrá ser sujeto cualquier persona, privada o pública (artículo 3 de la ley 21.499). Frente a esto, reiteramos lo ya expuesto en referencia a la posibilidad de expropiar bienes provinciales o municipales. Nada impediría ello, salvo ciertos inmuebles que tornarían difícil la justificación de utilidad pública.

En el caso de la normativa provincial, no se indica expresamente el sujeto expropiable, sino el objeto [178].

e) Expropiación inversa

En cuanto a los mecanismos que posee el expropiado ante el incumplimiento de la manda constitucional, hallamos la expropiación inversa.

La misma encuentra sustento a pesar de la manda

178 Ley 5708, artículo 1 "*Los bienes cualquiera fuere su naturaleza jurídica, son expropiables por causa de utilidad pública o interés general*".

constitucional ya reseñada (provincial y nacional), en las leyes de expropiaciones indicadas con anterioridad [179].

Dicho instituto puede ser definido como la que "…*tiene lugar cuando el propietario del bien que ha sido calificado de utilidad pública mediante la sanción formal respectiva acciona a fin de que el expropiante ejecute la expropiación dispuesta y le pague la indemnización correspondiente*…" [180].

De tal modo, este instituto resulta trascendental a los fines del sujeto expropiado pueda hacer valer la manda constitucional.

En la casuística que encontramos posible para dar inicio a una expropiación inversa resultarían: a) hallándose dictada la ley de expropiación y sin pago previo, se ha desposeído al expropiado del bien; b) en misma situación que la anterior, el expropiado se vea en dificultad o impedimento de poder disponer del bien de forma normal; c) que el expropiado no pueda disponer del bien dado que el

179 Ley 21.499, artículo 51 "*ARTICULO 51. — Procede la acción de expropiación irregular en los siguientes casos:*

a) Cuando existiendo una ley que declara de utilidad pública un bien, el Estado lo toma sin haber cumplido con el pago de la respectiva indemnización.

b) Cuando, con motivo de la ley de declaración de utilidad pública, de hecho una cosa mueble o inmueble resulte indisponible por evidente dificultad o impedimento para disponer de ella en condiciones normales.

c) Cuando el Estado imponga al derecho del titular de un bien o cosa una indebida restricción o limitación, que importen una lesión a su derecho de propiedad".

180 Cfr. Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, Comadira, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, cit., pág. 1759.

expropiante ejerció limitaciones al derecho de propiedad del expropiado [181].

Asimismo, la normativa nacional indica que, para dicho proceso judicial, resulta innecesario el reclamo administrativo previo (artículo 53), los valores indemnizables serán conforme los artículos 10 y 11 de dicha ley (artículo 54), la extensión de las normas del procedimiento judicial de la expropiación regular, regirán para la expropiación inversa (artículo 55).

De tal modo, dicho proceso resulta trascendental para conservar las garantías constitucionales del expropiado.

f) Procedimiento y proceso expropiatorio

Sin perjuicio de lo expuesto hasta aquí, debemos considerar en términos generales cómo fue reglamentado el trámite expropiatorio y sus variaciones entre la normativa federal y la provincial.

En ese sentido, el principio lógico y conforme lo que se expuso hasta aquí, el trámite se inicia con la ley que establece el objeto a expropiar y su debida justificación en aras de solventar la utilidad pública declarada, como así también el interés público o bien común que logra satisfacer. Es decir, dicha ley debería ser explicativa del porqué de dicha expropiación, que resulta ser un instituto de excepción para la inviolabilidad del derecho de propiedad afectado (justificación de medios y fines, oportunidad, mérito y conveniencia y razonabilidad).

Posteriormente a ello, puede suceder el avenimiento

181 Cfr. Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, Comadira, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, cit., pág. 1760.

o cesión amistosa (artículo 13, Ley 21.499)/contratación directa (artículo 8 de la Ley 5708) que resulta del común acuerdo entre expropiante y el expropiado.

En este punto debemos prestar especial atención a la diferencia de la normativa entre Provincia y Nación. En primer lugar, lo establecido en los artículos 20 y 22 inciso e). Respecto del primero se indica que no habrá avenimiento respecto a inmuebles que no posean título perfecto, indicando expresamente "*…deberá acreditarse la vigencia del dominio a nombre del expropiado y la inexistencia de derechos reales, medidas cautelares o interdicciones que impidan la libre disposición del bien…*". En caso que se encuentre el bien afectado por alguna de todas ellas, se iniciaría el juicio expropiatorio según el artículo 22 inciso e).

A esta altura resulta necesario decir que el avenimiento presupone dos cuestiones o consentimientos por parte del expropiado: respecto a la declaración de utilidad pública y en cuanto al monto indemnizatorio. De allí, que en el ámbito nacional resulte importante la participación del Tribunal de Tasaciones de la Nación que va a ser quien establezca el valor máximo del objeto sujeto a expropiación (artículo 13 de la ley 21.499).

Finalmente, para el perfeccionamiento en sede nacional va a poder ser el sujeto expropiante que haya establecido la ley expropiatoria. Sin embargo, en sede provincial, va a ser el Poder Ejecutivo de la Provincia (artículo 17 de la ley 5708). Queda de este modo claro el carácter unilateral del instituto por parte del Estado.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, puede suceder que no se llegue a un avenimiento y se continúe por la vía judicial mediante el juicio expropiatorio. En cuanto a la competencia material se encuentra regulado en sede nacional en los artículos 21 y 22 de la Ley 21.499. En cuanto

a la Provincia de Buenos Aires en su ley 5708 se indica en el artículo 24, teniendo en consideración el fuero contencioso administrativo (artículo 2 de la ley 12.008).

De tal modo, comenzado el juicio, se iniciará con la desposesión del bien por parte del expropiado. En el caso de Nación resultara necesario que el expropiante consigne el precio fijado (provisional) por el Tribunal de Tasación, habilitándose el retiro de dicha suma consignada, acreditada la titularidad de la propiedad por el sujeto expropiado y que no pesa sobre los bienes ningún tipo de restricción (artículos 23-28 de la Ley 21.499). En la ley provincial está prevista una solución similar, en caso de urgencia, establecido en los artículos 22 inciso c) y 23.

Respecto al juicio expropiatorio, en el ámbito nacional se rige por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Iniciado el juicio se dará el traslado de la demanda por el plazo de 15 días hábiles judiciales (artículo 19 de la Ley 21.499), en caso de desconocer el domicilio del expropiado, se publicarán edictos por 5 días. Debe resaltarse que al momento de contestar demanda se puede plantear la inconstitucionalidad de la norma declarativa de utilidad pública, además del monto indemnizatorio.

Luego el juez podrá abrir a prueba la causa en caso de haber hechos o cuestiones controvertidas (artículo 19 de la Ley 21.499 y 29 de la Ley 5708). Cabe poner de resalto en este punto la cuestión de la anotación de la litis en el Registro de la Propiedad siendo desde dicho momento indisponible e inembargable el inmueble en el ámbito provincial, teniendo similar efecto y concepto lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley nacional.

Posteriormente y culminado el periodo de prueba, se llamará a autos para alegar y presentados los mismos o vencido el plazo para su presentación, se llamará a autos para que se dicte sentencia.

En dicho estado, el juez determinará la indemnización, la depreciación monetaria, intereses y costas. Eventualmente, se pronunciará sobre la constitucionalidad de la ley expropiatoria.

g) Abandono de expropiación

Dicha situación se encuentra regulada en el artículo 33 de la Ley 21.499 y artículo 47 de la Ley 5708.

Ambos artículos poseen una redacción similar y establecen que se configurará si el expropiante no promueve el juicio dentro de dos años de vigencia de la ley que la autorice, cuando se trate de llevarla a cabo sobre bienes individualmente determinados. De 5 años, cuando se trate de bienes comprendidos dentro de una zona determinada. Y de 10 años cuando se trate de bienes comprendidos en una enumeración genérica.

Sin perjuicio de lo dispuesto, cabe tener presente la expropiación diferida, la cual tiene por objeto la reserva de bienes para una posterior expropiación. En este supuesto no hay una desposesión y el expropiado puede disponer del bien aunque con ciertas limitaciones [182].

En este supuesto, se torna sustancial el carácter de actual de la utilidad pública para la expropiación.

h) Desistimiento y caducidad

Estos supuestos difieren del anterior debido a que se ha iniciado el juicio de expropiación, pero en el caso del

182 Cfr. Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, Comadira, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, cit., pág. 1755.

desistimiento debe ser previo a "…*cuando se ha operado la transferencia del dominio al expropiante mediante sentencia firme, toma de posesión y pago de la indemnización*…" (artículo 29 de la Ley 21.499). De modo similar lo regula la normativa provincial según el artículo 43.

En cambio, la caducidad opera de acuerdo al artículo 30 de la Ley nacional al señalar "*Es improcedente la caducidad de la instancia cuando en el juicio el expropiante haya tomado posesión del bien y el expropiado sólo cuestionare el monto de la indemnización*".

i) Prescripción

Respecto a el instituto del presente título hallamos el artículo 56 de la Ley 21.499. Allí, se indica que el plazo para accionar por expropiación inversa es de 5 años "*computados desde la fecha en que tuvieron lugar los actos o comportamientos del Estado que tornan viable la referida acción*".

Sin embargo, este articulado ha traído una serie de dificultades en cuanto a los requisitos constitucionales indicados. Así también lo han reconocido la SCBA [183] y la CSJN [184] en diversas causas. En síntesis, se pone de resalto la necesidad de la indemnización previa a los efectos de contabilizar el plazo de prescripción.

j) Retrocesión

En el presente supuesto, si la causa de la expropiación no existe o desapareciera con posterioridad a su dictado

183 Cfr. SCBA, "Bibiloni", causa C107365, sent. del 9/10/2013.

184 Cfr. CSJN, "Garden", sent. del 1/07/1997, "Staudt", sent. del 27/05/2004 y "Arroyo", sent. del 21/08/2007.

generaría que la ley misma deviniera inconstitucional o arbitraria.

De ello, se colige el derecho del expropiado a que le devolvieran el bien expropiado y, dicho sujeto de la relación jurídica, devuelva el monto indemnizatorio percibido. Obviamente, para ser viable este instituto, debe haberse perfeccionado la expropiación.

La retrocesión se encuentra regulada en la Ley 21.499 en su título VII. De allí, se observan como requisitos: el perfeccionamiento de la expropiación, el incumplimiento de la utilidad pública declarada, el expropiado haya solicitado el cumplimiento del fin declarado en la ley expropiatoria, el reintegro del monto indemnizatorio.

CAPÍTULO 3
Responsabilidad extracontractual del Estado. Breves apuntes sobre el origen, evolución, fundamentos y estado actual

Homero M. Villafañe y Lucio Villarreal

Sumario: 1. Introducción. 2. Etapa negatoria de la responsabilidad del Estado: a) la inmunidad soberana, b) la irresponsabilidad de las personas jurídicas. Responsabilidad de los mandatarios o representantes. 3. Apuntes sobre la responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado: a) los regímenes de cobertura, b) sistemas de responsabilidad directa y objetiva. 4. Crisis de la negación en Argentina. 4.1. Admisión de la demandabilidad estatal. 4.2. La doble personalidad del Estado. 4.3. Del mandato y la representación a la teoría del órgano. 4.4. De la responsabilidad subjetiva a una responsabilidad objetivada. 4.5. La responsabilidad del Estado ante supuestos de intromisiones estatales permitidas. 5. Fundamentos de la responsabilidad extracontractual del Estado en la doctrina argentina. 6. Prieta síntesis de la evolución de la responsabilidad extracontractual del Estado en precedentes de la CSJN. 6.1. Etapa negatoria. 6.2. Admisión de la responsabilidad. 6.2.1. Por actividad ilícita. 6.2.2. Por omisión ilícita. 6.2.3. Por actividad lícita. 7. Impacto de la reforma constitucional de 1994 en materia de responsabilidad estatal. 8. Etapa legislativa de la responsabilidad extracontractual del Estado. 9. Palabras de cierre

1. Introducción

El análisis de la evolución de la demandabilidad y de la responsabilidad extracontractual del Estado desde sus

orígenes hasta nuestros días, así como de los fundamentos desarrollados para justificarla, puede dejar al interesado una sensación ambivalente.

a) Desde una primera perspectiva, porque fue un proceso trabajoso y lento, que bien pudo haberse evitado si se hubieran atendido las razones expuestas por algunos constituyentes y legisladores de la época fundacional de nuestro país, para justificar la demandabilidad y responsabilidad de la Nación.

- Una prueba elocuente de lo expuesto es la letra del art. 15 de la Constitución: *"En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración…".*

Más allá de que dicha ley nunca fue dictada -y prescindiendo de la discusión sobre quiénes hubiesen resultado los beneficiarios-, lo cierto es que el constituyente originario contempló en esta cláusula un claro supuesto de responsabilidad del Estado derivada de un acto normativo lícito.

- Otro tanto podría predicarse de la letra del originario art. 97 de la Constitución de 1853, 100 de 1860 y actual art. 116: *"Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión… de los asuntos en que la Nación sea parte".*

La Constitución no definió si la Nación podía ser sólo parte actora, o si en cambio podía ser actora o demandada. Una interpretación literal hubiera podido inclinarse en favor del criterio amplio, por cuanto tanto es parte quien demanda como contra quien se demanda. No obstante, tras acalorados debates al discutirse la ley 48 del año 1863 (ver acápite II.a) y ante la falta de acuerdo sobre la cuestión, el legislador decidió diferir la interpretación al criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

- La ley 224, dictada en 1859, es otro ejemplo elocuente de que un camino distinto, más republicano y favorable al ciudadano hubiera sido posible: *"La Confederación Argentina desde la instalación de su gobierno constitucional, no reconoce derecho a indemnización en favor de nacionales o extranjeros, sino por perjuicios causados por empleados de las autoridades legítimas del país".*

Con tal dispositivo, la Nación pretendió -a un mismo tiempo- señalar la ruptura de la continuidad jurídica del Estado respecto de la otrora colonia española, a la vez que responsabilizarse por la gestión de sus propios actos -y no los de otros grupos armados producto de enfrentamientos domésticos-, tanto respecto de los nacionales como de los extranjeros, ante convenciones que pretendían aprobarse y contemplaban la indemnización de los perjuicios que durante la guerra civil habían sufrido los súbditos de Gran Bretaña, Francia y Cerdeña.

Lo expuesto es suficiente para señalar que, en aquellos primeros días, tanto convencionales como legisladores consideraron factible responsabilizar a la Nación por los perjuicios que ésta hubiese ocasionado a terceros.

- En el mismo sentido, es posible advertir que los principios que fundarán la responsabilidad del Estado, lejos de resultar novedosos, son previos o a lo sumo contemporáneos a la institucionalidad de la Argentina naciente, viéndose reflejados en los textos constitucionales desde sus orígenes.

Basta al respecto con señalar que, v.gr., de los tres preceptos fundamentales que elaborara el jurisconsulto romano ULPIANO -siglos II y III d.C.-: (*honeste vivire* [vivir honestamente], *alterum non laedere* [no dañar a otro], *suum cuique tribuendi* [dar a cada uno lo suyo]), el segundo -implícito en el art. 19 de la Constitución Nacional- ha sido utilizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como fundamento para responsabilizar al Es-

tado en múltiples precedentes; así como que la adopción de un Estado de Derecho y de la forma republicana de gobierno traen aparejados ciertos postulados, principios, así como derechos y garantías a favor de los habitantes, que conllevan la responsabilidad del Estado (ver acápites V y VII).

b) Ahora bien, si cambiando de perspectiva, se presta atención al derrotero seguido desde aquel punto de partida establecido por la Corte Suprema de Justicia en "Seste y Seguich" (1864) -a propósito de la falta de definición por parte del legislador (ver acápite II)- hasta la actualidad, la sensación cambia notablemente.

Aun con las críticas que pueda merecer la demora en la admisión de la demandabilidad del Estado, la ausencia de regulación legislativa a nivel nacional durante más de un siglo y medio, la evolución pretoriana construida en sus orígenes sobre la base de la responsabilidad civil, e incluso, la regulación de la actual ley nacional de responsabilidad del Estado 26.944 a propósito de sus restricciones y exigencias, el balance es decididamente favorable.

Se advierte en tal recorrido que el Derecho, a través de sus fuentes, lenta pero sostenidamente supo abrir caminos primero hacia la demandabilidad y luego hacia el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado, perfeccionando los fundamentos, determinando los presupuestos en general y los factores de atribución, en particular.

El proceso está aún *in fieri*, como tantas otras instituciones del Derecho Administrativo. Y aunque mucho es lo que se ha avanzado, otro tanto es lo que queda por transitar.

El conocimiento de dicha evolución motiva a los entusiastas del Derecho Público a tomar la posta y continuar en el esfuerzo, en procura de un sistema de responsabilidad estatal que garantice un Estado de Justicia ase-

gurando la dignidad de cada persona, motivación potenciada a partir del reconocimiento de nuevos derechos y la incorporación con jerarquía constitucional de diversos Tratados sobre derechos humanos tras la reforma constitucional de 1994.

Sobre los señalados aspectos es que versarán los apuntes que siguen, los que -por su propia condición- necesariamente están llamados a ser enriquecidos por elaboraciones más profundas, ya existentes y por venir [185].

2. Etapa negatoria de la responsabilidad del Estado

Los orígenes de las teorías negatorias de la responsabilidad estatal se remontan tanto a épocas primitivas como a la antigüedad clásica greco-romana. Es decir, un extenso período en el que aún no se concebía al Estado como una unidad jurídico-política, y donde las nociones de "poder", "soberanía" y "administración" carecían de límites conceptuales bien definidos. Este período se caracterizó por la imposibilidad de atribuir responsabilidad alguna a la autoridad gobernante con relación a sus súbditos, limitándose el soberano -eventualmente- a disciplinar los vínculos generados entre los sujetos a raíz de los menoscabos que éstos ocasionaban en sus relaciones de carácter privado.

185 Teniendo en cuenta la amplitud de objeto, la finalidad y las limitaciones del presente opúsculo por el contexto en que se inserta, hemos limitado al máximo las citas de doctrina científica, aludiendo básicamente a los clásicos. Confiamos en que el lector sabrá acudir a los numerosos y valiosos libros, artículos y comentarios existentes sobre los diversos aspectos de la problemática bajo análisis, a fin de profundizar los temas que aquí sólo dejaremos esbozados.

El influjo de dichas ideas se proyectó a lo largo de los siglos, incidiendo notablemente tanto durante la Edad Media -entendiéndose que la autoridad respondía exclusivamente frente a la divinidad de la cual emanaba su poder-, como también a partir del surgimiento de los Estados modernos, período en el que los axiomas absolutistas *"The King can do no wrong"* [el rey no puede dañar] y *"L'Etat c'est moi"* [el Estado soy yo], obstaculizaron toda posibilidad de que el soberano respondiera frente a los particulares por los daños que pudiera ocasionarles con su actividad.

Esta concepción negatoria subsistió incluso durante el período decimonónico, en que la soberanía de origen divino fue reemplazada por la soberanía popular. Precisamente es éste el momento histórico en que el Estado Argentino se dio sus propias instituciones, a través del proceso constituyente de 1853-1860.

a) La inmunidad soberana

Como fuera adelantado en las palabras introductorias del presente capítulo, tanto el Poder Constituyente de la Confederación Argentina, como también su Poder Legislativo -a través de los arts. 15 y 97 de la CN de 1853, y el dictado de la ley 224 de 1859- dieron contundentes señales dirigidas a admitir la responsabilidad del Estado frente a supuestos de daños generados a terceros.

Sin embargo, dichos alentadores lineamientos a la postre no prosperaron; por el contrario, se vieron relegados con posterioridad a la reforma constitucional de 1860, aunque dicho retroceso no estuvo en modo alguno vinculado con el contenido de las cláusulas constitucionales allí consagradas -sustancialmente análogas a las establecidas en 1853 y a las actualmente vigentes en la parte dogmática de nuestra Carta Magna-.

En rigor de verdad, durante aquel período fundacional de nuestras instituciones nacionales la cuestión atinente a la responsabilidad del Estado estuvo signada por la ausencia de definiciones en cabeza del Poder Legislativo, y la consecuente asunción de dicha responsabilidad por la recientemente instaurada Corte Suprema de Justicia de la Nación, que se inclinó por la tesis restrictiva (la misma que plasmara en oportunidad de delinear el anteproyecto de ley 48).

En efecto, pese a los enjundiosos debates [186] que prece-

186 Al discutirse el proyecto, en las sesiones del 31-07 y 3-08-1863, pueden leerse los principales argumentos contrarios a la demandabilidad del Estado (Elizalde, Gorostiaga, Cabral): 1. "… *cuando el Congreso niega el pago de una deuda, no podía ser demandada la Nación ante el PJ. El señor diputado ha sostenido que esto podría hacerse. Yo le digo al señor Diputado que si esa idea se llevara a efecto, traería las más funestas consecuencias; porque queriéndose huir de los perjuicios que sufren los particulares, llegaríamos a la tiranía del PJ, que es la peor de las tiranías pues no hay a quien reclamar. Si el PJ condena un hombre a muerte, que es lo más grave, no hay a quien reclamar. Lo que los tribunales dicen es la suprema verdad, y esto hace comprender lo delicado que es darles una omnipotencia mayor que la que tienen. Por consiguiente, las precauciones que se quieren tomar contra el PE y contra el PL, debemos tomarlas con mucha más razón contra el PJ que se compone de una mayoría de tres hombres que duran toda la vida, y bajo la dependencia de esas tres personas vendría a quedar tanto el PE como el PL de la Nación…"* (pág. 307); 2. *"Si la Nación pudiera ser demandada ante los Tribunales Federales, vendría a quedar comprometido el principio constitucional de la independencia de los tres altos Poderes del Estado; pues, de ese modo, los Poderes Ejecutivo y Legislativo quedarían sujetos a las decisiones del Poder Judicial; y la autoridad del Congreso, por ejemplo, para fijar anualmente el presupuesto de gastos y para arreglar el pago de las deudas de la Nación, vendría a subordinarse a la acción de los Tribunales; así es que éstos podrían ordenar el pago forzoso de una deuda pública que el Congreso, de*

acuerdo con el P.E. hubiese declarado ilegítima; lo cual importaría hacer dependientes del P.J. a los demás Poderes del Estado, lo que la Constitución no ha querido, sino que, por el contrario, ha establecido expresamente su independencia recíproca…" (pág. 318); 3. *…Si hay razón para llevar al P.E. como entidad moral ante la Corte Suprema de Justicia, la misma razón habría para llevar al Congreso como entidad moral ante la Corte Suprema de Justicia o viceversa, llevar como entidad moral a la Corte Suprema ante el Congreso. ¡Pero esto será un caos señor, caos que choca a la simple razón y al buen sentido! ¡No es posible Gobierno alguno de esta manera! Sr. Presidente. Se ha traído este pensamiento en la idea fascinadora de protección y de garantía de los intereses particulares del ciudadano; pero este es un error, las garantías de los derechos y de los intereses particulares de los ciudadanos están perfectamente provistas en la Constitución. Estos ciudadanos vendrán al Congreso con sus reclamos contra el Gobierno y si realmente resultan damnificados, el Congreso puede votar una indemnización para reparar los perjuicios que se les haya inferido. Yo creo, señor, que el Congreso es el gran jurado, el tribunal más competente para resolver en estos casos…" (fs. 333); 4. El error del Sr. Diputado proviene de confundir cosas enteramente distintas: cuan hay conflictos entre particulares ahí están los Tribunales de Justicia para declarar quien tiene razón. Pero cuando hay conflicto entre un acto de la Administración y un ciudadano particular, es decir un acto de la comunidad que interesa a toda la sociedad, su apoderado que se llama Presidente y Ministros, no tiene apelación ninguna, porque en la Administración común están todos los ciudadanos interesados. El Presidente no trata de asuntos personales, como tampoco ninguno de los Ministros…" (fs. 336).*

También los favorables al enjuiciamiento estatal (Zavalía, García, Vélez, Ruiz Moreno, Alsina): *1. … cuando el artículo 100 ha dicho: 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…. la constitución no ha hecho distinción alguna; no ha dicho si podrá ser parte actora y demandada la Nación, y no nos toca a nosotros, miembros del Congreso, interpretar la Constitución, limitándola en este artículo. Sería solamente la alta Corte de Justicia que es el único poder que puede interpretar la Constitución, la que interpretaría el artículo de que*

dieron al dictado de la ley 48, los legisladores no lograron echar luz en forma definitiva a la controversia referida a si -sobre la base del texto constitucional- el Estado Nacional exclusivamente podía asumir el rol de parte actora en sede judicial o si, por el contrario, cabía reconocer también la posibilidad de que fuera demandado por los particulares ante los tribunales de la Nación en procura de sus derechos. Lógicamente, el reconocimiento de este

---

tratamos (pág. 305); 2. … El Poder Judicial es en los Estados Unidos, digamos así, un poder especial, como debe serlo entre nosotros. Cuando juzga sobre la constitucionalidad de un acto cualquiera, indudablemente puede decirse que es superior al Congreso, puesto que tiene la facultad de declarar, por ejemplo, que tal ley dictada por el Congreso es contra la Constitución. En ese caso, es superior al Congreso, puesto que viene a hacer ineficaz una ley del Congreso. Pero cuando resuelve la S. Corte, como cuando resuelven los tribunales federales, no resuelven diciendo que la ley es inconstitucional, sino que resuelve solamente sobre un acto particular; así es que, a pesar de esa gran facultad, el Poder Judicial no llega a hacerse superior a los demás poderes. Lo mismo sucede cuando se presenta una cuestión, juzgando aquel caso particular pero no como un poder superior al PE. (pág. 313); 3. "… Si la Nación contrae obligaciones y no hay medio de hacerlas cumplir la igualdad desaparece; si la Nación no puede ser demandada a la vez que ella demanda, mediando igual causa y obligación, la igualdad prescripta en nuestra Carta Nacional es ilusoria. Con la doctrina que sostienen los diputados a quienes contesto, desaparecen las garantías que acuerda la Constitución a la propiedad; de tal manera que nadie podría estar cierto de no ser despojado a pretexto de utilidad pública, y quizás sin ningún pretexto, quedando sin recurso para ser indemnizado al momento (fs. 324); 4. "… se temen los peligros que señalan de que los acreedores de la Nación vendrán a demandarla por sus créditos ante los tribunales? Si este es un abismo, yo digo que sólo pueden naufragar en él los deudores tramposos o quebrados pero de ninguna manera se puede hacer valer ese peligro contra la Nación Argentina, cuyo orden actual de cosas es el reconocimiento de todos los derechos y cuyos poderes son una garantía para los derechos de los ciudadanos… (fs. 328/329.)

segundo rol constituía un requisito ineludible a fin de poder habilitar toda discusión ulterior en torno a los alcances de la eventual responsabilidad estatal.

La falta de definición del legislador no hizo más que dilatar la resolución del referido conflicto e, indirectamente [187], delegar dicha tarea en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Fue así que en el año 1864 el Tribunal Cimero se expidió en el caso "Seste y Seguich" [188], consagrando por

187 Finalmente será el diputado Mármol quien sostendrá que la interpretación constitucional corresponde a la Corte Suprema: *"… Estamos tratando de resolver un punto que pertenece a otro poder. Estamos nosotros haciendo el rol de Tribunal de Justicia Federal. Se trata de resolver aquí si la palabra parte significa parte actora y parte demandada y eso no nos pertenece a nosotros. Toda esta discusión no tiene otro problema que resolver que el que acabo de decir. Yo repito: ¿Es esto de nuestra incumbencia? ¿No es del resorte exclusivo de la Corte Suprema de Justicia?... Pongamos la palabra tal como está y dejemos al Poder Judicial, encargado de hacerlo, darle la aplicación que deba tener. Cuando un particular se presente demandando al Gobierno la Corte de Justicia sabrá lo que tiene que hacer…"* (pág. 334).

188 Fallos 1:317, 29-09-1864*: "… 1º. Que el Poder Ejecutivo Nacional es soberano en su esfera y administra con independencia de los otros dos poderes que participan del Gobierno de la República, pues por el artículo 86 de la Constitución, se declara que es el Jefe Supremo de la Nación y quien tiene a su cargo la administración del país. 2º. Que es uno de los atributos de la soberanía, reconocido universalmente, que el que la inviste, no pueda ser arrastrado ante Tribunales de otro fuero, sin su expreso consentimiento, por particulares, a responder de sus actos, y ser apremiado al cumplimiento de las obligaciones que de ellos puedan resultarle, cuyo cumplimiento está sujeto a reglas especiales y tiene por garantía su buena fe; 3º Que la facultad de juzgar supone la de emplear los medios de hacer obedecer las resoluciones que se dicten; y los tribunales Nacionales ninguno tienen eficaces para someter al Jefe de la Nación a la obe-*

primera vez la doctrina de la "inmunidad soberana del Estado", conforme la cual resultaba inviable reconocer la posibilidad de que el mismo sea demandado libremente por los particulares sin prestar su expreso consentimiento, en tanto ello sería incompatible con su condición de soberano. En ese sentido, la Corte entendió que la noción de "soberanía" traía aparejada no sólo la prohibición de que los súbditos pretendan enjuiciar a quien detentaba dicha condición sino, además, la imposibilidad de que otro Poder del Estado -en este caso, el Judicial- sometiera al Jefe de la Nación a la obediencia de sus mandatos.

En junio de 1865 la Corte Suprema adoptará otra decisión trascendente en la materia, al conocer la causa promovida por Juan Carlos Gómez [189] en representación de

---

diencia de sus mandatos; 4º Que aun prescindiendo de esta consideración, la facultad de los tribunales de hacer comparecer ante sí al Poder Ejecutivo, siempre que fuese demandado, a dar cuenta de sus actos, imponerle restricciones, y condenarlo a pagos y reparaciones civiles, daría al Poder Judicial una superioridad inconciliable con la supremacía que el artículo constitucional citado acuerda al Jefe de la Nación y el derecho de arreglar el pago de deudas públicas exclusivamente cometido al Congreso por el artículo 67 en su inciso 6… 5º … que la cláusula del artículo 3º, sección segunda, de la Constitución de aquella república (EEUU), que corresponde a la del artículo 100 de la nuestra, que describiendo los casos a que se extiende la justicia federal, dice ser uno de ellos, los asuntos en que la nación sea parte, solamente se refiere a los pleitos en que es parte demandante…"

189 Fallos 2:36 (01-06-1865): *"… no se sigue que los acreedores de la Nación carezcan de los medios de hacer valer sus derechos, pudiendo ocurrir al Congreso, que por el inciso 6 del artículo 67 está facultado para arreglar el pago de la deuda pública y en cuya imparcialidad, ilustración y justicia hallarán sus legítimos intereses la misma protección y garantías que en los Tribunales de la Nación" (cons. 3º)*

su hermano, José Cándido, oportunidad en que sostendrá -con fundamento en el artículo 67 inciso 6º de la Constitución- que es el Congreso el facultado para arreglar el pago de la deuda y, consecuentemente, ante quien deben instarse los reclamos [190].

Como veremos con mayor detalle en el acápite IV, a partir de allí comenzó un período de "reclamos legislativos" que dieron lugar a leyes acordando indemnizaciones, para luego dar paso a la "venia legislativa previa", una suerte de autorización del Congreso -en tanto representante del pueblo- para someter a los tribunales de la Nación el reclamo previamente formulado.

b) La irresponsabilidad de las personas jurídicas. Responsabilidad de los mandatarios o representantes

A lo largo del período histórico hasta aquí referenciado, si bien la doctrina restrictiva sentada por la Corte Suprema de Justicia en materia de demandabilidad del Estado constituyó un claro impedimento a fin de edificar un sistema de responsabilidad estatal, lo cierto es que, en paralelo, existía otro gran valladar que conspiraba contra dicha posibilidad, uno que no reconocía orígenes jurisprudenciales sino normativos.

Así como el Legislador había inicialmente guardado silencio en relación a la demandabilidad del soberano -al menos hasta el dictado de la ley 3952 del año 1900-, naturalmente también había omitido dictar una ley destinada a consagrar un régimen general de responsabilidad del Estado, inconciliable con la inmunidad atribuida al

190 De hecho, durante el mismo 1865 se sancionó la ley 161, disponiendo una indemnización a favor de José Cándido Gómez.

mismo (omisión que -pese a los paulatinos pero decididos avances que posteriormente existieron al respecto- se prolongó hasta el año 2014, es decir, durante más de 160 años).

El único cuerpo normativo que contenía un régimen sistematizado tanto de la personalidad como de la responsabilidad de los sujetos era el Código Civil de VÉLEZ SARSFIELD, el que si bien reconocía la existencia tanto de las personas físicas como de las personas jurídicas -entre las que se encontraba el Estado-, tenía vocación para regular las relaciones "privadas" entre los sujetos cuya existencia receptaba, resultando sus previsiones -al menos *a priori*- ajenas al campo del Derecho Administrativo.

En ese contexto, la doctrina administrativista de la época hizo extensiva al ámbito del Derecho Público la acalorada discusión civilista en torno a si VÉLEZ SARSFIELD había receptado la teoría de la "ficción" o de la "realidad" en cuanto a la naturaleza jurídica de las personas de existencia ideal. Esta discusión no resultaba ociosa, y la proyección de sus efectos era dirimente a fin de establecer si cabía atribuirle al Estado responsabilidad a título personal por los daños que ocasionare, o si, por el contrario, el régimen de la personalidad jurídica delineado en el Código Civil vedaba la posibilidad de imputar directamente a los entes ideales aquellos actos generadores de daños a terceros. Todo ello, dependiendo del sentido y alcance que se le atribuyera a los arts. 36 y 43 del código velezano, que -respectivamente- establecían que *"Se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, sólo producirán efecto respecto de los mandatarios"*, y que *"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 ellas".

Como señala Reiriz [191](1969), una interpretación exegética del articulado condujo a juristas de fuste como Bielsa a afirmar que, "(…) Vélez Sarsfield adoptó el sistema de Savigny y Freitas en materia de personas jurídicas (de la ficción). Por lo tanto, se concibe a las personas jurídicas como incapaces de hecho, que -para realizar los fines que justifican su existencia- tienen necesariamente que valerse de personas físicas que actúen en su nombre y por su cuenta, eso es, valerse de *representantes necesarios*. Obrando el representante en nombre e interés de la persona jurídica, los actos que en tal virtud realice dentro de los límites de su representación (o ministerio) deben reputarse actos de tal persona jurídica y así la obligan. Si, en cambio el representante excede los límites asignados, los actos o hechos extraños al mandado no se reputan realizados por la persona jurídica (…). Como consecuencia, la ejecución de un hecho ilícito importa siempre una extralimitación del mandato, pues en este no puede incluirse sino aquello que establecen las leyes o estatutos aprobados por la autoridad. Ese hecho ilícito, generador de responsabilidad, no podrá así *imputarse directamente* al Estado, sino que solo aparejará la responsabilidad del propio agente".

Frente a esta tesitura se enrolaron encumbradas voces como las de Bullrich quien -pese a haber representado una postura minoritaria-, con una destacable lucidez y anticipación en términos históricos, pregonaba que "(…) la única teoría que explica satisfactoriamente esos fenó-

191 Reiriz, María Graciela*, Responsabilidad del Estado,* Eudeba, 1969, pág. 21.

menos jurídicos es la de la realidad y hay que descartar sin mayores comentarios la de la ficción, porque tanto en derecho internacional, como en derecho público o en derecho privado, es irrisorio manifestar que se trata de seres ficticios, vale decir imaginarios, cuando se está palpando su existencia" [192]. El mencionado autor criticaba que la tesis de la ficción niegue "(…) toda responsabilidad civil o criminal por actos ilícitos, fundada en la comparación que hace de las personas jurídicas con los incapaces y sosteniendo que el acto ilícito que se les atribuye no les pertenece, sino que ha sido ejecutado por un representante fuera de los límites de su mandato; [alegando] que así como no podría castigarse en un demente el delito cometido por su curador, así tampoco puede castigarse en la persona jurídica el delito cometido por su representante; que las personas jurídicas no han sido constituidas para ejecutar actos ilícitos"; adscribiendo a la respuesta efectuada por MICHOUD en el sentido de que "si bien ese no es el fin de las personas, pueden haber ejecutado el acto, no como fin sino como medio; a lo que podríamos agregar que las personas naturales tampoco han venido al mundo para delinquir, y que, sin embargo, delinquen (…). Las dificultades que el problema de la responsabilidad presenta en la teorías [de la ficción] desaparecen en el sistema de la persona real, que con una sencillez admirable las resuelve y explica, ya que admitido que una persona jurídica es un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones por medio de la voluntad que le hemos reconocido, es indudable que esa voluntad, como la de las personas naturales, puede escoger entre el bien

192 BULLRICH, Rodolfo, *La responsabilidad del Estado*, 1ª edición, D'Artagnan Editora, Buenos Aires, 2017, pág. 50.

y el mal, entre lo lícito y lo ilícito, y según escoja así serán las consecuencias del acto que realice" [193].

En suma, a lo largo del período histórico hasta aquí analizado y por las razones esbozadas previamente, no fue posible endilgarle personalmente al Estado la res-

193 Bullrich, Rodolfo, La responsabilidad… (ob. cit.), págs. 68-71. En ese sentido, el autor evidenciaba, con buen tino, la paradoja resultante de la existencia de "(…)entre muchas otras disposiciones de leyes especiales, las de la ley número 2873, artículos 65, 83 y 91 que sancionan la responsabilidad de las empresas de ferrocarriles por las 'faltas, actos u omisiones de sus empleados, sin poder declinar en ellos su responsabilidad', y en especial la de los artículos 92, 93 y 94 que establecen las multas de que serán pasibles las empresas por infracciones que cometan en contravención con las leyes o reglamentos que las rigen. Así, por ejemplo, un retardo continuo en la marcha de los trenes constituye una falta de cumplimiento a los horarios aprobados y en base de esas circunstancias el ministerio de obras públicas ha decretado la aplicación de multas, o sea de penas pecuniarias. Esas multas no son los gastos a los que se refiere la nota del artículo 43 del Código Civil, porque no son gastos de procesos, sino verdaderas penas pecuniarias. ¿No está ello en contradicción con la teoría de que las personas jurídicas no pueden cometer faltas, ni han sido constituías con ese objeto? ¿No es (…) el agente o comitente de la persona jurídica el verdadero responsable de la falta que castiga a la persona moral? ¿Por qué se le aplica a ella la pena y no al autor material de la falta? Para nosotros, que admitimos la responsabilidad absoluta de la persona jurídica, la cuestión no presenta dificultades, porque es ella la verdadera responsable de la falta porque cada uno de sus agentes no representa nada, individualmente considerado (…). Y la adopción del principio, sea cual fuere la doctrina que se pretenda adoptar, conducirá a la conclusión forzosa de que se debe dar esa extensión a todos los actos de las personas jurídicas de una naturaleza análoga a la de las empresas ferroviarias, porque en caso contrario se cometería una injusticia. No se puede aplicar una responsabilidad determinada a una empresa de ferrocarriles por el hecho de revestir ese carácter, si no se aplica también a las instituciones semejantes" (pág. 119-121).

ponsabilidad por los daños que ocasionara. Repárese en que, habiendo partido de un escenario en el que lisa y llanamente resultaba inviable siquiera admitir que la actividad del soberano pudiera generar perjuicios a los particulares -privándolos así de toda herramienta tendiente a reclamar por sus derechos-, los avances experimentados se limitaron a reconocer -con fundamento en la teoría de la representación- la exclusiva responsabilidad personal de los agentes, mas nunca de la del Estado como sujeto de derecho pasible de responder frente a terceros. Dicho panorama resultaba a todas luces insatisfactorio, por cuanto "(…) con la interpretación que se da[ba] al artículo 43 [del Código Civil], se coloca[ba] en una situación ventajosísima a las personas jurídicas en relación con las personas naturales, pues se hac[ían] de aplicación imposible, en lo que respecta a ellas, los artículos 1109, 1112 y 1113 del Código Civil" [194]; mientras que "(…) la responsabilidad personal de los agentes es por lo general, casi en absoluto, limitada y que en la mayoría de los casos que ocurrieran el derecho de la víctima de que los mismos lo indemnizaran sería ilusorio" [195].

3. Apuntes sobre la responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado

Siguiendo a Reiriz [196], pueden distinguirse dos grandes grupos entre los sistemas de responsabilidad del Estado que se dan en el Derecho Comparado: a) por un

194 Bullrich, Rodolfo, *La responsabilidad*… (ob. cit.), pág. 110.

195 Bullrich, Rodolfo, *La responsabilidad*… (ob. cit.), pág. 174.

196 Reiriz, María Graciela, "Fundamentos constitucionales de la responsabilidad del Estado", RAP (309).

lado, los sistemas de cobertura de los daños causados por hechos, actos u omisiones ilícitas de los funcionarios. Es un sistema éste con factor de atribución subjetivo, al que se le agrega la garantía del Estado; b) por el otro, los sistemas de responsabilidad patrimonial directa y objetiva del Estado, con un factor de atribución objetivo.

a) Los regímenes de cobertura se vieron influidos por el Código Napoleón y su sistema de responsabilidad civil extracontractual de tipo subjetivo, basado en la noción de culpa (arts. 1382 y 1383 de dicho código).

Sin embargo, como lo señalara Eduardo Soto Kloss, originariamente -en el temprano Derecho Romano- la idea de reparación del daño no revestía un fundamento subjetivo sino que se basaba en la restitución de una situación injusta sufrida por la víctima, entendiendo al Derecho como cosa justa, como justa reparación, justo equilibrio; ello en función de la clásica definición de justicia "dar a cada uno lo suyo", es decir, dar lo debido según una relación de igualdad en los cambios o conmutaciones o repartos que realizan los hombres entre sí.

A fin de explicar cómo se pasó de aquel inicial sistema objetivo al de la responsabilidad subjetiva del Código de Napoleón, refiere que a partir de la baja Edad Media y comienzos de la Edad Moderna -como consecuencia del voluntarismo y la laicización posterior a la Reforma- se abandonó la idea de Derecho como *cosa justa* y, dándose primacía a la voluntad del hombre más que a la razón, se concibe al Derecho como un conjunto de normas de conducta, un sistema de deberes y derechos subjetivos, orden de imputaciones y de responsabilidades fundadas en las faltas: *la reparación es la sanción a un culpable (a un pecador)* y debe repararse todo daño producido por su falta o culpa.

Esas ideas fundaron el sistema de responsabilidad con factor de atribución subjetivo del Código de Napoleón, en el cual pueden incluirse -además del régimen francés- a los que rigieran en Alemania, Italia, Inglaterra, Estados Unidos, Brasil, y nuestro sistema argentino de aquella época.

- En Alemania, antes de 1900 se aplicaba lisa y llanamente el código Napoleón y se fundaba la responsabilidad del Estado en el art. 1384 -similar al art. 1113 del Código Civil argentino-, atribuyéndole responsabilidad por los daños causados por sus funcionarios. Con la sanción del Código Civil alemán en 1900 comenzó a aplicarse su art. 839, que consagraba la responsabilidad del funcionario que intencionalmente o por negligencia viole el deber profesional que le corresponde respecto de un tercero, estableciendo que en los casos que sólo fuese culpable de negligencia únicamente sería responsable cuando el lesionado no pueda obtener reparación de otro modo. Y esa salvedad encontraba explicación en la aparición de diversas "normas de cobertura", por las cuales se transfería responsabilidad al Estado por los daños causados ilícitamente por sus agentes. Posteriormente, en 1910, se dictó la Ley de Responsabilidad del Reich, previendo que la responsabilidad alcanzaba al Reich en vez de al funcionario (responsabilidad primaria del Estado); principio que fue recogido en el art. 131 de la Constitución de Weimar de 1919 y en el art. 34 de la Constitución Federal del Bund.

- La Constitución italiana de 1947, en su art. 28, establece que "Los funcionarios y subordinados del Estado y de los organismos públicos son directamente responsables, según las leyes penales, civiles y administrativas, de los actos realizados con violación de derechos. En tales casos, la responsabilidad se extiende al Estado

y a los organismos públicos". REIRIZ destaca que dicho sistema impone un factor subjetivo de atribución de responsabilidad porque se refiere a la conducta del autor del daño (reproche subjetivo), mas no requiere la acreditación del elemento subjetivo culpa. En ese sentido, pone de resalto su parentesco con lo establecido en el art. 1112 del Código Civil de VÉLEZ SARSFIELD, que se refería a *los hechos y omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas*, prescindiendo también de las nociones de culpa, dolo o negligencia, por lo que el factor de atribución se *objetiva* en la violación o en el irregular cumplimiento de las obligaciones.

- En Francia, el principio de separación de funciones administrativas y judiciales llevó a la creación de la doble jurisdicción (la administrativa y la judicial) y obstaculizó el desarrollo de la responsabilidad, primero de los funcionarios y luego del Estado. Se distinguen cinco etapas en el desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad del Estado francés, caracterizándolo finalmente como un sistema de responsabilidad *con falta* netamente subjetivo: 1°) La etapa de la "garantía de los funcionarios", durante la cual se debía pedir autorización al Consejo de Estado para demandar al funcionario autor del daño, el cual -si estimaba que la falta cometida era absolutamente personal-, daba autorización para que el agente fuera civilmente demandado ante el Poder Judicial, pero en caso contrario se verificaba un supuesto de denegación de justicia, ya que si bien debía demandarse al Estado se carecía de jurisdicción para hacerlo; 2°) El sistema instaurado en 1873 a raíz de los fallos "Blanco" y "Pelletier", basado en dos categorías de faltas: i) la falta personal, cuando hay ausencia de vínculo con

el servicio (por su gravedad o malicia), aunque se haya cometido en el servicio o en ocasión del mismo; ii) la falta de servicio, que se configura por la falta a las obligaciones del servicio. Si la falta era personal el agente era juzgado por el tribunal judicial, mientras que en la falta de servicio era imputable sólo a la Administración ante el juez administrativo; 3°) Etapa de acumulación de faltas; 4°) Etapa de acumulación de responsabilidades; 5°) Etapa del recurso de la Administración contra el agente, en la cual el Estado responde ante terceros por los daños causados por su agente y, sin nuevo juicio, por una orden del ministro, se cobra del patrimonio del funcionario la indemnización abonada a la víctima, cuando la falta hubiese sido personal.

b) Sistemas de responsabilidad directa y objetiva

- En Alemania, frente al *sistema de responsabilidad pública* de tinte subjetivo consagrado en el art. 839 del Código Civil de 1900, se elaboró un *sistema de indemnización pública por intervenciones conformes a Derecho*, para los supuestos en los cuales, ante la ausencia de reproche subjetivo que formular al autor del daño, se entendía que no podía hablarse de responsabilidad. En virtud de este sistema, el Estado queda obligado a indemnizar a aquellos particulares cuyos derechos y ventajas se ha visto precisado a sacrificar en procura del bien de la comunidad. A partir de allí, posteriormente, se elaborarán dos construcciones distinguiendo la responsabilidad del Estado basada en el sacrificio particular, y en supuestos de expropiación.

- Por su parte, en Francia, ante la necesidad de reconocer supuestos de responsabilidad "sin falta", se ensayó jurisprudencialmente un primer fundamento basado

en la *teoría del riesgo*, consistente en que, si se obtiene provecho de una actividad creadora del riesgo de dañar, debe responderse por el daño causado ya que no podría aprovecharse las ventajas de la actividad sin asumir sus cargas. Posteriormente se aplicó otro principio autónomo para todos los supuestos de responsabilidad sin falta: el de *la igualdad en la asunción de las cargas públicas*, derivado de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano, conforme el cual el daño causado por la Administración a un particular sería una variedad de carga pública que -al menos en principio- no podría pesar sobre un solo ciudadano y debería repartirse entre todos.

- Por último, en España, la Constitución de 1978 incorporó un sistema netamente objetivo de responsabilidad del Estado, estableciendo en su art. 106, inc. 2°, que "Los particulares (…) tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". De tal modo, triunfa la tesis sostenida por García de Enterría por sobre la distinción que mantenía Garrido Falla -siguiendo la línea del Derecho alemán- entre "indemnización pública" y "responsabilidad administrativa", dependiendo si los daños derivaban de la actividad lícita o ilícita respectivamente. García de Enterría unió ambos supuestos en una teoría de la responsabilidad que centró el factor de ilicitud no en la conducta del autor del daño sino en el daño mismo: el daño es ilícito cuando se trata de un detrimento patrimonial que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, es la llamada *antijuridicidad objetiva*.

4. Crisis de la negación en Argentina

4.1. Admisión de la demandabilidad estatal

El estricto régimen de indemandabilidad de la Nación en razón de su inmunidad soberana, decidido por la Corte Suprema a partir de los precedentes "Seste y Seguich" y "Gómez", sufrió su primer resquebrajamiento significativo en el año 1900 con motivo del dictado de la ley 3952 de Demandas contra la Nación, mediante la cual se establecieron por vez primera -aunque no sin imprecisiones y cortapisas- reglas tendientes a admitir la demandabilidad estatal con vocación de generalidad.

Cierto es que con anterioridad a dicho hito el Poder Legislativo había adoptado como práctica tomar en consideración los reclamos tendientes a obtener una indemnización frente a los daños sufridos a causa de conductas estatales; a veces expidiéndose en orden a la procedencia o falta de asidero del resarcimiento pretendido [197], a veces sancionando una ley cuyo único contenido se circunscribía a conferirle al reclamante la autorización para promover una acción judicial [198].

197 V.gr. Ley 635/1873 que autoriza el pago a Ángela R. de Milberg; Ley 659/1874 que autorizan al PE a abonar los sueldos que se le adeudan a Plácido López; Ley 703/1875 que autoriza el pago de indemnización a Federico de la Barra por la ocupación de su imprenta en 1861; Ley 1870 de 1886 que autoriza el pago a Adolfo Carranza, e.o.

198 V. gr. Ley 475/1871 "Sométase a los Tribunales de la Nación el reclamo formulado por Cándido Galván…"; Ley 675/1874 que autoriza a Aguirre, Carranza y Cía. para presentar ante los tribunales la reclamación entablada por provisiones que suministraron en Córdoba al gobierno de la confederación en 1871.

Este último mecanismo, conocido como "venia legislativa", en modo alguno se tradujo en una atemperación del principio de inmunidad soberana del Estado sino, antes bien, en su profundización e invariable consolidación, por cuanto la autorización concedida por el Congreso Nacional representaba, ni más ni menos, que el consentimiento del soberano exigido por la jurisprudencia de la Corte como requisito *sine qua non* de cualquier demanda judicial contra el Estado.

Por eso destacamos que la ley 3952 representó el primer avance significativo en miras a reconocer la demandabilidad del Estado, no ya de modo individual y excepcional, sino con criterios de generalidad. En efecto, la referida norma en su versión original [199] eliminó la obligación de solicitar la "venia legislativa", aunque sólo en modo parcial, ya que eximía a los particulares de acudir previamente al Congreso únicamente en aquellos supuestos en que pretendieran reclamar los daños ocasionados por la actuación del Estado "como persona jurídica" mas no en caso de perjuicios generados en razón de su "poder público" (dualidad que analizaremos *in extenso* en el siguiente parágrafo).

Sin embargo, la supresión parcial de la "venia legislativa" no implicó la consagración de un régimen de demandabilidad judicial directa en aquellos supuestos, toda vez que si bien el particular ya no debía dirigirse al

199 BOP 27-09-1900 – Art. 1º "Los Tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación en su carácter de persona jurídica, sin necesidad de autorización legislativa previa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber precedido la reclamación de los derechos controvertidos ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste".

Congreso en búsqueda de la conformidad del soberano, la ley estableció la obligatoriedad de efectuar un "reclamo administrativo previo" a entablar la demanda judicial, cuya promoción únicamente sería viable una vez desestimado el mentado reclamo por parte del Poder Ejecutivo Nacional.

Este sistema, conforme el cual coexistieron el mecanismo de la "venia legislativa" -para aquellos supuestos en que el Estado hubiere actuado en ejercicio del poder público- y el "reclamo administrativo previo" -para los casos en que el Estado lo hubiere hecho como persona jurídica- se prolongó hasta el año 1932, cuando mediante el dictado de la ley 11.634 [200] se suprimió en forma definitiva la exigencia de la venia legislativa y se hizo extensiva a todos los casos la necesidad de efectuar un reclamo administrativo con anterioridad a la promoción de una demanda judicial, con prescindencia del tenor que revistiera la conducta estatal generadora del daño invocado.

Esta sustancial ampliación del espectro de conductas estatales pasibles de ser enjuiciadas, la asunción por parte del Estado de una cantidad cada vez mayor de funciones con potencialidad de impactar en la esfera de derechos de los particulares, y la ausencia de norma regulatoria de su responsabilidad, fue caldo de cultivo para que alumbraran los primeros criterios jurisprudenciales

200 Art. 1º ley 3952 -texto según ley 11.634 (BOP 17-10-1932): Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que deduzcan contra la Nación sea en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber producido la reclamación del derecho controvertido ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste.

dirigidos a sentar las bases sobre las cuales estructurar el fundamento y alcance de la responsabilidad estatal.

4.2. La doble personalidad del Estado

El régimen de demandas contra la Nación instaurado por la ley 3952, siguiendo las aguas de la teoría de la "doble personalidad del Estado" ampliamente difundida a principios de siglo XX, distinguió la naturaleza de las conductas desplegadas por el Estado [201], en el entendimiento de que el mismo podía asumir diversos roles en el ejercicio de su personalidad, actuando "como persona jurídica" o bien como "poder público", condicionando, así, el régimen jurídico aplicable en un supuesto u otro.

Con relación a los orígenes de dicha teoría, GORDILLO [202] señala que "(…) En la época de las monarquías absolutas, en que el Rey era indemandable, irresponsable, etc., se

201 Al respecto, se ha señalado que "Fuera de la Constitución, la única ley que se ha ocupado exclusivamente de la personalidad jurídica del Estado, es la ley 3952 (…), [pero] (…) es una ley de procedimientos, porque lo único que ha sancionado es que se puede prescindir de la venia del Congreso -nunca se niega- para demandar a la Nación cuando ha procedido como persona jurídica, aunque no establece cuándo reviste estos caracteres, cuya apreciación queda librada en cada caso al criterio de los tribunales. El hecho de que esa ley establezca que rige cuando la Nación ha procedido como persona jurídica, permite suponer *a contrario sensu*, que ejecuta actos que no revisten ese carácter. ¿Serán los del poder público personal e irresponsable?". BULLRICH, Rodolfo, *La responsabilidad…* (ob. cit.), págs. 63-64.

202 GORDILLO, Agustín, "Derecho administrativo de la economía (1967)", Sección I, Capítulo I, págs. 42-51, en *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Tomo 9, 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2014.

ideó la teoría del 'Fisco', que venía a constituir una especie de manifestación 'privada' del soberano, colocada en un plano de igualdad con los administrados; de este modo se atemperaba en parte el rigor de la concepción soberana del Rey. Suprimido el Estado de policía, abandonada la monarquía absoluta como forma de gobierno, no cabía sino llegar a la conclusión de que toda la personalidad del Estado era la misma, y no precisamente igual que la del Rey, sino que la del 'Fisco'. Sin embargo, casi todos los autores hablaron también de una 'doble personalidad' del Estado, como poder soberano y como sujeto de derecho (…)"; indicando que, de acuerdo a esta distinción, "(…) se sostiene que cuando el Estado actúa como poder público soberano, no está sometido al orden jurídico y por lo tanto sus actos nunca pueden ser considerados antijurídicos, ni pueden originarle responsabilidad; cuando, en cambio, el Estado actúa en el plano común, sus actos son antijurídicos si contravienen las normas preexistentes, y pueden acarrearle responsabilidad. Se sigue de lo anterior que los individuos no tienen auténticos derechos subjetivos frente al Estado como 'poder público', y sí sólo los tienen frente al Estado como 'persona jurídica'".

La aludida teoría gozó de adeptos [203] y detracto-

203 Tal es el caso de Bielsa, quien afirmaba que "En el derecho privado todo damnificado por un *hecho ilícito* tiene acción judicial contra el autor del daño, o sea el responsable. Pero este principio no se reconoce -por lo menos con la misma extensión- en el derecho público; es decir, que el derecho a ser indemnizado por el Estado sólo existe *excepcionalmente* en forma positiva, o sea, cuando la ley impone la obligación de indemnizar. (…) La dificultad realmente existe cuando se considera al Estado en su carácter de 'poder público', soberano, y no sujeto al derecho común (irresponsabilidad total), o bien se lo considera como persona jurídica y, por eso, a diferencia de las personas físicas, tienen limitada su responsabilidad

res [204], y si bien resulta ineludible referir a ella a fin de

por la ley (art. 43 del Cód. Civil) y los estatutos (irresponsabilidad parcial)".

204 Ya a principios del siglo XX, Bullrich destacaba que "Hoy las cosas han cambiado. El poder reside en el pueblo, en la Nación, o sea en el Estado, la persona políticamente organizada de la Nación (…) y el que lo ejerce, sea por mandato, representación o como órgano de la mayoría de los habitantes, lo hace en nombre de ellos y no en nombre propio. (…) No hay dificultad en la comprensión de estas ideas cuando se admite la doctrina que hemos aceptado referente a la personalidad jurídica única para el Estado, sea que se la considere como persona privada, sea que se la considere como poder público. Regirán diferentes normas, unas de derecho privado, otras de derecho público, otras de equidad, según sea el caso que se contemple, pero en el fondo el funcionamiento del mecanismo de la personalidad jurídica será siempre el mismo. Se exigirán procedimientos diversos, trámites supletorios, términos más largos, la venia del parlamento, etc., para iniciar y continuar el litigio, pero esas circunstancias no modifican el fondo de la cuestión". Resulta particularmente interesante destacar la conclusión a la que arribaba el autor a partir del derecho a indemnización consagrado en el art. 15 de la Constitución Nacional como correlato de la declaración de libertad de los esclavos, entendiendo que dicha cláusula "evidencia que los constituyentes sancionaron que el Estado era responsable de los actos que ejecutaba usando la suma de poder que puede suponerse cuando procede como poder público, ya que no puede imaginarse mayor poder que el de dictar una carta fundamental". Bullrich, Rodolfo, *La responsabilidad…* (ob. cit.), págs. 255-256 y 259.

Marienhoff también se pronunció en contra de la doble personalidad del Estado, aseverando que "La irresponsabilidad del Estado cuando actuaba en el campo del derecho público, concepción característica del siglo pasado, aparecía como un corolario de la 'soberanía', criterio, éste, que retardó la aceptación de la responsabilidad estatal. Tratábase de ideas equivocadas: pretender que la soberanía implica infalibilidad es un absurdo. Nuca soberanía puede ser sinónimo de impunidad. (…) El 'Estado de Derecho' presupone una auto-

comprender cabalmente el contexto que condicionó el paulatino reconocimiento de la responsabilidad estatal en nuestro país, debe aclararse que dicho contrapunto se encuentra ampliamente superado en la actualidad, entendiéndose que bajo ningún concepto la autoridad estatal puede quedar eximida de someterse al bloque de juridicidad propio del moderno Estado de Derecho [205].

---

limitación de sus propios poderes por parte del Estado que permite, frente a él, un ensanchamiento de la esfera jurídica del administrado, ensanchamiento que incluye la responsabilidad estatal por actos o hechos que le sean jurídicamente imputables". MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, pág. 720-721, 6ª edición, Abeledo-Perrot.

205 Al respecto, GORDILLO sostiene que "Si consideramos que 'soberanía' es un poder ilimitado, no sujeto a norma imperativa alguna, y en virtud del cual puede hacerse absolutamente cualquier cosa, es obvio que en este sistema constitucional tal 'soberanía sólo la tiene el pueblo, y no la tiene la organización estatal. No la tiene el Estado, porque él no posee en ningún caso un poder ilimitado, no sujeto a norma alguna; él está siempre sometido a las normas imperativas de la Constitución, a las que debe ceñirse estrictamente, sin poder en modo alguno apartarse de ellas. Se concluye de esto que el Estado organizado en los tres poderes no ejerce un doble juego de atribuciones (…): En nuestro país el Estado nunca tiene un auténtico poder público soberano, o poder de imperio; sus facultades emergen siempre de un orden jurídico previo que le ha sido impuesto, y por ello son infrajurídicas, esto es, se encuentran bajo un orden jurídico, sometidas a él. Si lo contravienen, son antijurídicas y carecerán de validez y vigencia. El Estado actúa así siempre en el mismo plano: siempre bajo el orden jurídico; su personalidad es fuera de toda duda una sola, y los particulares tienen frente a él auténticos derechos subjetivos, que pueden hacer valer plenamente; si el Estado los desconoce, incurrirá en responsabilidad". GORDILLO, Agustín, *Derecho administrativo (…)*; ob. cit., pág. 51.

4.3. Del mandato y la representación a la teoría del órgano

Sin ánimos de reeditar enteramente el análisis referido *supra* (v. acápite II.b.) en oportunidad de abordar las razones que históricamente condujeron a pregonar la irresponsabilidad de las personas jurídicas en general y del Estado en particular, resulta necesario insistir en lo referido a las llamadas teorías del mandato y de la representación toda vez que, aun luego de haberse iniciado el incipiente proceso que puso en crisis el dogma de la irresponsabilidad estatal, las nociones propias del Derecho Civil continuaron desplegando un rol protagónico en el paulatino reconocimiento pretoriano de la responsabilidad del soberano.

Ello se explica si se tiene presente que, en aquel entonces, el Código Civil velezano era la única fuente de Derecho infraconstitucional que contenía reglas generales en materia de Derecho de daños; siendo entendible que, pese a la aparente inconveniencia de aplicar lisa y llanamente preceptos del Derecho Privado para regular cuestiones de Derecho Público, los Tribunales hayan asumido la encomiable tarea de elaborar una teoría de la responsabilidad estatal adaptando a las circunstancias del caso aquellas previsiones de raigambre iusprivatista.

En ese sentido, no resulta ocioso recordar que precisamente las nociones del mandato y la representación -emergentes de la interpretación entonces dada a los arts. 36 y 43 del Código Civil-, debido a sus imprecisiones e ínsitas contradicciones [206], obstaculizaron la atribución

206 Bullrich puntualizaba que "Durante mucho tiempo se sostuvo que las personas jurídicas traducían sus actos por medio de

de responsabilidad personal al Estado -ya sea a título directo o indirecto- en supuestos de actuación ilícita de sus agentes, por cuanto se entendía imposible extender a la persona jurídica -bajo ningún factor de atribución- la imputación de aquellos actos desplegados por sus representantes excediendo los límites del mandato conferido.

Como analizaremos más adelante, la Corte Suprema de Justicia removió dicho obstáculo en el año 1933 al pronunciarse en el caso "Devoto", dando inicio a un prolongado período durante el cual se sustentó la atribución de responsabilidad estatal a título indirecto, sobre la base de lo normado en el art. 1113 del Código Civil por entonces vigente. Si bien la referida decisión supuso un verdadero giro copernicano en aras del tan ansiado reconocimiento de la responsabilidad estatal, cierto es que también mereció agudas críticas [207], no en razón del loable criterio

---

mandatarios o por medio de representantes. La teoría del mandato fue abandonada porque para otorgar un mandato se requiere en primer término de una voluntad capaz de producirlo, lo que se le negaba a la persona jurídica, explicándose entonces el fenómeno de que nos ocupamos por medio de la teoría de la representación legal, en la forma en que se aplica al demente o al *infans*, sin llegar por eso a una solución exacta, porque entonces la representación viene impuesta de afuera, es decir que no es una acto volitivo de la persona jurídica y porque si la ley puede imponer un representante legal a una persona natural incapaz de manifestar su voluntad, no sucede lo mismo con el Estado, ya que no habría otro poder superior al mismo que le pudiera imponer esa representación". Bullrich, Rodolfo, *La responsabilidad…* (ob. cit.), págs. 57-58.

207 En oportunidad de efectuar un comentario al fallo "Devoto", Bielsa refirió que "Este fallo que parece dictado de una causa entre particulares -pero que lo es contra el Gobierno nacional, es decir, contra el Estado, poder público-, aun cuando se presente como un caso común, tiene una significación jurídica insospechada. Implica,

acuñado por la Corte, sino ante la omisión por parte del Tribunal de explicitar en forma acabada los argumentos que justificaran el repentino apartamiento de lo preceptuado en los arts. 36 y 43 del código de fondo.

A pesar del definitivo abandono de las teorías del mandato y de la representación, y debido a la admisión de la imputación indirecta en cabeza del Estado de aquellas conductas dañosas de sus agentes, subsistía en los hechos la ineludible necesidad de acreditar en cada caso la falta personal de aquéllos, en tanto únicamente habiéndose verificado tal presupuesto se tornaba plausible responsabilizar en forma refleja al ente estatal.

Frente a dicho escenario, surgió en doctrina [208] una

---

desde luego, la rectificación de una jurisprudencia que se levantaba contra la desidia legislativa, pues el legislador no ha sancionado sino excepcionalmente la responsabilidad del Estado. Por eso, aunque el fallo se funda en principios de derecho común, vale la pena examinarlo a través de la doctrina y la legislación comparada, ya que, como decimos, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha mantenido invariablemente el principio contrario al que ahora acaba de aplicar. (…) [L]a Corte Suprema acaba de declarar la responsabilidad del Estado, aplicando los preceptos del cód. civil. Desde luego, no está en nuestro ánimo criticar el buen propósito de esta decisión, pero no podemos menos de reconocer estas dos consecuencias, y aún diría conclusiones: 1) Que el fallo en cuestión, si no modifica propiamente el sistema tradicional, introduce una excepción al sistema *jurisprudencial* mantenido con muy buenos principios (…); 2) Que la Corte Suprema aplica, de *lege ferenda*, principios que rigen en el derecho común, en un caso que puede concretarse o determinarse la imputabilidad del hecho a agentes de la Administración pública, lo cual no ocurre siempre, razón por la cual esta decisión no sienta principios nuevos" (Bielsa, Rafael, en Jurisprudencia Argentina 43-416/420).

208 "Las dificultades expuestas, desaparecen con la aparición en el campo del derecho de una nueva teoría, producto de la ciencia jurídica alemana y cuyo gran expositor ha sido Gierke. Nos referi-

propuesta superadora: la denominada "teoría del órgano", que -como veremos en detalle en el acápite VI- encontró recepción jurisprudencial en nuestro país a partir de lo decidido por la Corte Suprema de Justicia en el fallo "Vadell" del año 1984, consolidándose en adelante la idea de que la actuación de los agentes estatales se imputa directamente al Estado, quien, de ese modo, ya no es considerado un principal que responde por los hechos de sus dependientes y, al atribuírsele en cabeza propia la conducta dañosa, responderá a título personal y directo.

Al respecto se ha destacado que GORDILLO puntualizaba que "Cualquiera sea la modalidad de vinculación con el órgano o institución, los órganos físicos imputan sus

---

mos a la teoría del órgano, aceptada con reservas en un principio, pero que va en camino de dominar en absoluto. Desaparecen con ella las relaciones entre mandante y mandatario y la vinculación jurídica que puede existir entre el representante y el representado, para dar lugar a la aparición del órgano, que no reviste ninguno de los caracteres expuestos y que es la persona jurídica misma; el órgano supone la existencia de una sola persona a diferencia del mandato y de la representación que necesitan la existencia de dos personas distintas". BULLRICH, Rodolfo, *La responsabilidad…*, (ob. cit.), pág. 58. El autor concluye, a título personal, que "La teoría del órgano, citando a Michoud, '… es muy superior a la teoría de la representación legal, porque explica en una forma exacta el origen del órgano y la verdadera fuente de su poder… En lugar de deferir todo a la ley, es decir, a una fuerza extraña, muestra el órgano naciendo con la persona moral misma y haciendo con ella un solo todo. Más conforme por eso con la realidad, deberá en la práctica dar mejor cuenta de los fenómenos jurídicos que está encargado de expresar… Entre el representante y el representado, que son dos personas distintas, no hay necesariamente unión de voluntad. El órgano, a diferencia del representante, encarna toda la voluntad del ser colectivo… Los actos ilícitos que cumple en el ejercicio de su función son imputables a la persona moral y obligan por lo menos su responsabilidad civil'" (págs. 61-62).

acciones y omisiones directamente a aquel al cual pertenecen y este último la imputa a su vez al Estado, con la única condición de que tales actos sean realizados con motivo, ejercicio u ocasión de las funciones que les han sido encomendadas. Es indiferente si se trata de actos lícitos o ilícitos: lo único relevante es que el acto dañoso posea la apariencia exterior de ser un hecho o acto propio de la función atribuida al órgano. Basta con establecer que la actuación del órgano físico se ha referido a una tarea que era propia de su función para decidir que ha actuado como órgano jurídico del Estado y por lo tanto el acto no es un acto privado suyo sino un acto del Estado" [209].

4.4. De la responsabilidad subjetiva a una responsabilidad objetivada

Habiendo quedado descripta -al menos en forma sucinta- la problemática referida a la imputabilidad del daño estatal, procede ahora referirse a otro aspecto dirimente en este extenso recorrido vinculado al progresivo reconocimiento de la responsabilidad del Estado: los factores de atribución de responsabilidad por actividad ilegítima.

En relación a este punto, la experiencia en nuestro país no distó en gran medida de la transitada en otras latitudes a partir del fenómeno codificador propio del siglo XIX, a lo que nos hemos referido en el capítulo III al describir los llamados "regímenes de cobertura". En esa línea, el puntapié inicial que pretorianamente efectuó la Corte Suprema en el fallo "Devoto" se caracterizó por la

209 Cicero, Nidia K., *Responsabilidad del Estado para el aula de grado y posgrado en Derecho*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Eudeba, págs. 147-148.

aplicación de un factor de atribución subjetivo, sustentado en la letra del art. 1109 del Código de Vélez y, por tanto, focalizado en las nociones de culpa y/o dolo de quien desplegase la conducta dañosa.

Bajo este prisma, era el ciudadano damnificado quien debía acreditar en el caso concreto el actuar negligente o con intención de dañar por parte del agente estatal quien, como contrapartida, quedaba eximido de responsabilidad en caso de no acreditarse dichos extremos, en tanto la falta de culpa operaba como circunstancia suficiente a fin de tener por operada la ruptura del nexo causal.

Frente a dicho panorama, emergió la noción de "falta de servicio" como un factor de atribución superador, que -sin llegar al extremo de identificar objetivamente al daño con la consecuente obligación de reparar, como sucediera en algún régimen foráneo [210]- menguó la estrictez

210 Señala Reiriz, con cita de Ripert, que "(…) en la doctrina francesa 'los civilistas del siglo XIX consideraron como muy simple el problema de la responsabilidad civil. Todo se reducía para ellos a una cuestión de hecho: la determinación de la culpa cometida. Todo cambió hacia fines del siglo XIX. La jurisprudencia amplió casi indefinidamente la idea de culpa y el legislador sentó en 1898 el *principio del riesgo profesional*'. (…) Así surgió naturalmente la idea de generalizar la regla y de *sustituir la culpa por el riesgo*, como principio común de la responsabilidad. Se dice que la responsabilidad civil ha sido separada de la penal, ocupándose la ley penal del *castigo* y la ley civil de la *reparación*. Ya que se trata únicamente de un problema de reparación, la idea de culpa es indiferente. La única noción importante es la de *causalidad*. Toda persona que causa un daño a otro debe repararlo. Una parte de la jurisprudencia belga se ha orientado en tal sentido, considerando que constituye una falta el *hecho de causar un daño* a otro, por la razón de que el hombre tiene la obligación de no perjudicar a los demás. Ha llegado así a identificar el hecho perjudicial y la culpa". Reiriz, María Graciela, *Responsabilidad* …, ob. cit., pág. 24.

propia de los factores de atribución de neto corte subjetivo hasta entonces aplicados.

Este novedoso concepto -incipientemente introducido por la Corte Suprema en el precedente "Ferrocarril Oeste"- fue aplicado en forma progresiva pero consistente por nuestro Máximo Tribunal, hasta su definitiva consagración en el ya referido caso "Vadell", como más delante desarrollaremos.

En esencia, la falta de servicio supone un funcionamiento irregular o defectuoso del organismo estatal -derivado ya sea de su actuación u omisión- que, injustificadamente, se aparta de la conducta esperada conforme la normativa aplicable al caso; siendo, entonces, irrelevante acreditar la culpa o dolo de quien actúa u omite, por cuanto lo central radica en la verificación de la falla estatal bajo las condiciones referidas.

Si bien resulta ampliamente difundida la asociación de la "falta de servicio" con la idea de "responsabilidad objetiva", a poco andar se observan particularidades que obstan a asimilar sin más dicho concepto a los típicos factores de atribución de tinte puramente objetivo -como el riesgo-, caracterizados por circunscribir los eximentes de responsabilidad al caso fortuito, la fuerza mayor, y la culpa de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder.

En efecto, si bien el carácter impersonal de la falta de servicio torna innecesario acreditar la culpa del agente, de ello no se sigue que al damnificado le baste acreditar el daño a fin de obtener su resarcimiento, por cuanto también debe demostrar: i) que el funcionamiento del servicio cuestionado se desarrolló irregularmente; y ii) que no fueron adecuados los medios empleados por el Estado para evitar que la lesión se produzca.

En ese sentido, se advierte que el aludido factor de atribución no opera de manera automática ante la mera

existencia del daño, conservando así cierta vinculación con la noción de culpa, en tanto requiere demostrar la falta o impericia, no ya del agente estatal, sino la falta de diligencia del órgano administrativo; pudiendo hablarse, entonces, de una culpa o falta objetivada.

4.5. La responsabilidad del Estado ante supuestos de intromisiones estatales permitidas

Hasta aquí nos hemos referido a las cuestiones atinentes a aquellos supuestos de responsabilidad extracontractual por actuación ilícita del Estado, siendo ahora el turno de abordar esquemáticamente lo referido a la admisión de responsabilidad estatal aun en casos de actuación legítima, es decir, sin que se verifique apartamiento alguno del bloque normativo.

La admisión de que este tipo de conductas estatales generen derecho a indemnización se sustentó clásicamente en la idea de los "efectos expansivos de la expropiación" y su íntima vinculación con el resguardo del derecho de propiedad consagrado en el art. 17 de la C.N. Así, se acudía genéricamente a las reglas existentes en torno a dicho instituto de raigambre constitucional que, ante el ejercicio de una potestad lícita del Estado, reconocía el derecho de los particulares a obtener una reparación ante ciertos daños derivados de la misma.

Sin embargo, es posible identificar también otras teorías que propusieron diversos fundamentos a la hora de viabilizar la atribución de responsabilidad estatal por actuación legítima, a saber [211]:

211 Conforme lo reseñado en Reiriz, María Graciela, *Responsabilidad* … ob. cit., págs. 27-39.

a) Teoría del sacrificio especial (de MAYER): fue el primero en fundar la obligación de indemnizar que contrae el Estado cuando causa un daño, *aunque el acto estatal sea legal*, siempre que se haya perjudicado a un individuo de manera desigual y desproporcionada respecto a los demás (…). La compensación se hace aquí por medio de una indemnización pagada por la caja común, lo que significa la 'generalización' del 'sacrificio especial' correspondiente a la restitución del valor que ha pasado en pugna con la equidad.

b) Teoría de la igualdad ante las cargas públicas (de TEISSIER): encuentra fundamento en el artículo 13 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que dice: "Para el mantenimiento de la fuerza y para los gastos de la administración es indispensable una contribución común, que debe ser repartida entre todos los ciudadanos en razón de sus medios". De allí extrae el primer principio que formula así: *"los ciudadanos no deben sufrir más, los unos que los otros, las cargas impuestas en el interés de todos"*. Y agrega: "Los daños excepcionales, los accidentes que el Poder Público en el ejercicio de su función administrativa causan a veces a ciertos particulares, deben luego ser considerados como *imputables a la cuenta de gastos generales* de los servicios públicos, *pagados por el impuesto* y soportados consecuentemente por todos aquellos que constituyen la colectividad beneficiada de estos servicios. (…)". Formula un segundo principio, que atempera el primero y que, en realidad, constituye su contradicción parcial: *los ciudadanos deben sufrir, sin derecho a indemnización, aquellos perjuicios emergentes de actos del Estado en el ejercicio legítimo y regular del Poder Público y del funcionamiento normal de los servicios públicos de interés general.*

c) Teoría del enriquecimiento sin causa y del abuso del derecho (de HAURIOU).

d) Teoría de los derechos adquiridos (de GIERKE): se basa en el principio de *Derecho Natural* de la inviolabilidad de los derechos adquiridos, según el cual toda vez que se produzca un perjuicio a un individuo en violación de sus derechos -aunque tal 'violación' provenga de la *supresión legislativa* de tal derecho- nace contra el Estado un derecho a indemnización, si es que la misma ley no ha fijado resarcimiento. (...) Puede decirse que todos los habitantes de la Nación Argentina tenemos "derechos adquiridos", que son los que consagra la Constitución Nacional en su Primera Parte (…) y ningún poder salvo la misma Constitución Nacional puede disminuir o anular esos derechos adquiridos. (…) La obligación de indemnizar, a cargo del Estado, nos parece evidente: si una persona X, amparada en el art. 14 de la Constitución (…) y en la inexistencia de una ley que prohíba -a los particulares- la realización de una determinada actividad (…) se dedica a ella, podemos afirmar que tiene un derecho adquirido sobre la misma. Si el Estado, por una ley posterior, resuelve prohibir esa actividad a los particulares, estableciendo un monopolio a su favor, debe indemnizar.

5. Fundamentos de la responsabilidad extracontractual del Estado en la doctrina argentina

Nos proponemos ahora pasar revista de las razones esgrimidas a lo largo de los años por diversos autores nacionales a fin de postular los fundamentos esenciales de la responsabilidad estatal, circunscribiéndonos al análisis de la doctrina vernácula clásica, es decir, aquella surgida con anterioridad o bien coetáneamente a la consolidación del reconocimiento de la responsabilidad estatal en nuestro país.

Resulta ineludible iniciar este recorrido refiriendo a las enseñanzas brindadas a principios del siglo XX por Bullrich, artífice de la primera obra nacional dedicada íntegramente al estudio de la responsabilidad estatal, en cuyas páginas efectúa un agudo análisis del fenómeno arribando a conclusiones de avanzada para la época, con más de diez años de anticipación al inicio del proceso jurisprudencial desarrollado por la Corte Suprema en la materia.

El autor se enrola decididamente en la teoría de la realidad en cuanto a la naturaleza jurídica de las personas de existencia ideal, ponderando incluso las ventajas de la por entonces incipiente "teoría del órgano" a fin de responsabilizar personalmente al Estado por los daños que ocasione; concluyendo que "(…) siempre que exista un hecho que lesione a una persona y que ese hecho ha sido cometido por un agente del Estado, con los medios que da el Estado, aun cuando sea excediendo su función, obliga la responsabilidad del Estado, por dos razones principales: la primera porque lo ha ejecutado valiéndose de los medios que le da el Estado, y la segunda porque el Estado debe ser cuidadoso y diligente en la elección de sus representantes" [212].

Marcadamente distinto resulta el desarrollo teórico efectuado por Bielsa quien, si bien de ningún modo se pronunció en rechazo de la responsabilidad estatal, sí estableció estrictos parámetros a la hora de aceptarla. En concreto, sostenía que la cuestión referida a la responsabilidad del Estado no encontraba un fundamento jurídico propio, y que la consagración normativa del deber de indemnizar resultaba un requisito indispensable

212 Bullrich, Rodolfo, *La responsabilidad*… (ob. cit.), pág. 167.

para el reconocimiento de dicha responsabilidad. En ese sentido, afirmaba que "(…) en rigor, cuando el Estado se obliga a indemnizar, esa obligación no supone responsabilidad en el sentido estricto, sino *garantía legal* (…). El Estado puede obligarse a indemnizar el daño que sus agentes (funcionarios o empleados) causen injustamente, o sea ilegalmente, a los particulares. Esa obligación -que debe tener un fundamento jurídico- es garantía y no responsabilidad: y debe ser garantía legal, porque la obligación de indemnizar solamente puede imponerse al Estado por ley. Los tribunales no pueden hacer responsable al Estado sino cuando la ley establece esa responsabilidad. (…) Para remediar la ausencia de leyes que responsabilicen al Estado como Poder administrador, la jurisprudencia ha aplicado el Código Civil, que es derecho privado y no público. Y esa es lo que consideramos inaceptable" [213].

213 Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, Tomo V, 6ª. edición, La Ley, Buenos Aires, 1966. págs. 47-48. Asimismo señala que "Se ha insinuado, aunque en forma vaga, que la responsabilidad del Estado puede fundarse en principios constitucionales que 'implícitamente' lo reconocen. De esos principios, dos son los que se proponen para solución legal del problema: a) la igualdad ante las cargas públicas; b) la aplicación extensiva del régimen de expropiación. (…) Si todos los habitantes de la Nación contribuyen proporcionalmente al sostenimiento de los servicios públicos, puesto que la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas (art. 18 de la Constitución Nacional), y la igualdad supone la proporcionalidad, se falta a ese principio cuando solamente el damnificado debe sufrir el daño que es consecuencia perjudicial del riesgo administrativo. Parece justo que el erario deba indemnizar a los damnificados los daños que *particularmente* les causan los servicios públicos que benefician a todos. (…). Tampoco la idea de la expropiación por causa de utilidad pública podría justificar una aplicación analógica, dijimos, de las reglas constitucionales (art. 17) y del Código Civil (arts. 2511,

Por su parte, DIEZ sostuvo que "En el Derecho público, la responsabilidad se basa sobre un principio sustancial de justicia distributiva que tiende a evitar la producción de cualquier daño injustificado y no repartido equitativamente entre toda la población. (…) La teoría de la responsabilidad en el campo del Derecho público tiene una gran importancia, desde que representa la posibilidad para el administrado de obtener reparación de los daños imputables al Estado. Es una pieza esencial del Estado de derecho y toda teoría de la responsabilidad refleja una cierta forma de civilización" [214]. En esa línea, destacaba que "la Constitución nacional proporciona un fundamento jurídico para declarar la responsabilidad del Estado, toda vez que la actividad de algunos de sus órganos causa un perjuicio especial a un habitante de la nación, en violación de los derechos que la misma Constitución consagra en sus artículos 14 al 20. Esta responsabilidad existe, como dijimos, sea que los agentes actúen con o sin culpa y aunque la misma surja de un acto legítimo, porque su antijuridicidad en este supuesto arrancaría de su conflicto con la Constitución" [215].

2512, etc.), porque aunque el principio de la indemnización tiene en vista la *integridad del patrimonio*, la expropiación es en realidad la transformación de un derecho, real o patrimonial, en un derecho patrimonial de crédito, lo cual supone el desplazamiento jurídico de un bien de un patrimonio (particular, propio) a otro, público o particular en su caso v. gr. El de un concesionario, pues éste puede invocar la 'causa expropiadora' como lo dispone la ley de la materia" (págs. 86-89).

214 DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, Tomo V, Plus Ultra, 1971, pág. 18.

215 DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, ob. cit., pág. 55.

Siguiendo con este recorrido, resulta provechoso referir que para MARIENHOFF "La responsabilidad estatal en el campo del derecho público, por sus actos o hechos dañosos es, pues, una consecuencia lógica del complejo de principios propio del *Estado de Derecho*. No es concebible un Estado de Derecho 'irresponsable'. Lo contrario implicaría un contrasentido. 'Estado de Derecho' y 'responsabilidad' son, en este orden de ideas, conceptos correlativos (…). Cualquier diferencia que hubiere en cuanto a la calidad de la lesión o daño causado por la actuación estatal, o en la manera de hacer efectiva la pertinente responsabilidad, en nada altera el fundamento 'general' de la responsabilidad extracontractual del Estado. No hay pues un fundamento 'específico' para la responsabilidad del 'Estado-Administrador', del 'Estado-Legislador' o del 'Estado-Juez': el fundamento esencial es siempre el mismo (…). De acuerdo con el 'fundamento' de la responsabilidad extracontractual del Estado (…) dicha responsabilidad no requiere indispensablemente la existencia de 'culpa' -o 'dolo'- imputable al Estado. Desde luego, para la procedencia de tal responsabilidad, tampoco es menester recurrir a la idea de 'riesgo objetivo', y menos aún a la de 'enriquecimiento sin causa'" [216].

216 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo* ob. cit., págs. 727-732. A mayor abundamiento, el autor sostiene que "En doctrina es casi unánime la opinión de que, para que el Estado sea extracontractualmente responsabilizado por el daño que le fuere imputable, tal daño debe ser individualizado con relación a una persona o grupo de personas, es decir, que el daño debe ser especial, particular o singular y no universal o general. No comparto tal punto de vista, que juzgo inaceptable en el sistema jurídico argentino (…). Paréceme inaceptable la afirmación de que el perjuicio o daño 'general' no es indemnizable porque constituye una carga pública. Cuando tal perjuicio general se concreta en la pérdida definitiva

Sobre la base de un análisis de neto corte constitucionalista, FIORINI aseveraba que "La responsabilidad estatal se asienta en el texto expreso y constitucional de la demandabilidad del Estado (…). La constitución reconoce personalidad a la Nación, disponiendo su situación de ser juzgada excluyendo cualquier prerrogativa ilegal para el Estado argentino. Una vez que se reconoce la demandabilidad del Estado como sujeto, será consecuencia lógica responsabilizarlo por los daños ocasionados por contratos y será imposible considerar que deba eximírselos de los ocasionados extracontractuales. En ambos casos -contractual o extracontractual- el damnificado sufre daños y este es el dato de esencia que no desaparece ni puede subestimárselo: el daño que produce un contrato incumplido es idéntico al extracontractual (…). Esta conquista jurídica que reconoce nuestra Constitución se hace aún más patente con la construcción que aporta el insobornable principio consagrado en los artículos 16 y 18 de la Constitución Nacional sobre igualdad ante la ley y el derecho de defensa (…). Un Estado que impone sanciones a los particulares ante un incumplimiento normativo, será inconcebible que las excluya cuando se refieren a sus hechos, a sus agentes y a sus actos. Cuando se causa un daño y no se resarce hay injusticia y arbitrariedad. (…) El principio de la responsabilidad es inherente al Esta-

---

de la propiedad sobre una cosa, verbigracia disposición legislativa que declara del dominio público -pero guardando silencio en lo que respecta a indemnización- ciertas cosas que hasta entonces eran del dominio privado de los administrados, tal disposición no trasunta, técnicamente, una 'carga pública', sino un despojo o una confiscación, lo que en manera alguna armoniza con disposiciones constitucionales que garantizan la inviolabilidad de la propiedad" (pág. 754).

do de derecho democrático; diversos artículos de nuestra Constitución la consagran y en especial la política. Cierto es que la Ley Fundamental no tiene un especial artículo que consagre la responsabilidad reparatoria estatal por el daño ocasionado, pero contiene presupuestos fundamentales que consagran el respeto por los derechos ofendidos. Toda responsabilidad reparatoria -a veces sin tener en cuenta la culpabilidad- se funda en la ofensa a los derechos adquiridos y reconocidos a los particulares (…). La Constitución consagra la organización nacional 'para afianzar la justicia', que es el dar a cada uno lo que le corresponde y reparar aquello que se le sustrae o se le vulnera; esto es simplemente hacer justicia. El artículo 15 de la Constitución Nacional consagra el derecho reparatorio por la ley que libera a los esclavos; el artículo 16 de la Constitución Nacional consagra el principio de que toda carga proveniente de la ley deberá imponerse por igual, lo que comprende también que toda responsabilidad por daños ocasionados que no se reparen será una ilicitud atentatoria a la regla jurídica de la igualdad; el artículo 17 consagra la inviolabilidad de la propiedad, es decir, el derecho adquirido por los individuos y garantiza que sólo se la perderá por ley o por sentencia fundada en ley. El daño irresarcible a la propiedad particular será una aberración. El artículo 19 reconoce la soberanía de la voluntad individual mientras no 'perjudique a un tercero'; con mayor razón no puede instituirse entonces un principio estatal que niegue la reparación cuando se afecten derechos particulares de terceros y el trato de la igualdad. El legislador no podrá establecer ninguna norma reglamentaria que sea en detrimento de estos principios y derechos consagrados según el artículo 28 de la Constitución Nacional. La responsabilidad reparatoria es manifestación de igualdad y justicia que deberá ser

defendida por cada sujeto como ejerciendo valor inviolable de acuerdo con el art. 18. Los artículos 4, 15, 16, 17, 19, 28 y hasta el contenido de los artículos 29 y 31, todos de la Constitución Nacional, concurren para fundamentar el principio de responsabilidad estatal sin necesidad de una ley previa. En suma: el principio de la irresponsabilidad estatal está erradicado en forma absoluta en nuestra Constitución; no solamente por los daños causados por sus agentes sino también por todos los que pueda ocasionar y provenir del Estado" [217].

217 Fiorini, Bartolomé A., *Derecho Administrativo,* Tomo II, 2ª edición, Abeledo-Perrot, págs. 718-721. En esa línea, concluye que "No hay duda que la causa se encuentra en la genérica ilicitud, es decir, el actuar antijurídico. La responsabilidad resarcitoria se presupuesta en un principio general del derecho: todo aquel que cause un daño a otro deberá repararlo. Este principio puede estar determinado en una norma expresa o también implícita y fluye imperativamente de los valores jurídicos que conviven en el orden constitucional democrático. El Estado de derecho se crea para evitar perjuicios a los individuos en su convivencia en sociedad que necesitan orden seguro y existencia pacífica a través de la concepción solidaria que contienen las normas jurídicas que reglan conductas individuales dentro de un orden determinado. El daño que produce la actividad de un sujeto o de cualquier órgano de persona jurídica estatal ataca la convivencia jurídica, pacífica y segura de los derechos de los individuos y su negación a la reparación resarcitoria será una prerrogativa en contra de la convivencia igualitaria de una sociedad democrática. El jurista en el Estado de derecho no debe buscar la norma expresa -si ésta no existe- que establezca la responsabilidad resarcitoria; por el contrario, deberá investigar que no se aplique la norma injusta o de prerrogativa excepcional de que alguien, individuo o Estado, no deba resarcir el daño que ocasione. En suma: para el derecho administrativo el principio de la responsabilidad resarcitoria fluye por la existencia misma del Estado de derecho y la exclusión de la reparación sólo puede justificarse por una norma excepcionalísima que así lo declare" (págs. 727-728).

Reiriz [218] nos señala que, en sentido similar, Gordillo "(…) reduce el problema de la responsabilidad del Estado a saber si él tiene o no el deber jurídico de no dañar y si el orden jurídico prevé sanciones para los daños cometidos. Y encuentra que ese deber jurídico surge de la Constitución Nacional". Con cita de su tesis [219], recuerda que para Gordillo "El pueblo soberano tiene así un instrumento jurídico de mando sobre el Estado creado en la Constitución. La Constitución emana del pueblo y está dirigida al Estado y a los individuos, imponiéndoles a ambos obediencia a sus normas y dándole, al primero, además un cierto poder -el poder público- para que pueda reglar la vida comunitaria; a los segundos, derechos individuales, para que puedan equilibrar el poder estatal… Cuando la Constitución determina los derechos individuales y se preocupa por aclarar que el Estado no puede alterarlos (art. 28), no está dando protección a los individuos frente a sus semejantes, sino frente al Estado. La Constitución considera que la protección de los individuos a sus seme-

218 Reiriz, María Graciela, *Responsabilidad del Estado,* ob. cit., pág. 42. La autora señala que, "Gordillo corona su teoría con una aplicación del método de la 'reducción al absurdo', para demostrar que el reconocimiento -por la justicia- de los derechos individuales y el restablecimiento de los mismos mediante una indemnización, en los casos en que el Estado los hubiere violado, son condiciones *sine qua non* de la existencia misma del Estado jurídico y de las autoridades legítimas. Y esto es así por cuanto el desconocimiento de una parte de la Constitución Nacional -la que consagra los derechos individuales- apareja el desconocimiento de la Constitución Nacional en su conjunto, que es la fuente creadora del Estado y de sus órganos jurídicos".

219 Gordillo, Agustín, "La responsabilidad extracontractual del Estado por hechos y actos de la Administración Pública", Tesis, Buenos Aires, 1959, inédita.

jantes la dará la ley, imparcial y ajena a la contienda que pueda existir; pero la protección de los individuos frente al Estado no puede la constitución habérsela encargado al Estado mismo; entonces no tendría sentido el artículo 28 de la misma (…). La protección la encuentra en la misma Constitución, en varias de sus disposiciones, de las cuales las más importantes son las que figuran en los artículos 14 a 20, los derechos individuales que el Estado no puede alterar (art. 28)".

Por último, dando fin a este esquemático repaso, resta señalar que la propia Reiriz al referirse a los fundamentos de la responsabilidad estatal asevera que "(…) pueden aplicarse convenientemente a nuestro ordenamiento constitucional las [siguientes] construcciones doctrinarias (…): *a) La teoría del sacrificio especial y de la igualdad ante las cargas públicas*, porque el artículo 4 y el artículo 16 *in fine* de la Constitución Nacional determinan que las contribuciones exigidas a los habitantes deben ser equitativas y proporcionales. Si se produce un sacrificio especial (por acto de cualquier órgano y sea que el acto fuere legítimo o no), debe restablecerse la 'igualdad de todos los habitantes' mediante una indemnización, que estando a cargo del Estado generalice el sacrificio especial que se ha exigido al damnificado (al decir de Mayer)"; *b) "La garantía del derecho a la propiedad*, puesto que el artículo 17 de la Constitución Nacional estatuye que nadie puede ser privado de su propiedad sin ser indemnizado. Luego, toda vez que el Estado lesione ese derecho debe indemnizar (…)". Recordando la interpretación amplia que la Corte Suprema ha efectuado en relación a los alcances del derecho a la propiedad, concluye que "… este principio puede aplicarse a casi todos los supuestos de *lesión* de derechos individuales"; *c) La teoría de los derechos adquiridos,* ya que los derechos individuales re-

conocidos en la Constitución Nacional (art. 14 a 20) constituyen derechos adquiridos por los particulares, en sus relaciones frente al Estado. Por eso no puede desconocérselos sin indemnización" [220].

Así, concluye que "(…) nuestra Constitución Nacional brinda el fundamento jurídico para declarar la responsabilidad del Estado, toda vez que la actividad de cualquiera de sus órganos (…) cause un perjuicio especial a un habitante de la Nación, en violación de los derechos que la misma constitución consagra en sus artículos 14 a 20. Esa responsabilidad existe, sea que los agentes estatales actúen con o sin culpa y aunque nazca de un acto legítimo (ejemplo, una ley), por cuanto su antijuridicidad surgiría de su incidencia en la Constitución Nacional. Incluso, si el acto legislativo constituye un ejercicio legítimo de una facultad constitucional (ley que establezca un monopolio), dicho acto estatal será legítimo y válido. Pero toda vez que lesione derechos adquiridos de los administrados y no meras expectativas, deberá indemnizarlos. De la misma manera que, cuando el Estado expropia, ejerce una facultad constitucional, pero debe indemnizar al propietario a quien se le expropia" [221].

6. Prieta síntesis de la evolución de la responsabilidad extracontractual del Estado en precedentes de la CSJN

Seguidamente habremos de pasar revista, en breve

220 Reiriz, María Graciela, *Responsabilidad del Estado,* ob. cit., págs. 44-45.

221 Reiriz, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, ob. cit., págs. 45-46.

síntesis, a algunos de los precedentes jurisprudenciales que fueron jalonando el reconocimiento de la responsabilidad estatal a nivel local, imponiendo sus recaudos y estableciendo su alcance, debiendo tener siempre presente la encumbrada labor asumida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, con pasos paulatinos pero en firme avance, fue ampliando progresivamente el espectro de la responsabilidad estatal pese a la carencia prácticamente absoluta de sustento normativo específico en la materia.

6.1. Etapa negatoria

Como exponentes representativos de esta primera etapa, que encontrará fundamento normativo en los artículos 36 y 43 del Código Civil, es posible citar tres precedentes:

a) "Bartolomé Cardoso c/Pcia. de Buenos Aires" [222], ante un supuesto de error cometido por el Registro de la Propiedad de la Provincia.

b) "Compañía de gas de Rosario c/Pcia. de Santa Fe" [223], ante la demanda promovida contra la Provincia por

222 CSJN *Fallos*, 124:16 "Que aun cuando se tratara de perjuicios ocasionados por actos ilícitos, la Provincia no sería responsable, porque las personas jurídicas que obran por medio de sus mandatarios, no responden de los actos de éstos que estén fuera de los límites de su mandato, en el que no está comprendida la facultad de delinquir en nombre de ellas, máxime en este caso en que los actos imputados no han podido tener por objeto beneficiar a la Provincia de Buenos Aires (Código civil, arts. 36 y 43…)".

223 CSJN *Fallos*, 124:315 "… Que descartada pues la responsabilidad de la provincia de Santa Fe, por el incumplimiento que se le atribuye de una obligación de hacer que no ha contraído, es el

los daños derivados de disturbios ocasionados en oportunidad de llevarse a cabo una huelga general.

c) "Brown, Francisco c/Gobierno Nacional" [224], ante la demanda de daños y perjuicios promovida por el dueño de un circo contratado por la Comisión del Centenario,

---

caso considerar si su responsabilidad podría derivarse de la falta de elementos policiales en la proporción requerida para cumplir con los deberes constitucionales y legales de garantir la propiedad del actor. Que a ese respecto la Compañía de Gas de Rosario funda su derecho a la indemnización en que, conforme a lo que establece la Constitución Nacional, la de la Provincia de Santa Fe dispone (artículo 7º) que los habitantes de la Provincia, nacionales y extranjeros, gozan en su territorio de todos los derechos y garantías que la Constitución Nacional les reconoce y que el artículo 19 declara que la propiedad es inviolable y ningún habitante de la provincia puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley… Que tal responsabilidad tampoco puede derivarse de los preceptos del Código Civil contenidos en los artículos 1066, 1067, 1068, 1109, 1073 y 1074, porque ellos legislan sobre los delitos y cuasidelitos del derecho civil, y ni la Provincia demandada es autora de los hechos ilícitos que afectaron la propiedad de la compañía demandante, ni podría serlo dado que la Provincia como persona jurídica es incapaz de la ejecución de delitos o cuasidelitos (Código Civil. Art. 43) y en consecuencia no puede exigírsele el resarcimiento de daños y perjuicios producidos por hechos de que no es responsable".

224 CSJN *Fallos*, 130:62 "En el supuesto de que los agentes de la Nación con su inactividad tan criticada en la demanda, hubieren coadyuvado a la destrucción del circo, no habría margen a ejercer contra la Nación como persona jurídica acciones civiles por indemnización de daños según lo previene el artículo 43 del Código Civil. Y si la Nación hubiera obrado como poder público, administrador o soberano como comúnmente se dice, tampoco sería responsable de los hechos cometidos por las turbas, pues no hay texto legal que así lo mande y la doctrina en el derecho administrativo no admite esa responsabilidad, aunque se tratase de hechos cometidos por sus agentes o empleados dependiendo de la Nación en el carácter expresado…".

a propósito de alegados incumplimientos contractuales y perjuicios derivados a partir de su sobreviniente asalto e incendio por parte del público el 4-05-1910.

6.2. Admisión de la responsabilidad

6.2.1. Por actividad ilícita

Los siguientes precedentes -clásicos en la materia- permiten apreciar la evolución operada a lo largo de los años en torno a la imputación y a los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual por actuación ilegítima de la Administración.

Adicionalmente nos permitimos traer a cuento dos causas en que se pretendió un resarcimiento a partir del ejercicio de funciones jurisdiccionales: en una la demanda prospera al quedar en evidencia una falta de servicio; la otra es desestimada, por no verificarse las condiciones para configurar un supuesto de error judicial.

a) "Tomás Devoto y Cía. c/Gobierno Nacional" [225], hito fundacional de la profusa jurisprudencia elaborada por la Corte Suprema en la materia, habiéndose admitido la responsabilidad estatal como de carácter subjetiva e indirecta en base a los arts. 1109 y 1113 del Código Civil. Ello, ante la demanda por daños y perjuicios derivados

225 CSJN *Fallos*, 169:111 "(…) el estrago de autos ha podido ser previsto y evitado desde que él ha ocurrido por falta de atención de los agentes del Gobierno y en tanto éstos ejecutaban trabajos bajo su dependencia (reparación de una línea telegráfica nacional). Esta Corte ha dicho en casos análogos '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 a la persona bajo cuya dependencia se encuentra el autor del daño o por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado' (arts. 1109 y 1113 del Código Civil)".

de un incendio acaecido en un campo arrendado por la compañía actora, ocasionado por las chispas de un brasero que utilizaban empleados del Telégrafo Nacional en oportunidad de encontrarse efectuando trabajos sobre una línea telegráfica que cruzaba dicho campo.

b) "Ferrocarril Oeste c/Pcia. Buenos Aires" [226], ante los daños ocasionados como consecuencia de la errónea expedición de un certificado por parte del Registro de la Propiedad. Este precedente supuso una evolución en orden al factor de atribución de responsabilidad estatal, al abandonar el criterio subjetivo del art. 1109 y consagrar

226 CSJN *Fallos*, 182:5 "Que el Estado Provincial impone la obligación de munirse del certificado del registro para escriturar toda operación que versare sobre transmisión de inmuebles, cobrando un derecho especial de sellado, lo que lógicamente presupone la obligación de prestar un servicio regular que responda a las garantías que se ha querido asegurar. Que cuando de tal manera procede, no obra como persona del derecho privado o como persona jurídica, sino como entidad del derecho público que ha tomado a su cargo una función y que la monopoliza, como puede ser la de correos y telégrafos o cualquier otra de esta naturaleza. Y siendo así, la invocación del artículo 43 del Código Civil no es pertinente. Que, en principio, quien contrae la obligación de prestar un servicio, lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución (doctrina de los artículos 625 y 630 del Código Civil). Y si bien las relaciones entre el Estado y sus gobernados se rigen por el derecho público, la regla denunciada, fundada en razones de justicia y de equidad debe tener también su aplicación a este género de relaciones mientras no haya una previsión legal que la impida. Que, haciendo abstracción del dolo con que el falso certificado pudo haberse expedido, habría por lo menos una conducta culpable en el personal que en desempeño de sus funciones y obrando bajo la dependencia del Estado ha causado el daño de que se trata siendo así de aplicación al caso los artículos 1112 y 1113 del Código Civil".

a la falta de servicio como factor de atribución derivado del art 1112 del Código Civil.

c) "Vadell c/Pcia. Buenos Aires" [227], frente a los perjuicios ocasionados por la expedición de un certificado con antecedentes dominiales equivocados, por parte del Registro de la Propiedad. Pronunciamiento que, en cierto modo, significó un corolario de esta tríada evolutiva, habiéndose abandonado el criterio de imputación indirecto de responsabilidad del art. 1113, consagrando la responsabilidad directa del Estado con sustento en la "teoría del órgano".

227 CSJN *Fallos*, 306:2030 "El Registro de la Propiedad, al incurrir en las omisiones señaladas, cumplió de manera defectuosa las funciones que le son propias y que atienden sustancialmente a otorgar un conocimiento cabal de las condiciones de dominio de los inmuebles. En este sentido, cabe recordar lo expresado en Fallos: 182:5, donde el Tribunal sostuvo que 'quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución'. Esa idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del artículo 1112 del Código Civil, que establece un régimen de responsabilidad 'por 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'. Que ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al artículo 1113 del Código Civil, al que han remitido desde antiguo, exclusiva o concurrentemente, sentencias anteriores de esta Corte en doctrina que sus actuales integrantes no comparten. En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, 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 han de ser considerada propia de estas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas".

d) "Hotelera Río de la Plata S.A.C.I. c/Pcia. de Buenos Aires" [228], ante los daños generados a raíz de la conversión monetaria de sumas de dinero depositadas en una cuenta judicial, como consecuencia de un oficio erróneamente librado; reconociendo la Corte, en el caso, la existencia de un supuesto de responsabilidad estatal objetiva y directa, al verificarse la falta de servicio por parte del órgano jurisdiccional.

e) "Pérez c/ Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación" [229], desconociéndose la veri-

228 CSJN *Fallos*, 307:821 "Es evidente la irregularidad de la orden impartida por el presidente del Tribunal al banco, así como el perjuicio que para la actora deriva de ese hecho. El oficio fue librado antes de haber sido ordenado por el Tribunal, y en él se incluyó una orden de conversión de moneda extranjera a moneda argentina que no había sido dispuesta ni lo fue después, y que el depositante, por tanto, nunca pudo consentir. El daño producido resulta del mero hecho de la ulterior depreciación de la moneda del país que frustró la intención de la depositante de proteger el valor de su depósito mediante el lícito recurso de efectuarlo en valores emitidos en moneda extranjera por el Estado Nacional. Que, de tal modo, es responsable la provincia por la orden irregularmente impartida por uno de los magistrados integrantes de su Poder Judicial, toda vez que ella implicó el cumplimiento defectuoso de funciones que le son propias". Reeditando, de seguido, la doctrina sentada *in re* "Vadell" y las citas jurisprudenciales allí invocadas.

229 CSJN *Fallos*, 347:606 "(…) para responsabilizar al Estado por error judicial el acto jurisdiccional que origina el daño debe ser previamente declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide juzgar que hay error. Ello es así, pues de lo contrario la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley (*Fallos*, 311:1007 y 328:3797). (…) la indemnización por la privación de la libertad durante el proceso no debe ser reconocida automáticamente a consecuencia de la absolución sino

ficación de los presupuestos exigibles para admitir la responsabilidad del Estado, frente al reclamo por los daños y perjuicios que habría padecido el actor con motivo de la imputación del delito de encubrimiento, su detención y procesamiento ordenados en el marco de la denominada "causa A.M.I.A.".

6.2.2. Por omisión ilícita

Ante pretensiones resarcitorias sustentadas en omisiones ilegítimas de la Administración se ha debatido -otrora en virtud de los artículos 1074 y 1112 del Código Civil y actualmente en base a restricciones impuestas por diversas leyes dictadas sobre responsabilidad del Estado (ver acápite VIII)-, si éstas sólo proceden ante el

---

únicamente cuando el auto de prisión preventiva se revele como incuestionablemente infundado o arbitrario, mas no cuando elementos objetivos hubiesen llevado a los juzgadores al convencimiento -relativo, obviamente, dada la etapa del proceso en que aquél se dicta- de que medió un delito y de que existe probabilidad cierta de que el imputado sea su autor (*Fallos*, 327:1738 y sus citas; 328:4175; 329:3806,3894, entre otros). En ese sentido, la Corte ha entendido que corresponde rechazar la demanda de daños y perjuicios derivados del invocado anormal funcionamiento del Poder Judicial cuando la prisión preventiva resultó razonable y compatible con las circunstancias fácticas del auto de procesamiento, con la complejidad y particularidades del caso y con la severa penalidad prevista por la ley sustantiva y sólo la insuficiencia probatoria determinó el dictado de la absolución (conf. *Fallos*, 329:3894). Por último, cabe destacar que la sola anulación o revocación de la sentencia condenatoria dictada en una causa penal, a raíz de una instancia apta como lo es el recurso de revisión, es condición necesaria pero no suficiente para responsabilizar civilmente al Estado por un acto dictado en ejercicio de su función jurisdiccional, pues la reparación solo procede cuando resulta manifiesta la materialidad de la equivocación, lo que presupone un resultado erróneo, no ajustado a la ley (*Fallos*, 332:552)".

incumplimiento de mandatos determinados y expresos de actuación o si, en cambio, es dable considerar la existencia de una falta de servicio ante omisiones que evidencian una deficiente prestación -aun ante la inexistencia de un puntual mandato-, con incidencia en la causación del daño.

La CSJN, en diversos precedentes, se ha valido del riesgo de la cosa como factor de atribución; en otros ha establecido estándares para el análisis de la segunda hipótesis.

A continuación, una serie de precedentes que ilustran sobre la materia; el último relacionado con una falta de servicio por omisión en el ejercicio de función jurisdiccional.

a) "Lanati c/Dirección Nacional de Vialidad" [230], en el que el Máximo Tribunal estableció que, a fin de evaluar

230 CSJN *Fallos*, 314:661 "(…) cabe atender a la objeción de los recurrentes referente a la omisión en que habría incurrido la Dirección Nacional de Vialidad -a cuyo cargo estaba la conservación y vigilancia del estado de la ruta donde se produjo el accidente de que se trata (confr. decreto-ley 505/58 y su decreto reglamentario)- dado que la existencia de una zanja profunda ubicada después de una lomada y la falta de señalización de ese peligro, conducen a crear un riesgo imprevisible para los conductores, el cual puede tener consecuencias para la circulación y la intensidad de tránsito en ambas direcciones. (…) Que (…) la Cámara puso énfasis sólo en la imprudencia de la conductora del vehículo para descartar toda responsabilidad de quien tenía a su cargo el cuidado, mantenimiento y conservación del camino y prescindió así -sin dar razón plausible para ello- del criterio regulador previsto en la última parte del art. 1113 del Código Civil, en cuanto autoriza a graduar el factor de imputación en función de la posible eficiencia de la culpa de la víctima en conjunción con el riesgo creado, al disponer que el dueño o guardián podrá eximirse 'total o parcialmente' de responsabilidad si acredita la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder".

los grados de responsabilidad en un siniestro vehicular, resultaba dirimente considerar la incidencia que tuvo la omisión de mantenimiento y debida señalización en un camino de ruta por parte del Estado.

b) "Pose, José Daniel c/Pcia. de Chubut" [231], estableciéndose la responsabilidad estatal con motivo de los daños experimentados por un bañista en las playas de Puerto Madryn, a raíz de un accidente sufrido al arrojarse desde un trampolín instalado por el municipio sin la debida señalización que advierta acerca de la peligrosidad derivada de las particulares características de la bajamar en dicha zona.

c) "Zacarías c/Pcia. de Córdoba" [232], donde la Corte es-

231 CSJN *Fallos*, 315:2834 "(…) La cosa cuya utilización determinó el accidente sufrido por el actor, pese a su carácter inerte, se presenta claramente como riesgosa y aún viciosa en relación con el uso al cual estaba destinada. Ello hace inequívocamente aplicable al caso lo dispuesto por el artículo 1113 segundo párrafo segunda parte del Código Civil, que hace responsables al dueño y al guardián, salvo que la relación de causalidad quede interrumpida por la culpa de la víctima o de un tercero por el cual aquellos no deban responder. (…) En efecto, el uso y goce de los bienes del dominio público por parte de los particulares importa para el Estado (considerado *lato sensu*) la obligación de colocar sus bienes en condiciones de ser utilizados sin riesgos. Y en este caso, el municipio demandado, que ejercía jurisdicción delegada y el consiguiente poder de policía sobre las playas en cuestión (…), debió adoptar las medidas de seguridad destinadas a prevenir a los usuarios sobre las peligrosas condiciones de emplazamiento de las torres".

232 CSJN *Fallos*, 321:1124 "La falta de servicio es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. (…) [En el caso], la mecha -de escasos milímetros de es-

timó que no se encontraban reunidos los requisitos a fin de pregonar la responsabilidad del Estado, ante una demanda por daños y perjuicios sustentada en la presunta falla en el control de la seguridad pública encomendado a la policía provincial, a quien se le endilgaba haber incurrido en negligencia u omisión por no haber advertido y desactivado a tiempo un artefacto explosivo que provocó daños en la salud del actor.

d) "Cohen c/Pcia. de Río Negro" [233], desconociéndose

---

pesor- sobresalía unos pocos centímetros de una ventana vetusta y en mal estado de higiene, incluso con telarañas, imposible de ver con la mayor diligencia, y la bomba -había sido colocada desde el interior del estadio en las boleterías viejas, a las que se accedía por una puerta que estaba sin llave- no fue arrojada desde el exterior, caso en el cual habría sido advertida una conducta sospechosa, sino que un sujeto se acercó, entre muchas personas que estaban allí, y con un cigarrillo encendido dio fuego a la mecha. A su vez, el lugar no era solitario como para que el custodio advirtiera la presencia de una persona en actitud irregular sino que había mucha gente en el lugar y la presencia de aquellos sujetos no podía llamar la atención dado que a pocos metros de aquellas ventanillas existe una puerta que es una de las entradas principales al estadio (…) Habida cuenta de que la obligación del servicio de policía de seguridad se satisface con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y de lugar, cabe concluir que no se ha configurado falta alguna de servicio por parte de la policía local, capaz de comprometer la responsabilidad de la Provincia de Córdoba. Falla pues, la posibilidad de imputar el daño a una falta de servicio, lo cual determina la liberación de esta codemandada".

233 CSJN *Fallos*, 329:2088 "(…) la circunstancia de que las actividades privadas se hallen sujetas a regulación estatal por razones de interés general o que inclusive dependan del previo otorgamiento de un permiso, licencia o habilitación, significa que están sometidas a condiciones y estándares mínimos para que los particulares puedan desarrollarlas lícitamente, pero no releva de responsabilidad personal a quien las desarrolla ni torna al Estado en co-responsable

la responsabilidad estatal ante la enrostrada omisión de adoptar las medidas de control en relación a un servicio de vuelos en parapente, siendo que un incidente acecido en el marco de dicha actividad había ocasionado severos daños en la salud del accionante.

e) "Mosca c/Pcia. de Buenos Aires" [234], descartándo-

---

de los daños que pudieran resultar del incumplimiento de los reglamentos dictados a tal efecto. Es que, quien alega responsabilidad del Estado por falta de servicio, debe individualizar del modo más claro y concreto posible cuál es la actividad de los órganos estatales que reputa como irregular, vale decir, tanto la falta de legitimidad de la conducta estatal como la idoneidad de ésta para producir los perjuicios cuyo resarcimiento se reclama (*Fallos*, 317:1233). (…) El deber genérico de proveer al bienestar y a la seguridad general no se traduce automáticamente en la existencia de una obligación positiva de obrar de un modo tal que evite cualquier resultado dañoso, ni la circunstancia de que éste haya tenido lugar autoriza *per se* a presumir que ha mediado una omisión culposa en materializar el deber indicado. Sostener lo contrario significaría tanto como instituir al Estado en un asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quienes no está obligado a responder (confr. *Fallos*, 323:318 y 3599)".

234 CSJN *Fallos*, 330:563 "[La] responsabilidad directa basada en la falta de servicio y definida por esta Corte como una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Fallos: 321:1124). (…) corresponde distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible. La determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y ba-

se la existencia de responsabilidad estatal frente a los daños experimentados por un chofer de medios periodísticos acreditados en un espectáculo deportivo, al recibir el impacto de un proyectil arrojado desde el interior del estadio hacia las adyacencias donde el damnificado se encontraba.

f) "Bea c/Estado Nacional" [235], donde la Corte atribu-

---

sado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar. En este sentido, el servicio de seguridad no está legalmente definido de modo expreso y determinado, y muchos menos se identifica con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros". Tras ello, la Corte estimó que, en el caso, la policía había dispuesto los medios razonables para el cumplimiento del servicio y había actuado conforme con un estándar de previsibilidad de lo que normalmente acontece según el curso normal y ordinario de las cosas. Así, concluyó que "habiéndose delimitado la extensión del servicio, no se advierte una falta imputable capaz de comprometer la responsabilidad de la Provincia de Buenos Aires".

235 CSJN *Fallos*, 333:1623 "(…) se encuentra acreditado que el Estado Nacional no informó acerca de los riesgos existentes en el lugar. En efecto, en el lugar no había ninguna clase de advertencia sobre la profundidad del lago y los riesgos derivados de su uso. En el caso, la omisión señalada adquiere particular importancia habida cuenta de que los testimonios son concluyentes en que la zona del lago era de muy fácil acceso desde el hotel donde se hallaban alojados los menores, que no contaba con carteles indicadores de normas de seguridad ni vigilancia, que no se hallaba cercado y que los carteles fueron colocados horas después del accidente (…). Por otro lado, se puede aseverar que (…) la experiencia indica que los niños puedan sentirse atraídos por espacios acuáticos especialmente en verano y de vacaciones. Que, de aquí se sigue que se pueda afirmar que se encuentran reunidos los recaudos que determinan la responsabilidad extracontractual del Estado Nacional con fundamento en el art. 1112 del Código Civil: a) el Estado incurrió en una falta de servicio, en tanto no informó acerca de los riesgos existentes en el lugar; b)

yó responsabilidad al Estado por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de un niño hallado sin vida en un lago artificial del complejo hotelero Chapadmalal, dependiente de la Secretaría de Turismo de la Nación.

g) "González c/Pcia. de Tucumán" [236], donde el Máximo Tribunal ordenó al *ad quem* dictar un nuevo pronunciamiento tras descalificar por arbitrariedad la sentencia impugnada, entendiendo que no se había valorado adecuadamente si concurría en el caso el factor de atribución del art. 1112 del Código Civil.

h) "Ceballos c/Dirección Nacional de Vialidad" [237],

---

el daño cierto sufrido por los actores a causa del fallecimiento de su hijo y c) la relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue".

236 CSJN *Fallos*, 345:884 "(…) aparece como dogmática la afirmación del *a quo* respecto a que ninguna obligación cabía a la demandada de advertir a la población sobre el riesgo potencial del uso recreativo del río cuando aquella no podía ignorar que, durante los meses de verano, gran cantidad de personas acudían allí para pasar el día, independientemente de que hubiese o no un balneario regularmente constituido. Esta circunstancia, fue además corroborada por los dichos del señor Horacio Gottardi, quien manifestó que, el día del hecho luctuoso, en el lugar había 'no menos de 600 personas' y, entre ellas, un grupo de 70 niños. (…) Que tampoco se valoró adecuadamente si la omisión atribuida a la provincia de implementar un sistema de alarma de crecientes a efectos de prevenir a la población sobre sus eventuales consecuencias, podía constituir un incumplimiento de los deberes impuestos a la provincia por la ley 3921".

237 CSJN *Fallos*, 345:1025 "Cuando la falta de servicio proviene de una omisión, según conocida jurisprudencia de esta Corte, exige una apreciación en concreto que tome en cuenta la naturaleza de la actividad estatal, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (*Fallos*, 343:184 y sus citas). (…) La falta de servicio -que esta Corte

desconociéndose la existencia de responsabilidad del Estado por los daños derivados de un incendio iniciado en la banquina de la Ruta Nacional n° 14, que se propagó hacia el campo lindero de la actora afectando la forestación de pinos allí desarrollada.

i) "De Gandia c/Pcia. de Buenos Aires" [238], recono-

---

ha fundado en la aplicación del art. 1112 del Código Civil- supuso erigir una vía de atribución de responsabilidad que desplaza del terreno del derecho público otros factores de atribución de naturaleza civilista, como los previstos en el art. 1113 de ese código. Que, sin embargo, la falta de servicio no es suficiente por sí misma para dar nacimiento a la obligación estatal de resarcir, pues debe atenderse a la relación de causalidad entre ella y el daño ocasionado. Los tribunales han de examinar meticulosamente si suprimida la conducta que se reputa ilegítima, el daño igualmente se hubiese consumado y todos los factores que a él contribuyen (doct. de *Fallos*, 317:1233; 329:2088; 330:2748). (…) El Estado solo responde si incumplió con un deber legal que le impone obstar el evento lesivo, puesto que una conclusión contraria llevaría al irrazonable extremo de convertirlo en un ente asegurador de todo hecho dañoso que se cometiera (conf. doctrina de *Fallos*, 329:2088 y 332:2328). Tal como lo ha expuesto esta Corte en diversas ocasiones en las que se ha pretendido responsabilizar al Estado por accidentes ocurridos en rutas, el ejercicio del poder de policía de seguridad no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa (*Fallos*, 312:2138 y 325:1265, entre otros)".

238 CSJN *Fallos*, 318:845 "(…) es responsable la provincia por la omisión procesal en que se incurrió, toda vez que ello implicó el cumplimiento defectuoso de funciones que le son propias. (…) En ese sentido, cabe recordar lo expresado en reiterados casos por el Tribunal cuando sostuvo que 'quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el

ciéndose la responsabilidad estatal en relación a los perjuicios experimentados por la actora tras haber sido privada de su libertad e incomunicada en un paso fronterizo, habiendo incluso prestado declaración indagatoria en relación al delito de "tentativa de contrabando de exportación y presunto hurto de automotor", que se le endilgó como consecuencia de la omisión en que había incurrido un organismo jurisdiccional al no haber ordenado el efectivo levantamiento del pedido de secuestro que pesaba sobre el vehículo en cuestión.

6.2.3. Por actividad lícita

Los resarcimientos por el ejercicio de la actividad legítima pueden derivar de un sinnúmero de actuaciones de la Administración que, actuando conforme a derecho, afecta singular o anormalmente a algún/nos en favor de la comunidad, sin que éstos tengan la obligación de soportar el perjuicio.

Además de las exigencias previstas para su procedencia, desde siempre ha sido objeto de discusión el alcance de la reparación: mientras algunos, considerando la fuerza expansiva del instituto expropiatorio, postulan la aplicación analógica de las previsiones contenidas en tal marco regulatorio, otros resisten tal tesis sobre la base de considerar que el principio en materia de reparación es su integralidad, que la expropiación se erige en una excepción a la regla -fundada de la utilidad pública declarada por el cuerpo legislativo- y que, los institutos ablatorios de derechos no pueden ser objeto de aplicación expansi-

---

fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causan su incumplimiento o su irregular ejecución'. En el presente caso, la conducta procesal ya puntualizada se constituyó en la causa eficiente del perjuicio sufrido por la actora".

va, sino al contrario, restrictiva. En adelante, una serie de precedentes en que se han debatido estas cuestiones.

Por fin, los últimos dos son representativos de la tesis contraria a la responsabilidad por actividad jurisdiccional legítima, que ha sido sustentada tanto por la CSJN como por las leyes que se han dictado regulando la responsabilidad del Estado.

a) "Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" [239], en relación

239 CSJN *Fallos*, 293:617 "El ejercicio del poder de policía por parte de la municipalidad, no obstante la amplitud de sus atribuciones para establecer restricciones al dominio privado en miras del interés general en materia de seguridad, higiene y moralidad, encuentra limitaciones naturales en los derechos a la libertad y a la propiedad (…). La legitimidad del obrar administrativo no empece el respeto del derecho de la actora para reclamar indemnización por el agravio inferido (…) por cuanto dicha indemnización no es la consecuencia de un obrar ilegítimo, sino que tiene por objeto tutelar la incolumidad del patrimonio lesionado de la actora, al dejar sin efecto la autorización de que era beneficiaria en base a la garantía que consagra el art. 17 de la Constitución Nacional (…). Por otra parte, el sacrificio impuesto en forma particular a la actora en beneficio de la comunidad no es propio que sea soportado únicamente por aquella; lo contrario sería en desmedro del principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional. (…) Corresponde distinguir la situación en que con carácter general se declarase ilícito, prohibiéndolo *'ex nunc'*, el funcionamiento de los alojamientos o albergues por hora, de aquella en que su licitud se mantiene con los requisitos impuestos en el artículo 7.1.4.3 del Código de la Edificación, abrogando la autorización acordada para el ejercicio de esa actividad en determinado inmueble por motivos sobrevinientes. En la primera, de derogación de la ley sustantiva declarando la ilicitud de tal comercio, no podría dar causa a indemnización alguna por imperio de lo legislado en los artículos 502 y 1066 del Código Civil, y sí en la segunda, en que siendo lícita dicha actividad, solo se prohíbe su ejercicio con relación al inmueble

al reconocimiento del derecho a indemnización del daño emergente -quedando explícitamente excluido el lucro cesante- derivado de la revocación de un permiso de habilitación de un hotel alojamiento por horas, fundada en razones sobrevinientes de seguridad, higiene y moralidad públicas.

b) "Mario Elbio Cantón c/Estado Nacional" [240], en el

---

afectado por la causa sobreviviente. La revocación por razones de oportunidad o conveniencia no convierte en ilícita esa actividad al no derogarse la norma sustantiva que lo regula con carácter general. (…) Para calcular el daño resarcible y ante la inexistencia de un texto expreso que establezca un criterio determinado, debe recurrirse a las pautas de los artículos 11 y 12 de la ley 13.264 y artículo 907 del Código Civil, dado que la Administración debe responder por un acto lícito de autoridad que, si bien no importó una limitación al ejercicio del dominio (prohibición de lo permitido) constituye la revocación de un permiso o autorización precaria (facultamiento de lo prohibido). Que si en el *sub examine* el sacrificio de los intereses particulares se hace en el interés público, sin que paralelamente el patrimonio de la administración se vea acrecentado, sólo viene a resultar atendible el interés negativo que limita el resarcimiento a los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la confianza del actor en que el acto revocado sería mantenido (daño emergente), pero que excluye todo otro valor o ganancia frustrada (lucro cesante)".

240 CSJN Fallos 301:403 "(..) La facultad del Estado de imponer límites al nacimiento o extinción de los derechos no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas bajo el amparo de la legislación anterior, especialmente cuando las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran la condigna reparación en el sistema establecido, pues en tales supuestos el menoscabo económico causado origina el derecho consiguiente para obtener una indemnización como medio de restaurar la garantía constitucional vulnerada (art. 17). Que los agravios del apelante en cuanto persiguen en forma subsidiaria la reparación del daño, deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por los perjuicios causados por el accionar legítimo de

cual la Corte aplicó, por vía analógica, los principios de la expropiación, a fin de sustentar la responsabilidad del Estado derivada de su actividad normativa lícita y delimitar el alcance de la reparación. Ello, en relación a los daños y perjuicios derivados del dictado del decreto PEN nº 2118/71, que prohibió la importación de determinados productos con el objeto de nivelar la balanza de pagos y defender la industria nacional, habiendo afectado en el caso un contrato de crédito documentado concluido y pagado con anterioridad a que se dictara dicho decreto, y una operación de compraventa internacional en vías de ejecución.

c) "Motor Once S.A.C. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" [241], en relación al reconocimiento de res-

---

la Administración, aspecto en el que cabe admitir la posibilidad de exigir la indemnización pertinente teniendo en cuenta las modalidades propias de esta situación. Que, admitida la procedencia del reclamo subsidiario, la reparación debe atender, ante la falta de normas expresas sobre el punto, al modo de responder establecido en instituciones análogas (art. 16 Código Civil), debiendo aceptarse en la especie que la expropiación es la que guarda mayor semejanza con el supuesto planteado por el ámbito en que desenvuelve, la finalidad que persigue y la garantía que protege. De ahí que sus normas resulten viables para determinar el perjuicio sufrido por la demandante, no siendo procedentes las propias del derecho común relativas a la responsabilidad civil. Que, en consecuencia, el resarcimiento debe comprender el daño emergente para restaurar el equilibrio patrimonial, por lo que debe extenderse a todos los gastos hechos en los contratos celebrados -crédito documentado y compraventa- y el precio abonado por la mercadería retenida -la cual queda así abandonada en beneficio del Estado- con exclusión de las ganancias que podría haber obtenido la reventa y de todo lucro cesante originado por tal motivo".

241 CSJN *Fallos*, 310:943 "(...) Para admitir la procedencia de tal pedido [de reparación], debe determinarse si asiste a la actora

ponsabilidad estatal ante los daños y perjuicios derivados de la prohibición de expendio de combustibles establecida por una ordenanza municipal, fundada en razones de salubridad y seguridad públicas atento el riesgo por deflagraciones hacia las unidades habitacionales situadas en los niveles superiores del inmueble donde funcionaba el local.

d) "Ledesma SA Agrícola Industrial c/Estado Nacional" [242], en el que la Corte desestimó la pretensión resar-

---

derecho para efectuar ese reclamo, para lo que resulta necesario establecer la situación jurídica en que se encontró después de habérsele concedido la autorización para construir la estación de servicio y la habilitación para explotarla. Que, en el caso, se trata de una autorización propiamente dicha, es decir, de una decisión administrativa que acredita el cumplimiento de determinadas exigencias reglamentarias y posibilita, una vez expedida, el ejercicio del derecho cuyo goce preexiste. A partir de ese momento, el autorizado se convierte en titular de un derecho subjetivo público que se incorpora a su patrimonio y que no puede ser suprimido por una norma posterior sin agravio al derecho de propiedad consagrado en el artículo 17 de la Constitución Nacional (…), lo que descarta en consecuencia toda idea de precariedad o inestabilidad del título en que se funda la pretensión resarcitoria. Que, en esas condiciones, habiéndose declarado la legitimidad del obrar administrativo, la lesión inferida a la actora en el ejercicio de su derecho de propiedad encuentra su tutela en la indemnización reclamada, en la cual resuelve la garantía superior del artículo 17 de nuestra ley fundamental (…)".

242 CSJN *Fallos*, 312:2022: "… debe concluirse que el quebranto aducido por la actora no es imputable a la actividad legítima del Estado, ni a la ilegitimidad de las resoluciones impugnadas por Ledesma SAAI, ajustadas en un todo al sistema legal que la actora no ha considerado pertinente impugnar… No resulta óbice para ello el reconocimiento del carácter objetivo de la responsabilidad estatal toda vez que resulta necesario acreditar –aun desde este punto de vista- la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya

citoria promovida por la empresa, con motivo de haber sido obligada a fabricar y exportar a quebranto una importante cantidad de azúcar.

e) "El Jacarandá S.A. c/Estado Nacional" [243], en relación a los daños derivados del dictado de un decreto del Poder Ejecutivo Nacional, dejando sin efecto la adjudicación de la explotación de una frecuencia de radiofonía.

---

reparación se persigue, sin intervención extraña que pudiera influir en el nexo causal".

243 CSJN *Fallos*, 328:2654 "Cabe recordar que cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares -cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general-, esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito (doctrina de Fallos: 301:403; 305:321; 306:1409, entre otros). (…) los jueces deben actuar con suma prudencia cuando se trata de resarcir daños causados por actos administrativos dispuestos por razones de interés general, verificando si tales daños efectivamente se han producido y son una consecuencia directa e inmediata del obrar del Estado (doctrina de Fallos: 310:2824). En *Fallos*, 312:2022, considerando 16, se enfatizó que es necesario acreditar la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva, de causa a efecto, entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se persigue. Que la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación. En el *sub lite*, y en tanto el daño resarcible satisfaga los requisitos enunciados en el considerando precedente, no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas (*Fallos*, 306:1409, considerandos 4° y 5°; 316:1335, considerando 20)". Sin embargo, la Corte concluye que "no se ha probado en este litigio una concreta privación a la actora de ventajas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas", rechazando así la indemnización del lucro cesante.

f) "Friar S.A. c/Estado Nacional" [244], oportunidad en que la Corte desestimó la existencia de responsabilidad estatal ante los daños y perjuicios ocasionados por la prohibición de exportar carnes, impuesta por el Servicio de Sanidad Animal como medida de policía sanitaria durante el desarrollo de una epidemia de fiebre aftosa, acaecida con posterioridad a que el Estado Nacional declarara al país como "territorio libre de aftosa" y suspendiese la vacunación que hasta entonces se venía practicando contra la misma, habiéndose controvertido, además, la presunta demora en hacer pública la situación.

g) "Malma Trading c/Estado Nacional" [245], en relación

244 CSJN *Fallos*, 329:3966 "Después de más de cinco años de sucesivas campañas de vacunación, las autoridades administrativas, habiendo realizado previas consultas y exámenes de rigor, juzgaron que, habida cuenta de que el virus había sido erradicado (extremo no desmentido), resultaba conveniente mejorar la calificación de las carnes argentinas. Por tal motivo gestionaron el reconocimiento del territorio nacional como libre de aftosa sin práctica de vacunación, instrumentando una política distinta de la seguida hasta ese momento, cuyo acierto o desacierto y eficacia no incumbe a los jueces cuestionar. Hacerlo implicaría sustituir el juicio de los magistrados por el de la autoridad instituida por el Congreso para decidir sobre dicha materia (*Fallos*, 310:112, considerando 10, 311:2128, considerando 4° y 319:1537, considerando 7°). Idénticas consideraciones valen con respecto a la determinación del momento a partir del cual la cantidad, extensión e importancia de los focos infecciosos (…) tornaba necesaria la declaración oficial de existencia de la epidemia y la reformulación de la política adoptada".

245 CSJN *Fallos*, 337:548 "Que esta Corte tiene dicho que la admisión de la doctrina de la responsabilidad estatal por los daños derivados de su actividad lícita no ha de ser entendida como dirigida a instituir en este ámbito un régimen de responsabilidad de naturaleza objetiva, de conformidad con el cual bastaría la mera acreditación de la existencia de nexo causal suficiente entre la acti-

al alcance de la responsabilidad por los daños y perjuicios derivados de la decisión estatal de prohibir genéricamente la importación de motociclos usados y, particularmente, no autorizar por vía de excepción la importación de una cantidad determinada de ellos en el marco de un contrato que se encontraba en ejecución.

---

vidad legítima de los órganos estatales y los perjuicios -de cualquier orden- que experimentasen los particulares, para suscitar la obligación de indemnizarlos (*Fallos*, 317:1233; 330:2464). En este sentido, es necesario recordar que la lesión de derechos particulares susceptibles de indemnización en virtud de la doctrina mencionada (…) sólo comprende los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales -vale decir, que van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de derechos patrimoniales-, significan para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, por imperio de la garantía consagrada en el art. 17 de la Constitución Nacional. (…) [L]la recurrente solo ha acreditado la condición de especialidad respecto del rubro 'anticipo a cuenta no recuperado' (U$S 42.000). En efecto, de las constancias de la causa se desprende que la empresa Malma Trading pagó un 10% del valor integral del contrato a cuenta del precio total y como principio de ejecución (…), que no fue por ella recuperado, en la medida que el contrato no pudo terminar de ejecutarse. (…) Que, por el contrario, el resto de los perjuicios que la recurrente manifiesta haber sufrido. en concepto de daño emergente (inversiones en publicidad, inversiones en infraestructura) constituyen riesgos propios del giro comercial, circunstancia frente a la cual cobra mayor virtualidad aquel principio según el cual en nuestro ordenamiento jurídico no existe un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentaciones ni a su inalterabilidad (*Fallos*, 267:247; 268:228; 291:359; 300:61; 308:1361, entre muchos otros). De aquí se sigue que pueda afirmarse que tanto respecto de estos rubros como del pretendido lucro cesante no se encuentra acreditada la condición de especialidad en los términos de la doctrina anteriormente señalada".

h) "Román S.A.C. c/Estado Nacional" [246], se rechaza la indemnización de daños y perjuicios derivados de la privación de uso de una máquina mientras se encontró a disposición de la Justicia en lo penal económico, durante la instrucción de un sumario por contrabando, en cuyo marco finalmente se decretó el sobreseimiento definitivo de la firma.

i) "Putallaz c/Estado Nacional"-Ministerio de Justi-

246 CSJN *Fallos*, 317:1233 "(…) en tanto la prohibición de uso en cuestión constituyó una diligencia procesal de carácter esencialmente provisional y accesoria del procedimiento que le sirvió de antecedente, no cabe interpretar que su levantamiento dispuesto en ocasión del sobreseimiento definitivo en la causa tuviese por sentido declararla por contrario imperio ilegítima; sino disponer meramente el cese de sus efectos futuros por haber devenido improcedente una vez concluida la investigación y en vista de los resultados que surgieron de ella. Por lo demás, la mera revocación o anulación de resoluciones judiciales no otorga el derecho de solicitar indemnización pues, a dicho propósito, solo cabe considerar como error judicial a aquel que ha sido provocado de modo irreparable por una decisión de los órganos de la administración de justicia, cuyas consecuencias perjudiciales no han logrado hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin en el ordenamiento (confr. *Fallos*, 308: 2095). (…) en principio, el ejercicio regular por el Estado de sus poderes propios no constituye fuente de indemnización para los particulares (*Fallos*, 258:322 y 305:1045), a menos que el ordenamiento lo condicione al pago de la reparación correspondiente -vgr. leyes 19.549, art. 18, y 21.499-. Por consiguiente, la admisión de la doctrina de la responsabilidad estatal por los daños derivados de su actividad lícita (confr. *Fallos*, 312:2022, considerandos 9° y 10; y los allí citados) no ha de ser entendida como dirigida a instituir en este ámbito un régimen de responsabilidad de naturaleza objetiva, de conformidad con el cual bastaría la mera acreditación de la existencia de nexo causal suficiente entre la actividad legítima de los órganos estatales y los perjuicios -de cualquier orden- que experimentasen los particulares, para suscitar la obligación de indemnizarlos".

cia de la Nación" [247], en orden a las estrictas condiciones bajo las que cabría pregonar la existencia de responsabilidad estatal por la disposición de prisiones preventivas, como así también por el excesivo plazo de duración de las mismas.

7. Impacto de la reforma constitucional de 1994 en materia de responsabilidad estatal

a) La incorporación de nuevos derechos a la parte dogmática de la Constitución (arts. 36 a 42), así como el reconocimiento de una legitimación más amplia para su defensa (art. 43), podrían a primera vista erigirse como

247 CSJN *Fallos*, 333:273 "Cabe recordar que la indemnización por la privación de la libertad durante el proceso no debe ser reconocida automáticamente a consecuencia de la absolución sino únicamente cuando el auto de prisión preventiva se revele como incuestionablemente infundado o arbitrario, mas no cuando elementos objetivos hubiesen llevado a los juzgadores al convencimiento -relativo, obviamente, dada la etapa del proceso en que aquél se dicta- de que medió un delito y de que existe probabilidad cierta de que el imputado sea su autor (*Fallos*, 327:1738 y sus citas; 328:4175; 329:3806,3894, entre otros). (…) se genera en quien se halla privado de la libertad el derecho a reclamar una indemnización cuando la denegación del beneficio de la excarcelación se hubiera fundado en meras afirmaciones genéricas y dogmáticas, contradictorias con las concretas circunstancias de la causa. Es decir, que, a contrario sensu, no corresponde resarcimiento alguno cuando la prisión preventiva dispuesta proviene de una razonable apreciación -por parte del juez competente- de la situación del detenido (...). [En relación a la extensión excesiva o irrazonable de la prisión preventiva] … sólo se configurará un supuesto de deficiente prestación del servicio de justicia por la prolongación de las medidas de coacción personal si el actor acredita que los magistrados intervinientes no han demostrado la necesidad imperiosa de su mantenimiento de conformidad con las normas aplicables al caso".

aspectos de primera magnitud a la hora de suponer una ampliación de los alcances de la responsabilidad estatal. En tal senda podría razonarse y con acierto, que toda nueva ampliación de las fronteras de derechos trae aparejada la consecuente obligación de respetar y asegurar su efectiva vigencia por parte del Estado.

Ello se ve potenciado por la incorporación, con jerarquía constitucional, de numerosas convenciones sobre derechos humanos (art. 75 inc. 22), así como por el mandato de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en esta Constitución y por los Tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75 inc. 23).

b) Pero hay otro aspecto de sumo interés que, aunque ya había sido decidido por nuestro país al aprobar la Convención Americana [248], se ha visto revitalizado al modificarse su jerarquía normativa. Nos referimos al reconocimiento de la competencia de sus órganos: i) Comisión Interamericana (por tiempo indefinido) y ii) Corte Interamericana (sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, bajo condición de reciprocidad).

Excede el propósito de este ensayo analizar el grado de vinculatoriedad de los precedentes emitidos por la Corte Interamericana en casos en que nuestro país no resulta parte: algunos sostendrán su carácter obligatorio y vinculante, otros les atribuirán condición de guía de interpretación, otros predicarán que se erigen como con-

248 Ley 23.054 (BOP 27-03-1984).

dicionantes morales de cara a una adecuada y ulterior actuación estatal.

De lo que no caben dudas es de que, a partir del sometimiento de la Argentina a la jurisdicción de ambos organismos cuando resulta ante ellos denunciada/demandada, emana una nueva faceta de la responsabilidad estatal: la que deriva de la violación a los derechos humanos.

c) La Convención Americana no contempla en una norma general la obligación de los Estados de reparar a las víctimas las vulneraciones a sus derechos, aunque si lo hace puntualmente en el artículo 10, ante supuestos de errores judiciales, así como en el artículo 21, en materia expropiatoria.

Sin embargo, a partir de la letra del artículo 63.1 [249] de la Convención, la Corte Interamericana, pretorianamente, ha sabido desarrollar una construcción consolidando el derecho a la reparación, que aún no ha concluido.

A tal fin se ha valido de un principio propio del Derecho Internacional Público: *"la responsabilidad de los Estados ante el incumplimiento de sus obligaciones",* principio fundamental del Derecho de Gentes y del que emerge, como consecuente, el deber de una adecuada reparación.

La Corte Interamericana ha establecido que una reparación adecuada consiste en la *restitutio in integrum* (restitución plena o integral), que comprende el restablecimiento

249 Art. 63.1. CADH: "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

a la situación anterior, la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y una indemnización por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales sufridos [250].

De tal modo, cada vez que al conocer el fondo de la controversia decide que el Estado ha violado un derecho o libertad protegidos en la Convención, queda habilitada a disponer medidas reparatorias [251] de sus consecuencias, así como el pago de una justa indemnización.

Dentro de éstas, la Corte Interamericana ha sabido desarrollar una serie de especies [252]: i) *medidas de restitución* (tendientes a restablecer la situación al estado anterior a la violación del derecho [restablecimiento de la libertad,

250 CorIDH caso "Velásquez Rodríguez c/Honduras", sent. 17-08-1990, serie C nº 9, párr. 27: "La indemnización que se debe a las víctimas o a sus familiares en los términos del artículo 63.1 de la Convención, debe estar orientada a procurar la *restitutio in integrum* de los daños causados por el hecho violatorio de los derechos humanos. El desiderátum es la restitución total de la situación lesionada, lo cual, lamentablemente, es a menudo imposible, dada la naturaleza irreversible de los perjuicios ocasionados, tal como ocurre en el caso presente. En esos supuestos, es procedente acordar el pago de una «justa indemnización» en términos lo suficientemente amplios para compensar, en la medida de lo posible, la pérdida sufrida".

251 CorIDH caso Caso "Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago". Sentencia de 21-06-2002. Serie C No. 94, par. 205: "Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. La naturaleza y el monto de las mismas dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. En todo caso, las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares", doctrina repetidamente reiterada ulteriormente.

252 Por todos, consultar el Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nº 32 "Medidas de reparación", 2021.

devolución de bienes confiscados, reintegro al empleo, anulación de antecedentes]); ii) *medidas de rehabilitación* (atención médica, farmacológica y psicológica necesaria a favor de las víctimas); iii) *medidas de compensación* (disponiendo una justa indemnización, de carácter compensatorio -no sancionatorio [aunque la admisibilidad de esta última hipótesis cuenta con opiniones favorables aún no mayoritarias]-); iv) *medidas de satisfacción* (mediante la obligación de publicar o difundir -en idioma español y originario- y/o celebrar un acto público de reconocimiento de responsabilidad; erigir monumentos, colocar placas u otros símbolos testimoniales); v) *garantías de no repetición* (mediante la adecuación de la legislación interna; capacitación de los funcionarios públicos en derechos humanos; implementación de programas de desarrollo; realización de estudios de impacto ambiental y social o aseguramiento de cauces de participación comunitaria originaria, previo a la aprobación de proyectos de exploración o explotación de recursos naturales que pueda afectarlos); vi) *obligación de investigar* (investigación, determinación, enjuiciamiento y -en su caso- sanción de todos los responsables de violaciones a los derechos humanos).

d) Desde su incorporación como Estado parte de la Convención (05-09-1984), nuestro país ha sido llevado a los estrados de la Corte Interamericana en cincuenta y tres oportunidades, siendo que cuarenta y dos de esos casos ya han sido resueltos.

Si bien algunas conclusiones han tenido por fuente soluciones amistosas, en otras oportunidades el país ha sido condenado [253].

253 Caso "Bulacio vs. Argentina", Fondo, reparaciones y costas, sent. de 18-09-2003, Serie C nº 100; Caso "Kimel Vs. Argentina".

Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2-05-2008. Serie C No. 177; Caso "Bayarri Vs. Argentina". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30-10-2008. Serie C No. 187; Caso "Torres Millacura y otros Vs. Argentina". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26-08-2011. Serie C No. 229; Caso "Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29-11-2011. Serie C No. 238. Caso "Fornerón e hija Vs. Argentina". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27-04-2012. Serie C No. 242; Caso "Furlan y familiares Vs. Argentina". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31-08-2012. Serie C No. 246; Caso "Mohamed Vs. Argentina". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23-11-2012. Serie C No. 255; Caso "Mendoza y otros Vs. Argentina". Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14-05-2013. Serie C No. 260; Caso "Mémoli Vs. Argentina". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22-08-2013. Serie C No. 265; Caso "Gutiérrez y familia Vs. Argentina". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25-11-2013. Serie C No. 271; Caso "Argüelles y otros Vs. Argentina". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20-11-2014. Serie C No. 288; Caso "Gorigoitía Vs. Argentina". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2-09-2019. Serie C No. 382; Caso "Perrone y Preckel Vs. Argentina". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8-10-2019. Serie C No. 384; Caso "Romero Feris Vs. Argentina". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15-10-2019. Serie C No. 391; Caso "Hernández Vs. Argentina". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22-11-2019. Serie C No. 395; Caso "López y otros Vs. Argentina". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C No. 396; Caso "Jenkins Vs. Argentina". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26-11-2019. Serie C No. 397; Caso "Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6-02-2020. Serie C No. 400; Caso "Spoltore Vs. Argentina". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de junio de 2020. Serie C No. 404; Caso "Valle Ambrosio y otro Vs. Argentina". Fondo y Reparaciones.

La lectura de los precedentes detallados resulta útil para ilustrar como, ante la constatación de vulneraciones a los más diversos derechos humanos, la Corte Interamericana ha condenado al país, disponiendo diversas reparaciones y supervisando ulteriormente su debido cumplimiento.

Aun cuando la traza no está concluida y es necesario esclarecer y despejar numerosos aspectos, lo cierto es que el camino transitado *pro homine* no tiene marcha atrás, con la garantía que ello supone en procura de la dignidad de las personas.

8. Etapa legislativa de la responsabilidad extracontractual del Estado

a) La disputa entre civilistas y administrativistas respecto de si la responsabilidad del Estado debía ser considerada una especie dentro de la responsabilidad

---

Sentencia de 20-07-2020. Serie C No. 408; Caso "Acosta Martínez y otros Vs. Argentina". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31-08-2020. Serie C No. 410; Caso "Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina". Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1-09-2020. Serie C No. 411; Caso "Almeida Vs. Argentina". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17-11-2020. Serie C No. 416; Caso "Familia Julien Grisonas Vs. Argentina". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23-09-2021. Serie C No. 437; Caso "Brítez Arce y otros Vs. Argentina". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16-11-2022. Serie C No. 474; Caso "Álvarez Vs. Argentina". Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24-03- 2023. Serie C No. 487; Caso "Boleso Vs. Argentina". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22-05-2023. Serie C No. 490; Caso "María y otros Vs. Argentina". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22-08-2023. Serie C No. 494 y Caso "Asociación Civil Memoria Activa Vs. Argentina". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26-01-2024. Serie C No. 516.

civil (y por tanto propia de la competencia del legislador nacional, a propósito de la delegación efectuada por las provincias [art. 75 inc. 12 Const. Nacional]) o, por el contrario, una rama con autonomía a propósito de su carácter ius-publicista (materia no delegada por las provincias al Gobierno Federal [arts. 121, 122 y ccdtes. Const. Nacional]), no generó mayores consecuencias mientras la materia fue objeto de una elaboración básicamente pretoriana, conforme lo bosquejáramos en el acápite VI.

El factor de atribución "falta de servicio", que encontraba sustrato normativo en el artículo 1112 del Código Civil, irremediablemente reenviaba a la legislación local para determinar si la actuación de la Administración se había ajustado a derecho o si, en cambio, había sido irregular o defectuosa -ya por acción o por defecto- y con ello había provocado el perjuicio. De tal modo ambas regulaciones concurrían a fin de resolver las causas. En cuanto a los daños derivados de la actuación de la Administración conforme a derecho, la construcción que justifica la procedencia de la compensación no pudo encontrar respuesta en la legislación civilística, en tanto era un supuesto por completo ajeno a tal disciplina.

b) Con todo, entrado el siglo XXI, la necesidad de regular la responsabilidad del Estado había madurado y con ello, la disputa volvió a cobrar interés.

En el año 2006, al decidir sobre su competencia originaria en la causa "Barreto", la CSJN reinterpretó el concepto de causa civil, dando una señal inequívoca en favor de la tesis ius-publicista [254].

254 *Fallos*, 329:759, 21-03-2006, cons. 8º: "... Que una calificación de esa naturaleza se ha atribuido a los casos en los que su

Sin embargo, poco tiempo después, la Comisión redactora del anteproyecto de Código Civil y Comercial creada mediante Decreto PEN nº 191/2011 (integrada por el Dr. Lorenzetti y las Dras. Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci), se inclinaría por la tesis civilística al proyectar la responsabilidad del

---

decisión hace sustancialmente aplicables disposiciones del derecho común, entendiendo como tal el que se relaciona con el régimen de legislación contenido en la facultad del art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional. Por el contrario, quedan excluidos de tal concepto los supuestos en los que, a pesar de demandarse restituciones, compensaciones o indemnizaciones de carácter civil, se requiere para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial, o el examen o revisión, en sentido estricto, de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias en los que éstas procedieron dentro de las facultades propias reconocidas por los arts. 121 y sigtes. de la Constitución Nacional… 9º Que en el sub lite los actores persiguen –con apoyo den disposiciones contenidas en el Código Civil- la reparación de los perjuicios derivados del accionar irregular de personal de la policía provincial en la realización de tareas de prevención de delitos. La pretensión procesal subsume el caso, entonces, en un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado local por la presunta "falta de servicio" en que habría incurrido un órgano de la provincia de Buenos Aires derivada del cumplimiento irregular de las funciones estatales que le son propias… 10º Que se trata, pues, de un daño que los actores atribuyen a la actuación del Estado provincial en el ámbito del derecho público, como consecuencia del ejercicio imperativo del "poder de policía de seguridad" entendido como una "potestad pública" propia del Estado, quien la ejerce cuando lo estima conveniente para satisfacer exigencias de bien público o de interés general; materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo, por ende, de los gobiernos locales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 121 y concordantes de la Constitución Nacional; y que encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado…".

Estado como una de sus especies en los artículos 1764, 1765 y 1766 [255].

No obstante, ya en el ámbito del Poder Ejecutivo, los artículos proyectados fueron sustancialmente modificados pasando a sustentar la tesis contraria, conservando inalterada su numeración [256]. En paralelo y en sentido concordante, el Poder Ejecutivo enviaba al Congreso un proyecto de ley mediante el cual se regulaba la responsa-

255 Art. 1764: Responsabilidad del Estado: El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. Art. 1765: Responsabilidad del funcionario y del empleado público: El funcionario y el empleado público son responsables por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes. Art. 1766: Responsabilidad del Estado por actividad lícita: El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro".

256 "Artículo 1764: Inaplicabilidad de normas: Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. Art. 1765: Responsabilidad del Estado: La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda. Artículo 1766: Responsabilidad del funcionario y del empleado público: 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 se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda".

bilidad del Estado nacional, el que finalmente fue sancionado (ley 26.944, BON 8-08-2014).

Prueba elocuente del reconocimiento del carácter local que asume tal regulación resulta su artículo 11, al invitar a las provincias y a la CABA a adherir a sus términos para regular la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos (art. 11).

La ley 26.944, en una decena de artículos, regula la responsabilidad del Estado nacional, esencialmente condensando las diversas doctrinas elaboradas por la CSJN a lo largo del tiempo, aunque optando por los criterios más exigentes y restrictivos.

Así, una mirada de síntesis permite afirmar que luego de establecer la inaplicabilidad de las disposiciones del Código Civil y Comercial de manera directa, ni supletoria, dispone que: i) la responsabilidad del Estado es directa y objetiva; ii) enumera los requisitos por actividad ilegítima determinando como único factor de atribución la "falta de servicio"; iii) en cuanto a las omisiones ilegítimas exige que se verifique la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado; iv) en la responsabilidad por actividad legítima -que considera excepcional- eleva las exigencias de sus distintos presupuestos, establece como factores de atribución el sacrificio especial y la ausencia del deber jurídico de soportar el daño y limita su resarcimiento; v) niega la procedencia del derecho a indemnización ante daños causados por la actividad judicial legítima y vi) niega la responsabilidad del Estado por los perjuicios ocasionados por concesionarios o contratistas de servicios públicos.

c) A más de diez años de la sanción de la ley 26.944 de las veinticuatro jurisdicciones (23 provincias más CABA), sólo diez han asumido regular la responsabilidad del Estado.

Algunas han adherido simplemente -o replicado esencialmente- la regulación nacional [257], mientras otras lo han hecho con alguna especificidad o precisión [258].

Otras, en cambio, se han distanciado del régimen nacional en algunos aspectos, regulando en favor del damnificado. V.gr.:

- Entre Ríos: i) al no exigir un deber de actuación expreso y determinado para que proceda la responsabilidad por omisión; ii) no requerir que el daño sea actual, o la relación de causalidad exclusiva, ni caracterizar como

257 Ley I-560 Provincia de Chubut, BOP 23-07-2015; Ley 7179 Provincia de Santiago del Estero, BOP 17-09-2015; Ley 10.004 Provincia de La Rioja, BOP 5-09-2017; Ley 5536 Provincia de Catamarca, BOP 6-07-2018; Ley 5339 Provincia de Río Negro, BOP 27-12-2018;

258 Ley 3396 Provincia de Santa Cruz, BOP 27-11-2014, que se aparta de la nacional al establecer que el Estado será responsable por los daños ocasionados por los concesionarios de servicios públicos o contratista del Estado, cuando fueren consecuencia directa del ejercicio irregular del poder de ordenación, regulación o control sobre el servicio; Ley 2657-A Provincia de San Juan, BOP 24-07-2024, sigue las aguas de la legislación nacional pero se aparta al establecer que el Estado provincial es subsidiariamente responsable por los daños ocasionados por los concesionarios de servicios públicos o contratistas del Estado, siempre y cuando aquéllos fueren consecuencia directa de la omisión de control administrativo del servicio; Ley 6325 CABA, BOP 16-09-2020, se diferencia de la ley nacional contemplando supuestos de procedencia del lucro cesante ante la determinación de responsabilidad por actividad legítima; así como la responsabilidad del Estado por los perjuicios ocasionados por concesionarios ante supuestos en que el hecho generador de los daños resida en una falta de servicio derivada de la inobservancia del deber expreso y determinado de control, o que el mismo sea consecuencia directa de una falta grave en el ejercicio del poder de ordenación o regulación del servicio.

excepcional la responsabilidad por actividad legítima; iii) contemplar la posibilidad de responsabilizar al Estado cuando el daño ocasionado por el concesionario fuese consecuencia directa del ejercicio irregular del poder de ordenación, regulación y control sobre el servicio [259]

- Mendoza ha establecido diferencias más profundas, contemplando: i) la posibilidad de aplicar las normas de Derecho común cuando la actuación es de índole comercial, industrial, financiera o cualquier otra que sujetos del sector público provincial desplieguen bajo tal régimen; ii) asumiendo el principio de reparación plena (art. 1740 CCyC), aunque con limitaciones, iii) diversos factores de atribución, iv) modelando los requisitos de los distintos supuestos de responsabilidad más ampliamente [260].

d) Si bien las circunstancias apuntadas (el fallo "Barreto", el Código Civil y Comercial, y la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado Nacional) inclinaron decididamente la balanza en favor de la tesis ius-publicista, las discusiones en punto a los alcances y límites del ejercicio de la potestad legisferante de las provincias persisten.

La Corte Federal continúa sosteniendo que la regulación de los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores es materia propia de los códigos de fondo y, consecuentemente, habiendo delegado las provincias en la Nación la facultad de dictarlos, deben admitir el predominio de las leyes del Congreso y la imposibilidad de dictar normas que las contradigan [261].

---

259 Ley 10.636 Provincia de Entre Ríos, BOP 23-11-2018.

260 Ley 8968 Provincia de Mendoza, BOP 11-05-2017.

261 "Filcrosa", *Fallos*, 326:3899, 30-09-2003; "Volkswagen" *Fallos*, 342:1903, 5-11-2019, entre muchos otros relacionados con la

De tal modo, según el criterio consolidado de la Corte Federal, las provincias no podrían regular de modo diverso institutos previstos en los códigos de fondo (v.gr. modo de cómputo, causales de interrupción y suspensión de la prescripción), tesis resistida por los ius-administrativistas, quienes consideran que en las materias no delegadas la potestad legislativa local debe ser amplia.

Por otra parte, se advierte que las leyes sancionadas no son autosuficientes sino que se limitan a consagrar pautas en un puñado de artículos, debiendo el operador acudir al Código Civil y Comercial en procura del desarrollo de los conceptos jurídicos implicados.

Lo expuesto deja en claro que la etapa regulatoria se encuentra dando sus primeros pasos y que mucho es lo que aún falta transitar.

9. Palabras de cierre

A modo de cierre, nos permitimos ensayar una serie de pautas de síntesis sobre lo abordado en el presente opúsculo.

- Los fundamentos que justifican la responsabilidad extracontractual del Estado encuentran sustento normativo en diversas cláusulas constitucionales, que fueron contempladas desde los albores de nuestro país.

- Desde una perspectiva histórica, aparece manifiesta la preponderancia que han tenido en la evolución de la materia -durante los siglos XIX y XX- las doctrinas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: en un primer momento, cerrando las puertas de la jurisdicción; luego,

prescripción de tributos; "Alpha Shipping", *Fallos*, 346:103, 7-03-2023, relacionado con la prescripción de una multa tributaria.

abriéndolas y construyendo progresivamente los cimientos de la responsabilidad extracontractual estatal en sus distintas especies.

- Parte de la doctrina científica -foránea y vernácula- supo analizar críticamente los distintos fundamentos que se esgrimieron para impedir demandar, y luego responsabilizar, al Estado, facilitando el entendimiento y procurando miradas novedosas y superadoras de tales estados de situación.

- No es un logro menor haber consagrado en el siglo XXI, tras más de 170 años de historia como Nación, un texto legal que establezca los lineamientos del régimen de responsabilidad estatal, por cuanto constituye una herramienta basal que, de haber existido a fines del siglo XIX o principios del XX, hubiera coadyuvado a una célere evolución del fenómeno, despejando los obstáculos que clásicamente conspiraron contra su natural desarrollo.

- La prevalencia de la tesis ius administrativista para la regulación de la responsabilidad estatal impone a las provincias que aún no han legislado el fenómeno (entre ellas la de Buenos Aires), asumir el cometido con premura, a fin de brindar certeza, previsibilidad, seguridad jurídica. Al hacerlo no deberían centrarse en las fuentes pura y exclusivamente locales, sino antes bien procurar una armonización con los estándares fijados por los superiores tribunales, nacional y supranacional.

- La sensación ambivalente puesta de manifiesto al inicio del presente capítulo, se experimenta tanto al sopesar las oportunidades no aprovechadas en los albores de nuestra organización nacional, como también en el presente, al analizar con una mirada crítica el texto de la novel ley nacional 26.944 -y todas sus adhesiones-. Es que, en oposición a estándares más amplios y aperturistas que fijara la Corte Suprema en miras a garantizar -den-

tro de límites razonables- los derechos de los ciudadanos, la regulación se inclinó por los criterios más restrictivos en diversos aspectos del fenómeno. Con todo, siendo que la etapa legislativa está *in fieri*, las cuestiones omitidas o reguladas en clave de restricción, podrán ser objeto de análisis, modulación, replanteo y superación (v.gr. confrontar la regulación Nacional con la de la Provincia de Mendoza).

- El siglo XXI ha consagrado una nueva faceta de la responsabilidad del Estado: la emergente ante violaciones a los derechos humanos. La Argentina se ha comprometido a respetar los derechos y libertades, y a garantizar su libre y pleno ejercicio. De tal modo, toda normativa, práctica o actuación del Estado Federal, de las provincias o municipios que, desatendiendo el principio *pro homine*, vulnere los derechos e intereses vitales de las personas, habilitarán su declaración, así como el establecimiento de las reparaciones pertinentes.

CAPITULO 4
Procedimiento Administrativo Reflexiones en materia de género y ambiental en el Derecho Administrativo

Irina A. Leal, Jonatan Vargas y Enrique Kinter

Sumario: 1. Abordaje convencional y constitucional del procedimiento administrativo. 1.1. Introducción. 2. La tutela administrativa y judicial continua. 3. Aspectos convencionales y constitucionales del procedimiento administrativo. 3.1. Algunos apuntes sobre el silencio administrativo. 3.2. Control constitucional y convencional en el procedimiento administrativo. 4. El abordaje de género en el Derecho Administrativo. 5. La cláusula ambiental desde el Convencionalismo y la Constitución. 5.1. El artículo 124 de la Constitución Nacional y la actividad minera a cielo abierto. 5.2. Ley General del Ambiente

1. Abordaje convencional y constitucional del procedimiento administrativo

1.1. Introducción

Un análisis actual del procedimiento administrativo conlleva a un cambio de paradigma que deja de lado conceptos arraigados desde lo tradicional a un estudio y visibilización desde un punto de vista convencional y constitucional que permite necesariamente enfatizar en algunas cuestiones relevantes en el marco procedimental.

Como punto de partida al análisis del presente acápite, es necesario formular algunas precisiones respecto al cumplimiento de los fallos de la Corte Interamericana de

Derechos Humanos, en adelante CIDH, relevantes en la exigencia de la consideración de los mismos.

Según Gutiérrez Colantuono [262], "existe consenso suficiente en sostener que es en el caso *Almonacid Arellano* [263] donde por primera vez la CIDH afirma la existencia de este tipo de control como obligación estatal interna". Además de reconocer la responsabilidad internacional de Chile, utiliza por primera vez la premisa del control de convencionalidad y más aun al ámbito de la Administración Pública.

Dicho criterio también aplicado en la causa "Trabajadores Cesado del Congreso" [264], en el cual hace referencia a la obligatoriedad del control de convencionalidad por parte del Estado firmante de un Tratado internacional, sus jueces deben ejercer dicho control de oficio entre las normas internas y la Convención Americana.

En otro fallo [265], la Corte expresó lo siguiente: "...los compromisos a raíz de la constitución de un Estado como parte del convenio internacional sobre derechos humanos vinculan al Estado en su conjunto. Esto se proyecta sobre los órganos ejecutivos, legislativos y jurisdiccionales, así como los entes autónomos externos a esos poderes

---

262 Gutiérrez Colantuono, Pablo (2022), *Control de convencionalidad en la Administración pública -Aplicación de los tratados internacionales a la actuación administrativa-* , Astrea, Buenos Aires, p. 25.

263 CIDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile. Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

264 CIDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso y otros vs. Perú. Sentencia del 24 de noviembre del 2006.

265 CIDH. Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia del 29 de noviembre de 2006.

tradicionales, que forman parte del Estado mismo. Por ende, no resulta admisible que uno de dichos órganos se abstenga de cumplir el compromiso del Estado en el que se halla integrado o lo contravenga directamente sobre la base de que otro órgano no ha hecho su propia parte en el sistema general de recepción y cumplimiento de los deberes internacionales. Esta idea requiere mayor reflexión, que explore sus facetas e implicaciones, y desde luego sugiere la conveniencia de tender el puente oportuno y suficiente que enlace el orden internacional con el orden interno".

Es importante remarcar lo expresado por la Corte en el caso "Gelman" [266], de donde se desprende que dicho control de convencionalidad debe ser extendido al procedimiento administrativo y efectuado por las autoridades públicas intervinientes, que presenta la particularidad de determinar la obligatoriedad del control a todas las autoridades y todos sus órganos, es decir a través de un recorrido de los distintos fallos del tribunal internacional; es en este caso donde consolida su postura extensiva al procedimiento administrativo.

2. La tutela administrativa y judicial continua

Esta garantía se encuentra contemplada en el artículo 15 de la Carta Magna provincial. Si bien surge desde los comienzos para el ámbito judicial, una visión más adecuada en el contexto actual permite trasladarla al procedimiento administrativo y de esta manera poder consa-

266 CIDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013.

grarla como el derecho a una tutela administrativa efectiva y continua. Según destaca PERRINO [267], de acuerdo a las previsiones de la Convención Americana de Derechos Humanos, "la tutela administrativa efectiva comprende, pero no se agota en el tradicional derecho al debido proceso ya que exige de parte del Estado un plus más, como es la eliminación de todas las trabas normativas, económicas o sociales, que puedan impedir u obstaculizar irrazonablemente el ejercicio de la defensa".

Un obligado repaso desde la perspectiva convencional, nos dará una visión correcta de dicho análisis; específicamente el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

Por otra parte, y, como complemento de aquél, el artículo 25 de dicha normativa prescribe que 1. "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

267 PERRINO, Pablo E., "El derecho a la tutela administrativa efectiva", en *El derecho administrativo hoy, 16 años después*, Buenos Aires, RAP, 2013, p. 75.

2. Los Estados Parte se comprometen:

a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

La evolución pergeñada por el tribunal internacional trasladó la aplicación de esta garantía al ámbito de la Administración Pública, tal como se desprende de lo acontecido en "Tribunal Constitucional vs. Perú" [268], cuando sostuvo que las personas pudieran defenderse adecuadamente ante cualquier acto proveniente del Estado, aunque no lo hizo de manera explícita.

En "Baena" [269], en apretada síntesis, se sostuvo "…Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas…".

Por su parte, en otro fallo [270], ahora de manera contundente, extendió la aplicabilidad de dicha normativa al procedimiento administrativo que involucraba a las comunidades originarias en un trámite de reivindicación de

268 CIDH. Caso Tribunal Constitucional vs Perú. Sentencia del 31 de enero de 2001.

269 CIDH. Caso Baena Ricardo y otros vs Panamá. Sentencia del 2 de febrero de 2001.

270 CIDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia del 17 de junio de 2005.

tierras ancestrales, y de este modo sostuvo: "Los recursos efectivos que los Estados deben ofrecer conforme al artículo 25 de la Convención Americana, deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal" (artículo 8 de la Convención), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción. Por lo tanto, se pronunció por la extensión del debido proceso legal en el procedimiento administrativo.

Mientras que en "Radilla Pacheco" [271], expresó, "Los Estados deben desarrollar prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías", en clara alusión a la garantía que venimos desarrollando.

Desde otro prisma, dentro del plano interno, la causa "Astorga Bracht", determinó la aplicación del Pacto de San José de Costa Rica al procedimiento administrativo. En este caso, en que se debatía la constitucionalidad de un artículo de la Resolución N° 16/99 del Comité Federal de Radiodifusión, la Corte confirmó la inconstitucionalidad de la norma dispuesta por la Cámara Federal, puesto que transgredía el artículo 18 de la Constitución Nacional y las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que protegen el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva (arts. XVIII y XIX de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre; 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2° inc 3° a y b; 14 inciso 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

271 CIDH. Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos. Sentencia del 23 de noviembre de 2009.

De esta manera, el cimero Tribunal aplicó el principio de la tutela administrativa efectiva en un procedimiento administrativo a partir del año 2004, adelantándose un año al criterio seguido por la CIDH.

Posteriormente, en la causa "Losicer", causa que se dio en el marco de un sumario que se prolongó durante veinte años, determinó que se había vulnerado el plazo razonable previsto en el artículo 8.1 de la CADH.

La Corte Suprema sostuvo: "8º) Que, ello sentado, *cabe descartar que el* carácter administrativo del procedimiento sumarial pueda erigirse en un óbice para la aplicación de los principios reseñados [defensa en juicio y garantía del plazo razonable], *pues en el Estado de* derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8 de la cita da Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial -en el ejercicio eminente de tal función- sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales.

Ha sostenido al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos que cuando la convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a *cualquier* autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial que a través de sus resoluciones determine derechos u obligaciones de personas. Por la razón mencionada, esa Corte considera 'que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del art. 8 de la Convención Americana' (caso 'Tribunal Constitucional vs. Perú', sentencia del 31 de enero de 2001, párr. 71)".

Cabe remarcar que la garantía constitucional y convencional del plazo razonable fue incorporada en el artículo 25 inciso 1 bis, IV) de la ley 27742 modificatoria de la Ley Nacional de Procedimiento administrativo, en el cual manifiesta de forma categórica que los procedimientos tramiten y concluyan en un plazo razonable.

3. Aspectos convencionales y constitucionales del procedimiento administrativo

Hablar de derechos, sean éstos sustanciales o adjetivos, es una tarea ciclópea pero que vamos a intentar emprender, no tanto desde el punto de vista de la realidad (aunque no vamos a dejar de considerarla), sino más bien desde el deber ser, pues se trata del camino y del destino donde normas y hechos deben confluir para poner como centro y eje analítico la dignidad del ser humano, porque como dijese Botassi [272], "el Derecho Administrativo estadocéntrico, dedicado a justificar las prerrogativas del Estado, debe transformarse en un Derecho antropocéntrico y preocuparse por las vicisitudes de los seres humanos que habitan en los expedientes".

Para comenzar a acercarnos al tema que nos ocupa, trataremos de dar un concepto del contexto normativo, significado y alcance del procedimiento administrativo, para concluir con una definición contextual, como continente que alberga a los demás ejes que se desprenden de tal concepto como competencia, legitimación, plazos,

272 Botassi, Carlos A. -Oroz, Miguel, *Procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires,* Librería Editora Platense, 2011, p. 16.

notificaciones, escritos, recursos, etc. [273], como parte integrante y subordinado al ordenamiento jurídico interno e internacional.

En atención a que los Tratados de Derechos Humanos tienen jerarquía superior a las leyes [274], y que por ende toda norma, sea ésta una ley o un reglamento, se deben ajustar a los preceptos no sólo de la Constitución Nacional, sino también a los Tratados de Derechos Humanos suscriptos por la Argentina. Realizar la conducta contraria, implicaría dejar en indefensión al administrado "no sólo frente a las normas jurídicas formales, sino frente a las normas y procedimientos que rigen la práctica [275]…". Sostiene GORDILLO [276] que "… existen múltiples y fundamentales valores del sistema constitucional, tales como razonabilidad, proporcionalidad, buena fe, etc., que por su rango normativo son superiores a todo el resto del ordenamiento jurídico y en una adecuada interpretación deben privar sobre las normas inferiores que se aparten de ellos". Para concluir que "Una norma legislativa o reglamentaria irrazonable, disvaliosa, desviada, persecutoria, etc., es así inconstitucional y como tal debe ser anulada o inaplicada en los casos ocurrentes" [277].

---

273 *Brevitatis cautia* remitimos al Libro de Cátedra de Derecho Administrativo II, publicado por Editorial Edulp, Buenos Aires, 2017, págs. 281 a 437.

274 Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

275 GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, editado por Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2012, Tomo 6, Libro II, *La Administración paralela*, Pág. AP-1-V-1 y 2.

276 Ídem nota anterior.

277 Ídem nota anterior.

En consecuencia, y en virtud de lo *ut supra* señalado, un concepto o definición de procedimiento administrativo no pueden estar exentos de considerar no sólo el ordenamiento legislativo, en especial las Cartas Magnas Nacional o provincial, según corresponda, sino también los Tratados de Derechos Humanos suscriptos por nuestro país, e insertos en el Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Botassi elaboró un concepto de procedimiento administrativo enmarcado y pensado para la Pcia. de Bs. As., y lo definía como "sucesión legalmente ordenada de hechos y actos, tendientes al nacimiento de una decisión final, materialmente administrativa, dotada de una triple coordinación: cronológica, lógica y teleológica" [278].

Definición ésta con la que coincidimos, pero, demostrando al mismo tiempo la imperiosa necesidad de que el concepto de procedimiento administrativo contenga como necesaria y obligatoria referencia no sólo a los derechos y garantías de la Constitución, sino también a los derechos y garantías que surgen de los Tratados internacionales de Derechos Humanos, con los compromisos allí adquiridos por Argentina, y los derechos tanto sustanciales como adjetivos, que la Argentina se comprometió a garantizar a sus ciudadanos y residentes extranjeros; es que dicha definición entendemos, debe ser actualizada y contextualizada.

Con Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono [279] sostenemos que "la construcción de la noción del acto administrati-

278 Botassi Carlos A.-Oroz, Miguel, *Procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires,* cit., p. 19.

279 Gutiérrez Colantuono, Pablo Ángel, *Administración Pública, juridicidad y Derechos Humanos*, pág. 67, Buenos Aires, 2009, Abeledo-Perrot.

vo, como acto de autoridad estatal en virtud del cual la Administración impone cargas o restringe derechos de los particulares, determina que rija plenamente para la formación de tales decisiones la sumatoria de garantías que la Corte Interamericana ha extendido a cualquier actuación estatal que conlleve a la determinación de los derechos y las obligaciones de las personas".

Lo *ut supra* párrafo anterior mencionado, surge del Art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica cuando prescribe en su punto 1 que "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

De lo premencionado en el párrafo anterior, extraeremos unas breves conclusiones:

1º Debe respetarse el derecho a ser oído tanto en el proceso como en el procedimiento.

2º En un plazo razonable [280].

3º Debe respetarse el debido proceso/procedimiento.

4º Debe respetarse todo lo anterior para la determinación de derechos y obligaciones de todo orden, por ende incluye lo administrativo [281].

---

280 Causa "Losicer Jorge Alberto y otros c/BCRA -Resol. 169/05". Aquí se dijo en el considerando 15 que "…cabe concluir que la irrazonable dilación del procedimiento administrativo resulta incompatible con el derecho al debido proceso amparado por el Art 18 de la Const. Nac. y por el Art 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos".

281 Corte IDH, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b. Convención Americana sobre De-

Desde otro mirador, cabe poner de resalto la importancia que reviste el principio de la confianza legítima en el procedimiento administrativo, el cual nace en el Derecho alemán [282], y se hace extensivo. Podemos citar un caso emblemático [283] que hizo aplicación de este principio, en el cual se anulaba la concesión de un certificado previo de urbanismo, generando expectativas legítimas para ejercer sus derechos.

El fundamento de este principio lo podemos encontrar en los artículos 14, 16, 17 y 18 de la Carta Magna Nacional y en la seguridad jurídica [284]. Conforme lo sostiene Parejo Alfonso [285], la confianza legítima no viene a ser sino un nombre nuevo de la buena fe, "una ampliación y actualización internos de su contenido, siendo el radio de acción del de buena fe más corto que el que pretende abarcar el más novedoso de la confianza legítima".

La Corte Suprema [286] enfatizó que el principio se aplica a todas las funciones estatales, procedimientos y procesos, porque las partes deben conocer previamente las

---

rechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, parr. 28. Caso de la "Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala". Fondo. Sentencia del 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37.

282 Coviello, Pedro J. J., *La protección de la confianza del administrado,* LexisNexis/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p.35.

283 Sentencia Nº 12.742 del 29 de mayo de 1991, del Tribunal de Estrasburgo, caso "Pine Valley Developments LTD y otros c/Irlanda".

284 Coviello, obra citada, p. 460.

285 Parejo Alfonso L., *Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 2003, p. 691.

286 *Fallos*, 339:1254.

reglas a las que atenerse "tendientes a afianzar la seguridad jurídica y a evitar situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales".

Por último diremos, que el procedimiento administrativo puede definirse como la *sucesión de hechos y actos, producidos a instancia de un sujeto de derecho (individual o colectivo), o de oficio, en conformidad con el ordenamiento jurídico nacional e internacional (léase tratados de derechos humanos, constitución nacional, constitución/es provincial/es, y normas de procedimiento), que deben tender a una decisión estatal (acto administrativo definitivo o final), materialmente administrativa, subordinada a los principios de debido procedimiento, pro homine, publicidad de los actos de gobierno* [287]*, derecho de defensa y tutela judicial continua y efectiva, con la necesaria inclusión de la participación ciudadana como componente imprescindible.*

3.1. Algunos apuntes sobre el silencio administrativo

Con el profesor Isaac Augusto Damsky [288], coincidimos en que "el régimen jurídico del silencio administrativo y

287 Sostiene Gordillo que "La tradición administrativa hispanoamericana es del silencio, el secreto, la reserva, no la publicidad. No se trata de que el funcionario público considere que realiza con ello una actividad ilícita: al contrario, él percibe que lo correcto, lo debido, lo lícito y normal, es ser celoso guardián de toda información administrativa, y sobre todo no proporcionársela a los administrados o terceros, pues ello puede 'comprometerlo'". Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., Tomo 6, Libro II*, La Administración paralela,* pág. AP-II-V-8.

288 Damsky, Augusto, *Desde los Derechos,* Rap, CABA, 2024, págs. 132 y 133.

especialmente el sistema de la denegatoria ficta prevista en el régimen de procedimientos administrativos vigente en el nivel federal argentino como regla, y en el nivel de la Provincia de Buenos Aires como única opción, no se adecua a los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por erigirse en un incentivo normativo negativo que erosiona a la obligación jurídica de resolver contenida en el Artículo 1º, apartado 1º, inciso 'e' del mencionado régimen nacional y del Art. 79 del DL 7647/70 de la Provincia de Bs. As.".

Continuamos sosteniendo con el mismo autor que "Y si de eficacia se trata tenemos además una inadecuación marcada por la complejidad de la telaraña jurídica del silencio porque el régimen de combate contra la morosidad administrativa prevista en el régimen de procedimientos administrativos descarga sobre el particular toda la carga de demostrar el incumplimiento estatal" [289], "ya que para conjurar al silencio no solo debe aguardar plazo, pedir pronto despacho, aguardar un plazo suplementario, sino que, asimismo, debe accionar judicialmente en amparo por mora con más el deber de demostrar todos los recaudos que ameritan su procedencia para obtener una orden judicial de pronto despacho la cual, a su vez, redimirá la mora al concederle un plazo suplementario a la Administración para, a lo sumo, obtener un consabido acto administrativo de rechazo" [290].

Cabe aclarar que con el advenimiento de la denominada Ley Bases (Ley 27.742), no cambió sustancialmente

289 Idem anterior, página 132.

290 Ivanega, Miriam, "Remedios legales contra la mora de la Administración", en Jornadas Rosarinas de Derecho Administrativo en homenaje al Dr. Antonio Pedro Chede, Rosario, junio de 2006.

el instituto del silencio administrativo en Nación, continuando como regla [291] el silencio negativo y como excepción el silencio positivo y sólo para los casos en que una norma exija una autorización administrativa para que los particulares puedan llevar a cabo una determinada conducta o acto en el marco del ejercicio de una facultad reglada de la Administración.

Es dable destacar, que ya no sería exigible el pronto despacho, y con sólo el transcurso de 60 días desde que la Administración tenía obligación de resolver, ya se encontraría configurado el silencio administrativo [292].

Entendemos que sería por ejemplo para realizar una actividad que requiera habilitación del Estado para poder hacer una actividad, como sería el caso de un recital, una manifestación, una habilitación comercial. Y no sería aplicable en materia de salud pública, medio ambiente, prestación de servicios públicos o derechos sobre bienes de dominio público, excepto cuando la norma específica aplicable otorgue sentido positivo al silencio. Asimismo, continúa diciendo la norma que por vía de reglamentación se podrá ampliar los casos de silencio positivo, cuestión en la que disentimos porque es otorgarle facultades legislativas al Poder Ejecutivo, cuestión que está expresamente vedada por el Art. 99 inciso tercero de la Constitución Nacional.

En relación con la Provincia de Buenos Aires, no hubo modificaciones, y el Art. 79 del Decreto-Ley 7647/70, continúa prescribiendo el silencio negativo.

---

291 Art. 31 de la ley 27.742, Art 10 de la ley 19.549, inc. a párr. 1ro.

292 Art .31 de la ley 27.742, Art 10 de la ley 19.549, Inc. a párr. 2do.

3.2. Control constitucional y convencional en el procedimiento administrativo

La Constitución Nacional no menciona expresamente al procedimiento administrativo, es decir, no establece normas que puedan regular la actividad administrativa (sin perjuicio de las aplicables por derivación a los procesos), ni determina el comportamiento a seguir de los órganos que ejercen la función administrativa.

Este comportamiento constitucional, a simple vista, llama la atención, dado que las restantes funciones se encuentran extensamente desarrolladas en la Carta Magna, máxime teniendo en cuenta que el procedimiento administrativo constituye una herramienta esencial, la cual le permite al Estado organizar sistemáticamente la obtención de sus fines, y le permite a los particulares participar en la etapa formativa de los actos administrativos, entendiendo este último como el objetivo final de todo procedimiento.

Tanto la garantía de defensa (art. 14 CN) como el derecho a peticionar ante las autoridades (art. 18 CN) han sido, históricamente hablando, los que le han dado fundamento al procedimiento administrativo, de hecho, han provocado que, en sus inicios, se haya limitado la visión del procedimiento sólo a su faz recursiva, dejando de lado la importancia que tiene el mismo en la satisfacción del interés público.

Lógicamente esta visión inicial del procedimiento resulta hoy bastante limitada, toda vez que es en esta etapa procedimental en donde los órganos del Estado dictan decisiones sobre la determinación de los derechos y obligaciones de las personas. Sin perjuicio de que todavía en parte de la comunidad jurídica argentina se siga sosteniendo esta idea del procedimiento, como una suerte

de obstáculo a sortear para poder acceder a la etapa jurisdiccional, y así obtener un pronunciamiento favorable, cuestión que sabemos no siempre sucede.

Ahora bien, acabamos de mencionar cómo el procedimiento administrativo nace a los ojos de nuestra Constitución Nacional, pero esta no es su única fuente, éste también ha sido moldeado por los Tratados internacionales, tal es así que a la luz del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- que es parte de nuestro ordenamiento constitucional (artículo 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna), tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han elaborado una abundante doctrina acerca de su alcance en el marco de los procedimientos administrativos. En distintos precedentes (casos "Baena, Ricardo"; "Ivcher Bronstein"; "Comunidad Indígena Sawhoyamaxa" y "Claude Reyes", entre otros), donde se ve reflejado un claro estándar relativo a la plena aplicabilidad de la garantía de defensa en los procedimientos que se desarrollan ante las Administraciones Públicas; incluyendo -entre otros aspectos, y a modo de ejemplo- el derecho a contar con una notificación previa sobre la existencia misma del procedimiento, y suponiendo con ella, la posibilidad de disponer de plazos razonables para preparar escritos, presentarlos, y para producir las pruebas correspondientes.

En el mencionado caso "Claude Reyes" la propia CIDH ha mencionado que "el artículo 8.1 de la Convención [293]

293 Artículo 8. Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación

no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas"; lo que reafirma la Corte aquí es que no sólo los jueces son los que deciden sobre los derechos de las personas, también las autoridades administrativas lo hacen, por lo tanto éstas deben asegurar las garantías del debido proceso en los procedimientos administrativos, adoptando decisiones debidamente fundamentadas, evitando así la arbitrariedad [294] .

Asimismo, en el caso "Baena Ricardo" la misma CIDH ha también mencionado que las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.

Hoy creemos que no quedan dudas de que el procedimiento administrativo debe armonizarse con la CADH [295]; tal es así que en el caso "Losicer" la Corte Suprema de la Nación, replicó el razonamiento expuesto por la CIDH en los casos mencionados anteriormente, en el cual expresó, sobre las garantías del debido proceso y específi-

---

de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

294 Cfr. Caso "Palamara Iribarne" y Caso "Yatama".

295 Según Gordillo: "…las Normas supranacionales no son un programa de gobierno que pueda cumplirse o no, son un orden jurídico imperativo para el Estado y sus habitantes; la enunciación de los derechos de los individuos no es una enunciación programática: es una norma jurídica imperativa y operativa impuesto por el Pueblo al Estado…".

camente sobre la razonabilidad de los plazos en el procedimiento que, si bien no existen pautas para determinar cuándo ha trascurrido o no un plazo razonable, para obtener una decisión (por tratarse la *razonabilidad* de un término jurídico indeterminado) [296], el plazo de 18 años desde el acaecimiento de los hechos, ha concluido que ha tenido una duración irrazonable en función a las pautas elaboradas por la CIDH [297].

Hablando específicamente del control de constitucionalidad este puede definirse como *la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de Justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolos con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no, su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella* [298]. Actualmente para poder entender acabadamente el control de constitucionalidad, debemos hablar también del control de convencionalidad, el cual puede ser entendido como el confronte que realizan los

296 Al respecto el Tribunal Constitucional Español ha señalado que el concepto de proceso "sin dilaciones indebidas" es un concepto indeterminado o abierto que ha de ser dotado de contenido en cada caso concreto atendiendo los criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico.

297 Parece importante señalar los motivos que, según el fallo, implican la existencia de una dilación indebida los cuales pueden resumirse en a) los hechos investigados no poseen una especial complejidad, b) los particulares o administrados no han obstaculizado el curso del procedimiento c) el motivo de dilación encuentre su causa en la inactividad atribuible a la Autoridad Administrativa.

298 Fallo "Don Domingo Mendoza y Hermano contra Provincia de San Luis, sobre derechos de exportación. CSJN Fallo 5/12/1865".

jueces de las normas de Derecho interno vigentes de cada país subscripto a la Convención Americana de Derechos Humanos y el mismo instrumento supranacional. El control de convencionalidad busca establecer si la norma que está siendo objeto de revisión se adecua a lo determinado por la Convención de Derechos Humanos, es decir, si la misma resulta convencional o no.

En caso de ser tenida como "inconvencional", el efecto que la misma trae aparejado es su invalidez y esto por ende determina que la misma no pueda ser aplicada, incluso si se trata de la propia Constitución Nacional, como lo deja ejemplificado el célebre fallo "La Última Tentación de Cristo".

Lo manifestado indica que es el Poder Judicial quien tiene la facultad exclusiva siendo el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo.

Ahora bien, ¿cuál es el comportamiento que debe adoptar la Administración Pública cuando se enfrenta a una norma que considera "inconstitucional" o inconvencional?

Lógicamente el Poder Ejecutivo no puede expedirse sobre la constitucionalidad de los actos, toda vez que, a tenor del principio de división de poderes, dicha tarea es una facultad privativa del Poder Judicial, tal como mencionamos precedentemente.

Esta situación además de resultar una valla imposible de sortear, por estar en juego uno de los principios republicanos más relevantes, se encuentra con otro obstáculo: el carácter mismo que tienen las sentencias que tachan de inconstitucional determinada norma, ya que el alcance de las sentencias al carecer de efectos *erga omnes*, se circunscribe únicamente al caso concreto sobre el cual han recaído.

Sin embargo, una parte de la doctrina considera que el Poder Ejecutivo puede abstenerse de aplicar normas legales que considere abiertamente inconstitucionales [299].

Por otro lado, la Corte Suprema ha sido contraria a este último razonamiento, indicando que cualesquiera que sean las facultades del Poder Ejecutivo para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no cabe admitir que sea de su competencia el declarar la constitucionalidad de éstas, porque el Poder Judicial es, en última instancia, el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo [300].

Ahora bien, cabe preguntarse si el Poder Ejecutivo al encontrarse, dentro del procedimiento administrativo, frente a la aplicación (o no) de una norma manifiestamente inconstitucional, debe persistir o bien puede abstenerse de su aplicación.

Sobre el particular debe tenerse presente la distinción que realiza la Procuración del Tesoro de la Nación respecto de la declaración de inconstitucionalidad con la abstención de aplicar una norma inconstitucional; en este punto dicho organismo considero que "…Así como el Poder Ejecutivo no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, por corresponderle esto al Poder Judicial, sí puede, en cambio, abstenerse de aplicar una ley que considere inconstitucional. Es evidente que el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no ejecutar una ley que

299 Entre otros COMADIRA señala que "…la potestad de no aplicar las normas legales que vulneren la Constitución Nacional debe ser reconocida al Poder Ejecutivo, en cuanto encargado de la gestión directa e inmediata del bien común".

300 "Ingenio y Refineria San Martin del Tabacal S.A C/Provincia de Salta", de 1967.

juzgue inconstitucional, pues, si así no lo hiciera transgrediría el orden jerárquico establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional…" [301].

Estimo, con algunas reservas, acertada esta posición, toda vez que, aplicar una norma que ha sido tildada inconstitucional para dirimir una cuestión en sede administrativa, además de tener que obligar al particular a acudir a sede judicial para obtener un pronunciamiento favorable (y acorde a la Constitución) le puede resultar antieconómica o bien perjudicial para la propia Administración, ya que podría encontrarse frente a una derrota casi asegurada, con todo lo que ello implica (gastos causídicos, pérdida de recursos, etc.), sobre todo si la norma cuestionada es doctrina pacifica del Máximo Tribunal.

Lo mencionado guarda estricta relación con la denominada coetaneidad y al comportamiento que se le exige a la Administración al acatamiento de la doctrina de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Según lo expuesto por la Procuración del Tesoro, la Administración Pública debe acogerse a los lineamientos doctrinarios establecidos por el Máximo Tribunal de Justicia, absteniéndose de cuestionarlos o entrar en polémica con ellos. Lógicamente lo anterior se encuentra condicionado a que el caso en cuestión guarde estricta relación con aquel en el cual la Corte se ha pronunciado con anterioridad [302].

---

301 Dict. Nº 364/02, 30 de septiembre de 2002. Expte. Nº 1736/02. Sindicatura General de la Nación. (Dictámenes 242:626).

302 Resulta conveniente que tanto la Procuración del Tesoro de la Nación, como la Administración Pública Nacional en general, se atengan a los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a la aplicación e interpretación del Derecho. Ello así, por diversas razones: la jerarquía de nuestro más alto Tribunal, el

Si bien es cierto que en nuestro sistema institucional los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no deciden en términos generales y abstractos sino con relación a los casos concretos sometidos a su decisión, no lo es menos que la jerarquía del citado Tribunal, el carácter definitorio y último de sus sentencias respecto de la interpretación y aplicación del Derecho y la necesaria armonía en el comportamiento de los distintos órganos del Estado, son factores que determinan, en principio, la procedencia y conveniencia de que la Administración se atenga a la orientación que sustente la Corte en el ámbito jurisdiccional (v. Dictámenes 231:297; 233:278; 251:492 y 252:209).

Todo ello no quita que la Administración ciegamente deba acatar la doctrina del Máximo Tribunal, toda vez que puede suceder que la misma pueda lograr cambiar del criterio del Alto Tribunal, ya sea que se encuentre integrado de manera diferente y que la mayoría modifique el criterio anterior o bien que la coyuntura haga necesario un cambio de doctrina.

4. El abordaje de género en el Derecho Administrativo

La importancia del tratamiento del tema de género en la órbita procedimental conlleva a su análisis desde la faz preventiva, es decir, la necesaria instrumentación de las políticas públicas relevantes en esta temática.

---

carácter definitivo de sus pronunciamientos, la armonía que debe haber entre los distintos órganos del Estado Nacional y la necesidad de ahorrarle al erario los gastos derivados de juicios que se saben perdidos de antemano, entre otras - Dictámenes Tomo 273, página 248.

Como punto de partida, dicho análisis corresponde efectuarse desde una mirada constitucional y del convencionalismo para poder entender e insistir en esta importante temática, por ende, su encuadramiento en el principio de juridicidad, por su encuadre de todo el orden jurídico, desde la Constitución (art.16 CN); legislación aplicable y, por supuesto, la normativa supraconstitucional, citada a continuación.

Cabe recordar que el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional determinó la jerarquía constitucional de los siguientes documentos: 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 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 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 el tema puntual que nos convoca, es dable remarcar que como antecedentes de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, se encuentra la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, del año 1946 que logró incorporar algunos conceptos sobre igualdad en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Como consecuencia del trabajo de esta Comisión se efectuó la Declaración Sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer en el año 1967 y la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) del año 1979, siendo el primer documento que precisó la discriminación como

"toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer".

Posteriormente, se dicta la Recomendación N° 19 de la CEDAW [303], "Violencia contra la Mujer", en el cual básicamente se insiste en la revisión de las leyes y políticas referidas a la mujer, respecto a la discriminación, violencia y transgresiones a los derechos humanos de los Estados Parte

Hace alusión a la violencia ejercida por las autoridades que, además pueda llegar a constituir responsabilidad internacional sobre derechos humanos y otros Convenios.

Se deben tomar medidas para eliminar la discriminación contra las mujeres proveniente de cualquier persona, empresa, organización y hasta del propio Estado, a quienes se les hace extensiva la responsabilidad por los actos perpetrados por privados.

Determina que "Las actitudes tradicionales según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción. Tales como la violencia y los malos tratos de la familia, los Matrimonios forzosos, el asesinato por presentar dotes insuficientes, los ataques con ácido y la circuncisión femenina. Esos prejuicios y prácticas pueden llegar a justificar la violencia contra la mujer como una forma de protección o dominación de la mujer. El efecto de dicha violencia sobre la integridad física y mental de la mujer es privarla del goce efectivo, el ejercicio y aún el conocimiento de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Si bien en esta observación se hace hincapié

303 Sancionada con fecha 29/01/92.

en la violencia real o las amenazas de violencia contra la mujer, sus consecuencias estructurales básicas contribuyen a mantener a la mujer en un papel subordinado, a su escasa participación en política y a su nivel inferior de educación y capacitación y oportunidades de empleo".

Con respecto a la igualdad en el empleo afirma que puede verse perjudicada cuando se ejerce violencia sexual contra ellas.

En cuanto a las recomendaciones concretas dirigidas a los Estados Parte, IVANEGA [304] sostiene "La CIDH impuso a los Estados la obligación de implementar programas y políticas públicas orientadas a combatir la violencia de género y estableció la necesidad de capacitación específica en la materia".

Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención de Belem Do Para" [305], en sus diecinueve artículos regula con claridad la definición y ámbito de aplicación; los derechos protegidos; los deberes de los Estados; mecanismos interamericanos de protección y las disposiciones generales. En síntesis, refiere que "la violencia contra la mujer constituye una violación a los derechos humanos y entiende que la violencia contra la mujer como cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado".

Dicha violencia es reconocida dentro del ámbito familiar o en cualquier relación interpersonal, y el derecho

304 IVANEGA, Míriam M., *Igualdad y género*, Bs. As., La Ley, 2019, p.181.

305 Emitida el 9 de junio de 1994.

a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

Es importante remarcar la referencia pertinente a las obligaciones de los Estados Partes de dicha Convención, al sostener "Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso

efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención" (Artículo siete).

Además contempla "Los Estados Partes convienen en adoptar; en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: a. fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos; b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel de proceso educativo, para contrarrestar perjuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer; c. fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer; d. suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea del caso, y cuidado y custodia de los menores afectados; e. fomentar y apoyar programas de educación gubernamentales y del sector privado destinados a concientizar al público sobre los problemas relacionados con la violencia contra la mujer, los recursos legales y la reparación que corresponda; f. ofrecer a

la mujer objeto de violencia acceso a programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social; g. alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y a realzar el respeto a la dignidad de la mujer; h. garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios; i. promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias y la ejecución de programas encaminados a proteger a la mujer objeto de violencia" (Artículo ocho).

Por último, dicho capítulo dice "Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Parte, tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad" (Artículo 9).

Este marco normativo configura un importante avance en el área de género al cual debieron someterse los Estados Parte.

En "Campo Algodonero" [306], se trata de la primera causa emblemática en el tema de género, donde se hace un

306 CIDH, Caso González y otras (Campo Algodonero) Vs. México. Sentencia del 16 de noviembre de 2009.

estudio estructural de la violencia de las mujeres en la ciudad de Juárez. La denominación obedece al hallazgo de los cuerpos en un campo donde se cosechaba algodón, en el cual ocurre un brutal homicidio con un móvil sexual de ocho mujeres en la ciudad de Juárez, tres de ellas llegaron a instancias del alto tribunal internacional. La CIDH hizo un profuso estudio de la situación por la que atravesaban las mujeres en la ciudad de Juárez, desde el año 1990 hasta la fecha del caso de marras, los homicidios habían aumentado considerablemente, con signos de violencia sexual, además de una sistemática apología de discriminación contra la mujer traducidos en estereotipos, como la culpabilidad de las víctimas.

La Corte analiza una de las obligaciones de los Estados Partes de la Convención de Belem do Pará, plasmados en el artículo siete inciso b) centrado en el deber de diligencia, es decir, pone el foco en el deber de protección aun frente a actos provenientes de particulares. El Estado no tomó las medidas necesarias para evitar o prevenir los hechos de violencia pergeñadas contra el grupo de mujeres.

En este sentido, aplica la doctrina del riesgo previsible y evitable, la cual requiere que haya una situación de riesgo que amenace a un grupo, que el Estado tenga conocimiento del mismo y que éste haya podido prevenir, por ejemplo, a través de políticas públicas.

Además de la debida diligencia cuyo incumplimiento se puso de manifiesto, existió negligencia en las actuaciones posteriores que denostaron patrones de conducta de discriminación y machismo en la actuación de los funcionarios tanto en la faz administrativa como en la judicial. Como ejemplo de ello, existieron irrazonables demoras en la búsqueda de las mujeres una vez efectuadas las respectivas denuncias de paraderos.

Dicho fallo tuvo directa incidencia en las modificaciones del Protocolo Alba [307], con fecha 12 de julio de 2012. Contempla la coordinación del trabajo en los tres ámbitos de gobierno en la promoción y ejecución de actividades a los efectos de la localización de mujeres cuyo reporte de extravío se haya producido. La concurrencia de autoridades federales y locales que integran el Grupo Técnico de Colaboración, cuyo trabajo mancomunado debe realizarse hasta la localización de las mujeres y niñas desaparecidas.

Por su parte en "Guzmán Albarracín" [308], se trataba de una niña que había sido objeto de abuso sexual por parte del vicerrector del colegio al cual asistía, cuyos actos reiterados en el tiempo llevaron a la determinación de la menor de suicidarse bajo la ingesta de pastillas. Las autoridades escolares encubrieron esos hechos aberrantes y hasta inculparon a la víctima argumentos falaces como el de haber seducido a su victimario, en una lógica netamente machista.

Tanto las investigaciones administrativas como judiciales adolecían de graves errores, desde el ámbito administrativo reflejado en la demora en el inicio de las actuaciones sumariales por parte del vicerrector, en conductas del propio personal del establecimiento educativo al incurrir graves irregularidades como la falta de asistencia a la niña cuando sufría los efectos del envenenamiento; el

307 El primer feminicidio sucedido en Ciudad Juárez fue cometido en el año 1993, la denominación de dicho protocolo obedece a que las propias familias de las mujeres desaparecidas iniciaban sus búsquedas desde el alba. Diez años más tarde de aquel femicidio se formalizó el Protocolo.

308 CIDH, Caso Guzmán Albarracín y otras Vs Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2020.

prejuzgamiento, que a criterio de la Corte fue un análisis sesgado basados en preconceptos de género al sostener que las conductas denominadas indecentes provenían de la alumna, como provocadora y responsable del "principio de seducción" y por otro lado, al hacer hincapié en la honestidad implica evaluar su conducta previa. Mientras que el proceder de quien ostentaba el cargo no fue analizado, teniendo en cuenta que además ejercía abuso de poder, en clara transgresión a las normas internacionales; la demora en la investigación policial como así también las actividades judiciales, hasta un acto de extrema crueldad y ensañamiento por parte del médico forense con su madre al momento del reconocimiento del cadáver, cuando dicho facultativo se encontraba en plena autopsia, en consecuencia la madre vio el cuerpo cercenado de su hija.

La CIDH determinó la responsabilidad internacional del Estado en base a la falta de adopción de medidas para la prevención de actos de violencia sexual en la institución educativa de la cual era alumna la menor y la deficitaria actuación en las investigaciones administrativas y judiciales por transgresión de los artículos 4.1 (derecho a la vida); 5.1 (derecho a la integridad personal) y 11 (derecho a la protección de la honra y de la dignidad). Para tal conclusión aplicó la Convención de Belem do Pará y la Convención para los Derechos del Niño. En tal sentido, Hitters [309] expresa "…este documento, al reunir los principios internacionalmente aceptados sobre los derechos de la mujer, se erige en el marco jurídico más complejo

309 Hitters Juan Carlos, *Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Efectos* (Valor vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), Librería Editora Platense, La Plata, 2023, TI, p. 4 10.

y, como tal, suficiente por sí mismo para el logro del objetivo de la igualdad en el sistema jurídico de los países, expresando claramente que ellos son aplicables a las mujeres de todas las sociedades…".

Como medidas adicionales dispuso "para corregir y subsanar insuficiencias en relación con: a) información estadística sobre situaciones de violencia sexual contra niñas o niños en el sector educativo; b) la identificación de casos de violencia sexual contra niñas o niños en ese ámbito y su denuncia; c) la capacitación a personal educativo en lo atinente al abordaje y prevención de situaciones de violencia sexual; y d) la capacitación, orientación, asistencia, y en paralelo atención a las víctimas de violencia sexual en el área educativa, lo mismo que a sus familiares".

Como en propuesta alternativa sugirió la consulta a diferentes organizaciones como la Comisión Interamericana de Mujeres o el Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem de Pará, para asesoramiento y asistencia.

Desde otro mirador, otra causa de violencia de género [310], en la cual se responsabilizó internacionalmente a la República de Brasil por violación de las garantías judiciales; a la igualdad ante la ley y a la protección judicial y al deber de adoptar disposiciones de orden interno. De manera adicional, determinó la obligación del Estado de actuar con diligencia y rapidez a los efectos de prevenir, investigar y sancionar cualquier tipo de violencia contra la mujer [311].

310 CIDH. Caso Barbosa de Souza y otros vs. Brasil. Sentencia de 7 de septiembre de 2021.

311 Criterio compartido en la CIDH. Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala. Sentencia de 24 de agosto de 2017.

La Corte determinó que la violencia de género en dicho país era un problema estructural y generalizado. Asimismo, confirmó que era considerablemente mayor el número de mujeres negras asesinadas respecto a las mujeres blancas, con un aditamento, eran jóvenes y en estado de pobreza.

En el ámbito interno, la Suprema Corte de Justicia [312], en un fallo memorable en cuestión de género, en el cual se trataba de un hecho sucedido en el ámbito intrafamiliar que protagoniza un padre de familia quien asesina a sus hijos, cuestión que hubiera podido evitarse debido a las conductas reprochables de los agentes en el ámbito administrativo y judicial, respectivamente,

La madre de los niños había efectuado reiteradas denuncias ante la autoridad policial, que eran tomadas como simples exposiciones a pesar de poner de manifiesto la conducta peligrosa de su exmarido, sin embargo, el Estado se mantuvo indiferente hasta el momento del crimen, y no dio ningún tipo de garantías para evitar ese hecho luctuoso.

En el voto emitido por Negri hace un *racconto* desde la primera denuncia formulada poniendo énfasis en la situación de riesgo y violencia familiar que atravesaba la parte actora junto a sus hijos, y la demora en la actuación por parte de la policía de la Provincia de Buenos Aires que, como efecto desencadenante, obligó a una intervención tardía de la Fiscalía.

Del informe ambiental se comprueba la existencia de un contexto violento en el cual estaba inmersa la fa-

312 SCBA causa A.72.474, "G., M.A. c/Poder Ejecutivo s/pretensión indemnizatoria. Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley", del 28 de noviembre de 2018,

milia. En declaraciones que surgen del expediente "… cuando citaron a los nenes para constatar las lesiones del mes de junio, si la psicóloga se hubiese tomado, aunque sea una hora con los chicos se hubiera podido dar cuenta que estaban viviendo una situación de terror, de pánico, se hubiese dado cuenta que vivían una situación de violencia y hubiese podido preservar la salud de los chicos…".

"El dictado de una medida de restricción de acercamiento, impedimento de contacto, cese de actos de perturbación, realización de evaluación y/o tratamiento psicoterapéutico o psiquiátrico, son algunas de las diligencias que pudieron adoptarse y que fueron soslayadas".

Resume que no se garantizó la seguridad del grupo familiar ni se otorgó asistencia integral a quienes requerían medidas preventivas con carácter urgente, conforme los artículos 75 inciso 22 de la C.N.; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 1074 y 1112 del Cód. Civ., por entonces vigente y aplicable al caso.

Por su parte, el voto de de Lázzari, sostuvo que las instancias anteriores se basaron en "ideas estereotipadas acerca de lo es la violencia doméstica", con una mirada limitada de los hechos, sin tener en cuenta el Derecho aplicable desde el punto de vista convencional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8 y 25; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 1, 2, 5, 15.1 y 16); la Convención de Belém do Pará (arts. 1, 2, 3, 6, 7, 8 inc. b) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 19.1); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14); Constitución Nacional (arts. 75 incs. 22 y 23); Constitución de la Provincia de Buenos Aires (arts. 15 y 36 incs. 1, 2 y 4).

Específicamente en la Recomendación General N 19 de la CEDAW (1992), amplió la prohibición general de discriminación por motivo de sexo, de manera de incluir como una de sus expresiones a la violencia dirigida contra la mujer por ser mujer o que la afectan de manera desproporcionada, para garantizar que goce de derechos en pie de igualdad con el hombre.

A mayor abundamiento, expresa que "…la violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos, constituye discriminación, como lo define el artículo 1 de la Convención. Esta discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre. Así, por ejemplo, en virtud del inciso e) del artículo 2 de la Convención, los Estados parte se comprometen a tomar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualquier persona, organizaciones o empresas. Sobre esta base el comité considera que los Estados también pueden ser responsables de actos de personas privadas si no actúan con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas" (párr. sexto y séptimo).

Advierte la existencia de prejuicios por parte de aquellas autoridades que debían proteger a las víctimas, desatendiendo la evidente peligrosidad existente en el grupo familiar por parte del homicida, extremadamente violento como esposo y como padre.

Encuentra que las instancias previas de juzgamiento, juez y Cámara contenciosa administrativa de Mar del Plata se fundaron en estereotipos de género, prejuicios y barreras institucionales de acceso a la Justicia, que impidieron el verdadero alcance de los hechos de investigación.

Cita como ejemplo el error de las autoridades al sostener que no existía evidencia de violencia física, como si fuera la única forma de expresión de la violencia teniendo en cuenta los parámetros de violencia en la normativa internacional; o los argumentos vertidos en cuanto a que se trataba de una disputa familiar en la cual no podían intervenir, como así también en la falta de investigación cuando el homicida ingresa al domicilio particular de la demandante sustrayendo varios objetos, también el prejuicio contra la víctima de violencia cuando el personal policial aducía su culpabilidad ya sea por cuestiones físicas o conductas contrarias al matrimonio. Dicho análisis sesgado de lo que una mujer debe hacer según los mandatos patriarcales deviene improcedente, atento las Convenciones Internacionales mencionadas y citadas como fuente en los votos de los Ministros de la Corte Provincial.

Las deficiencias también se dieron respecto a los niños, descartando la aplicación de la Convención por los Derechos del Niño cuando se refiere al "maltrato psicológico, abuso mental, agresión verbal y maltrato o descuido emocional".

En dicho voto, de Lázzari hace referencia a un fallo de la CIDH [313] "Ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades lleven adelante la investigación con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección".

313 CIDH. Caso Espinoza González vs. Perú. Sentencia 20 de noviembre de 2014.

Como conclusión afirma "La circunstancias del caso, tal como han sido reseñadas, requerían de un abordaje que ampliara el contexto y tuviera en cuenta los condicionamientos de género y las obligaciones especiales de protección a los niños (Observación General N°13, Comité sobre los Derechos del Niño punto 5) para evaluar la gravedad del riesgo a la luz del referido principio de debida diligencia, en pos de garantizar a la mujer el derecho a vivir libre de violencia y a los niños el derecho a no ser objeto de ninguna forma de violencia y que también estos últimos estuvieran alcanzados por el principio del interés superior (v. puntos 9 de la Comunicación N° 47/2012, CEDAW; 32 de la Observación General N ° 13, Comité de los Derechos del Niño; art. 2 'd', CEDAW). Por lo tanto, se hace lugar al recurso extraordinario".

Posteriormente la denominada *Ley Micaela*, (B.O 10/01/2019) y su par provincial la Ley 15.134, (B.O 11/4/19), determinaron la capacitación obligatoria en materia de género y violencia de género en los tres ámbitos del Estado.

5. La cláusula ambiental desde el Convencionalismo y la Constitución

Como introducción al análisis de esta temática cabe una definición del ambiente, para Maiztegui [314] "es un conjunto de interrelaciones que se producen entre dos subsistemas: social (o cultural) y natural (o ecológico). El sistema o los sistemas ecológicos se refieren a la cantidad

314 Maiztegui, Cristina E., "Ley 25.675: la ley que ambientalizó el derecho", RDAmb, Octubre-Diciembre 2022, p. 7.

y calidad de los llamados recursos naturales (agua, aires, suelo, bioma)".

La cuestión ambiental comienza a tener una impronta a partir de la década del setenta del s.XX, tal como se expone a continuación. Su antecedente se encuentra en la Conferencia de Estocolmo de 1972, fue la primera conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, donde se fijaron veintiséis principios muy importantes en materia ambiental, entre los cuales se encuentra el medio ambiente de calidad; la preservación de los recursos naturales para las generaciones presentes y futuras; la obligación de los Estados de no perjudicar a los otros en la realización de sus actividades exploratorias de sus recursos naturales; el principio de cooperación importante en aras del Derecho Internacional Ambiental.

Por otra parte, en el año 1982, la Asamblea General de la ONU dictó la Carta Mundial de la Naturaleza, donde fijó principios acerca de la protección de los ecosistemas terrestres, marinos y atmosféricos y protección de la naturaleza.

Un año más tarde, la ONU creó la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, denominada como la Comisión Brundtland, en la cual se abordaron los temas del calentamiento global, el deterioro de la capa de ozono, que por ese entonces era materia de preocupación y otros temas ambientales relacionados con el aumento de la población mundial y la industrialización. En el año 1987 se presenta el primer informe denominado Nuestro Futuro Común, del cual surge por primera vez el concepto de desarrollo sostenible, que atienda las necesidades actuales sin comprometer las futuras generaciones, enlazando el desarrollo con los temas económicos, ambientales y sociales con un perfil paradigmático.

En el año 1992, la ONU convoca a la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro, también denominada como la II Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, donde se establecen veintisiete principios. Uno de ellos consiste en el reconocimiento, por primera vez, del principio precautorio; la evaluación de impacto ambiental de cualquier actividad que pueda tener efectos negativos al ambiente; la importancia de la mujer en el ambiente y en el desarrollo; el respeto y apoyo a la identidad, cultura e intereses de los pueblos originarios y sus comunidades; la protección del ambiente como parte del concepto de desarrollo sostenible; también contempla tres cuestiones básicas como la participación ciudadana, el acceso a la información y a las instancias administrativa y judicial respecto a cuestiones ambientales.

Con motivo de la profusa y trascendental legislación en esta materia en el Derecho Comparado, la reforma constitucional de 1994 incorporó por primera vez la cláusula ambiental, que configuró todo un paradigma.

El artículo 41 de la Constitución Nacional establece: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de ese derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las

provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos".

En tal sentido, CASSAGNE [315] manifiesta "el citado artículo 41 de la CN, impone a las autoridades una serie de deberes : 1) la utilización racional de los recursos naturales (al igual que la Constitución Española, art. 45) ; 2) la preservación del patrimonio natural, cultural y de la diversidad biológica ; 3) la información, lo que contribuye a favorecer la participación ciudadana ; y 4) la educación ambiental", deberes a cargo del Estado cuyo incumplimiento generará indefectiblemente, la responsabilidad estatal.

El Máximo Tribunal de nuestro país sido concluyente al indicar que "La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras" [316].

La Corte además destacó el rol activo de los magistrados en los procesos colectivos ambientales, pues estima que "Los jueces tienen amplias facultades en cuanto a la protección del ambiente y pueden ordenar el curso del proceso, e incluso darle trámite ordinario a un am-

315 CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público (Constitucional y Administrativo),* edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, p. 446.

316 *Fallos*, 326:2316 "Mendoza Beatriz y otros c/Estado Nacional s/daños y perjuicios".

paro (causa: '*Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/Y.P.F S.A y otros*', Fallos: 327:2967) o bien dividir las pretensiones a fin de lograr una efectiva y rápida satisfacción en materia de prevención ('*Mendoza*', Fallos: 329:2316)" [317].

Agregó el Tribunal Supremo que: "En asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental las reglas procesales deben ser particularmente interpretadas con un criterio amplio que ponga el acento en el carácter meramente instrumental de medio a fin, revalorizando las atribuciones del Tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del 'Juez Espectador'".

En ese orden de ideas, la Corte sentenció que los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas, a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales (doctrina de Fallos: 327:2127 y 2413; 332:1394, entre otros) [318].

En cuanto al artículo 43 de la CN dispone "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 o de particulares, que en forma actual o inminente lesiona, restrinja, lesione o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución un tratado o una ley.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que pro-

317 *Fallos*, 333:748 "Asociación Multisectorial del Sur en defensa del desarrollo sustentable c/Comisión Nacional de Energía Atómica", voto de Lorenzetti.

318 *Fallos*, 337:1361 "Kersich Juan Gabriel c/Aguas Bonaerenses s/amparo".

tegen 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 propenden a esos fines, registrados conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

Por ende, surge la consagración en forma expresa de la acción de amparo para el resguardo del ambiente, e incorpora los derechos de incidencia colectiva, dando lugar a innumerables fallos jurisprudenciales en esta materia.

En la causa "Majul, Julio Jesús c/Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/acción de amparo ambiental" [319], sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 11 de julio de 2019. La misma constituye un paradigma en el Derecho Ambiental argentino, del cual se desprenden varias temáticas muy interesantes que serán planteadas puntualmente para facilitar la descripción por la riqueza conceptual que amerita un análisis más detallado.

La parte actora entabla una acción de amparo ambiental colectivo [320] contra la Municipalidad de Pueblo General Belgrano, la empresa Altos de Unzué y la Secretaría de Ambiente de la Provincia de Entre Ríos, y medida cautelar, a los efectos de prevenir un daño inminente y grave para la comunidad de las ciudades de Gualeguaychú y de Pueblo General Belgrano y zonas circundantes; de que cesen los perjuicios ya producidos con la correspondiente indemnización, como consecuencia de las obras realizadas

319 CSJN, "Majul Julio Jesús c/Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/acción de amparo ambiental", sentencia del 11 de julio de 2019.

320 Con adhesión de varios vecinos.

por el proyecto inmobiliario "Amarras de Gualeguaychú". Se trata de la construcción de un barrio náutico de gran envergadura que abarca grandes extensiones de lotes residenciales, complejos y hasta un hotel de aproximadamente ciento cincuenta habitaciones.

Dicho proyecto se encuentra emplazado en la zona cercana al río Gualeguaychú, abarcando el citado municipio y la ciudad de Gualeguaychú.

El primer problema que se presenta es que dicho emplazamiento se realiza en una zona declarada área natural, a través de dos ordenanzas [321], sobre un humedal cuya función es amortiguar gran parte del agua durante la crecida del río. Sin embargo, la empresa había comenzado los trabajos de desmonte, con la consecuente destrucción de especies autóctonas, daños a la flora y al ambiente, en el cauce del río mencionado y afectación del paisaje.

Todas las irregularidades planteadas resultan aun más gravosas por no cumplimentar acabadamente con lo establecido en los artículos 11 y 12 de la ley 25.675, que establecen, respectivamente, que el procedimiento de impacto ambiental debe ser previo a la ejecución de la obra a realizar y debe existir una evaluación de impacto ambiental que apruebe o rechace los estudios presentados.

Cabe destacar que en primera instancia se hizo lugar a la acción colectiva de amparo ambiental y se ordenó el cese inmediato de las obras por parte de la empresa, condenando en forma solidaria a la firma Altos de Unzué S.A.; a la Municipalidad de Pueblo General Belgrano y a la Provincia de Entre Ríos, a los efectos de recomponer el

321 Ordenanza Yaguarí Guazú Nº 8914/89 y Ordenanza Florística del Parque Unzué Nº 10.476/00.

daño ambiental, otorgándole un plazo de noventa días. Por otra parte, instruyó a la Dirección de Medio Ambiente de la ciudad de Gualeguaychú para que controle la mencionada tarea.

En segunda instancia, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos revocó la sentencia, con argumentos poco convincentes, puesto que confunde varias cuestiones que conllevan a cometer errores groseros.

La parte actora interpone recurso extraordinario, cuya denegatoria origina la queja. Argumenta que la sentencia apelada es arbitraria, puesto que lo decidido afecta los artículos 16, 17, 18, 31, 41 y 43 de la Constitución Nacional; el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 1º del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los artículos 1975 y 240 del Código Civil de Nación y la ley N 26.675 General del Ambiente.

Asimismo, sostiene que se han desconocido hechos, pruebas y daños producidos y probados que se reflejaron en la transgresión al derecho a un ambiente sano.

La Corte declara admisible el recurso extraordinario, y en primer lugar, expresa que si bien para la habilitación de dicha instancia se requiere que se trate de una sentencia definitiva o equiparable, advierte una excepción a tal regla cuando se trate de una cuestión que cause un agravio de difícil o imposible reparación ulterior, como en el caso de marras.

Los aspectos básicos tenidos en cuenta por el Alto Tribunal se centran en varios argumentos, a saber, del propio estudio de impacto ambiental presentado por la empresa demandada surge que la obra está emplazada en un humedal, desconociendo que la Ley N° 9718 de la Provincia de Entre Ríos declara específicamente como área natural protegida a los humedales de Gualeguaychú.

Cuestión no menor advertida por la Corte es que la empresa comenzó con las tareas de desmonte, ocasionando graves daños ambientales, antes de la aprobación de impacto ambiental, según prueba documental que surge del expediente.

Por otra parte cuestiona la decisión del Superior Tribunal de Entre Ríos, en cuanto prioriza una cuestión ajena al planteamiento del actor, como es el inicio de un procedimiento administrativo por parte de la Municipalidad de Gualeguaychú, del cual era ajeno Majul, incurriendo en un exceso ritual manifiesto, al dar primacía a una instancia administrativa por sobre un amparo ambiental en donde se estaban vulnerando derechos fundamentales a la salud y a gozar de un ambiente sano; siendo lo más razonable que hiciera lugar al cese de las obras iniciadas por la empresa.

Asimismo, la Corte remarca que la finalidad de la utilización del amparo no es la de sustituir a los remedios ordinarios previstos en los ordenamientos jurídicos, sino la protección de derechos fundamentales reconocidos en las diferentes Cartas Magnas. Como consecuencia de tal proceder, el citado Tribunal provincial, no tuvo en cuenta que el amparo era la vía adecuada para proteger dichos derechos constitucionales conculcados (artículo 43 de la Carta Magna Nacional y 53 de la provincial; art. 62 de la ley N° 8369 de amparo ambiental; el derecho a vivir en un ambiente sano (arts. 41 de la C.N. y 22 de la Pcia.); la transgresión a los principios de precaución, prevención, progresividad, sustentabilidad, entre otros, reconocidos en el art. 83 de la Constitución de Entre Ríos.

Además, sostuvo que la Provincia tiene a su cargo la gestión y el uso sustentable de las cuencas hídricas y la prohibición de toda construcción en zonas de humedales (art. 85 de la Constitución de la Provincia de En-

tre Ríos). Con referencia a este último hizo una profusa descripción de los humedales y su finalidad en el ecosistema.

Definió con precisión los alcances del principio precautorio en materia ambiental, de acuerdo con lo establecido por el artículo 4° de la ley 25.675, como así también el principio *in dubio pro natura*, el cual determina que "en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos" (Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, Río de Janeiro, abril de 2016).

Asimismo, hizo aplicación del principio *in dubio pro aqua*, el cual determina que en caso de duda las controversias ambientales deben ser decididas del modo más favorable para la protección y preservación de los cursos de agua, de acuerdo con las manifestaciones del foro Mundial del Agua, Brasilia 2018.

En definitiva, la decisión del Tribunal de Justicia, por estas razones de las cuales se desprende su pronunciamiento además de su postura pasiva, contraria a los designios del artículo 32° de la ley 25.675, ha transgredido el derecho al debido proceso adjetivo protegido en el artículo 18 de la Carta Magna Nacional, por todos los argumentos vertidos.

En consecuencia, declara procedente el recurso extraordinario, dejando sin efecto la sentencia apelada y se dicte un nuevo pronunciamiento.

También ha sostenido que "Si la acción de amparo ambiental promovida está destinada a impedir el comienzo e la construcción de dos represas localizadas en la provincia demandada, e involucra trabajos de magnitud considerable, con gran potencialidad para modificar el ecosistema de toda la zona, se requiere medir adecuadamente sus consecuencias teniendo en cuenta las alteraciones que puedan producir tanto en el agua, en la flora, en la fauna, en el paisaje, como en la salud de la población actual y de las generaciones futuras, por lo que se hace necesario asegurar la sustentabilidad del desarrollo que se emprende y en consecuencia, el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado" [322].

Por último, desde la faz constitucional, el artículo 124 dispone "...Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio". Es decir, este dominio le permite ejercer el poder de policía y desarrollar la gestión de sus recursos y el otorgamiento de los permisos ambientales, pero siempre que se adecuen a los presupuestos mínimos considerados en la ley general del ambiente.

Desde una mirada jurisprudencial, en la causa "La Pampa Provincia de c/Mendoza Provincia de s/uso de aguas" [323], la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina resuelve un histórico conflicto entre ambas provincias acerca del uso del agua del río Atuel, en el que también se plantean otras cuestiones de mayor alcance

322 CSJN "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/Santa Cruz, Provincia de y otros s/amparo ambiental", 26/4/2016, *Fallos*, 339:515.

323 CSJN, sentencia del 1 de diciembre de 2017.

e incidencia supraindividual, como la desertificación, la sequía, la contaminación de la cuenca hídrica, el daño ambiental colectivo y su recomposición, que también formó parte de la pretensión de la Provincia de La Pampa al demandar a la Provincia de Mendoza.

La actora pretendía que: a) se declare la presencia de daño ambiental por esos incumplimientos, ordenándose su cese, la reparación del daño ambiental y la recomposición del ambiente; b) se fije en forma inmediata un caudal ambiental fluvioecológico, estableciendo la cantidad y calidad mínima del agua a ingresar al territorio pampeano, en consideración al derecho humano al agua, al crecimiento armónico y equilibrado entre las provincias y a los que le corresponden a la Provincia de La Pampa sobre sus recursos naturales; c) se ordene a la demandada realizar obras para optimizar la utilización del recurso agua en su sistema de riego; se la condene a indemnizar los perjuicios sufridos con motivo de los citados incumplimientos; d) se disponga la creación de un Comité Interjurisdiccional para la cuenca del río Atuel, con la participación del Estado Nacional, a fin de administrar, como autoridad máxima, la utilización del agua en la cuenca, a los efectos ambientales y productivos, y con cargo de suministrar información en forma periódica a la Corte sobre el cumplimiento de su sentencia y secuelas necesarias; e) se prohíba a la demandada efectuar cualquier tipo de acción u obra sobre el río Atuel y sus afluentes, que implique una alteración de la cantidad o calidad del agua que deba llegar a su territorio, sin la previa autorización del Comité a crearse; y f) se le ordene al Estado Nacional brindar la colaboración económica, financiera, técnica y toda otra asistencia que resulte necesaria, para implementar las obras que se dispongan en la sentencia definitiva. A tal

fin, ensaya posibles alternativas para llevar a cabo la recomposición

Ante ello, la Provincia de Mendoza planteó la incompetencia de la CSJN para resolver responsabilidades ambientales en el marco de su jurisdicción dirimente en los términos del artículo 127, Constitución Nacional, en que no actúa como Tribunal de Justicia, sino como componedor institucional, negando que tenga atribuciones para disponer la creación de un Comité Interjurisdiccional para la cuenca del río Atuel, ya que afectaría la autonomía de las provincias involucradas, porque a ellas corresponde -y no al gobierno federal- la integración de poderes de carácter local (artículos 122, 124, 125 C.N.). Paralelamente, opuso las excepciones de: cosa juzgada por la referida sentencia del 8/12/1987 (*Fallos*, 310:2478); falta de legitimación activa para obrar, que funda en el artículo 30 de la Ley 25.675, General del Ambiente, según el cual deducida la demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares habilitados no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros en el proceso iniciado. Ello, porque se había interpuesto una demanda ante la CSJN, en el marco de la competencia judicial originaria (artículo 117, C.N.), por un tercero afectado ("Palazzani, Miguel Ángel c/Mendoza, Provincia de y otro s/amparo ambiental"); y falta de legitimación pasiva, arguyendo que toda la cuestión planteada por La Pampa es producto de las políticas que ha desarrollado el Estado Nacional y propias de esa provincia al constituirse en autónoma. Por lo demás, con abundantes argumentos rechaza la fijación de un caudal ecológico o ambiental permanente como técnica de recomposición del ambiente.

El Estado Nacional tomó intervención, ante su citación como tercero, y acertadamente manifestó que integra un

organismo creado por las provincias y la Nación (Consejo Hídrico Federal, COHIFE), pero que su incidencia es limitada porque las provincias tienen el dominio originario de los recursos naturales propios y se reservan la competencia exclusiva respecto de los recursos hídricos conforme lo postulado en el artículo 124 C.N.

El Cimero Tribunal luego de pronunciarse sobre su competencia originaria en esta causa y rechazar las excepciones deducidas por la demandada, convocó con finalidad informativa y conciliatoria a las partes y al Estado Nacional a una audiencia pública, en la que permitió la participación de *amicus curiae*. Marcó la diferencia entre los hechos y el derecho que constituyen este caso, de las cuestiones sometidas a su decisión en el precedente del año 1987 [324], para precisar que el actual conflicto involucra cuestiones de mayor alcance y derechos de incidencia colectiva incorporados en la reforma de la Constitución Nacional producida en el año 1994, al sumarse los afectados en este asunto, de este modo, rechazó *la excepción de cosa juzgada opuesta por la Provincia de Mendoza.*

Sostuvo que: "el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible (Fallos: 329:2316). Esta calificación cambia sustancialmente el enfoque del problema, cuya solución no solo debe atender a las pretensiones de los estados provinciales, ya que los afectados son múltiples y comprende una amplia región. Además del ambiente como macro bien, este conflicto se refiere al uso del agua, que es un micro bien ambiental y que, por lo tanto, también presenta los caracteres de derecho de incidencia colectiva, uso común e indivisible. En este caso, en especial, se advierte clara-

324 *Fallos*, 310:2478.

mente que ha disminuido la oferta de agua y ha aumentado la demanda, lo que produce una disputa que es de difícil resolución.

La solución de este conflicto, que, por otra parte, es cada vez más frecuente en el mundo actual y lo será en el futuro, requiere conductas que exceden tanto los intereses personales, como los provinciales. También hay que tener en cuenta que la cantidad de agua debe ser destinada a la conservación del ecosistema interprovincial, para que mantenga su sustentabilidad. Asimismo, se debe considerar el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente".

Analiza el cambio de paradigma en la histórica regulación jurídica del agua, que respondía a un modelo antropocéntrico como el que estaba presente en la sentencia de 1987, para pasar a una regulación eco-céntrica o sistémica que no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como lo establece la Ley General de Ambiente.

En ese contexto, puntualiza que "El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario.

De acuerdo con lo que establece la Carta Magna Nacional en el artículo 41, que al proteger al ambiente permite afirmarla existencia de deberes positivos, es decir, hacer obras en defensa del ambiente. En el derecho infraconstitucional se desarrollan estos deberes en la Ley General del Ambiente y en el Código Civil y Comercial de la Nación de modo coherente, tanto en el ámbito público como privado".

Efectúa algunas consideraciones jurídicas respecto de la autonomía provincial y sobre el federalismo, al que califica como sistema cultural de convivencia, para luego entrar a analizar el mecanismo de solución de conflictos interprovinciales previsto en el artículo 127 de la C.N., máxime "cuando en la causa se dirime una cuestión constitucional de la mayor relevancia, como lo es la preservación del ambiente y su sustentabilidad intergeneracional (artículo 41 de la Constitución Nacional), en el que se halla comprometido el interés general (doctrina del artículo 32 de la ley 25.675)".

Define el derecho de acceso al agua potable como el que incide "directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces y -en particular- en el campo de los derechos de incidencia colectiva, por lo que es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad regenerativa y de resiliencia (Fallos: 337: 1361)".

Menciona los documentos internacionales en los que aparece mencionado dicho derecho al agua, como las estrategias y programas que los Estados deben adoptar para que las generaciones futuras dispongan de agua suficiente y saludable, entre las que enumera: "a) reducción de la disminución de los recursos hídricos por extracción insostenible, desvío o contención; b) reducción y eliminación de la contaminación de las cuencas hidrográficas y de los ecosistemas relacionados con el agua; c) vigilancia de las reservas de agua; e) examen de las repercusiones de ciertas actividades que pueden afectar la disponibilidad del agua y en las cuencas hidrográficas de los ecosistemas naturales; f) aumento 'del uso eficiente del agua por parte de los consumidores; g) reducción del desperdicio de agua durante su distribución y h) mecanismos de

respuesta para las situaciones de emergencia" (conforme Considerando 11º).

Cita jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y vincula esta problemática con la sequía y desertificación que caracteriza a la Región Pampeana en la Cuenca del río Atuel y la responsabilidad adquirida por el Estado Nacional al ratificar el 6/1/1997 y aprobar mediante la Ley 24.701, la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación.

Define el concepto jurídico de cuenca hídrica o hidrográfica como unidad de gestión, como aquel que comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, es decir, territorio y a un ambiente en particular, de acuerdo al artículo 2 de la Ley 25.688, de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional, a los principios rectores de la política hídrica aprobados por el Comité Hídrico Federal, al argumentar que "desde el punto de vista jurídico, lo más importante de este concepto (ciclo hidrológico) es que demuestra que el ambiente y, como es del caso, los cursos de agua que lo componen, no son una mera acumulación de elementos, sino un sistema integrado que tiene un punto de equilibrio" "…La Cuenca del Río Atuel es un sistema integral, que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua, incluyendo glaciares que pueden ser sus fuentes o aguas subterráneas. Por ejemplo, la degradación de las aguas de superficie puede amenazar las subterráneas y viceversa, y con ello poner en jaque a todo el ecosistema (comprensivo del entorno natural y cultural) suelo, flora, fauna, biodiversidad, y ambiente humano, del entorno que sostiene…".

Advierte una cuestión que agrava la situación como el cambio climático que derivaría en la afectación del caudal del agua y la disminución de los glaciares de esa zona.

Con esa constatación el máximo Tribunal sostiene que "hay que tener en cuenta cuál es la incidencia de la disminución de oferta de agua y el aumento de la demanda, en el área de la Provincia de Mendoza, derivada del cambio climático", para ello destaca la importancia de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (CIAI).

Por lo expuesto, la Corte dirimió un conflicto de varias décadas entre ambas provincias acerca de un recurso natural tan importante como el agua y estableciendo reglas claras al respecto, tal como se desprende de este importante fallo.

5.1. El artículo 124 de la Constitución Nacional y la actividad minera a cielo abierto

La minería a cielo abierto representa una de las formas de extracción de los minerales, junto a las minas subterráneas, de sedimentos y submarinas.

Según datos oficiales, se afirma que el noventa por ciento de las extracciones en nuestro país se realiza mediante la modalidad a cielo abierto [325].

A dicho proceso lo podemos segmentar en tres partes: en primer lugar, se hacen profundas excavaciones sobre el terreno a explorar, dinamitando dicha zona. Posteriormente, se utiliza una técnica denominada proceso de lixiviación de la tierra mediante la utilización de cianuro, mercurio y ácido sulfúrico, sustancias muy tóxicas que,

325 Según datos del Censo Nacional de la Actividad Minera del año 2017.

sin embargo, se aplican para depurar el mineral a obtener con la finalidad de disolver dichos compuestos extraídos de la tierra. En el último tramo, se depositan en reservorios, que pueden ser tanques, plataformas o diques cubiertos de grandes cantidades diarias de agua, en los que muchas veces se producen roturas o filtraciones que perjudican aun más la situación [326].

El método de la minería a cielo abierto genera graves consecuencias ambientales. En primer lugar, el daño a la superficie de la tierra donde se realiza la excavación, generando inmensas cantidades de material de desecho.

La utilización de este tipo de procesos genera nefastas consecuencias en el medio ambiente a través de la contaminación del aire, con motivo de la formación de polvo tóxico constituido por los químicos utilizados en dicha operación, que en innumerables ocasiones conllevan a la contaminación de las aguas subterráneas, producto de las filtraciones que suelen originarse en su almacenamiento, sin dejar de mencionar los daños a los acuíferos subterráneos, por los desechos contaminados, el impacto directo respecto a la flora y fauna aledaña a la zona a excavar, como así también los graves conflictos suscitados respecto a las poblaciones aledañas, que han impedido las exploraciones por parte de las empresas, debido a los efectos contaminantes de las mismas. Recordemos que para la doctrina [327], la contaminación "es el acto o el resultado de la irrupción, vertimiento o

326 Mina de Veladero en San Juan donde ocurrió el derrame de cianuro contaminando el suelo.

327 Magariños De Melo, Mateo, "Concepto y definición jurídica de contaminación", Ambiente y Recursos Naturales, Editorial La Ley, abril/junio 1984, vol.1, Nro 2, p. 36 y sig.

introducción artificial en un medio dado, de cualquier elemento o factor que altere negativamente las propiedades bióticas del mismo, superando provisoria o definitivamente, parcial o totalmente, la capacidad defensiva y regenerativa del sistema para digerir y reciclar elementos extraños, por no estar neutralizados por mecanismos compensatorios".

No menos relevante resulta el tema anteriormente descripto de la utilización de grandes caudales de agua a los fines de su almacenamiento. Como ocurre en varias provincias, el agua es un bien escaso y si a este problema le agregamos el uso indiscriminado por parte de estas empresas para los efectos extractivos, dejaría a cualquier provincia muy expuesta.

En este sentido, la Declaración de Dublín sobre el agua y medio ambiente (CIAMA), celebrada entre el 26 y el 30 de enero de 1992, en la cual se reunieron aproximadamente quinientos expertos designados por gobiernos y organizaciones internacionales con la finalidad de abordar una grave situación de escasez y uso abusivo del agua dulce. Se determinó que el agua es un recurso finito y vulnerable y que "la gestión eficaz de los recursos hídricos requiere de un enfoque integrado que concilie el desarrollo económico y social y la protección de los ecosistemas naturales y la entidad geográfica más apropiada para la planificación y gestión de los recursos hídricos" y se fijaron varios principios, a saber:

-Principio Nro. Primero: El agua dulce es un recurso *finito y vulnerable*, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente.

-Principio Nro. Segundo: El aprovechamiento y la gestión del agua debe inspirarse en un planteamiento basado en la participación de los usuarios, los planificadores y los responsables de las decisiones a todos los niveles.

-Principio Nro. Tercero: La mujer desempeña un papel fundamental en el abastecimiento, la gestión y la protección del agua.

-Principio Nro. Cuarto: El agua tiene un valor económico en todos sus diversos usos en competencia a los que se destina y debería reconocérsele como un bien económico.

Posteriormente se realizó la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro, donde se insistió sobre la importancia del agua "como parte esencial del ecosistema, recurso natural, social y un bien económico cuya cantidad y calidad determinan como se la utilice".

Finalmente, la Encíclica *Laudato Si* del Papa Francisco hace referencia al agua en estos términos "el acceso al agua potable y segura es un derecho humano básico, fundamental y universal, porque determina la sobrevivencia de las personas, y por lo tanto es condición para el ejercicio de los demás derechos humanos. Este mundo tiene una grave deuda social con los pobres que no tienen acceso al agua potable, porque eso es negarle el derecho a la vida radicado en su dignidad inalienable. Esa deuda se salda en parte con más aportes económicos para proveer de agua limpia y saneamiento a los pueblos más pobres. Pero se advierte un derroche de agua no sólo en países desarrollados, sino también en aquellos menos desarrollados que poseen grandes reservas. Esto muestra que el problema del agua es en parte una cuestión educativa y cultural, porque no hay conciencia de la gravedad de estas conductas en un contexto de gran inequidad".

Según se desprende de la noción de extractivismo [328], surge asociado al capitalismo moderno, más preci-

328 Svampa, Maristella, Viale, Enrique*, El colapso económico ya llegó*, Siglo Veintiuno, 2021, p. 63.

samente en América Latina donde tiene un marcado avance debido al aumento del precio internacional de los metales a partir del año 2002 y también a las crecientes exenciones a las compañías mineras en la década del noventa. Según datos revelados por dichos autores, entre el período 1990-2010, se duplicó la producción de oro, cobre y molibdeno.

En coincidencia, las explotaciones mineras no respetan zonas protegidas, glaciares, poblaciones, reservorios de agua, sitios arqueológicos, cultivos, ni los desastres naturales que conllevan dicha actividad extractiva, a los fines de llevar a cabo sus actividades y que en innumerables ocasiones resultan contaminantes.

En consonancia con lo expuesto, acarrean conflictos sociales en todas las zonas aledañas a las actividades de exploración que muchas veces son interrumpidas por medidas judiciales que logran frenar los atropellos de las empresas mineras, además de la resistencia opuesta por los afectados.

Por otra parte, la excusa de las empresas mineras de ser fuente de empleos resulta incorrecta, dado que los registros estadísticos reflejan la escasa ocupación de mano de obra, la cual resulta desproporcionada de acuerdo con las inversiones y las ganancias exorbitantes que perciben.

Dicha problemática obligó a la creación del Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales (OLCA), creado en el año 1991, con sede en Chile y el Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina (OCMAL), desde el año 1997, que nuclea aproximadamente cuarenta organizaciones. Cabe destacar que en el año 2020 se suscitaron doscientos setenta y cinco conflictos mineros, doscientos noventa y dos proyectos involucrados y doscientos treinta y tres hechos criminalizados denunciados, según

datos del OCMAL, y más precisamente en nuestro país, veintiocho conflictos mineros en todas sus etapas.

Esta forma de extracción de minerales no sólo produce contaminación al medio ambiente, sino que ha producido una escalada de violencia, llevando al homicidio de varios activistas ambientales.

Los autores manifiestan que, ante un amparo presentado por las comunidades indígenas de Jujuy y rechazado por la CSJN, acudieron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y junto a varias ONG y fundaciones elaboraron el primer protocolo de Consulta Indígena en nuestro país, en el año 2015, en consonancia con el convenio 169 de la OIT en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas y la defensa del territorio. Concluyen que el extractivismo depredatorio, tal como lo conciben, y como realmente es en la práctica este tipo de explotación, junto a la excesiva utilización del agua para sus fines específicos, la destrucción del ambiente con la consecuente contaminación y el desconocimiento de los derechos de las poblaciones, hacen que este tipo de actividad deba descartarse de plano.

"El neoextrativismo se ha constituido en una ventaja privilegiada para leer la relación entre régimen político, participación ciudadana y derechos humanos" [329].

Algunos matices de la actividad minera desde la perspectiva internacional han hecho su aporte, por ejemplo, la OIT desde su creación en el año 1919 se ha preocupado por el mejoramiento de las condiciones de trabajo, a la prevención de los accidentes mineros y a la protección de los trabajadores mineros. Registrándose la primera reunión cumbre en Johannesburgo en el año 1930, donde se

329 Obra citada, p. 68.

trató uno de los temas derivados de la explotación de las minas de carbón y su vinculación con la salud como la neumoconiosis, detectada en muchos trabajadores mineros como derivación directa de dicha actividad.

Haciendo hincapié en el momento histórico en el cual se comenzaba a desplegar dicha normativa, lo que más proliferaba era la explotación del carbón. A modo de ejemplo se pueden citar Convenio sobre trabajo subterráneo (mujeres), año 1935; Convenio sobre horas de trabajo (minas de carbón), año 1935; Recomendación sobre la inspección de trabajo (minas y transporte), año 1947; Convenio sobre la edad mínima (trabajo subterráneo), año 1965; Convenio contra las radiaciones. año 1960; Recomendación N 156 sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), año 1977; Convenio N 155 y recomendación N 164 sobre seguridad y salud de los trabajadores; Convenio sobre asbesto, año 1986; Convenio sobre productos químicos, año 1990; Recomendaciones para ese sector sobre "Seguridad e higiene en las minas de carbón" en el año 1986 y "Seguridad y salud en minas a cielo abierto en el año 1991.

Es importante remarcar que cuarenta años después de que se dictara el Convenio sobre el trabajo subterráneo, respecto a las condiciones de las mujeres trabajadoras, la OIT proclamó la Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato.

Desde otro mirador, algunas causas planteadas ante la Justicia develan los inconvenientes suscitados respecto a esta temática. Tal el caso "Codeci", sobre la procedencia del amparo colectivo para la tutela del medio ambiente que resolvió el Tribunal Superior de Justicia de Río Negro, integrado por los Dres. Luis Lutz, Victor Hugo Sodero Nievas y Alberto Balladini, en el marco de los autos caratulados **"**CO.DE.C.I. de la Provincia de Río Negro s/

acción de amparo", sentencia definitiva del 16 de agosto de 2005.

El Consejo de Desarrollo de las Comunidades Indígenas (CO.DE.CI) interpuso una acción de amparo contra la Provincia de Río Negro (Dirección de Minería, Consejo Federal Provincial de Ecología y Medio Ambiente -CODEMA-, Dirección de Tierras y Colonias), la Municipalidad de Ingeniero Jacobacci y en forma solidaria hizo extensiva la pretensión a la compañía minera Aquiline Argentina S.A. y/o quien resulte responsable

El amparista solicitó además la disposición de la integración especial de los pueblos originarios de orden internacional y nacional vigente, en este caso, al Pueblo-Nación Mapuche, al plexo normativo de la Provincia, ordenando a la Legislatura y al Poder Ejecutivo de la Provincia de Río Negro a que dicten los instrumentos los instrumentos y/o mecanismos idóneos para el goce pleno de los derechos de tales Comunidades a ser informadas, consultadas y tener participación en la gestión de los recursos comprendidos en el emprendimiento minero denominado "Proyecto Calcatreu"; así como a ser respetadas en el patrimonio étnico, social y cultural. Asimismo, requirió al órgano jurisdiccional interviniente que ordenara al Poder Ejecutivo provincial cumplir con los artículos 41, 84 y 85 de la Constitución provincial, estableciendo normas y mecanismos de la diversidad biológica.

La Fiscalía de Estado expresa la improcedencia de la vía escogida por ausencia de los recaudos mínimos exigidos de ilegalidad, urgencia y daño. En tal sentido expone entre sus principales argumentos que resulta formalmente inadmisible e inadecuado ante la inexistencia de un peligro inminente, perspectiva que compartió con la empresa Aquiliane.

Agrega a ello que las tareas de exploración de la empresa no han producido alteración ecológica y que se han respetado las Leyes N° 3266 y N° 2287, haciendo operativa con ésta el art. 42 de la C.P., dando "... tratamiento integral a la situación jurídica, económica, social, individual y colectiva de la población indígena de la Provincia...".

Sobre el caso "concreto" de la exploración minera de la empresa "Aquiline Argentina S.A.", agrega la Fiscalía de Estado que la actuación administrativa de los estamentos del Estado citados en la causa "deviene irreprochable ... Cada uno de ellos en el ámbito de su competencia ha sido riguroso en la aplicación de la ley respectiva ...Vale aclarar que la Empresa Aquiline Argentina S.A. no ha efectuado a la fecha explotación alguna, limitándose a desarrollar trabajos exploratorios inherentes a los permisos de cateo oportunamente otorgados. Desde el inicio la Empresa lleva invertido en la Provincia de Río Negro una suma aproximada a los seis millones de dólares (u$s 6.000.000.).... Conforme se desarrollara en el punto no existen elementos para imputar a la Autoridad minera omisión o violación de la normativa que gobierna la actividad...".

Añade a lo expuesto que no concurren en la especie analizada los requisitos fácticos y legales para admitir un amparo por omisión legislativa del Estado; no se deriva una lesión sobre un derecho determinado.

A su turno la compañía Minera Aquiline Argentina S.A. solicitó se rechace el recurso de amparo impetrado con costas aduciendo que la vía elegida devenía improcedente "…por ausencia de los recaudos mínimos exigidos para una acción de amparo: ilegalidad, urgencia y daño…".

Refirió además que "...La pretensión involucra situaciones complejas y llena de matices de difícil resolución

en un amparo, que oscila desde el derecho a la libre determinación del Pueblo Mapuche, la propiedad comunitaria de las tierras (fiscales), hasta la impugnación de los procedimientos legales y administrativos utilizados por las autoridades estatales competentes a fin de conceder un servicio público de exploración de determinados recursos mineros…".

Los restantes lineamientos de la empresa para la defensa del proyecto Calcatreu rondaron en torno a que el mismo "no está definido ni técnica ni económicamente" de modo tal que "no está acreditado el perjuicio alegado como...real, efectivo, tangible e ineludible...", es decir, no resulta "ni cierto, ni actual". En esa inteligencia, adiciona que "no se advierte de momento afectación ambiental concreta" para concluir que "... Si la acción de amparo versa sobre hechos del porvenir, no es admisible...".

La inexistencia de riesgo cierto se cimentó en el informe de impacto ambiental inherente a la etapa de exploración en el que el Lic. Cuburu da cuenta sobre la inexistencia de cursos de agua superficial de importancia en la zona; que no hay un aprovechamiento de agua en el área de reserva minera, que el suelo es de escaso uso ganadero, en cuanto a flora y fauna no existen especies amenazadas, sobre el Medio Ambiente Cultural aduce que es excelente el intercambio cultural con los superficiarios y la empresa ha explicado a los involucrados el *modus operandi*, lo que redundará en el mejoramiento comunicacional y existencial de la comunidad rural preexistente..." (Carlos Guillermo Cuburu es mandatario de Minera Aquiline Argentina S.A. según el Poder General Amplio de Administración y Disposición de fs. 204/210).

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro admitió parcialmente la acción de amparo, y ordenó a los organismos competentes la ejecución de accio-

nes efectivas orientadas a la tutela del medio ambiente y también a la protección del patrimonio cultural y social de las comunidades indígenas que habitan las zonas donde se lleva a cabo el proyecto Calcatreu.

Previo a concluir en tal sentido, el órgano jurisdiccional tuvo por acreditado que "La Administración no ha llevado adelante las "acciones positivas" del inc. 23 del art. 75 de la C.N. respecto de los pobladores de la Reserva Lipetren, en función de las disposiciones de la Ley N° 694 y la conexidad con el 'Proyecto Lipetren'" (del voto del Dr. Lutz).

Sentado lo previo, es oportuno aclarar que previo a ello los magistrados determinaron que la vía adoptada por Codeci reunía las exigencias objetivas en los siguientes términos: "La acción impetrada de 'amparo colectivo' del art. 43 de la C.N., que subsume las figuras de las 'garantías procesales específicas' de los arts. 43 y 44 de la C.P. por la naturaleza de la categoría de hechos acreditados y su 'riesgo presunto' (o daños temidos), supraindividuales (colectivos o difusos), por parte de la amparista justifica que, para este particular caso y sin que comporte sentar precedente alguno para el futuro en los términos del art. 43 'in fine' de la Ley N° 2430 -en que deberá analizarse caso por caso-, se despejen los obstáculos formales para acceder a la tutela jurisdiccional por la vía '...expedita y rápida...' intentada, ya que mientras exista la posibilidad de impedir ese grave riesgo presumido o daño potencialmente colectivo para las Comunidades Indígenas involucradas, habrá viabilidad para acceder al amparo que se ejerce por autorización constitucional federal y local, en representación de personas indeterminadas.- En apoyo, los arts. 3, 4 y cc. de la Ley N° 2779, el art. 16 y cc. de la Ley N° 3261, el art. 32 de la Ley Nacional N° 25675 y el art. 623 bis del CPCC" (del voto del Dr. Lutz).

Los jueces afirmaron que el proyecto minero avanza "sin observar las disposiciones de carácter constitucional y legal, o del derecho supranacional, consagradas a favor de las comunidades originarias, sus recursos naturales y el medio ambiente del lugar, que deben ser informadas, consultadas, tener participación en la gestión de esos recursos y respetadas en el patrimonio étnico, social y cultural".

Sostuvieron que en el Proyecto Calcatreu "están comprometidos derechos y garantías de las comunidades originarias y de los recursos humanos, el medio ambiente y el 'hábitat' de aquéllas, más los tratados y convenciones que le dan fundamento y las leyes que los reglamentan".

Al respecto indicaron que "han existido omisiones, negligencias, mora administrativa, falta de coordinación y marginación de parte de la administración, tanto para las comunidades indígenas del lugar cuyos derechos esenciales se ven afectados, como con el Codeci, en su dual condición de organismo oficial del Ministerio de Gobierno y a la vez espacio institucionalizado de co-gestión gobierno-población para establecer las políticas a implementarse".

En el particular, se resaltó que se ventila la afectación de sendos derechos constitucionales consagrados tanto en la Constitución Nacional como en la Provincial, pues se "conjuga los derechos de las comunidades originarias, con los de los recursos naturales, el medio ambiente y la preservación de la biodiversidad". Así, "No se trata de una cuestión menor, sino de superlativa trascendencia institucional que hace a la existencia misma de una sociedad y un Estado plural, democrático e igualitario".

Todo esto arroja un panorama delicado razón por la cual los magistrados establecieron que las autoridades debían observar al momento de aprobar las distintas etapas del proyecto de explotación minera las normas

atinentes a la pluralidad étnica; respeto al patrimonio social y cultural, preservación de los recursos naturales y el ambiente; información, consulta y participación de las Comunidades Originarias del área comprendida y sus aledaños, en el término de sesenta días.

Para así decidir, los sentenciantes invocaron el art. 41 CN que establece que "todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales" y el art. 75 inc. 17 CN que prevé que el Congreso Nacional debe "reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan.... Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones".

Los antecedentes fácticos que subyacen en la causa reflejan que han existido omisiones, negligencias, mora administrativa, falta de coordinación y marginación de parte de la Administración, tanto para las Comunidades Indígenas del lugar cuyos derechos esenciales se ven afectados, como con el Codeci (Consejo de Desarrollo de las Comunidades Indígenas), en su dual condición de organismo oficial del Ministerio de Gobierno y a la vez "...Espacio Institucionalizado de Co-Gestión Gobierno-Población para establecer las políticas a implementarse..." (art. Cuarto del Decreto N° 319/98)...". Aquí se

vuelve operativo el "principio precautorio". (Del voto del Dr. Lutz).

A su vez se abordó el tratamiento del principio protectorio de la Ley Nacional N* 26.675 precisando que el precepto "motiva la procedencia en forma parcial del 'amparo colectivo'; la óptica sectorial y omisiva de la Dirección General de Minería y del Codema.; la desatención o distracción de la Dirección de Tierras y Colonización; y el proceder administrativo y técnico riguroso y prudente del DPA., llevan a ponderar objetivamente que existen los extremos del 'riesgo presunto' o 'daño temido' si se avanza en el 'Proyecto Calcatreu' sin observar las disposiciones de carácter constitucional y legal, o del derecho supranacional, consagradas a favor de las Comunidades Originarias, sus recursos naturales y el medio ambiente del lugar, que deben ser informadas, consultadas, tener participación en la gestión de esos recursos y respetadas en el patrimonio étnico, social y cultural. Los organismos de la Administración que hasta ahora actuaron en el 'Proyecto Calcatreu' debieron ser más cuidadosos al respecto, dando intervención al Codeci. para que orgánicamente en el doble rol oficie de autoridad de aplicación de las Leyes N° 2287 y N° 2553 en tal 'caso', principalmente en la representación de los derechos colectivos e intereses difusos de los pobladores de la zona presuntamente afectada o comprometida" (del voto del Dr. Lutz).

Cabe resaltar que el fallo previene que "el incumplimiento parcial o total del presente decisorio, habilitará sin más trámite la ejecución de sentencia ante el órgano jurisdiccional con competencia contencioso-administrativa de la jurisdicción correspondiente. Ello en cuanto así procediere en atención a la naturaleza de la cuestión que aquí se resuelve y sin perjuicio de las acciones

a que hubiere lugar o pudieren ser pertinentes en el ámbito administrativo o por la vía ordinaria en sede judicial".

5.2. Ley General del Ambiente

De acuerdo con el mandato constitucional, se sancionó la ley General del Ambiente N° 25.675 [330], siendo la primera y principal normativa en regular la protección ambiental puesto que fija los objetivos de la política ambiental nacional, los principios que lo rigen, los instrumentos de la gestión, la competencia judicial, el daño ambiental, el sistema federal ambiental y fija los presupuestos mínimos de protección ambiental.

Los objetivos de la política ambiental, son remarcados en el artículo segundo, cuando hace referencia al mejoramiento de la calidad de vida de generaciones actuales y futuras; la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, naturales, culturales y la promoción del desarrollo sustentable desde el punto de vista de lo económico, a la equidad y dignidad en las relaciones sociales y el respeto y uso racional de los sistemas naturales.

De dicha legislación, se desprenden principios importantes en el ámbito ambiental, uno de ellos es el principio precautorio. Para Cafferata [331], son tres requisitos los que comprende este principio: "1) Situación de incertidumbre acerca del riesgo. 2) Evaluación científica del riesgo. 3)

330 Publicada en el BO el 28 de noviembre del 2002.

331 Cafferatta, Néstor A., "El principio precautorio", Gaceta Ecológica, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, México, octubre-diciembre 2004, p. 4.

Perspectiva de un daño grave e irreversible". Además de éstos, el prestigioso autor habla de la proporcionalidad referida al costo económico-social de las medidas a adoptar; la necesaria difusión de los riesgos potenciales de ciertas actividades y la necesaria toma de decisiones por parte de las autoridades.

En consonancia con lo expuesto, Aída Kemelmajer de Carlucci, expresa que este principio es muy importante en aras a la protección de derechos humanos.

Éste es un principio fundamental en materia ambiental que lo distingue de otras disciplinas jurídicas. Su aplicación tiende a impedir un riesgo desconocido, imprevisible e incierto. A diferencia del principio de prevención en el cual, si bien tiende a evitar un daño futuro, éste es cierto y mensurable. La característica del principio precautorio es su incertidumbre.

El Alto Tribunal Nacional pone de relieve que "El principio precautorio es un principio jurídico del derecho sustantivo. De tal modo, una vez que se acredita el daño grave e irreversible, el principio obliga a actuar aun cuando exista una ausencia de información o certeza científica, debiéndose efectuar un juicio de ponderación con otros principios y valores en juego. El principio es una guía de conducta pero los caminos para llevarla a cabo están contemplados en la regulación procesal, que establece diferentes acciones con elementos disímiles, precisos y determinados, que no pueden ser ignorados en una decisión que no sea *contra legem*" [332].

A mayor abundamiento, se reconocen otros principios, los de responsabilidad, subsidiariedad, congruencia y solidaridad.

332 *Fallos*, 333:748.

Se interpreta que la cláusula constitucional prioriza la recomposición ambiental antes que la indemnización pecuniaria, por ello se torna imprescindible remarcar la importancia de los principios precautorio y de prevención.

Otras cuestiones relevantes tratadas en dicha ley son el ordenamiento ambiental del territorio, la evaluación de impacto ambiental, el sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas, la educación ambiental, el sistema de diagnóstico e información ambiental y el régimen económico de promoción del desarrollo sustentable; el seguro ambiental y la creación del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA), ente de Derecho Público que con anterioridad a la supresión del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de la Nación concertaba y coordinaba políticas públicas para el ámbito nacional y la puesta en marcha de las leyes de presupuestos mínimos.

Además, la ley prevé el daño ambiental, de naturaleza colectiva conceptualizado como el que modifique negativamente al ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas.

En el fallo "Mendoza" [333], diecisiete personas presentaron una demanda ante la Corte Suprema contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y cuarenta y cuatro empresas reclamando la recomposición del ambiente por contaminación, la creación de un fondo a los efectos de financiar el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo y un resarcimiento económico por daño ambiental. En dicho planteo delimitó las pretensiones en dos grupos, el primero, las pretensiones que tenían por

333 *Fallos*, 331:1622, sentencia del 8 de julio de 2008.

objeto el resarcimiento de bienes individuales, o sea, los daños patrimoniales y extrapatrimoniales como consecuencia de la contaminación alegada, y el segundo las pretensiones que tenían por objeto la recomposición del bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente. En consecuencia, entendió que sólo correspondía a su competencia originaria la segunda de ellas, atento el carácter interjurisdiccional de la materia, esto es, la degradación o contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales.

Esta causa es emblemática porque determina quiénes son los responsables de llevar a cabo las tareas de saneamiento de dicha cuenca. Se obliga a ACUMAR (Autoridad de la Cuenca Matanza Riachuelo) a la realización de un programa que contenga la mejora en la calidad de vida de los habitantes de la cuenca; recomposición ambiental (agua, aire y suelo); prevención de daños con suficiente grado de predicción. Como corolario, se puso en marcha el Plan Integral de Saneamiento Ambiental (PISA) y a dicho organismo como responsable de su cumplimiento.

Además, dispuso la creación de un Cuerpo Colegiado para el control, del Plan de Saneamiento y las obligaciones marcadas en la sentencia, conformado por el Defensor del Pueblo de la Nación y las organizaciones Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Fundación Greenpeace Argentina, Asociación Ciudadana por los Derechos Humanos y Asociación Vecinos de La Boca y la convocatoria a numerosas audiencias públicas.

En dicha sentencia ejemplar determinó la responsabilidad concurrente del Estado Nacional, Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para la ejecución de dicho programa. El control de la asignación

de fondos y la ejecución presupuestaria afectada al cumplimiento de dicho plan por parte de la Auditoría General de la Nación, como así también la participación ciudadana en el control del cumplimiento.

En fecha más reciente, el Alto Tribunal dictó sentencia [334]; por unanimidad dio por finalizada la supervisión de cumplimiento de la sentencia, como así también el trámite de la causa acerca del daño colectivo. Cabe resaltar lo expresado en el considerando 18 "Que dado que la recomposición del bien colectivo se está llevando a cabo, resulta inoficioso, por prematuro y conjetural, que este Tribunal aborde la consideración del daño moral colectivo solicitado por los actores debido a que su procedencia está subordinada, tal como surge del relato de los antecedentes y de la LGA (artículo 28), a que se determine que dicha recomposición o algún aspecto de ella resulte técnicamente imposible….tampoco corresponde que este Tribunal fije la indemnización destinada a crear un fondo común de recomposición para solventar los gastos de reparación del ecosistema…". En este sentido aduce que los costos de la recomposición han sido afrontados por el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la ACUMAR.

Por último, en la ampliación de fundamentos, Lorenzetti, luego de un extenso detalle de los informes de la ACUMAR, manifiesta que dicho organismo es el encargado del cumplimiento del PISA y que los objetivos fijados en la sentencia del 8 de julio de 2008, se han cumplimentado.

Otro de los aspectos importantes en esta materia es la Información ambiental, que tuvo su reconocimiento

334 *Fallos*, 347:1495, sentencia del 22 de octubre de 2024.

pleno en el Acuerdo de Escazú [335], y constituye el primer acuerdo regional de América Latina y el Caribe sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la Justicia en temas ambientales. Además de establecer once principios, regula con minuciosidad las reglas para el acceso a la información ambiental de cada Parte; a la participación pública en los procesos de tomas de decisiones, abierta e inclusiva, ya sea en tratamientos actuales, revisiones, o actualizaciones sobre asuntos ambientales de interés público, fundamentalmente el derecho a participar en los procesos de tomas de decisiones ambientales, pudiendo incluso presentar observaciones.

Dicho acuerdo es trascendental para todo el bloque regional, puesto que el acceso a la información en materia ambiental ya sea desde un punto de vista individual o colectivo permite tener el conocimiento acerca de la información sobre proyectos o actividades que puedan originar daño o poner en peligro a una comunidad; se cita como ejemplo la explotación de la minería a cielo abierto. En cuanto a la participación pública, debe efectuarse desde el inicio del procedimiento a los efectos de que el público participe en la elaboración de programas, planes y políticas públicas acerca del ambiente, como así también consultas populares o plebiscitos.

Por otra parte, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en su artículo 28 expresa: "Los habitantes de la Provincia tienen el derecho a gozar de un ambiente sano y el deber de conservarlo y protegerlo en su provecho y en el de las generaciones futuras.

335 Acordado el 4/3/2018. Aprobado por ley 27566, sancionada el 24/9/2020, publicada en el B.O. 19/10/2020.

La Provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio incluyendo el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada.

En materia ecológica deberá preservar, recuperar y conservar los recursos naturales, renovables y no renovables del territorio de la Provincia: planificar el aprovechamiento racional de los mismos, controlar el impacto ambiental de todas las actividades que al ecosistema; promover acciones que eviten la contaminación del aires, agua y suelo; prohibir el ingreso en el territorio de residuos tóxicos o radiactivos; y garantizar el derecho a solicitar y recibir la adecuada información y a participar en la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales.

Asimismo, asegurar políticas de conservación y recuperación de la calidad del agua, aire y suelo compatible con la exigencia de mantener su integridad física y su capacidad productiva y el resguardo de áreas de importancia ecológica, de la flora y la fauna.

Toda persona física y jurídica cuya acción u omisión pueda degradar el ambiente está obligada a tomar todas las precauciones para evitarlo".

La regulación del ambiente, tal como hicimos referencia, es una disciplina muy importante que ha tenido una amplia evolución desde su nacimiento, debiendo cumplirse los mandatos convencionales, constitucionales y legislativos. En este iter, el tránsito por la Justicia debe ser plenamente accesible para aquellos que deban defender sus derechos, en consecuencia, es imprescindible el papel del juez, que deja de ser un mero espectador para

involucrarse en cuestiones que pueden afectar a toda una comunidad.

Como corolario cabe tener en cuenta lo expresado por Lorenzetti cuando afirma que "El derecho Ambiental debe ser estudiado dentro de un cambio de paradigma y no como una especialidad más de un derecho que se basa en otros presupuestos. Todas las ramas del derecho deben adoptar una visión sistémica, acorde con las ciencias" [336].

Jurisprudencia relevante respecto a comunidades originarias

En este acápite nos referiremos no sólo a la visión de la CIDH, sino también de algunos pronunciamientos ante la Justicia nacional.

Desde el punto de vista convencional, la CIDH se pronunció a favor de la titularidad de derechos respecto a las comunidades originarias, con basamento legal en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

En ese andamiaje, la mayoría de los casos arribados comprendían reclamos por reconocimiento o violación al derecho de propiedad de las comunidades indígenas, a la obligación de los Estados de adoptar disposiciones de Derecho interno o adaptarlas a la normativa citada [337].

336 Lorenzetti, Ricardo Luis y Lorenzetti, Pablo, *Derecho Ambiental*, Rubinzal-Culzoni, 2023, p. 61.

337 Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y de Punta Piedra. Sentencia del 8 de octubre de 2015; Pueblos Indí-

En el conocido caso "Lhaka Honhat" [338], el reclamo proveniente de las comunidades indígenas de los pueblos Wichi, Iyjwaja, Komlek, Niwackle y Tapy´y, del Departamento Rivadavia, en la Provincia de Salta, que a partir del año 1992 pasaron a conformar dicha comunidad, reclamaban el uso apropiado de varias hectáreas de las tierras que ocupaban desde el siglo XVII.

Dicha petición fue iniciada en la década del noventa, se dictó el decreto 461 en el cual se determinó la obligación de unificar los dos lotes que dieran origen al planteo y el otorgamiento del título de propiedad unificado.

Pasaron los años sin el respectivo cumplimiento y con el agravante de la construcción de un puente internacional en dicha zona; actividades ilegales de tala y la invasión de una parte del territorio por parte de familias ajenas a la comunidad que alambraban y desarrollaban la actividad ganadera en esas tierras, produciendo una alteración en sus costumbres ancestrales y una reducción en el acceso a los alimentos y al agua.

La Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado Argentino por violar el derecho a la propiedad comunitaria, el derecho a la identidad cultural, a un medioambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, atento que la omisión del Estado en tomar las medidas correspondientes en el tiempo oportuno que fueron lesivas para las comunidades.

---

genas Kuna de Madungandi y Emberá de Bavaro. Sentencia del 23 de mayo de 2017.

338 Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs Argentina. Sentencia del 6 de febrero del 2020.

La Corte fundamentó su fallo en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículos 21; 23.1; 26 y 8.1 por la demora de tantos años en la causa judicial.

En el voto fundado de Ferrer Mac-Gregor, hace referencia a la propiedad colectiva indígena y la relación de estos pueblos con sus tierras, territorios y recursos naturales.

Lo que aquí se reclama, de común denominador con otras cuestiones de comunidades originarias, es el título de propiedad que pueda garantizar su goce pleno y que, en tal proceso, tengan participación efectiva en procesos de consulta.

Marcó la deficitaria actuación del Estado, "aún no se ha terminado el larguísimo trámite para concretar la propiedad comunitaria…es decir, que no fue titulado de forma adecuada; tampoco se ha demarcado y subsisten los terceros ocupantes, incluyendo su ganado y la instalación de alambrados que dificultan el libre tránsito por esos territorios, además, el país carece de la normativa para garantizar el derecho de propiedad comunitaria (arts 1.1 y 2 CADH)".

Ese cuerpo judicial hace una especial referencia a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), a la obligación por parte de los Estados de procurar el desarrollo integral de los pueblos, de acuerdo a los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

Según Hitters [339], "por primera vez en un asunto contencioso, la Corte analizó los derechos a un medioambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la

339 Hitters, Juan Carlos, obra citada, p. 439.

identidad cultural, en forma autónoma a partir del artículo 26 de la Convención Americana. Trató los cuatro derechos en su interdependencia y de conformidad con sus particularidades respecto a los pueblos indígenas. Dijo por ejemplo, que la tala ilegal sin ningún control, así como las actividades llevadas a cabo por los criollos, puntualmente la ganadería e instalación de alambrados, afectaron bienes ambientales, repercutiendo en el modo tradicional de alimentación de las comunidades y, sobre todo en su acceso al agua".

Como consecuencia, tal proceder modificó la forma de vida de los pueblos indígenas y su identidad cultural.

Este fallo ejemplar, en el cual se condenó al Estado por la transgresión a varios artículos de la CADH, básicamente el derecho a la propiedad (art. 21); garantías y protección judicial (arts. 8.1 y 25); los derechos políticos (art. 23.1); infracción a los derechos a participar en la vida cultural, a la identidad cultural, al medioambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua (arts. 26 y 1.1 CADH), en consecuencia le ordenó cumplir varias medidas de reparación en un tiempo breve; también actividades de hacer y de no hacer en distintos plazos, además del pago de costas.

El Superior Tribunal de Chaco [340], en los autos "Organización de los Pueblos Indígenas MOWITOB c/Provincia del Chaco s/Demanda Contencioso Administrativa y su acumulado Charole Orlando" del 16 de mayo de 2023, ordenó al Estado provincial la escrituración de la propiedad comunitaria en un título único con reconocimiento de la propiedad a las tres comunidades originarias del Chaco, de acuerdo a los siguientes parámetros: .

340 Sentencia de fecha 16/5/2023.

"i) Respetar los acuerdos que pudieran alcanzarse entre pobladores indígenas y no indígenas. A tal fin, deberán instrumentarse audiencias participativas, libres e informadas, y otros medios de conciliación, mediación y facilitación que resulten pertinentes para programar la reubicación y reasentamientos pacíficos.

ii) Indemnizar a las personas no indígenas que no arribaren a los acuerdos indicados en el punto anterior, para lo cual el Estado promoverá procedimientos tendientes al traslado voluntario, evitando desalojos compulsivos.

iii) En ese sentido, debe asegurarse el reasentamiento o acceso a tierras productivas con adecuada infraestructura predial (inclusive implantación de pasturas y acceso a agua para producción y consumo suficientes, así como instalación de alambrados necesarios) y, en su caso, asistencia técnica y capacitación para la realización de actividades productivas.

iv) Las autoridades provinciales deberán asegurar que la relocalización de la población criolla se lleve adelante en condiciones pacíficas, resguardando sus derechos; especialmente, su seguridad e integridad personal".

En la causa "Comunidad Mapuche Millalonco-Ranquehue c/Poder Ejecutivo Nacional-Ministerio de Defensa y otros s/amparo ley 16.986", en la misma directriz de las anteriores, es decir, el reclamo de propiedad comunitaria, indicó que el art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional confiere facultades concurrentes al gobierno federal y a los Estados locales en diversas cuestiones relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas; entre ellas, la de reconocer "la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan".

Menciona que antes de la reforma constitucional de 1994, se reconoció la actuación concurrente de la Nación y las provincias respecto de la registración y reconoci-

miento de la propiedad de las comunidades indígenas, cumpliendo los requisitos dispuestos por la ley 23.302. Con este propósito el INAI tiene la función de llevar el Registro Nacional de Comunidades Indígenas coordinando su acción con los gobiernos provinciales. La presentación de dicha comunidad dio origen a un procedimiento administrativo, pero advirtiendo que en ningún momento tuvo participación la Provincia de Río Negro. Su interés en el conflicto resulta evidente, pues la actora pretende instrumentar una resolución del INAI que fue dictada sin el debido respeto a los poderes concurrentes de la provincia en la materia. También es clara su legitimación para reclamar judicialmente participación en el asunto. Es que las provincias tienen un claro interés institucional en defender el ejercicio de sus atribuciones concurrentes en materia de derechos de los pueblos indígenas; y están habilitadas para actuar en juicio con esa finalidad.

Desde otro mirador, en el caso "Comunidad Aborigen de Santuario de Tres Pozos y otras c/Jujuy Pcia. de y otros s/Amparo Ambiental" [341], tramitado por ante el Cimero Tribunal nacional, en dicho planteo dirigido contra las provincias de Salta, Jujuy y el Estado Nacional, con el objeto de que se ordene la suspensión de los actos administrativos que autoricen la explotación y exploración de litio y borato en la zona de la Cuenca Salinas Grandes, como así también a la realización de una gestión conjunta en la Cuenca hídrica con el objeto de prevenir el daño grave e irreversible que produciría la minería en esa zona.

Asimismo, solicitó la realización de una cuenca de base, una evaluación de impacto ambiental y la conformación

341 Sentencia del 28/3/2023.

de un comité de expertos con un enfoque ecosistémico de hidrología, la biodiversidad y los aspectos socioculturales de la Cuenca Salinas Grandes-Guayatayoc y establezcan una línea de base de la cuenca y determinen los posibles impactos en el ambiente físico, social y cultural de la minería de litio en sus diferentes técnicas y con variables de intensidad. Además de la solicitud de una medida cautelar de no innovar.

La CSJN aplicó los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro agua* y consideró que debe resolverse e interpretarse la normativa del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos. Con base en el artículo 32 de la ley 25.675 (LGA), ordenó al Estado Nacional un informe de todas las actuaciones vinculadas a la exploración y/o explotación de litio y borato en las provincias de Jujuy y Salta y las empresas y/o consorcios vinculados a las mismas y las proyecciones económicas de tal actividad, en un plazo de treinta días. Asimismo, en el mismo plazo ordenó a las provincias de Salta y Jujuy la presentación de copia de todas las autorizaciones de permisos de exploración y explotaciones mineras otorgadas por la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable y/o el Juzgado Administrativo de Minas o a la autoridad administrativa que haya intervenido; de las actas de audiencias públicas convocadas y celebradas a tal fin, de los recursos, impugnaciones, denuncias recibidas contra dichas autorizaciones y/o frente a las situaciones de permisos mineros; que informe detalladamente y acompañe todas las actuaciones relativas a los aspectos ambientales relevados en cada uno de esos supuestos.

CAPITULO 5
Justicia Administrativa Nacional

María Julia Richero, Melina Grossi y Pablo Garbuz Montenegro

Sumario: 1. Introducción. 1.1. El control jurisdiccional. sistemas. 2. Antecedentes del sistema de Justicia Administrativa. 2.1. Bases constitucionales. 2.2. Bases supranacionales. 3. El Estado nacional en juicio. 3.1. Evolución histórica. Etapas. 3.1.1. El dogma de la indemandabilidad del Estado. 3.1.2. La venia legislativa. 3.1.3. El reclamo administrativo previo- Ley 3952. 3.1.4. El dictado de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549. 4. La organización del Fuero Administrativo Federal. 4.1. Antecedentes y situación actual. 5. La situación actual del acceso a la Justicia Administrativa. 5.1. Vías de acceso. 5.1.1. La vía impugnatoria. 5.1.2. La vía reclamatoria. 5.1.3. Recursos judiciales directos. 5.2. Presupuestos del proceso. 5.2.1. La habilitación de la vía judicial. 5.2.2. El plazo de caducidad. 5.3. Aplicación supletoria del Cód. Proc. Civil y Comercial de la Nación. 6. Ejecución de las sentencias contra la Nación. 6.1. La sentencia de condena. 6.2. Evolución histórica. Etapas. 6.2.1. La indemandabilidad y la venia legislativa. 6.2.2. El efecto declarativo de las sentencias. 6.2.3. El sistema creado pretorianamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El caso "Pietranera". 6.3. La emergencia económica y la ejecución. 6.3.1. La suspensión de la ejecución de las sentencias por razones de "emergencia". 6.3.2. El decreto 679/88. La pretendida reglamentación del artículo 7 de la ley 3952. 6.3.3. La ley 23.568. En el art. 2 se fijó un plazo máximo de tres años para el cumplimiento de las sentencias judiciales (sólo paro el ámbito previsional). 6.3.4. La ley 23.696, la suspensión de la ejecución de las sentencias y laudos arbitrales. 7. Consolidación de deudas estatales. 7.1. Normativa sobre consolidación. 7.2. Ley 24.447 (Presupuesto 1995). 7.3. Ley 24.624 de Presupuesto para 1996. 7.4. La

ley 25.344. 8. Jurisprudencia. 8.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (CSJN). 8.1.1. Constitucionalidad del régimen de consolidación. 8.2. Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 8.2.1. El caso "Furlán". 9. El supuesto de las sentencias exhortativas y su ejecución. 10. Conclusión

1. Introducción

Para comprender la historia de la demandabilidad estatal en nuestro Derecho federal es importante analizar la interpretación que de la teoría de la división de poderes se ha efectuado en las Constituciones de otros países, ya que eso ha conducido a la construcción de diferentes sistemas contencioso-administrativo.

1.1. El control jurisdiccional: sistemas

Debemos tener en cuenta la existencia en el Derecho Comparado de dos formas fundamentales de realizar el control de la función administrativa: **a)** el denominado sistema francés, administrativo, o de doble jurisdicción, que consiste en atribuir dicho control a un organismo administrativo, aunque caracterizado por poseer independencia de criterio y, en la actualidad, separación de la administración activa (caso de Francia) y **b)** el denominado sistema judicial, o de jurisdicción única, que consiste en atribuir tal control al órgano judicial, debiéndose aun examinar en este último caso si el control se atribuye a los tribunales ordinarios, como es en general -con excepciones- el caso del Reino Unido y de Estados Unidos de América, o a tribunales judiciales especializados, como es el caso de España, de Colombia, Uruguay, etc. y también, aunque en menor grado, en nuestro país. También

existe **c)** el sistema mixto, que combina ambas formas de control: a. judicial para los derechos subjetivos, b. administrativo para los intereses legítimos, como es el caso de la República italiana [342].

Como se expresara, en el sistema francés, quien resuelve los conflictos entre la Administración y los particulares no es el Poder Judicial, sino un órgano de la Administración (aun cuando en la actualidad pueda considerarse al Consejo de Estado francés como independiente de ella); ese órgano, al no aplicar el Derecho Privado, ha ido creando una serie de normas y principios que fueron conformando el Derecho Administrativo. Cuando la Administración actúa bajo las normas del Derecho Privado queda sometida a la jurisdicción de los tribunales ordinarios, por lo que a este sistema se lo suele denominar de "dualidad de jurisdicción", ya que los conflictos entre los particulares y la Administración son resueltos por un órgano distinto al judicial y sobre base de reglas de Derecho distintas a las que vinculan a los particulares entre sí [343].

En el sistema judicialista, se consideró tradicionalmente que los litigios entre la Administración y los particulares debían ser resueltos por los jueces ordinarios, "no existió un sistema de dualidad de normas" sino todas las personas particulares, las colectividades públicas y el Estado y sus organismos, se hallan sometidos al mis-

342 Hutchinson, Tomás (2010), "El sistema argentino de control judicial de la Administración" en Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, pág.152.

343 Marcer, Ernesto Alberto, *Demandas contra el Estado,* 2013, Ad-Hoc, Buenos Aires, pág. 33.

mo Derecho. Es evidente que aquí la división de poderes se ha interpretado en forma totalmente distinta que en Francia aceptándose una coordinación entre los órganos del Estado, donde cada órgano posee algo de cada una de las funciones y puede influir sobre los otros, a través del sistema de frenos y contrapesos [344]. De esta forma en este sistema se va a admitir la existencia de tribunales administrativos, es decir de órganos que al formar parte de la Administración resuelven conflictos que se vinculan a ésta y a particulares. En tal caso las decisiones deben someterse a una revisión judicial suficiente y adecuada, este sistema puede denominarse de unidad de jurisdicción ya que los conflictos entre la Administración y los particulares son resueltos por el órgano judicial por las mismas reglas de Derecho que vinculan a los particulares entre sí [345].

Cabe señalar que se emplea el término jurisdiccional, para caracterizar una forma de control de la Administración. Entre nosotros no tiene mucho sentido y lleva a confusión el empleo del término jurisdiccional, porque se lo suele confundir con control por un órgano administrativo (jurisdicción administrativa) en lugar del judicial que es el que corresponde en el sistema argentino.

Cuando nos referimos a control jurisdiccional de la Administración, en nuestro país, utilizamos este término para señalar el ejercicio de dicho control por tribunales judiciales, y no por tribunales administrativos. Si bien esta denominación puede no resultar satisfactoria a quie-

344 Bosch, Jorge T., *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública?* (1951). Ed. V. P. de Zavalía, Buenos Aires, págs. 42 y ss.

345 Marcer, Ernesto Alberto, ob. cit., págs. 34/35.

nes postulan extender la noción de jurisdicción al órgano administrativo, prefiero limitar tal concepto a la actividad de resolución de conflictos por los órganos judiciales, pues lo contrario implica desconocer la inexistencia de una.

Como señala FIORINI (1965), "Toda nuestra tradición jurídica es la negación de las razones determinantes que influyeron en Francia para la creación de la presunta jurisdicción en la administración. El art. 95 (hoy 109) que prohíbe que 'en ningún caso' el Poder Ejecutivo, es decir, el jefe que tiene a su cargo la administración general del país realice actividades judiciales, implica también que no podrá cumplir funciones jurisdiccionales" "Este art. 95 (109) proyectado por Alberdi -cuya posición contra la dictadura es la que le hace preparar las bases de nuestra ley fundamental- se relaciona con el enfático y típicamente argentino art. 29 de total repudio a la suma del poder público. El art. 95 (109) es una especie del género prohibitivo que establece este art. 29". "Tanto es ese temor -razón dominante- que en el art. 23 se reitera nuevamente en forma expresa la imposibilidad de que el Poder Ejecutivo pueda realizar funciones judiciales", "Estas tres prohibiciones no rigen solamente para el Poder Ejecutivo, como pretende una desviada interpretación que se queda con la letra y excluye el contenido funcional que estos artículos encierran. La labor judicial o jurisdiccional está prohibida al jerarca superior y por ende a los órganos inferiores, es decir a toda la administración pública sin excepción" [346].

346 FIORINI, Bartolomé A., "Inexistencia del acto administrativo jurisdiccional," LL, 101: 1027; "Inexistencia del acto jurisdiccional y judicial en la administración pública", JUS, 6:31 (La Plata, 1965).

Por su parte GORDILLO concluye expresando que "…Ni de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema ni con las normas constitucionales, puede hablarse de función jurisdiccional por parte de la administración, con el alcance de sustituir total o parcialmente la actividad jurisdiccional propia de los jueces. Si hacemos la dicotomía 'jurisdicción judicial' y 'jurisdicción administrativa', ello no sólo implicará una contradicción lógica insuperable, sino que será otro de los términos que arrojará siempre dudas innecesarias sobre la naturaleza de la revisión judicial. Si, a pesar de todo, leemos en los fallos una mención a tales supuestas 'facultades jurisdiccionales de la administración', tendremos que hacerlo con la reserva mental de que no se confunden ni sustituyen a la función propia de los jueces; no se trata de especies de un mismo género, ni son intercambiables; la necesaria intervención judicial exigida por la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con la Constitución, no se salva con la intervención de un organismo administrativo, llámense como se llamen las atribuciones que en el caso ejerza. Esto es lo fundamental y lo que nos lleva a afirmar que la revisión judicial de los actos administrativos no es en absoluto una continuación limitada del 'proceso administrativo', ni un proceso especial con caracteres esencialmente distintos del proceso judicial ordinario. Este es el punto de partida a nuestro juicio más importante para toda consideración de los distintos aspectos que dicha revisión presenta" [347].

Como mencionáramos la Constitución Nacional de 1853 estableció mediante una cláusula totalmente ori-

347 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Parte General, 5ª. Edición Tomo 1, pp. IX-42 y ss., apartado 18.

ginal, en forma expresa, la prohibición al Poder Ejecutivo de ejercer funciones judiciales y de esta manera se alejó del sistema constitucional francés pues a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como Tribunal Superior, y a los tribunales inferiores, se les confirió el control de los restantes poderes que conforman el Estado.

En nuestro país se entendió a la división de poderes de una manera distinta a las prevaleciente en el Derecho Continental, donde a esta división se la consideró de manera tan rígida que se encontraba prohibido al Poder Judicial incursionar en materias que se encontraban a cargo del Ejecutivo, y donde no se adoptó el sistema de que cualquier juez pudiera declarar la inconstitucionalidad de las normas. Pero la influencia del Derecho Continental se hizo sentir llegándose a admitir la existencia de un sistema que comulgaba de ambas concepciones [348].

En este marco, la Corte Suprema ha admitido la constitucionalidad de la llamada jurisdicción administrativa en el caso "Fernández Arias" [349], a condición de que de ella se tuviere un control judicial suficiente, esto es con cabal revisión de los hechos y el derecho implicados, no bastando para cumplimentar dicho requisito la instancia extraordinaria federal. Posteriormente, en la causa "Ángel Estrada y Cía S.A. c/resol. 71/96 Sec. Energía y Puertos" [350], el Máximo Tribunal de la Nación consideró que la

348 Fiorini, Bartolomé, *¿Qué es el contencioso?,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1965, págs. 114, 137 a 139.

349 CSJN, *Fallos*, 247:646 (1960).

350 CSJN, *Fallos*, 328:651 (2005), v. esp. Consid. 12 del voto de la mayoría.

constitucionalidad del otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la Administración queda a salvo, siempre y cuando: "los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente".

2. Antecedentes del sistema de Justicia Administrativa

2.1. Bases constitucionales

Como explica Bosch (1951), luego de hacer referencia a la lucha universal de la independencia de la Justicia frente a los poderes omnímodos del príncipe, el movimiento tendiente a lograr una Justicia Administrativa difiere del proceso de independización de la Justicia ordinaria, no sólo por la mayor lentitud con la que se desarrolla, sino también porque no siempre sigue la misma dirección que este último, ni se manifiesta en todos los casos en el propósito de insertar la función jurisdiccional contencioso administrativa en los mismos órganos, ya separados del Poder administrador, que constituyen el Poder Judicial.

De ese modo, la implantación de una Justicia Administrativa -esto es, de una Justicia para las cuestiones administrativas independiente de la Administración- coincide con el nacimiento del Estado liberal.

Expresa el autor que la doctrina de la separación de

poderes enunciada por MONTESQUIEU [351] ha generado diversas interpretaciones, con relación al contralor jurisdiccional de la actividad administrativa.

A distancia del régimen francés, donde se consideró que la función jurisdiccional en materia administrativa corresponde al Poder administrador, nuestro sistema ha tomado como fuente el modelo anglosajón, que luego se trasladó a América del Norte, el cual no implica un régimen de separación absoluta de poderes, sino uno de frenos y contrapesos. Éste se logrará distribuyendo las funciones estatales entre diferentes departamentos de gobierno, constituidos por personas en principio distintas, de modo que los órganos no estén aislados, sino que puedan detenerse entre sí, entablando relaciones de recíproca colaboración.

En esa línea, puntualiza BOSCH (1951) que en nuestro orden jurídico se ha privado a la Administración, progresivamente primero, y por un vuelco violento después, de la función de juzgar los litigios de índole administrativa, para atribuirla, en igual medida, a los tribunales ordinarios que vinieron con el tiempo a integrar el Poder Judicial.

Es que, en la Constitución Nacional de 1853, cuya fuente principal ha sido la Constitución de Filadelfia de 1787 -y que, en la materia que nos ocupa, permanece inalterada- no existe una cláusula que expresamente contemple que el conocimiento de la Justicia Administrativa

351 En su obra *El espíritu de las leyes* (1748) expresó: "no hay tampoco libertad si la potestad de juzgar no está separada de la potestad legislativa y de la ejecutiva. Si está adjunta al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos será arbitrario, pues el juez sería el legislador. Si está adjunta a la potestad ejecutiva, el juez tendrá la fuerza de un opresor".

le corresponda al Poder Judicial, a distancia de lo que acontece en la Provincia de Buenos Aires, donde ya desde la Constitución de 1873 [352] se dejó sentado que la Suprema Corte de Justicia local decide las causas contencioso administrativas en única instancia y en juicio pleno.

No obstante, tal como se desprende de los distintos artículos que a continuación puntualizaremos, es posible afirmar que el constituyente confirió al Poder Judicial el juzgamiento de la actividad administrativa, consagrando de ese modo un sistema de Justicia judicialista.

Así, son los artículos 109 (ex 95) y 116 (ex 100) de nuestra Carta Magna, en su actual numeración, la clave del sistema de contralor jurisdiccional, en tanto prohíben al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales y, a su vez, atribuyen al Poder Judicial el ejercicio de la función jurisdiccional en materia contencioso administrativa, al establecer que corresponde a la Corte Suprema y a los Tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas en que la Nación sea parte.

El actual artículo 109, cuya fuente se encuentra en el artículo 108 [353] de la Constitución de Chile de 1833 -y de

352 Art. 156 de la Const. de la Provincia de Buenos Aires de 1873: "La Suprema Corte de Justicia tiene las siguientes atribuciones: (...) inc. 3 Decide las causas contencioso-administrativas, en única instancia, y en juicio pleno, previa denegación de la autoridad administrativa competente, al reconocimiento de los derechos que se gestionen por parte interesada. La ley determinará el plazo dentro del cual podrá deducirse la acción ante la Corte y los demás procedimientos de este juicio".

353 Art. 108 Const. de Chile: "La facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República, ni el Congreso, pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes o hacer renacer procesos fenecidos".

allí lo tomó ALBERDI para incorporarlo a su proyecto, del cual pasó a nuestra Ley Fundamental- es más amplio que el de la Constitución del vecino país en un aspecto -pues incluye al Congreso en la prohibición de ejercer funciones judiciales- y más restrictivo en otro -en tanto limita la interdicción a las causas civiles y criminales-.

Asimismo, procede señalar que si bien el artículo 109 prevé la interdicción únicamente en relación al Presidente de la Nación, se consideran allí comprendidos todos los funcionarios y empleados de la Administración, pues no sería lógico concluir que lo que le está prohibido al Jefe de la Administración le pueda estar permitido a los órganos de inferior jerarquía.

Las cláusulas precedentes se encuentran en armonía con los artículos 1° de la Constitución Nacional, que adopta la forma representativa, republicana y federal de gobierno; el art. 18 que, en cuanto aquí interesa, establece la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos, así como con los artículos 23 que limita las facultades del Presidente de la República aun durante el estado de sitio y el 29, que prohíbe al Poder Legislativo la concesión de facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo.

Tal como se viene expresando, conforme la sistemática de la Constitución Nacional corresponde al Poder Judicial el monopolio de las funciones jurisdiccionales. Sin perjuicio de ello, y partiendo del supuesto de la falta de idoneidad judicial para determinadas cuestiones, diversas leyes fueron delegando en la Administración funciones de naturaleza jurisdiccional.

2.2. Bases supranacionales

Con la incorporación en la Constitución Nacional del artículo 75 inciso 22, debemos también analizar la nor-

mativa procesal desde el ámbito supranacional [354] -en especial del sistema interamericano-, ya que sus lineamientos y estándares se integran en nuestro Derecho interno (art. 75 inc. 22, CN) tanto en la órbita nacional como en la de las provincias y de la Ciudad Autónoma.

Sin ánimo de reiterar conceptos conocidos, es oportuno recordar que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional (en términos del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) han reforzado el sistema de derechos previstos expresamente en la Primera Parte de la Constitución Nacional.

Éstos han venido a nominar derechos que antes se encontraban implícitos en el artículo 33 de la Constitución Nacional, a la vez que también recogen otros ya explícitos en nuestra Constitución histórica.

El derecho a la tutela judicial efectiva presenta múltiples facetas; aunque puede reconocerse como una derivación del derecho a la defensa en juicio, prevista en el artículo 18 de la Ley Fundamental de la Nación.

Vale remarcar algunos de estos instrumentos que han referido a diferentes aspectos de este derecho.

---

354 *Fallos*, 319:3241 "Chocobar" 27/12/1996, del voto de la mayoría surge que "12. Que el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados cuyas disposiciones se han transcripto, establece, en su última parte, que aquellos 'no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos'. Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir".

a) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XVIII dispone que: "… Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos" y a continuación agrega: "Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente".

b) La Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 8° expresa que: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la Ley", mientras que el artículo 10 establece el derecho de "toda persona... en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones (...)".

c) En el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hay dos normas que resultan de interés. En primer lugar, el artículo 8° regla lo relativo a las garantías judiciales. En este sentido, el artículo 8.1. consagra el derecho de "toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la Ley en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". El artículo 8.2 de la Convención establece, adicionalmente, las garantías mínimas que deben ser aseguradas por los Estados en función del debido proceso legal.

En segundo término, la faz de la tutela judicial efectiva -que tiene plena vinculación con el tema que aquí

desarrollamos- está contenida en el texto del artículo 25. En tal sentido, "la noción de efectividad" está vinculada, entre otros factores, a la adecuación del remedio en tanto instrumento de la tutela del derecho afectado -es decir, como herramienta para prevenir, detener, privar de efectos y reparar la afectación al Derecho Humano de que se trate [355].

Este derecho conlleva: el derecho del acceso a la Jurisdicción; a la defensa en juicio; a la obtención de una sentencia justa por un juez independiente e imparcial, en un plazo razonable y al cumplimiento de lo sentenciado por el tribunal. La realización de todos y cada uno de ellos contribuye a realizar el derecho de la tutela judicial efectiva. Si alguno de los derechos mencionados falla en su concreción, podemos decir que se violó el derecho a la tutela judicial efectiva.

Cabe poner de relieve que las decisiones judiciales adoptadas por la Corte IDH son obligatorias para todos los Estados en cada caso concreto de conformidad con los artículos 62.3 y 68 el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia del tribunal. En tal sentido la Corte IDH en forma reiterada ha señalado que la obligación de acatar sus juicios corresponde al principio básico del

355 Art. 25 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos... aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Parte se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

derecho de la responsabilidad internacional de los países basado en la jurisprudencia internacional, según la cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe.

Por su parte, en el caso "Baena Ricardo y otros vs. Panamá" [356] la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), consideró vulnerados, entre otros, los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (garantías y protección judiciales). Al respecto, sostuvo que la justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Entendió que permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso.

En el mismo sentido, se ha expedido en el caso "Cinco Pensionistas vs. Perú" [357] al recordar que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el órgano jurisdiccional carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad, porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como

356 CIDH, caso "Baena Ricardo y otros vs. Panamá", sent. del 2-II-01.

357 CIDH, caso "Cinco Pensionistas vs. Perú", sent. del 28-II-03.

sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión.

A su vez, en el caso "Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay" [358], la CIDH sostuvo que el debido proceso legal debe respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas (arts. 8 y 25 CADH). Agregó que el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, así como la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales.

3. El Estado Nacional en juicio

Habiendo analizado en detalle las fuentes constitucionales y trasnacionales que le sirven como base fundamental al sistema de control de la actividad administrativa y de toda la actividad desarrollada por los diferentes Entes que conforman el Estado en su sentido más amplio, y de aquellas personas que ejercen la función administrativa por delegación, resulta menester en esta instancia adentrarnos en su faz práctica, esto es, en prieta síntesis, el funcionamiento del fuero Contencioso-Administrativo Federal.

A fin de comenzar con el análisis del fuero, resulta indispensable efectuar, previamente, una reseña histórica, en función de que, a diferencia del tratamiento dado a otras materias, no sólo por el legislador sino por la jurisprudencia, el control por parte del Poder Judicial de la actividad -o inactividad- de la actuación prestada por

358 CIDH, caso "Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay", sent. del 17-VI-05.

el Estado se encontró vedado durante años y en tal sentido, resultará útil al lector seguir la línea histórica de análisis y progreso de las formas de demandabilidad del Estado utilizada por gran parte de la doctrina.

3.1. Evolución histórica. Etapas

3.1.1. El dogma de la indemandabilidad del Estado

Podemos afirmar que una primera etapa se encuentra signada por la imposibilidad de demandar al Estado como sujeto de Derecho.

Vale decir, en primer término, que los límites impuestos al control de la actividad administrativa (también llamado dogma de la indemandabilidad del Estado) tuvieron como fundamento razones de índole política, encuadradas en interpretaciones jurídicas que le sirvieron de respaldo, tales como el principio de soberanía de los tres poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), interpretado en forma absolutamente restrictiva, a través del cual se solía entender que cada uno de éstos era independiente del otro, por lo cual, utilizándose un razonamiento deductivo silogístico, el control, cualquiera fuere por parte de un Poder en las actividades u omisiones de otro de ellos, resultaba ni más ni menos que una intromisión indebida que traspasaba sin más los límites de la inmunidad soberana.

Dicha teoría poseyó anclaje jurisprudencial a fines del siglo XIX, en algunos pronunciamientos emanados de la Corte Suprema de Justicia, mediante los cuales -a modo de adelanto- rechazó de plano la posibilidad de efectuar un control de la actividad del Poder Ejecutivo, pero, al mismo tiempo, abordando posibles soluciones.

El primero de los pronunciamientos en los cuales el Cimero Tribunal decidió abordar la cuestión y verificar

si la legislación vigente al momento (Ley N° 27, luego modificada por su par N° 48) consideraba permeable la posibilidad de que un órgano jurisdiccional controle la actividad del Ejecutivo.

En el caso "Bates Stokes y Cía. c/Poder Ejecutivo nacional" [359], la firma se había presentado en la Provincia de Buenos Aires reclamando el cobro del importe de una indemnización por averías sufridas a consecuencia de una inundación de los almacenes de la Aduana provincial. Pasada ésta a la Nación, el Poder Ejecutivo nacional reconoció y pagó la indemnización solicitada, rechazando la diferencia de la moneda desde 1860, los intereses del capital desde el día del reclamo y las costas y costos, también peticionados. Entonces, la firma demandó al Estado por su responsabilidad; y la Corte Suprema confirmó la sentencia del juez de sección no haciendo lugar a la demanda instaurada y absolviendo al gobierno nacional. Nada expresó en esta ocasión sobre la demandabilidad de la Nación.

Poco tiempo después en la causa XLVI caratulada "Vicente Seste y Antonio Seguich, c/Gobierno Nacional s/cobro de pesos" [360], mediante la cual la Corte Suprema, al interpretar el antiguo artículo 100 de la Constitución Nacional (hoy artículo 116) en el marco de una demanda intentada por los actores, quienes habían participado en la Guerra con la Provincia de Buenos Aires contra el Gobierno del Paraná, relataron que "se engancharon en el ejército por el tiempo que durase la guerra y habiendo sido dados de baja en agosto de mil ochocientos sesenta y tres, se presentaron al Gobierno cobrando el pago de

359 *Fallos*, 1:259, del 3 de septiembre de 1864.

360 *Fallos*,s 1:317, del 26 de septiembre de 1864.

sus servicios desde la Batalla de Pavón hasta la época de la baja" y el Gobierno Nacional rechazó la solicitud, por lo que iniciaron una acción judicial que recayó ante el Juzgado Seccional, quien también rechazó la demanda, requiriendo una nueva instancia ante la Corte Suprema de Justicia Nacional.

En oportunidad de abordar el tema, el Máximo Tribunal a nivel nacional estatuyó que "… el Poder Ejecutivo Nacional es soberano en su esfera, y administra con independencia de los otros dos poderes que participan del Gobierno de la República, pues por el artículo 86 de la Constitución, se declara que es el Jefe Supremo de la Nación, y quien tiene a su cargo la administración del país(...) Que es uno de Los atributos de la soberanía, reconocido universalmente, que el que la inviste, no pueda ser arrastrado ante Tribunales de otro fuero, sin su expreso consentimiento, por particulares, a responder de sus actos, y ser apremiado al cumplimiento", por lo que, según consideró, obligar a un Poder a cumplir órdenes de otro "daría al Poder Judicial una superioridad inconciliable con la supremacía que el artículo constitucional citado acuerda al Jefe de la Nación".

Dicha interpretación sirvió de base para determinar la imposibilidad de demandar al Poder Ejecutivo Nacional por sus acciones -y omisiones-, criterio que se mantuvo durante un tiempo.

En ese mismo andarivel, la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de volver a pronunciarse, esta vez en el marco de la causa LXXVII, caratulada "Juan Carlos Gómez c/Estado nacional" [361], en la cual, a fin de otorgar una solución a los casos en los cuales los particulares intenta-

361 *Fallos*, 2:36, del 1 de junio de 1865.

sen reclamar por sus intereses ante el Estado, se sostuvo que los acreedores no carecen de medios para hacerlo, sino que para ello deben "ocurrir al Congreso, que por el inciso sexto del artículo sesenta y siete está facultado para arreglar el pago de la deuda pública y en cuya imparcialidad, ilustración y justicia hallarán sus legítimos intereses la misma protección y garantías que en los tribunales de la nación".

El consentimiento del Estado, así, apareció como un presupuesto procesal del ejercicio de las acciones contra el mismo. Como un requisito de admisibilidad de la demanda. En virtud de estos dos últimos ambos pronunciamientos se colige que, sin perjuicio de que cada Poder es soberano ante sí, no debiendo ninguno de ellos inmiscuirse en las acciones ni obligar a cumplir mandas de otro, para que ello pueda ser posible resulta necesario que el Poder Legislativo, mediante ley sancionada por el Congreso, habilite a los particulares a ocurrir ante el Poder Judicial a fin de resolver los conflictos suscitados, naciendo una nueva etapa en el camino a la posibilidad de llevar al Estado ante los estrados.

3.1.2. La venia legislativa

El pronunciamiento de la Corte en la citada causa "Gómez" abrió el camino para que los particulares demandasen al Estado ante el Poder Judicial, etapa que comenzó con el dictado de la ley 475 [362] de fecha 28 de

362 Ante el reclamo que Cándido Galván formuló al Congreso con motivo del incendio del vapor "Buenos Aires", ocurrido el 20 de enero de 1870, se sancionó dicha ley en cuyo artículo primero dispuso: "Sométase a los tribunales de la Nación…". Esta ley no fue considerada por la Corte Suprema, ya que después de su sanción el Poder Ejecutivo atendió el reclamo de Galván y le pagó a satisfacción. Sin

septiembre de 1871 y luego la ley 675 [363] de fecha 17 de agosto 1874, mediante la cual el Congreso de la Nación autorizó a "Aguirre, Carranza y otros" a presentar ante los tribunales la reclamación entablada por la entrega de suministros al Gobierno de la Confederación [364].

Dicho sistema, como puede vislumbrarse con el citado antecedente normativo, consistía en la petición de los particulares ante el Congreso Nacional para ser habilitados a entablar una demanda contra el Estado, siendo que el Poder Legislativo resultaba competente para arreglar las deudas de la Nación (conf. citado art. 100 -hoy 116- de la Constitución Nacional).

Como bien señala GORDILLO, el sistema de autorización a demandar mediante venía legislativa se trató de un error de interpretación con relación a la naturaleza jurídica del Estado, equiparando el concepto de soberanía, concebido para otros avatares.

---

perjuicio de ello puede considerarse como el primer acto legislativo de autorización.

363 Se autorizaba a unos contratistas a reclamar el pago de provisiones efectuadas al Gobierno federal, que había sido denegado por el Poder Ejecutivo.

364 Luego de la ley 675 del Congreso de la Nación sancionó tantas otras leyes singulares, como la 2990 (1893) de autorización a la Sociedad de Depósitos Inmuebles de las Catalinas, "para gestionar en juicio ante los tribunales de la nación el reconocimiento de los derechos que pretenden….". Y a partir de la siguiente 3093 (1894) acordando otra a Carlos Bossio dictó las siguientes leyes concediendo venias: 3407,3412 a 3415, entre otras. A poco andar, se advirtió que este sistema de puntuales habilitaciones legislativas comprometía el cometido del Congreso, pues no eran pocos los que procuraban demandar al Estado invocando derechos o acreencias frente al poder público.

Sin perjuicio de ello, el Congreso por sí y ante sí, como recuerda el citado autor, y en forma previa a la primera venía o autorización a accionar, resolvió reclamos administrativos por parte de particulares; ejemplo de ello resultan diversas leyes que reconocieron sueldos, pensiones e indemnizaciones a militares, para recién luego desentenderse de este tipo de cuestiones y enviar a los reclamantes ante el Poder Judicial.

Más allá de ello, el sistema estatuido ostentaba diversas lagunas que debían ser colmadas, tal como sostiene CASSAGNE, no determinaba cuáles eran los plazos que poseía el Poder Legislativo para resolver las peticiones, y, asimismo, en muchas ocasiones se rechazaban los pedidos de autorizaciones, generando así la imposibilidad de obtener justicia [365].

3.1.3. El reclamo administrativo previo - Ley 3952

Con ciertos vaivenes, el sistema de venía o autorización legislativa para demandar al Estado poseyó vigencia durante varios años, ello, hasta el dictado de la Ley de Demandas contra la Nación, N° 3952 [366] que inauguró el siglo XX, con un nuevo sistema que ha mantenido cierta vigencia hasta nuestros días, claro está, con modificaciones.

Mediante el nuevo sistema, los particulares se encontraban facultados a demandar al Estado ante los Tribunales Federales, siempre y cuando, como lo establece el

365 CASSAGNE, Juan C., (2009), *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos',* primera edición, Buenos Aires, La Ley, págs. 470 y sigs.

366 R.N. 1900, Tomo III, Pág. 288.

artículo primero de la citada norma [367], acreditasen haber producido la reclamación del derecho o interés controvertido ante el Poder Ejecutivo y obtuvieran el dictado de un acto administrativo que denegara su petición.

En prieta síntesis, dicho cuerpo normativo, tal como lo señala Tawil [368] se encontraba asentado en el concepto de soberanía del Estado, y recepcionó la teoría francesa de la doble personalidad del Estado, estableciendo que al demandarse a la Nación en su carácter de persona jurídica o de Derecho Privado en el marco de cuestiones civiles [369], resultaba necesario peticionar ante éste en forma previa y obtener una decisión contraria, para luego acceder a la vía judicial, y contrariamente a ello, cuando se trataba de causas en las cuales el Estado Nacional actuaba

367 "Artículo 1° - Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación sea en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público, sin necesidad de autorización previa legislativa; pero no podrán darles curso sin que se acredite haber producido la reclamación del derecho controvertido ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste".

368 Tawil, Guido S., (1993), *Administración y Justicia*, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, págs. 131 y sigs.

369 El criterio seguido por el Máximo Tribunal (Fallos, 100:103) para determinar en qué casos el Estado Nacional actuaba como persona jurídica de Derecho Privado, sostuvo que resultaban las "derivadas de la capacidad artificial, sólo aplicables a las relaciones de Derecho Privado que el Código Civil reconoce para adquirir los derechos o contraer obligaciones que él regla, en los casos, por el modo y en la forma que determina. Cuando la Nación, por medio de sus poderes organizados al efecto, dicta leyes creando impuestos y determinando la forma de su percepción o reglamenta, con ese objeto, el ejercicio de una industria y pone en ejecución esas leyes no procede el carácter de persona jurídica o de Derecho Privado".

como sujeto de Derecho Público, en ejercicio de actividades materialmente administrativas, continuaba siendo necesaria la habilitación a demandar mediante venia o autorización legislativa.

Los restantes artículos (segundo, tercero y cuarto) [370] de esta ley contienen normas vinculadas al proceso administrativo, alguna de las cuales perduran, en atención a las características propias que informan este proceso, como, por ejemplo, el instituto del silencio, la notificación al Poder Ejecutivo de la demanda mediante oficio y el término para contestar la demanda y oponer excepciones.

Poco tiempo después de la sanción de la mencionada norma la Corte Suprema, al decidir el caso "Sociedad Protectora de Animales c. Gobierno Nacional" [371], excluyó del ámbito de dispensa de la venia legislativa a las pretensiones que versaran sobre un conflicto generado por el

370 Artículo segundo: Si la resolución de la Administración demorase por más de seis meses después de iniciado el reclamo ante ella, el interesado requerirá el pronto despacho, y si transcurriesen otros tres meses sin producirse dicha resolución, la acción podrá ser llevada directamente ante los Tribunales, acreditándose el transcurso de dichos plazos. Artículo tercero: La demanda se comunicará por oficio al Poder Ejecutivo por conducto del Ministerio respectivo y al Procurador Fiscal, el cual deberá proceder previa consulta y con sujeción a las instrucciones que le transmita dicho Ministerio. Artículo cuarto: El término para contestar será de treinta días, y el mayor que corresponda según las distancias con arreglo a las leyes vigentes si la demanda se dedujera fuera del territorio de la Capital de la República. Dentro de igual término se deducirán las excepciones dilatorias que corresponda. Si se interpusiesen éstas, el término para contestar la demanda, una vez resueltas, será de quince días.

371 *Fallos*, 96:336 del 4 de noviembre de 1902

obrar del Estado "como poder público", es decir, cuando la cuestión era del "dominio del Derecho civil" [372].

Ahora bien, en el año 1932, con la sanción de la Ley N° 11.634 [373], si bien se mantuvo el criterio de la doble personalidad del Estado, se amplió para todos los casos en los cuales éste actuase (como persona jurídica o de Derecho Privado o como sujeto de Derecho Público) la obligatoriedad del reclamo previo, evitando para los particulares la obligación de obtener una autorización legislativa en los casos en los cuales actuase como sujeto de Derecho Público, criterio legislativo que se mantuvo, con vaivenes normativos y jurisprudenciales, no sin críticas, hasta el dictado de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo que reguló en su Título IV, las formas de demandar al Estado a través de la vía reclamatoria y la impugnatoria.

3.1.4. El dictado de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549

Finalmente, con el dictado del Decreto-Ley N° 19.549 [374] se creó un sistema "orgánico de recursos y también dedicar algunas disposiciones a la forma de acceder a la revisión judicial, legisló sobre el modo de computar el plazo que a este efecto creó, a partir de los actos impugnados. En esa medida también excluyó el reclamo administrativo previo como medio específico para preparar la vía judicial: ese lugar pasó a ser ocupado, en la mayoría de los casos, por los recursos del procedimiento administrativo

372 Grau, Armando E., (1971) *Habilitación de la instancia contencioso administrativa*, Editora Platense, La Plata, págs. 80/81.

373 B.O. 17/10/1932.

374 Bs. As., 3/4/1972.

que el reglamento también establece" [375].

Como sostiene COMADIRA [376] el título IV del Decreto-Ley destinado a la impugnación judicial de decisiones administrativas y reclamación previa tendientes al acceso a la Justicia, no puede dejar de ser interpretado bajo la luz de los tiempos que corrían al momento de su dictado, esto es, la búsqueda de cubrir un vacío legislativo basado en la inexistencia de Código Procesal Contencioso Administrativo Federal, carencia que se mantiene en la actualidad.

Por su parte SORIA [377] recuerda que, de un lado, se instituyeron los supuestos que orientarían la deducción de pretensiones judiciales impugnativas de actos o de disposiciones generales, presididos por la regla del agotamiento de las instancias recursivo-administrativas y el encadenamiento de plazos de caducidad para promoverlas. Es lo que establecen los arts. 23 a 26 de la LNPA. Del otro, en los arts. 30 a 32 de la LNPA se remozaron los contornos de la reclamación (y denegación) administrativa previa, impuesta en lo esencial para atender las restantes situaciones, en las que no aparece cuestionada la legitimidad de actos o reglamentos. Ello sin tener en

375 GORDILLO, Agustín, (2012), *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas'*, T. v. Primeras Obras, Primera Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Cap. XII-2.

376 COMADIRA, Julio R.*, Curso de Derecho Administrativo*' 1. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 2017, págs. 1356 y sigs.

377 SORIA, Daniel F., "Las vías administrativas previas en el contencioso federal contra la Administración" en *Derecho procesal administrativo*, Tomo 1, en homenaje a Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, CASSAGNE, Juan Carlos, Director, 2017, Hammurabi, págs. 814/815.

cuenta las reformas introducidas por las leyes 25.344 y 27.742.

4. La organización del Fuero Administrativo Federal

4.1. Antecedentes y situación actual

Hemos visto cómo, mediante diversas interpretaciones del sistema tripartito de Poder y el principio de soberanía de cada uno de ellos se ha ido avanzando heterogéneamente, desde el plano de indemandabilidad del Estado Nacional hasta el dictado de normas reguladoras de dicha posibilidad, no sin múltiples escollos procesales y procedimentales.

Ahora bien, resulta menester verificar el estatus actual de los órganos jurisdiccionales, haciendo foco en el fuero Contencioso Administrativo Federal, cuerpo de recepción de las demandas contra el Estado Nacional por parte de los particulares.

Sin perjuicio de su obviedad, debe resaltarse que es la jurisdicción federal la encargada de entender en las causas contencioso administrativas federales, jurisdicción caracterizada por su carácter restrictivo, excepcional, política y contenciosa, taxativa casos concretos (conf. art. 116 C.N.), inderogable, inalterable una vez establecida, de orden público constitucional e improrrogable [378].

Los primeros antecedentes de la Justicia Contencioso Administrativa Federal devienen con el dictado de las

378 Arceo, Tomás (2011), "La Organización de la Justicia Federal" en Tawil, Guido S., *Derecho Procesal Administrativo'*, 1a ed. Abeledo-Perrot.

leyes 27 [379], 48 [380] y 50 [381], mediante las cuales se regula el sistema de organización, competencia y procedimiento del Fuero. Así, mediante la citada Ley N° 27 el legislador determinó la estructura orgánica del Poder Judicial Federal, luego mediante las leyes N°s 48 y 50, respectivamente se distribuyeron las competencias y se reguló el procedimiento ante cada tribunal creado por la primera de ellas.

De esta forma, las tres normas coadyuvaron a estructurar, organizar y determinar las competencias de los juzgados federales de primera instancia, las Cámaras de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia para entender en las causas contencioso administrativas.

Sin perjuicio de sus aconteceres históricos, que no serán materia de análisis en el presente trabajo, verificaremos el estado actual del Fuero Contencioso Administrativo Federal.

En este sentido, fue a mediados del siglo XX cuando en el ámbito federal se creó efectivamente un fuero especializado en la materia contencioso administrativa, cuyo primer antecedente se encuentra configurado por el dictado de la Ley N° 12.967 [382], mediante la cual se aumentó a nueve el número de jueces de la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal, dividiéndola en tres salas, distribuyendo por competencias, determinando que una de ellas entendería en la materia contencioso administrativa.

Cabe aclarar que dicha norma no dispuso la creación de Juzgados de Primera Instancia que entendiesen con

379 13/10/1862.

380 25/08/1863.

381 25/08/1863.

382 B.O. 19/04/1947.

especificidad en la materia contencioso administrativa, por lo que los jueces civiles y comerciales lo continuaron haciendo por algún tiempo.

Más adelante, como recuerda ARCEO [383] se sancionó la Ley N° 13.278 [384] organizando a la Justicia Federal en la Capital Federal y en la Provincia de Córdoba, dando lugar, en la primera jurisdicción a la creación de un Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional que entendería en la materia contencioso-administrativa.

Finalmente, dicho autor, al analizar los avances de la organización del fuero, recuerda que los Juzgados de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional creados por la Ley N° 13.072, organizados por ley N° 13.278 y los instituidos por ley 12.833, fueron agrupados y pasaron a llamarse Juzgados Nacionales de Primera instancia en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal, denominación que mantienen hasta hoy, para luego, mediante el Decreto-Ley 17928/68 [385], crearse una Sala en lo Contencioso Administrativo.

Más adelante por el Decreto-Ley N° 21628/77 [386] se estableció finalmente la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, con dos salas; el Decreto-Ley N° 21973/79 [387] incorporó la tercera Sala Contencioso Administrativo; la Ley N° 22.090 [388] la Sala

383 ARCEO, Tomás, ob. cit.

384 B.O. 27/09/1948.

385 B.O. 31/10/1968.

386 B.O. 31/08/1977.

387 B.O. 09/04/1979.

388 B.O. 23/10/1979.

cuarta y se crearon tres nuevos juzgados especializados en la materia Contencioso Administrativa.

Más adelante se crearon seis nuevos juzgados de primera instancia y finalmente la Ley N° 24.384 [389] creó la Sala Quinta en lo Contencioso Administrativo Federal para el territorio de la Capital Federal.

De esta forma, en la actualidad nos encontramos en la jurisdicción federal, dada por los casos y en las condiciones que la propia jurisdicción nacional estatuye, con la existencia de un fuero especializado en lo Contencioso-Administrativo, para casos en los cuales las relaciones jurídicas se basen en el ejercicio de la función administrativa pública.

Así, en la Capital Federal del Estado Nacional funcionan tres instancias: Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Ahora bien, en el ámbito de las distintas provincias nos encontramos, a diferencia de lo acontecido en la Capital Federal, con juzgados de primera instancia que entienden en diferentes materias, no se ha dado creación a juzgados con competencia exclusiva en lo Contencioso Administrativo, siendo ésta amplia (Civil, Comercial, Laboral, Penal), encontrándose divididos por Secretarías especializadas por cada una de las materias.

5. La situación actual del acceso a la Justicia Administrativa

En la actualidad, y frente a la inexistencia de un Código Procesal en lo Contencioso Administrativo, co-

389 B.O. 14/11/1994.

existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas normas que regulan el control judicial de la Administración Pública y la actividad administrativa en el orden federal.

En tal sentido, el Proceso Contencioso Administrativo Federal se encuentra regulado por las disposiciones del Título IV del Decreto Ley 19.549 y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, además de la existencia de otras normas que regulan situaciones procesales específicas [390].

En efecto, el título IV del Decreto-Ley n° 19549/72 como recuerda GORDILLO, creó todo un sistema orgánico de recursos, delineó la forma de acceder a la revisión judicial,, estableciendo, asimismo, el modo de computar los plazos previos al acceso a la vía judicial, y finalmente dispuso un sistema de reclamo administrativo previo como medio específico para preparar la vía judicial.

5.1. Vías de acceso

5.1.1. La vía impugnatoria

Conforme surge de los citados artículos 23 a 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549, la vía impugnatoria consiste en el agotamiento de la instancia administrativa a través de la interposición de los recursos obligatorios contra actos administrativos, como paso previo al acceso a la Jurisdicción.

Así, el artículo 23 dispone que el particular que pretenda hacer valer sus derechos o intereses jurídicamente tutelados en la instancia judicial, ante un acto de la

390 Como ejemplo de ello resulta en materia de medidas cautelares contra el Estado Nacional, la Ley N° 26.854.

Administración Pública que los haya lesionado o los ponga en riesgo, deberá agotar la vía administrativa a través de su impugnación mediante el recurso jerárquico, salvo que se trate de actos que revistan la calidad de definitivos o impidan totalmente la tramitación de la pretensión interpuesta aun cuando no decida sobre el fondo de la cuestión o bien cuando (i) la impugnación se basare exclusivamente en la invalidez o inconstitucionalidad de la norma de jerarquía legal o superior que el acto impugnado aplica; (ii) mediare una clara conducta del Estado que haga presumible la ineficacia cierta del procedimiento, transformándolo en un ritualismo inútil; (iii) se interpusiere una acción de amparo u otro proceso urgente; o (iv) se tratare de actos que fueren dictados en relación con lo que es materia de un proceso judicial, con posterioridad al dictado de la sentencia definitiva y firme.

Asimismo, dicha norma especifica cuáles actos (particulares o generales) agotan por sí la vía administrativa, entre los que se encuentran, en forma taxativa, aquellos que (i) resuelven un recurso jerárquico;(ii) los dictados por el Poder Ejecutivo nacional, a pedido de parte o de oficio, con o sin intervención o audiencia del interesado; (iii) los emanados de los órganos superiores de los entes descentralizados, a pedido de parte o de oficio, con o sin intervención o audiencia del interesado; y (iv) los emanados de los órganos con competencia resolutoria final del Congreso de la Nación, del Poder Judicial o del Ministerio Público, a pedido de parte o de oficio, con o sin intervención o audiencia del interesado.

Finalmente, la norma exime del requisito de agotamiento de la vía administrativa en los supuestos en los cuales (i) se diere el caso de silencio o de ambigüedad; (ii) la Administración violare lo dispuesto en el artículo

9° de la Ley de Procedimiento Administrativo [391]; (iii) la impugnación se basare exclusivamente en la invalidez o inconstitucionalidad de la norma de jerarquía legal o superior que el acto impugnado aplica; (iv) mediare una clara conducta del Estado que haga presumible la ineficacia cierta del procedimiento, transformándolo en un ritualismo inútil; o bien (v) se interpusiere una acción de amparo u otro proceso urgente.

Finalmente, la norma exceptúa del sistema de agotamiento de la vía a través de la impugnación, a los actos administrativos de carácter general, para los casos en los cuales (i) el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente dichos derechos o intereses, y el interesado haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó y el resultado fuere adverso o se haya configurado el silencio negativo; (ii) la impugnación judicial se efectúe por la vía de amparo o procesos urgentes; (ii) la impugnación de los decretos del Poder Ejecutivo Nacional dictados en ejercicio de las facultades que le confieren los artículos 76, 80 y 99, inciso 3° de la Constitución Nacional y (iv)

391 Artículo 9.- La Administración se abstendrá: a) De llevar a cabo comportamientos materiales que importen vías de hecho administrativas lesivas de derechos o intereses jurídicamente tutelados; b) De poner en ejecución un acto estando pendiente algún recurso administrativo de los que, en virtud de norma expresa, impliquen la suspensión de los efectos ejecutorios de aquél, o que, habiéndose resuelto un recurso administrativo, no hubiere sido notificado; c) De establecer mecanismos electrónicos, informáticos o de otra naturaleza que, mediante la omisión de alternativas u otros defectos o recursos técnicos, tengan por efecto práctico imposibilitar conductas que no estén legalmente proscriptas; d) De imponer por sí medidas que por su naturaleza exijan la intervención judicial previa, tales como embargos, allanamientos u otras de similares características sobre el domicilio o los bienes de los particulares.

cuando la Administración le haya dado aplicación al acto de alcance general mediante actos definitivos y contra tales actos se hubiere agotado sin éxito la instancia administrativa.

5.1.2. La vía reclamatoria

Como resabio de la teoría de la inmunidad soberana, que tuviera como antecedente principal a la venía legislativa, el legislador incorporó al título IV del Decreto-Ley de Procedimiento Administrativo (artículos 30 a 32), la figura del reclamo previo como medio residual [392] de agotamiento de la vía administrativa, aplicable en todos los casos en los cuales se pretenda demandar al Estado Nacional en sentido amplio, salvo excepciones previstas por la norma en forma taxativa.

Así, como requisito previo a demandar al Estado Nacional, el particular deberá articular ante el Ministerio o Secretaría de la Presidencia o autoridad superior de la entidad autárquica, una pretensión que luego será reproducida en sede judicial.

A diferencia de lo estatuido para la vía Impugnatoria, en el marco de la cual, inevitablemente, nos encontramos frente a decisiones de la Administración Pública que en la mayoría de los casos deben ser recurridas a través de los recursos en plazos breves bajo apercibimiento de generar la firmeza de dicho acto, la presente vía carece de plazos para su promoción, sin perjuicio de los genéricos de prescripción previstos en las normas de fondo y del plazo de caducidad que deberá respetarse desde el momento en que la Administración dicte el acto administrativo que resuelva el reclamo.

392 Cassagne, Juan C., ob. cit., p. 472.

Asimismo, la normativa prescribe que la Administración posee noventa (90) días para resolver el reclamo formulado por el particular, el cual vencido, le permite a éste interponer un pedido de pronto despacho, y si el Estado dejase transcurrir otros cuarenta y cinco (45) días sin pronunciarse, se configurará el silencio administrativo [393], dejando expedita la vía judicial, pudiendo el particular iniciar la demanda en cualquier momento, a la que no le serán aplicados los plazos de caducidad previstos para la vía impugnatoria, sin perjuicio de los plazos de prescripción, y, teniendo en cuenta para el caso en los cuales efectivamente la Administración Pública se pronuncie mediante acto administrativo, para lo cual deberá respetar los ciento ochenta (180) días hábiles judiciales, bajo apercibimiento de interponerse la demanda fuera del plazo de caducidad, extremo que acarrearía el rechazo de la demanda.

Ahora bien, sin perjuicio de que la norma exime a los particulares de la obligación de dar cumplimiento al plazo de caducidad como requisito previo en los casos en los cuales se haya generado el silencio administrativo, en tanto, como sostiene LIMA [394], éste resulta una mora en favor del interesado, que deberá atenerse únicamente a los plazos de prescripción previstos por el artículo 22 de dicha norma [395].

---

393 La norma dispone la posibilidad de que, en casos de complejidad o emergencia pública, ambos plazos puedan ampliarse hasta un máximo de ciento veinte (120) y sesenta (60) días, respectivamente.

394 LIMA, Fernando E., "El silencio de la administración y la habilitación de la instancia judicial", en *Una mirada desde el fuero Contencioso Administrativo Federal sobre el Derecho Procesal Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, p.148.

395 Artículo 22.- El plazo de prescripción para solicitar la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo de alcance

Finalmente, la LNPA exime de instar el reclamo administrativo en forma previa a la interposición de la acción judicial para los casos en los cuales:

- Se tratare de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente;
- Se reclamen daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad contractual o extracontractual o se intentare una acción de desalojo contra él o una acción que no tramite por vía ordinaria; o
- Mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil.

Entre los casos señalados, el del ritualismo inútil es el que ha generado mayor controversia respecto de su configuración; al respecto, se lo ha definido como el rigorismo estéril tanto en su sentido sustancial como formal por parte de la Administración [396], por el cual el legislador comprendió la inutilidad para los casos allí encuadrados de instar un reclamo previo a la vía judicial.

Al respecto, la jurisprudencia ha establecido los alcances y caracteres del instituto, al establecer que éste se configura en los casos en los cuales el reclamo previo supere el límite de lo razonable. Ejemplo de ello configurarían las numerosos resoluciones desestimatorias de

---

particular será de diez (10) años en caso de nulidad absoluta y de dos (2) años en caso de nulidad relativa, desde notificado el acto.

396 Caratini, Marcelo Gustavo, "El ritualismo inútil como principio jurídico en la habilitación de la instancia judicial", en *Una mirada desde el fuero Contencioso Administrativo Federal sobre el Derecho Procesal Administrativo'*, cit., p. 167.

reclamos análogos presentados y rechazados [397], o bien, cuando en función de los plazos con los que contase la Administración para resolver, pudiese considerarse denegado el derecho, por ejemplo en materia de amparo [398], pudiendo entenderse que el ritualismo inútil como medio tendiente a excusarse del reclamo previo se ve configurado en los casos en los cuales hubiese mediado una clara conducta por parte del Estado que hiciese presumir su eficacia.

5.1.3. Recursos judiciales directos

La impugnación judicial de los actos administrativos puede entablarse por vía de acción ante la primera instancia, o por vía de recurso directo ante la Cámara respectiva, siempre que una norma expresa así lo autorice; el artículo 25 de la ley 19.549 hacía referencia a ellos.

Los llamados recursos directos para ante distintas Cámaras de Apelaciones que diversas leyes prevén para la revisión judicial de los actos administrativos, incluidos aquellos que revisten naturaleza materialmente jurisdiccional, no constituyen recursos procesales, sino acciones judiciales de impugnación de instancia única, para cuya sustanciación, salvo disposición expresa en contrario de la pertinente ley que lo instituye, resultan aplicables las normas que regulan el procedimiento judicial de éstas.

No son sino acciones procesales de un tipo especial que se inician generalmente por ante segunda instancia, pero también puede serlo ante la primera como instancia única y por ende, carecen de efecto suspensivo respecto del acto administrativo que se impugna a través de ellas.

397 CNFed.CA, Sala II, 18/VI/95 “Macera”.

398 CNFed. CA. Sala II, 12/IX/96, “Cidecon Internacional S.A.”.

Salvo que se hubiese requerido el dictado de una medida cautelar de suspensión de la ejecutoriedad del acto administrativo o el dictado de una medida de no innovar.

La elección de este camino procesal no dispensa del cumplimiento de las condiciones de admisibilidad inherentes a todo tipo de demanda en esta materia. Vale recordar que los presupuestos de admisibilidad son el agotamiento de la vía administrativa y su interposición dentro del plazo legal en tanto los sustanciales consisten en la legitimidad de la pretensión y su formulación previa en sede administrativa.

Un interrogante que se suele plantear es si la vía de la demanda contenciosa y el recurso judicial directo son excluyentes u optativas. La primera respuesta es la que se condice con la doctrina de la CSJN, en cuanto a que no es facultad del afectado elegir la vía u órgano jurisdiccional [399].

El artículo 44 de la Ley 27.742 incorpora el artículo 25 bis [400] a la Ley 19.549, desarrollando las características

399 Fallos, 312:1724 "Donaruma".

400 Artículo 25 bis: "Cuando en virtud de norma expresa la impugnación judicial del acto administrativo deba hacerse por vía de recurso, el plazo para deducirlo será de treinta (30) días hábiles judiciales desde la notificación de la resolución definitiva que agote la instancia administrativa. Quedan derogadas todas las prescripciones normativas especiales que establezcan plazos menores. En ningún caso el órgano administrativo ante quien se interponga el recurso judicial podrá denegar su procedencia, debiendo limitarse a elevarlo al tribunal competente. Salvo que se hubiese fijado un plazo menor, el plazo para la elevación del expediente será de cinco (5) días. Si no se cumpliere este plazo, el interesado podrá ocurrir directamente ante el tribunal judicial. En el recurso judicial deberá acompañarse la prueba documental y ofrecerse todas las demás pruebas de que se intentare valer, cuya pertinencia y admisibilidad

de estos recursos. En principio, se mantiene el plazo de 30 días hábiles judiciales, pero se deroga toda norma que establezca un plazo diferencial, por lo tanto, a partir de ahora todos los recursos directos constan de un plazo de 30 días para su interposición. Queda el interrogante respecto a qué ocurriría si posteriormente se sanciona una nueva ley que establezca un plazo menor. Sumado a ello, el nuevo artículo trae tres cambios importantes.

1) Aclara expresamente que el órgano administrativo no podrá denegar la procedencia del recurso, debiendo limitarse a elevarlo. Esto viene a zanjar una práctica a través de la cual la Administración Pública se arrogaba la facultad de realizar un control formal del recurso interpuesto. Luego, el artículo aclara que la Administración cuenta con un plazo de cinco días para elevar el expediente y le otorga al interesado la facultad de concurrir directamente a sede judicial en caso de que dicho plazo no se cumpla. Esto, entendemos, viene a contrarrestar la tendencia de la Administración Pública de tomarse meses para la contestación del recurso y elevación del expediente a sede judicial.

2) Luego, el nuevo artículo establece expresamente que los interesados podrán acompañar y producir prueba en los recursos directos, algo continuamente cuestionado por la Administración al contestar los recursos directos y considerado por la jurisprudencia como de excepción. Sin perjuicio de ello, los jueces conservan la

---

será evaluada por el tribunal de conformidad con las pautas previstas en el artículo 364 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Cuando el acto administrativo recurrido hubiere impuesto una sanción pecuniaria su cumplimiento no podrá ser exigido como un requisito de admisibilidad del recurso judicial. Quedan derogadas todas las prescripciones normativas que dispongan lo contrario".

facultad para determinar la pertinencia o no de la prueba ofrecida.

3) Por último, la reforma deroga todas las normas particulares que hayan previsto la obligación del pago de la multa como requisito previo de admisibilidad del recurso. Lo allí dispuesto, sin embargo, no implica que la Administración Pública no pueda proceder a la ejecución de la multa aun cuando se hubiese interpuesto un recurso directo, sino únicamente que la falta de pago no puede ser causal de rechazo del recurso.

5.2. Presupuestos del proceso

5.2.1. La habilitación de la vía judicial

Son varios los requisitos para la habilitación de la instancia o presupuestos procesales que sirven como paso previo a la instancia contencioso administrativa; entre ellos, pueden enumerarse la legitimación, el cumplimiento del '*solve et repete*, el agotamiento de la vía administrativa y la interposición de la acción judicial dentro del plazo judicial de caducidad, y como ha sostenido Monti [401], la mayoría de éstos resultan consecuencia del régimen exorbitante de la Administración Pública.

De todos los requisitos antes enumerados, el régimen de habilitación de la instancia administrativa y el plazo de caducidad han sido los que mayor crítica han recibido por parte de la doctrina.

En relación al agotamiento de la vía administrativa como paso previo al acceso al plano judicial, el título IV

401 Monti, Laura, (2015) *Habilitación de la instancia contencioso administrativa en el orden federal, aportes para la sistematización de la normativa contencioso administrativo federal,* infojus, p. 111.

de la Ley de Procedimiento Administrativo dispone que podrá efectuarse mediante la vía reclamatoria o la impugnatoria, dependiendo del caso, existiendo en la actualidad, como ya se mencionara, con motivo de la última reforma que ha acaecido en la citada norma [402], diversas excepciones que han permitido el acceso de forma directa a la instancia jurisdiccional.

Sin perjuicio de las críticas recibidas, la legalidad y el control de oficio por parte de los órganos jurisdiccionales de ambos requisitos han sido históricamente acogidos, no suscitando al día de hoy, salvo en casos excepcionales, verdaderos reproches.

En tal sentido, a través de los precedentes "Gorordo" [403] y "Tajes" [404] dictados por la Corte Suprema de Justicia y mediante el plenario "Romero" [405], dictados por la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal se resolvió que el paso previo para que el órgano jurisdiccional examine las cuestiones de fondo, resulta el control oficioso respecto del cumplimiento de los recaudos o requisitos procesales, no resultando posible, en función de las razones de interés público que rodean la relación jurídica en disputa, la renuncia o convenios modificatorios en lo que hace a su verificación [406].

Estos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cobran plena vigencia, en función de la modi-

402 Ley N° 27.742 B.O. 8/7/2024.

403 Corte Suprema, *Fallos*, 322:73, del 4 de febrero de 1999.

404 Corte Suprema, *Fallos*, 322:555, del 31 de marzo de 1999.

405 C. Nac. Cont. Adm. Fed., en pleno, JA 1999 - III-122 y LL 1999-E-192, del 15 de abril de 1999.

406 Corte Suprema, *Fallos*, 200:196, 1994.

ficación del artículo 31 de la ley 19.549 por la ley 27.742 que quitó la exigencia del control de oficio de los requisitos de admisibilidad.

La vía impugnatoria como paso previo al acceso a la instancia judicial se encuentra regulada entre los artículos 23 y 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549 y, tal como ha sostenido Mairal [407], solamente resulta de forzosa aplicación cuando se pretende únicamente la anulación de un acto administrativo particular o general, dado que en el resto de los casos las situaciones quedan inmersas en el régimen reclamatorio, que será analizado más adelante.

5.2.2. El plazo de caducidad

A modo de requisito o presupuesto procesal que debe necesariamente cumplirse al momento de interponer la demanda, la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo ha instituido al plazo de caducidad, figura que ha sido materia de larga controversia, y que se caracteriza por sus plazos breves y su naturaleza perentoria, automática y fatal, cuyo efecto resulta la pérdida o extinción del derecho no ejercido [408].

La LNPA, a través de su reforma mediante Ley N° 27.742 ha extendido el señalado plazo a ciento ochenta (180) días hábiles judiciales [409], que se computarán desde la notificación del acto al interesado en los casos de actos de alcance particular, de alcance general con-

407 Mairal, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Depalma, 1984, p. 316.

408 Cassagne, Juan C., *Ley de Procedimiento Administrativo*', La Ley. p. 453.

409 Dejando atrás el breve plazo de noventa (90) días.

tra los que se hubieren formulado reclamo y resuelto negativamente en forma expresa y de actos de alcance general impugnados a través de actos individuales de aplicación.

Ahora bien, cuando nos encontremos ante hechos administrativos, la norma postula que comenzarán a correr desde que éstos hubieran sido conocidos por el afectado, no existiendo plazos para los casos en los que el Estado configurase vías de hecho administrativas, sin perjuicio de los plazos de prescripción.

5.3. Aplicación supletoria del Cód. Proc. Civil y Comercial de la Nación

A diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los Estados que conforman la República Argentina [410], no se ha dictado hasta la fecha un Código Procesal en lo Contencioso Administrativo Federal, por lo que los jueces, al día de hoy, utilizan el citado título IV de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo comentada y en forma subsidiaria, las normas procesales previstas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en cuanto su regulación no entre en conflicto con lo regulado por la LNPA.

Asimismo, algunos institutos procesales, tales como las medidas cautelares contra el Estado Nacional, se encuentran regidos por normas específicas, por caso, la Ley N° 26.854 [411].

410 Ley 12.008 en la Provincia de Buenos Aires; Ley N° 2403 en la Provincia de Catamarca; Ley N° 7182 en la Provincia de Córdoba; Ley N° 4106 en la Provincia de Corrientes, entre otras.

411 B.O. 30/4/2013.

Ahora bien, la carencia de un Código Procesal regulador de la materia ha suscitado, entre otros, distintos avatares que han debido ser resueltos por la jurisprudencia en la materia, entre ellos, la cuestión relativa a la conformación de la materia contencioso-administrativa, así como cuestiones específicas en relación a las pretensiones, las medidas probatorias y la ejecución de las sentencias contra el Estado.

Tal como explicamos, en el ámbito federal, solamente en la Capital Federal existen Juzgados especializados en la materia Contencioso Administrativa, dado que, en el resto del país, existen juzgados multifueros.

Desde su creación en el año 1948 [412] los jueces han ido moldeando la materia contencioso administrativa que ha sido materia de largos debates, sin perjuicio de que, a simple vista, pareciera sencillo, dado lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto sostuvo que la competencia de los jueces en lo contencioso administrativo se encontraba signada por la aplicación de las normas de Derecho Administrativo, más allá de la persona de la cual emanase el acto o hecho [413], resultando, asimismo, la participación de la Administración Pública una fuerte presunción respecto de la competencia, pero, sin perjuicio de esto, como ha sostenido Bordelois [414] la doctrina se ha volcado, en su mayoría, a considerar un cri-

412 Conf. leyes 12.967, 21.628 y 21.752.

413 Conf. Gabriela Seijas, "La materia contencioso administrativa" en Tawil, Guido S. *Derecho Procesal Administrativo*', ob. cit. p. 95, mención a fallo 321:720.

414 Bordelois, Gabriela Laura, en *Una mirada desde el fuero Contencioso Administrativo Federal sobre el Derecho Procesal Administrativo*, cit., p. 38.

terio objetivo para determinar la competencia material en lo contencioso administrativo, otorgándole más peso a las normas aplicables a la relación jurídica entre las partes que a los sujetos que formen parte del litigio [415].

6. Ejecución de las sentencias contra la Nación

6.1. La sentencia de condena

El Profesor González Pérez (1999) señala que "… la tutela jurisdiccional supone la plena satisfacción de las pretensiones conforme al ordenamiento jurídico. La tutela no se agota en una sentencia en qué el juez, investido de las más amplias potestades, adopte cuantas medidas y providencias fuesen necesarias para poner fin a la situación litigiosa y restablecer el orden jurídico perturbado. Es decir, no se agota en el mandato que supone toda sentencia, ya que la tutela no será efectiva hasta que se efectúe el mandato judicial y el que acciono obtenga lo pedido" [416]. Se advierte entonces en el orden de los derechos y en especial en el proceso contencioso administrativo el lugar que ocupa la debida ejecución de las sentencias judiciales

Recordemos que la tutela judicial efectiva es uno de los principios fundamentales, que fue plasmado en nuestra

415 Para ello, la autora efectuó un análisis cuantitativo de las causas resueltas por los jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, haciendo alusión expresa a la causa "Vázquez", resuelta por la Sala V, que remite al fallo plenario "Miguel Boccardo" y en la causa "Cablevisión".

416 González Pérez, Jesús (1999), "La Constitución y la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa", en Revista de Derecho Administrativo", Depalma, Buenos Aires, n° 30-32, p. 43.

Constitución Nacional en el artículo 18 y luego en el año 1994 en el art. 75 inciso 22 por medio de la atribución de jerarquía constitucional a las prescripciones del Pacto de San José de Costa Rica. La tutela incluye el establecimiento de reglas efectivas para la ejecución de las sentencias que condenan al Estado y a sus entidades.

La mencionada relación entre los principios de separación de poderes y tutela judicial efectiva con la ejecución de los mandatos judiciales condenatorios contra el Estado ha sido especialmente puesta de relieve por los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado: "Para que el Poder Judicial pueda servir de manera efectiva como órgano de control, garantía y protección de los derechos humanos, no sólo se requiere que éste exista de manera formal, sino que además sea independiente, imparcial y que sus sentencias sean cumplidas. Ello constituye un derecho que los Estados miembro de la OEA y especialmente los Estados parte de la Convención Americana se encuentran en la obligación de respetar y de garantizar a toda persona sujeta a su jurisdicción".

Continúa expresando que "El cumplimiento de las sentencias del poder judicial está íntimamente relacionado entonces con el concepto mismo de la función jurisdiccional del Estado. El principal objetivo de dicha función es satisfacer la realización del derecho y la garantía del orden jurídico y de la libertad individual en los casos concretos y mediante decisiones que obliguen a las partes del respectivo proceso, para que haya paz y armonía social. El corolario de la función jurisdiccional es que las decisiones judiciales sean cumplidas, ya sea de forma voluntaria o de manera coercitiva, con el auxilio de la fuerza

pública de ser ello necesario. El incumplimiento de sentencias judiciales no sólo afecta la seguridad jurídica sino también vulnera los principios esenciales del Estado de derecho. Lograr la ejecución de las sentencias judiciales constituye así un aspecto fundamental a la esencia misma del Estado de derecho".

Asimismo, la Comisión destacó que "la obligación de los Estados, prevista en el art. 25 de la Convención, de establecer un recurso efectivo que redunde en el desarrollo de un proceso con las debidas garantías, incluye el deber de diseñar e implementar mecanismos que garanticen la efectiva ejecución de las sentencias que dicta el Poder Judicial de cada Estado" [417].

En igual sentido, la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en el conocido caso "Baena", ha señalado: "Para satisfacer el derecho de acceso a la justicia, no es suficiente con que en el respectivo proceso o recurso se emita una decisión definitiva, en la cual se declaren derechos y obligaciones o se proporcione la protección a las personas. Además, es preciso que existan mecanismos efectivos para ejecutar las decisiones o sentencias,

417 Corte Interamericana de Derechos Humanos, informe 110/00, caso 11.800, "César Cabrejos Bernuy, Perú", 4/12/2000. En el caso se había demandado al Estado peruano por haber violado el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 25, Convención Americana, por incumplir sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la segunda sala civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Dichas sentencias habían dispuesto en dos oportunidades la reincorporación del Sr. Cabrejos Bernuy al cargo de coronel de la Policía Nacional del Perú, y las autoridades reincorporaron dos veces al peticionario a su cargo, pero lo volvieron a pasar a retiro de forma inmediata, reproduciendo en ambas oportunidades el respectivo acto administrativo. La Corte IDH concluyó que Perú había violado los arts. 25 y 1º.1 de la Convención.

de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados. La ejecución de tales decisiones y sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso a la justicia, entendido éste en sentido amplio, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva. Lo contrario supone la negación misma de este derecho" [418].

A su vez, como se expresara precedentemente, en la causa "Furlan y familiares" el tribunal ha sostenido: "En los términos del art. 25 de la Convención, es posible identificar dos responsabilidades concretas del Estado. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento. Por tanto, la efectividad de las sentencias depende de su ejecución. Esto último, debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del de-

418 CIDH caso "Baena Ricardo y otros v. Panamá", sent. del 28/11/2003.

recho involucrado". Asimismo, el tribunal ha expresado "que para lograr plenamente la efectividad de la sentencia la ejecución debe ser completa, perfecta, integral y sin demora" [419].

6.2. Evolución histórica. Etapas

Al igual que la demandabilidad del Estado, podemos sistematizar el análisis de la evolución histórica de este instituto en nuestro ordenamiento jurídico en cuatro etapas. Ello se debe a que existen tres hitos fundamentales que han determinado sustanciales cambios de rumbo, respecto del paradigma preexistente en la cuestión. Ellos son la sanción de la ley 3952; las sentencias dictadas en las causas "Novaro de Lanús" y "Pietranera", y finalmente la promulgación de una serie de normas de distinta jerarquía, sancionadas la mayoría de ellas durante períodos de emergencia económica en las últimas décadas y cuya vigencia se extiende hasta nuestros días.

De esta manera las cuatro etapas que se pueden individualizar son las siguientes: la primera, que se extiende desde los albores de la patria hasta la sanción de la ley 3952 (1900); la segunda desde la promulgación de la mencionada norma hasta mediados de la década del sesenta del siglo pasado, cuando la Suprema Corte dictó las sentencias antes mencionadas; la tercera, que abarca desde dichos precedentes hasta finales de la década de 1980; y la cuarta y última desde dicha fecha y caracterizada por la emergencia económica.

419 CIDH caso "Furlan y familiares v. Argentina", sent. del 31/8/2012 y sus citas.

6.2.1. La indemandabilidad y la venia legislativa

Desde la sanción de la Constitución Nacional la regla fue la indemandabilidad del Estado. Esta prohibición constituía una rémora de los antiguos sistemas monárquicos afincada en el aforismo anglosajón, según el cual *The King can´t do no wrong* (el rey no puede equivocarse). No se discutía siquiera la ejecución de las sentencias contra una entidad pública, sino su justiciabilidad ante los estrados judiciales

Las primeras sentencias de nuestro Superior Tribunal sostenían este argumento estableciendo que "… es uno de los atributos de la soberanía reconocido universalmente que el que la inviste no puede ser arrastrado ante los tribunales de otro fuero sin su expreso consentimiento por particulares, a responder de sus actos, y ser apremiado al cumplimiento de las obligaciones que de ellos puedan resultarle Cuyo cumplimiento está sujeto a reglas especiales y tienen por garantía la buena fe" [420]. Esta interpretación del artículo 100 de la Constitución (actual artículo 116) se complementaba con la aclaración de que de dicha indemandabilidad no se sigue que los acreedores de la Nación carezcan de los medios de hacer valer sus derechos pudiendo ocurrir al Congreso, que es quien está facultado para arreglar el pago de la deuda pública.

En la causa "Domingo Mendoza y Hermano c/Provincia de San Luis s/derechos de exportación" (*Fallos*, 1:485, del 3 de mayo de 1865), la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin desconocer la raíz de la teoría de la indemandabilidad del Estado Nacional, sostuvo su competencia

420 *Fallos*, 1:317. "Vicente Seste y Antonio Seguich c/Gobierno Nacional".

cuando se suscitase una controversia entre particulares y una provincia.

De esta forma se morigera la prohibición absoluta otorgándole potestad al Poder Legislativo para autorizar a demandar al Estado.

Como mencionáramos previamente, es con las leyes 475 y 675 de 1874 que el Congreso Nacional estableció que las reclamaciones contra el Estado requerían previa autorización legislativa en la medida en que se había entendido hasta ese momento; a pesar del claro texto constitucional, que si bien el Estado podía ser actor no podía ser demandado.

En síntesis, sólo se lo podía demandar para el caso en que se requiriese previamente ante el Congreso Nacional el dictado de la ley que autorizase la demanda judicial.

6.2.2. El efecto declarativo de las sentencias

Como dijéramos anteriormente, la entrada en vigor de la ley 3952 del año 1900 fijó como regla la viabilidad de las acciones entabladas contra el Estado, aunque supeditando su procedencia al recaudo de haber interpuesto reclamo administrativo previamente.

El artículo séptimo de la misma ley estableció: "las decisiones que se pronuncien en estos juicios cuando sean condenatorios contra la nación tendrán carácter meramente declaratorio, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretenda".

Este temperamento fue normalmente justificado por medio de dos fundamentos. En primer lugar, se invocó la normativa constitucional que atribuye al Poder Legislativo las competencias para crear recursos públicos y asignar su destino al pago de la deuda pública (art. 67, incisos primero, segundo, tercero y sexto -actuales artículo 75 incisos primero. Segundo. tercero y séptimo de

la Constitución Nacional-). En segundo lugar, se consideró que esta característica tiene por objeto evitar que la Administración por efecto de un mandato judicial perentorio puede haberse colocado en situación de no poder satisfacer el requerimiento por falta de fondos previstos presupuestariamente, alterando la normal marcha de la gestión económica del país.

Esta norma es contradictoria, pues asigna carácter declaratorio a lo que jurídicamente es una condena contra la Nación; tal como está redactada, establece un privilegio que deja sin efecto el artículo 100 de la Constitución Nacional. El constituyente jamás supuso que la demandabilidad de la Nación ante la Justicia podría frustrarse cuando la sentencia fuere condenatoria. "Una sentencia que reconoce un derecho y que luego es meramente declaratoria, esa expresión de razonabilidad y un derecho que sólo se reconoce como declaración no es efectivamente derecho, porque le falta la materialización del respeto que merece todo acto reconocido" [421]. En el mismo sentido la no ejecutoriedad de la sentencia de condena, es decir su carácter meramente declarativo, no puede concebirse como una prerrogativa estatal, sino que configura una evidente inconstitucionalidad [422].

Bianchi, luego de aclarar que la inconstitucionalidad de la norma es sobreviniente al dictado de la ley o sea que no ha nacido originariamente con ella, resalta que son tres los derechos constitucionales que esta norma vul-

421 Fiorini, Bartolomé (1976), *Derecho Administrativo*, t. II Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 675.

422 Botassi, Carlos A., "Ejecución de sentencias contra el Estado en el nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires", LL 2000-E-1116.

nera. En primer lugar, el derecho de propiedad (art. 17 CN), en segundo lugar el derecho de la defensa en juicio tutelado por el artículo 18 de la Constitución Nacional, y en tercer lugar el derecho a la igualdad, el que sufre afectación a través de esta norma [423].

Por su parte Gallegos Fedriani señala que esta norma contraría el principio de ejecución judicial que rige en nuestro Derecho ya que es la última tentativa de la Administración para burlar o dilatar su sometimiento a la ley olvidando que sin ese sometimiento absoluto la Justicia contencioso administrativa puede llegar a ser un espejismo [424].

6.2.3. El sistema creado pretorianamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Luego de un período inicial en el cual se juzgó constitucional el dispositivo normativo inserto en el artículo séptimo de la ley 3952, la Corte Suprema comenzó, a partir de la década del 1940, por establecer excepciones a dicha regla en casos de juicios de expropiaciones [425] o cuando

423 Bianchi, Alberto B., "Inconstitucionalidad sobreviniente del art. 7° de la ley de demandas contra la Nación", ED 118-827.

424 Gallegos Fedriani, Pablo O., "Ejecución judicial de las sentencias de contenido dinerario contra el Estado de acuerdo con la nueva legislación y conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", ED 189-668.

425 Sostuvo la Corte Suprema que "la disposición legal en virtud de la cual las sentencias dictadas contra la Nación tienen efectos declaratorios, es inaplicable a los casos de expropiación en los que el Congreso determina los recursos con los cuales deberá pagarse la indemnización correspondiente, y el dueño que ha sido provisoriamente despojado tiene el derecho de pedir el mandamiento una vez que la justicia haya fijado definitivamente el monto de la indem-

las demandas habían sido entabladas contra entidades autárquicas [426], o cuando se plantean interdictos de recobrar la posesión [427].

Proseguiremos relatando lo decidido en la causa "Noemí Novaro de Lanús y ots. c/Nación Argentina" [428]. Se trató de una demanda por desalojo de un inmueble en la que los actores arrendaban a la Nación y donde funcionaba una escuela cuyo contrato estaba hartamente vencido. El interés de este pronunciamiento radicó en que las instancias que intervinieron con anterioridad a que lo hiciera la Corte Suprema de Justicia de la Nación coincidieron, en general, en que era procedente decretar el desalojo del inmueble. Ello, sin perjuicio de la existencia de jurisprudencia que consideró aplicable lo dispuesto por el artículo 7° de la Ley N° 3952 a casos de desalojo.

Sin perjuicio de que la mayoría de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia -el 29 de diciembre de 1965-, revocó el decisorio haciendo aplicación de lo dis-

---

nización" (*Fallos*, 186:151, y en el mismo sentido *Fallos*, 217:420; 241:382, 247:190, entre muchos otros).

426 *Fallos*, 253:312, "Figueroa" (03/08/1962); se analizó si el artículo séptimo de la ley 3952 se podía extender a los entes autárquicos que cumplen funciones especiales únicamente estatales y se recordó la doctrina del caso "Dreyfus" (12/12/1961) que estableció que no deben, sin más, extenderse a los juicios con las reparticiones autárquicas.

427 *Fallos*, 247:190; dijo la Corte que "la disposición legal mencionada -artículo séptimo de la ley 3952- no impide la ejecución de sentencia que hizo lugar al interdicto de recobrar la posesión deducido contra la Nación, y dispuso que ésta restituyera los bienes litigiosos dentro del plazo de 10 días, bajo apercibimiento de librar el mandamiento pertinente". (CSJN "La Editorial").

428 *Fallos*, 264:554.

puesto por la Ley 3952, hubo disidencias de los doctores Pedro Aberastury y Carlos Juan Zavala Rodríguez. Se comenzaba a andar un nuevo camino en esta cuestión, por lo que resultó importante en este rumbo el ya citado caso "Figueroa, Andrés Alejandro c/Universidad Nacional de Buenos Aires s/desalojo".

Para decidir de este modo, la mayoría recordó los fallos en que se ha hecho aplicación para los desalojos del criterio del efecto declarativo de las sentencias; y, a la vez, reconoció que se había convalidado "una posible intervención judicial ulterior a la sentencia de la causa para los supuestos de una irrazonable dilación en el acatamiento del fallo".

En el Considerando 4°) de su decisión expresó: "... resulta claro de las circunstancias de la causa la manifiesta necesidad, por parte del organismo de que se trata, de atender a la buena marcha de la función pública específica que cumple. Aspecto este que particularmente tutela el art. 7º de la Ley 3952, según así lo ha reconocido esta Corte -ver *Fallos*, 253:312 y 439, entre otros- y en el que encuentra fundamento aquella norma, además de lo atinente a la determinación del destino de las rentas públicas que, con arreglo a la Constitución Nacional, es de la incumbencia del Poder Legislativo".

El caso "Pietranera"

Este era el estado de la jurisprudencia cuando la Corte decidió el caso "Pietranera" [429]. La interpretación que de este artículo séptimo efectuó la Corte Suprema Nacional vino a solucionar un antiguo y largo

429 *Fallos*, 265:291 de 7 de septiembre de 1966.

problema. Este impecable precedente se convertiría en la piedra angular de todo el sistema de ejecución de sentencias contra el Estado Nacional. La doctrina del fallo "Pietranera" será luego incorporada a las leyes de consolidación de la deuda pública nacional dictadas en 1991 y 2000.

Los hechos del fallo "Pietranera" fueron los siguientes. el Gobierno Nacional apelaba una sentencia que lo intimaba a que dentro del plazo perentorio de diez días manifestase la fecha en que habría de desalojar el inmueble de los actores, bajo apercibimiento de establecer judicialmente la fecha. El representante del Estado sostuvo en su apelación que tal decisorio contraría lo dispuesto por el art. séptimo de la ley 3952, según la cual las condenas contra la Nación tienen efectos meramente declarativos.

Según la jurisprudencia que hasta aquí se venía aplicando, la sentencia debía ser revocada por la Corte Suprema. Pero no fue así, vemos cómo la Corte resuelve el caso en forma distinta. Podemos hacer una comparación entre la situación de este pleito y la existente en el caso "Novaro de Lanús" (*Fallos*, 264:554).

En uno y en otro, el juez había intimado al Estado para que dentro de un plazo manifestara la fecha en que haría efectivo el desalojo, bajo apercibimiento de fijarla de oficio. En el caso "Novaro de Lanús" el plazo acordado al Estado había sido de veinte días; en "Pietranera" era de diez días. En aquél habían transcurrido más de cuatro años desde la sentencia de desalojo; en éste sólo habían pasado seis meses. Sin embargo, la decisión de la nueva Corte fue favorable a la intimación, en tanto que la de la anterior había sido contraria.

La Corte rechazó el recurso y confirmó la decisión de la alzada. Para así resolver, sostuvo: "Que la regla

del art. séptimo ley 3952, ha de entenderse en su significado cabal. Su propósito no es otro que evitar que la Administración Pública pueda verse colocada, por efecto de un mandato judicial perentorio, en situación de no poder satisfacer el requerimiento por no tener fondos previstos en el presupuesto para tal fin o en la de perturbar la marcha normal de la Administración Pública. Desde ese punto de vista, la norma aludida es razonable. Pero en modo alguno significa una suerte de autorización al Estado para no cumplir las sentencias judiciales. tanto como colocarlo fuera del orden jurídico, cuando es precisamente quien debe velar con más ahínco por más ahínco. Por ello, ha dicho este tribunal que el art. 7º, ley 3952, no descarta la pertinencia de una intervención judicial tendiente al adecuado acatamiento del fallo, en el supuesto de una irrazonable dilación en su cumplimiento por la Administración Pública (*Fallos*, 253:312). Y en un caso en el que se trataba de un interdicto de recobrar la posesión, mediando un acto estatal manifiesto y gravemente ilegítimo de despojo o privación 'por la fuerza' de la posesión de un particular, se sentó el principio de que reconocer carácter declarativo a la sentencia que ordena su cesación, sería tanto como admitir que aquella norma -art. 7º, ley 3952- autoriza la frustración de la garantía constitucional de la propiedad (*Fallos*, 247:190)". "Que en el caso de autos la legitimidad de arbitrar una prudente medida destinada a hacer cumplir la sentencia aparece palmaria, ya que otra interpretación del art. 7º, ley 3952, conduciría a ponerlo en colisión con la aludida garantía constitucional de la propiedad. Se ha dispuesto por sentencia firme el desalojo del inmueble ocupado por el Estado; la prolongación sine die de esta ocupación sin derecho vendría a ser una suerte de expropiación sin indemni-

zación o, cuanto menos, una traba esencial al ejercicio del derecho de propiedad" [430].

6.3. La emergencia económica y la ejecución

En esta última etapa, la que se extiende hasta nuestros días, se verifica un quiebre en la tendencia en que se desarrollaba la evolución histórica de la ejecución de sentencias contra el Estado. Como hemos visto, existió una tendencia hacia la plena ejecutoriedad de las decisiones judiciales ya que como se observó se pasó de las indemandabilidad al efecto declarativo de las sentencias, y luego de ese período al siguiente en el cual pretorianamente se había elaborado un procedimiento de ejecución.

A este proceso puede atribuírsele un punto de partida con el dictado del decreto de necesidad y urgencia 2196/86; mediante esta norma se dispuso la paralización de todos los juicios promovidos o que se iniciaren contra las cajas nacionales de previsión por cobro de reajustes jubilatorios, así como las ejecuciones de sentencia correspondientes a tales conceptos desde la fecha de su sanción hasta el 31/12/88 -sanción de la ley 23.568-.

6.3.1. La suspensión de la ejecución de las sentencias por razones de "emergencia"

No se debe confundir la facultad que tiene la Administración para postergar o sustituir por una indemnización el mandato de una sentencia de condena, con el ejercicio de poderes de emergencia. Estos últimos presuponen un estado de necesidad que comprometa gravemente el interés general. Además, su ejercicio corresponde al Congre-

430 *Fallos*, 265:291 Considerandos quinto y sexto.

so Nacional, pues, como producen una alteración en las relaciones contractuales y patrimoniales, está regido por el Derecho común (arts. 75 inc. 12 y 126 de la CN) y no una competencia administrativa.

Frente a una situación de extrema necesidad el Estado puede, dentro de márgenes determinados, declarar la emergencia y postergar el cumplimiento de las sentencias que lo condenan a pagar sumas de dinero. La Corte Suprema resolvió que "cuando por razones de necesidad (el Estado) sanciona una norma que no priva a los particulares de los beneficios particulares legítimamente reconocidos, ni les niega su propiedad y sólo limita temporalmente la percepción de tales beneficios o restringe el uso que puede hacerse de esa propiedad, no hay violación del art. 17 de la Constitución Nacional, sino una limitación impuesta por la necesidad de atenuar o superar una situación de crisis" y estableció los requisitos exigidos para su constitucionalidad: "1) que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunicad; 2) que la ley tenga como finalidad legítima, la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos; 3) que la moratoria (la restricción del derecho) sea razonable , acordando un alivio justificado por las circunstancias; 4) que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria" [431].

6.3.2. El decreto 679/88. La pretendida reglamentación del artículo 7 de la ley 3952

En 1988, el gobierno nacional mediante el decreto N° 679/88 procuró reglamentar el artículo séptimo de la ley

431 *Fallos*, 313:1513 "Peralta".

3952, y se establecieron una serie de requisitos, procedimientos, plazos, comunicaciones y la intervención de órganos, necesarios para que los acreedores del Estado por sentencia definitiva puedan hacer efectivos sus créditos.

El decreto sólo contempló las sentencias que obligaban a pagar sumas de dinero, sin ocuparse de las demás sentencias contra la Administración que la condenaban a hacer o no hacer. Estableció que, si la Secretaría de Hacienda no hiciera efectiva la transferencia de fondos al Procurador del Tesoro para el pago de la liquidación, el juez le podrá fijar a éste un plazo para que cumpla con la condena una vez vencido, "se seguirá adelante con el proceso de ejecución de la sentencia, pudiendo el interesado gestionar las medidas que estime corresponder" (art. 6 del Decreto No 679/88).

Sobre este decreto, existen distintas posturas. Al momento de su dictado, muchas voces se manifestaron contrarias a su constitucionalidad [432], mientras que otros autores consideraron que sus normas habían establecido un régimen de ejecución de sentencias que respetaba el criterio interpretativo mesurado, prudente y respetuoso del espíritu y los fines de la Ley 3952, realizado por la jurisprudencia hasta ese momento [433]; cabe señalar que nunca llegó a aplicarse.

---

432 Tawil, G. S., *Administración y Justicia*, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 484; Mairal, H., "La evolución del régimen de sentencias contra la Nación", L.L. 1988-E, 1203 y ss.

433 Hutchinson, T., *El proceso de ejecución de sentencias contra el Estado*, op. cit., p. 328. Por su parte, Corti, H. (op. cit., p. 525) calificó el mentado reglamento de racional.

6.3.3. La Ley 23.568 [434]. En el art. 2 se fijó un plazo máximo de tres años para el cumplimiento de las sentencias judiciales (sólo paro el ámbito previsional)

Esta noma dispone expresamente en su artículo segundo que: "Las sentencias firmes pasadas en autoridad de cosa juzgada, condenando a las Cajas Nacionales de Previsión integrantes del sistema nacional de previsión social en juicios por cobro de reajustes jubilatorios basados en la impugnación de la determinación del haber, la movilidad de las prestaciones o el haber máximo de jubilación con excepción de aquellas respecto de las cuales los interesados hubieran optado por acogerse al programa de pagos establecido por el artículo 4º del decreto 648/87, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6º del mismo, serán cumplidas dentro de un plazo máximo de tres (3) años, contados a partir de la fecha de vigencia de la presente o de la notificación de la respectiva sentencia si esta última fecha fuere posterior. La Secretaría de Seguridad Social deberá establecer los respectivos cronogramas de pagos tendientes a asegurar la cancelación de por lo menos el cincuenta por ciento (50 %) del monto de las sentencias condenatorias en el curso de los próximos dieciocho (18) meses a partir de la promulgación de la presente. Sin alterar el marco normativo precedente la Secretaría de Seguridad Social queda facultada para ofrecer y acordar propuestas transaccionales en orden a la ejecución de dichas sentencias, de acuerdo con las correspondientes disponibilidades financieras. Los montos de condena cuyo pago queda diferido en virtud de lo dispuesto en este artículo, serán actualizados de acuerdo

434 B.O. 24-06-1988.

con las pautas al efecto fijadas en la respectiva sentencia. Sin perjuicio de lo establecido precedentemente, la Secretaría de Seguridad Social dictará dentro de los treinta (30) días de promulgada esta ley las normas pertinentes con el propósito de liquidar los haberes mensuales de los respectivos beneficiarios conforme a las pautas establecidas en las correspondientes sentencias".

6.3.4. La ley 23.696, la suspensión de la ejecución de las sentencias y laudos arbitrales

En el año 1989, se sanciona la ley 23.696 [435] de reforma del Estado, que declaró en estado de emergencia la prestación de servicios públicos, la ejecución de los contratos del sector público y de la situación económica financiera de la Administración centralizada o descentralizada; en el artículo 50 de dicha ley se suspendió la ejecución de las sentencias y laudos arbitrales condenatorios al pago de una suma de dinero que se hubieran dictado contra el Estado nacional y la Administración centralizada por el término de dos años. Vencido ese lapso el juez de la causa fijaría el término de cumplimiento de las sentencias o laudo arbitral, previa vista al organismo demandado, para que indique el plazo de cumplimiento. En ningún caso, ese organismo podía fijar un plazo mayor al de seis meses. Sí dicho organismo no contestare la vista o indicare un plazo irrazonable conforme las circunstancias de la causa, el término para el cumplimiento lo fijaría el juez.

Se establecieron algunas excepciones, ya que quedaban excluidos del régimen el cobro de créditos laborales o nacidos con motivo de la relación de empleo público; el cobro de indemnizaciones por expropiación; la repetición

435 B.O. 23-08-1989.

de tributos; los créditos por daños en la vida, en el cuerpo o en la salud de las personas físicas o por privación o amenaza de la libertad; o daños en cosas que constituyan elementos de trabajo o vivienda del damnificado; toda prestación de naturaleza alimentaria; los créditos originados en incumplimiento de aportes y contribuciones previsionales y para obras sociales; aportes sindicales no depositados en término; los créditos generados en la actividad mercantil de los bancos oficiales y de la Caja Nacional de Ahorro y Seguro; las jubilaciones y pensiones gobernadas por sus regímenes específicos; las acciones de amparo y las acciones por recuperación patrimonial por bienes ilegítimamente desposeídos.

A su vez esta normativa se vería complementada por los decretos de necesidad y urgencia 34/91; 53/91 y 383/91 mediante los cuales se extendió la suspensión también al trámite de los juicios seguidos contra el Estado.

7. Consolidación de deudas estatales

Las dificultades del Estado Nacional para hacer frente al abultado pasivo judicial y la precaria situación económica del país dieron lugar al dictado de una sucesiva normativa por las cual se dilató y suspendió el cumplimiento de las sentencias condenatorias a pagar sumas de dinero.

7.1. Normativa sobre consolidación

El 21 de agosto de 1991 se sancionó la Ley N° 23.982 [436], que consolidó en el Estado nacional las obligaciones ven-

436 B.O. 23-08-91.

cidas o de causa o de título anterior al 1° de abril de 1991 que consistieran en el pago de sumas de dinero, o que se resolvieran en el pago de sumas de dinero en los casos que el artículo primero [437] de la medida refería.

437 "Consolídanse en el Estado nacional las obligaciones vencidas o de causa o título anterior al 1 de abril de 1991 que consistan en el pago de sumas de dinero, o que se resuelvan en el pago de sumas de dinero, en cualquiera de los siguientes casos: a) Cuando medie o hubiese mediado controversia reclamada judicial o administrativamente conforme a leyes vigentes acerca de los hechos o el derecho aplicable. b) Cuando el crédito o derecho reclamado judicial o administrativamente, o susceptible de ser reclamado judicial o administrativamente haya sido alcanzado por suspensiones dispuestas por leyes o decretos dictados con fundamento en los poderes de emergencia del Estado hasta el 1 de abril de 1991, y su atención no haya sido dispuesta o instrumentada por otros medios. c) Cuando el crédito sea o haya sido reconocido por pronunciamiento judicial, aunque no hubiere existido controversia, o ésta cesare o hubiere cesado por un acto administrativo firme, un laudo arbitral o una transacción. d) Cuando se trate de obligaciones accesorias a una obligación consolidada. e) (Inciso observado por art. 1° del Decreto N° 1652/1991 B.O. 23/8/1991.) Las obligaciones mencionadas sólo quedarán consolidadas luego de su reconocimiento firme en sede administrativa o judicial. Quedan excluidas las obligaciones que corresponden a deudas corrientes, aun cuando se encuentren en mora, excepto las comprendidas en alguno de los incisos anteriores y las de naturaleza previsional. El acreedor cuyos créditos queden sometidos al régimen de la presente ley podrá liberarse de sus deudas respecto a los profesionales que hubieren representado o asistido a las partes en el juicio o en las actuaciones administrativas correspondientes y respecto a los peritos en su caso, mediante cesión por su valor nominal de los derechos emergentes de esta ley, respetándose, en su caso, la proporción de lo percibido en títulos o en efectivo. También quedan excluidos del régimen de la presente ley, el pago de las indemnizaciones por expropiación por causas de utilidad pública o por desposesión ilegítima de bienes, así declarada judicialmente con

La ley 23.982 dispuso el carácter meramente declarativo de las sentencias judiciales, los actos administrativos firmes, los acuerdos y transacciones y los laudos arbitrales que reconocieran la existencia de obligaciones alcanzadas por la consolidación (art. 3º). Además, ordenó el levantamiento de todas las medidas ejecutivas o cautelares dictadas en contra del Estado nacional y prohibió que en el futuro se dispusiera la traba de medidas cautelares o ejecutorias respecto de las obligaciones consolidadas.

La ley 23.982 estableció como fecha de corte el 01-04-91 -que rige para las deudas generales- y la ley 24.130 la prorrogó hasta el 31-8-92 para las obligaciones de naturaleza previsional. Por su parte, el art. 13 de la ley 25.344 incluyó a las obligaciones cuyo vencimiento o causa fuera posterior a estas fechas y anterior al 31-12-99, fecha que fue prorrogada hasta el 31-12-01 por el art. 58 de la ley 25.725. Las obligaciones previsionales tienen como fecha de corte el 1-9-92 y el 31-12-01, según la prórroga establecida por el art. 46 de la ley 25.565. También la fecha de las obligaciones provenientes de reajustes salariales del personal en actividad de las Fuerzas Armadas y de Seguridad se prorrogó al 31-12-01 por el art. 41 de la ley 25.565.

La consolidación implica una espera con reducción de intereses y puede optarse por el cobro del crédito en efectivo -según el orden de prelación establecido por el art. séptimo de la ley 23.982- aplicable sobre los recursos que anualmente asigna el Congreso Nacional, o mediante la entrega de bonos, que tienen un plazo de gracia para comenzar a cobrar las cuotas de amortización del capital y

---

sentencia pasadas con autoridad de cosa juzgada. (Último párrafo observado por art. 1° del Decreto N° 1652/1991 B.O. 23/8/1991)".

los intereses. Los plazos de pago difieren según se trate de una deuda general (16 años) o de una deuda previsional (10 años) [438].

Asimismo, cuando se trata de una deuda consolidada el titular del crédito debe seguir necesariamente el trámite administrativo previsto por la ley y su reglamentación a fin de percibir los créditos reconocidos, pues se produce la novación de la obligación original y de sus accesorios y, por lo tanto, sólo subsisten para el acreedor los derechos derivados de la consolidación que la misma ley establece.

En líneas generales, cuando se trata del pago de una condena dispuesta en sede judicial, se inicia el trámite con la presentación del formulario de requerimiento de pago en la sede del organismo deudor acompañando la liquidación judicial aprobada y firme del crédito expresada a la fecha de corte que corresponda y se opta por alguna de las formas de pago mencionadas.

En cumplimiento de lo dispuesto por el art. 16, anexo IV, del decreto 1116/00, y en su carácter de autoridad de aplicación, el Ministerio de Economía dictó la resolución 1083/00, que estableció las condiciones a las que deben ajustarse los organismos deudores para la cancelación de las deudas consolidadas, la documentación a presentar, la competencia de cada dependencia interviniente y los pasos a seguir durante el procedimiento, ya sea que se trate del pago con bonos o en efectivo.

La ley también contempló un régimen especial de pago diferido para las obligaciones no alcanzadas por la consolidación, esto es, para aquellas deudas con vencimiento o causa posterior al 1/3/1991 o aquellas cuyo monto

438 Arts. 12 y 14 de la Ley 23.982.

era inferior al sujeto a consolidación [439] el cual, afirma la Corte Suprema de Justicia, "procura armonizar la administración racional de los fondos públicos y los derechos patrimoniales de los particulares debatidos en el ámbito de la justicia".

7.2. Ley 24.447 (Presupuesto 1995)

La ley 24.447 [440] estableció en sus arts. 25, 26 y 27 disposiciones que tuvieron por finalidad establecer una fecha límite para la iniciación de los procedimientos administrativos y acciones judiciales en las cuales los particulares pretendiesen el pago de una suma de dinero por obligaciones de causa o título anteriores al 1-IV-91 y, además, agilizar los procedimientos administrativos y la efectiva iniciación de los procesos judiciales.

El objeto de tales disposiciones era determinar cuánto debía el Estado por deudas de causa o título anterior al 1-IV-91, ya que en muchos casos el plazo de prescripción es de 10 años. Si bien estos fines pueden parecer loables, la ley (de presupuesto) a la cual fueron incorporados estos artículos es siempre apta para las confusiones y el

439 Artículo 22. – A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, el Poder Ejecutivo nacional deberá comunicar al Congreso de la Nación todos los reconocimientos administrativos o judiciales firmes de obligaciones de causa o título posterior al 1 de abril de 1991 que carezcan de créditos presupuestarios para su cancelación en la ley de presupuesto del año siguiente al del reconocimiento. El acreedor estará legitimado para solicitar la ejecución judicial de su crédito a partir de la clausura del período de sesiones ordinario del Congreso de la Nación en el que debería haberse tratado la ley de presupuesto que contuviese el crédito presupuestario respectivo.

440 B.O. 30-12-1994.

hecho de que los mismos contraríen los principios y normas generales en manera de acto y de procedimiento administrativo, "da la sensación (haciendo el parangón con el derecho concursal), que nos hallamos ante un concurso preventivo en que el Estado no sabe a quién debe, cuánto debe y que además hace todo lo posible para que sus acreedores no se presenten a verificar sus créditos". Cabe señalar que ésta fue una nueva norma dictada por el Estado que pudo afectar los derechos de sus acreedores mediante la modificación de los plazos de caducidad y prescripción, alterando mediante artículos introducidos en una ley de presupuesto normas propias del Código Civil (en cuanto a la prescripción) o de la ley nacional de procedimiento administrativo (en cuanto a la caducidad); lo que obviamente atenta contra la seguridad jurídica y el Estado de Derecho.

7.3. Ley 24.624 [441] de Presupuesto para 1996

Esta norma estableció en su art. 19, la inembargabilidad de "los fondos, valores y demás medios de financiamiento afectados a la ejecución presupuestaria del Sector Público", pero también prolongó el plazo de espera del acreedor. Así en el párr. 2º, art. 20, prescribe: "En el caso que el presupuesto correspondiente al ejercicio financiero en que la condena deba ser atendida carezca de crédito presupuestario suficiente para satisfacerla, el Poder Ejecutivo Nacional deberá efectuar las previsiones necesarias a fin de su inclusión en el del ejercicio siguiente, a cuyo fin la Secretaría de Hacienda del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos deberá tomar co-

441 B.O. 29-12-1995.

nocimiento fehaciente de la condena antes del día 31 de agosto del año correspondiente al envío del proyecto. Los recursos asignados por el Congreso Nacional se afectarán al cumplimiento de las condenas siguiendo un estricto orden de antigüedad conforme a la fecha de notificación judicial y hasta su agotamiento, atendiéndose el remanente con los recursos que se asignen en el siguiente ejercicio fiscal".

La modificación introducida agravó la situación de los acreedores al impedir la ejecución judicial de los créditos a partir de la clausura del período de sesiones ordinarias del Congreso, en el cual debería haberse tratado la Ley de Presupuesto que debería contener las partidas presupuestarias para atender tales acreencias, tal como lo permitía el art. 22, ley 23.982.

7.4. La ley 25.344 [442]

Casi diez años después del dictado de la ley 23.982 y ante una nueva situación de crisis económica, se sanciona la ley 25.344, por la cual se declaró en emergencia la situación económico financiera del Estado nacional y se estableció un nuevo régimen de consolidación del pasivo estatal para "las obligaciones vencidas o de causa o título posterior al 31/3/1991 y anterior al 1/1/2000, y las obligaciones previsionales originadas en el régimen general vencidas o de causa o título posterior al 31/8/1992 y anterior al 1/1/2000 que consistan en el pago de sumas de dinero, o que se resuelvan en el pago de sumas de dinero, y que se correspondan con cualquiera de los casos de deuda consolidada previstos en el art. primero y se trate

442 B.O. 21-11-2000.

de obligaciones de los entes incluidos en el art. segundo, ambos de la ley 23.982".

Ley 25.344 determinó que las deudas consolidadas se pagarían, a opción del acreedor, en efectivo o en bonos, pagaderos en un plazo máximo de dieciséis años para las obligaciones generales y de diez años para las obligaciones previsionales originadas en el régimen general.

A fines de diciembre de 2000, se sancionó la ley 25.401, de Presupuesto para 2001, por la cual se introdujeron modificaciones en el régimen de pago de las obligaciones no alcanzadas por la consolidación previsto en el citado art. 22, ley 23.982. Así, en primer lugar, en el art. 94 se precisó que con "la certificación que en cada caso extienda el servicio administrativo contable del organismo o entidad involucrada" "se tendrá por acreditado el cumplimiento de la comunicación al Congreso de la Nación, que impone el art. 22, ley 23.982, a los fines de la inembargabilidad de fondos, valores y demás medios de financiamiento afectados a la ejecución presupuestaria del Sector Público, dispuesta por el art. 67, ley 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto (t.o. 1999)".

A su vez, por el siguiente artículo se estableció que la inembargabilidad antes indicada también será aplicable "cuando subsistan condenas judiciales firmes, que no puedan ser abonadas como consecuencia del agotamiento de los recursos asignados por la Ley de Presupuesto", agregando que "dicha circunstancia se acreditará con la certificación que en cada caso expida el Servicio Administrativo Contable mencionado en el artículo anterior".

Por su parte, y con relación al período de espera del acreedor, en el artículo 95, párr. segundo, se determinó: "En ningún caso procederá la ejecución del crédito hasta transcurrido el período fiscal siguiente o subsiguiente a aquel en que dicho crédito no pudo ser cancelado por ha-

berse agotado la partida presupuestaria asignada por el Congreso de la Nación".

Finalmente, en el artículo 96, párr. primero se dispuso: "La caducidad automática de todo embargo trabado sobre fondos, valores y demás medios de financiamiento afectados a la ejecución presupuestaria del Sector Público en todos aquellos casos en que el organismo o entidad afectado acredite, a través de las certificaciones aludidas en los artículos anteriores, haber efectuado la comunicación que dispone el art. 22, ley 23.982, y el agotamiento de los recursos asignados por la Ley de Presupuesto".

La ley 25.565 de Presupuesto para el ejercicio 2002, reiteró el denominado principio de disponibilidad presupuestaria que posibilita que se extienda *sine die* la ejecución de las sentencias. Así, en el art. 39, párr. segundo, se estableció que en el caso que el presupuesto correspondiente al ejercicio financiero en que la condena deba ser atendida carezca de crédito presupuestario suficiente para satisfacerla el Poder Ejecutivo Nacional deberá efectuar las previsiones necesarias a fin de su inclusión en el ejercicio siguiente, a cuyo fin las jurisdicciones y entidades demandadas deberán tomar conocimiento fehaciente de la condena antes del día 31 de julio del año correspondiente al envío del proyecto, debiendo remitir a la Secretaría de Hacienda con anterioridad al 31 de agosto del mismo año el detalle de las sentencias firmes a incluir en el citado proyecto, de acuerdo con los lineamientos que anualmente la citada secretaría establezca para la elaboración del proyecto de presupuesto de la Administración nacional. Los recursos asignados anualmente por el Congreso de la Nación se afectarán al cumplimiento de las condenas por cada Servicio Administrativo Financiero y siguiendo un estricto orden de antigüedad conforme a la fecha de notificación judicial y hasta su

agotamiento, atendiéndose el remanente con los recursos que se asignen en el ejercicio fiscal siguiente. Por el art. 58, ley 25.725 de Presupuesto para 2003, se prorrogó al 31/12/2001 la fecha de corte establecida en el régimen de consolidación de las obligaciones de carácter no previsional establecido, previsto en el art. 13, ley 25.344.

En caso de optar por recibir bonos de consolidación, debe tenerse presente que, a los efectos de precisar la serie de bonos que corresponde entregar al acreedor, el art. 64 de la ley 25.827 de presupuesto para el ejercicio 2004 dispuso que las obligaciones consolidadas por las leyes 23.982 y 25.344, cuyo reconocimiento en sede judicial o administrativa hubiera operado con anterioridad al 31-12-01, se atiendan con bonos Cuarta Serie 2% creados por el decreto 1873/02, y las obligaciones con reconocimiento posterior a esa fecha se cancelan con bonos de la Sexta Serie.

Esta disposición mantiene su vigencia en términos generales para las obligaciones no previsionales, siempre que al 31-12-09 se encuentren pendientes de cancelación y hubieran ingresado a la Oficina Nacional de Crédito Público, pues la ley 26.546 de presupuesto para el ejercicio 2010 establece que las obligaciones que ingresen a dicha oficina a partir del 1-1-10 se cancelen con bonos Séptima Serie u Octava Serie, según hubieran sido reconocidas antes o después del 31-12-01, respectivamente.

Posteriormente llegaría la ley 25.561 que amplió el alcance de la declaración de emergencia pública a las materias social, económica, administrativa, financiera y cambiaría. Dicha declaración de emergencia se encuentra vigente merced a las consecutivas prórrogas de las que fuera objeto mediante las leyes presupuestarias o de prórroga de la emergencia 25.572 (B.O 17/12/2004), 26.077 (B.O.20/01/2006); 26.204 (B.O. 20/12/2006); 26.339

(B.O.04/01/2008); 26.456 (B.O. 16/11/2008); 26.563 (B.O. 22/12/2009); 26.546 (B.O. 27/11/2009) y 26.896 (B.O. 22/10/2013).

8. Jurisprudencia

8.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (CSJN)

8.1.1. Constitucionalidad del régimen de consolidación

Si bien la implementación del sistema de consolidación importa una significativa restricción al derecho de propiedad, la CS ha admitido su validez constitucional en el marco de situaciones de emergencia.

En efecto, el tribunal ha distinguido entre las restricciones legítimas e ilegítimas a los derechos provenientes de la cosa juzgada y así se ha expedido acerca de la compatibilidad de la ley 23.982 con los principios de la Constitución Nacional, al disponer este ordenamiento una modificación en el modo de cumplimiento de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada que condenan al Estado Nacional a entregar una suma de dinero. Al respecto, consideró que se trata de una restricción temporal que, en principio, no altera la sustancia del derecho y, por lo tanto, no se produce un menoscabo a la garantía contemplada por los arts. 17 y 18 de la Ley Fundamental.

Los reparos constitucionales fueron objeto de especial tratamiento al ser invocados en causas con créditos previsionales, pues la naturaleza de los derechos involucrados fue motivo de particular preocupación y fuertes disensos en ambas Cámaras del Congreso. La CS admitió que la norma afecta tales derechos, pero señaló que esa

limitación está dirigida a proteger esos mismos derechos que corrían el riesgo de convertirse en ilusorios debido al proceso de desarticulación sufrido por el sistema previsional. Asimismo, recordó que la ley otorga dos opciones a los acreedores del Estado: el pago en efectivo o la suscripción de bonos y que, como consecuencia de la forma en que fue implementado el sistema, no se suspende el cobro de las deudas previsionales por diez años, ya que en cualquiera de las dos opciones se van realizando pagos parciales y, en caso de urgente necesidad, existe la posibilidad de enajenarlos.

En más de una ocasión, el Alto Tribunal de la República ha expresado que, a fin de analizar la validez constitucional del régimen de consolidación, es imprescindible tener en cuenta su carácter de legislación de emergencia (*Fallos*, 318:1887; 321:1984, entre muchos otros), así como que la restricción que aquélla impone al ejercicio normal de derechos patrimoniales tutelados por la Constitución debe ser razonable, limitada en el tiempo y constituir un remedio a la grave situación excepcional, sin provocar la mutación en la sustancia o esencia del derecho reconocido (*Fallos*, 330:3002).

Asimismo, ha sostenido que la aplicación del sistema de consolidación de deudas no priva al acreedor del resarcimiento patrimonial declarado en la sentencia, sino que sólo suspende temporalmente la percepción íntegra de las sumas adeudadas, circunstancia que obsta a la declaración de inconstitucionalidad (*Fallos*, 317:739, 318:1887; 322:82; 330: 3002, entre otros).

Sin embargo, en algunas situaciones puntuales, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de la consolidación. Ello ocurrió, p. ej., frente a una acreencia de una jubilada de 93 años (*Fallos*, 316:779), el pago de indemnizaciones por daños a la integridad física (*Fallos*,

318:1593) y las derivadas de expropiaciones (*Fallos*, 318:445 y 1786).

Como señaláramos, una de las excepciones a tal ratificación de la constitucionalidad de la ley 23.982 la encontramos en el caso "Iachemet, María c/Nación Argentina" [443], en el que la Corte entendió que "la aplicación de la ley 23.982 al caso de una pensionada que reclama retroactivamente en base a una sentencia firme y que cuenta con 93 años llevaría no a una modificación del modo de cumplimiento de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada sino al desconocimiento sustancial de ésta. En consecuencia, al no ser posible -sin forzar la letra ni el espíritu de la ley citada- efectuar una interpretación de ella que la haga compatible en el sub lite con la garantía del art. 17 de la C.N. (*Fallos*, 312:2467, considerando 9 y sus citas), corresponde resolver que resulta acertado el pronunciamiento de Cámara en cuanto declara su inconstitucionalidad".

Agregó el Tribunal que: "…Corresponde concluir que la ley de consolidación 23.982 no respeta la exigencia de que la restricción al principio constitucional de la cosa juzgada sea sólo 'temporal', de modo de no 'degradar su sustancia' si se la aplica a una jubilada de 93 años de edad pues, conforme al desenvolvimiento natural de los hechos, resulta virtualmente imposible que llegue a percibir la totalidad del crédito que le reconoció el pronunciamiento judicial pasado en autoridad de cosa juzgada".

En el precedente "Escobar, Héctor c/Fabricio, Daniel -Municipalidad de Tigre y Ejército Argentino" [444], la Corte afirmó que "...En este caso surge claramente que la

443 *Fallos*, 316:780.

444 *Fallos*, 318:1593.

reparación integral del damnificado exige la atención inmediata de las secuelas de las gravísimas lesiones sufridas por el actor con motivo del hecho dañoso, así como el tratamiento de afecciones de orden psíquico y estético. En este caso, una modificación en el modo de cumplimiento de la sentencia como la que resulta del régimen de la ley 23982, comportaría no solamente una postergación en el ingreso de un bien de naturaleza económica en el patrimonio de la víctima, sino principalmente la frustración de una finalidad esencial en el resarcimiento por daños a la integridad psicofísica, cual es el cese del proceso de degradación mediante una rehabilitación oportuna. Las consideraciones precedentes permiten concluir que la aplicación al caso de autos del régimen de la ley 23982 llevaría al desconocimiento sustancial de la sentencia. Al no ser posible -sin forzar la letra de la ley o su espíritu- efectuar una interpretación de ella que la haga compatible en el sub judice con la garantía de los arts. 17 y 18 de la CN corresponde rechazar el agravio del Estado Nacional y confirmar el pronunciamiento de Cámara en cuanto declara su inconstitucionalidad".

Similar interpretación realizó la Corte en el caso "Gutiérrez, Alberto c/Ferrocarriles Argentinos s/Daños y perjuicios" [445], al sostener que: "Ante la necesidad que tiene el demandante de afrontar en forma inmediata una terapia psiquiátrica, como la de contar con las sumas aptas para adquirir el material ortopédico y cubrir el tratamiento kinésico, una modificación en el modo de cumplimiento de la sentencia como la que resulta de la ley 23982 comportaría no solamente una postergación en el ingreso de un bien de naturaleza económica en el patrimonio de la

445 *Fallos*, 321:1291.

víctima sino principalmente la frustración de una finalidad esencial del resarcimiento por daños a la integridad psicofísica, cual es el cese del proceso de degradación mediante una rehabilitación oportuna".

8.2. Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

8.2.1. El caso "Furlán" [446]

En este pronunciamiento la Corte IDH efectúa una dura crítica del procedimiento de ejecución de sentencias en casos en los que se encuentran en juego derechos fundamentales que afectan a los grupos vulnerables.

En el caso, Sebastián Furlán había sufrido un accidente, al ingresar a un predio cercano a su domicilio, que era de propiedad del Ejército Argentino, al intentar colgarse de un parante transversal o travesaño perteneciente a una de las instalaciones, lo que llevó a que la pieza de aproximadamente 45 o 50 kg de peso cayera sobre él, golpeándole su cabeza y ocasionándole la pérdida del conocimiento. El inmueble no contaba con ningún alambrado o cerco perimetral que impidiera la entrada a éste, a tal punto que resultaba frecuente su utilización por los niños de la zona con fines de esparcimiento.

Sebastián fue internado en terapia intensiva del hospital Posadas con el diagnóstico de traumatismo encéfalo craneano con pérdida de conocimiento en estado de coma grado II-III, con fractura de hueso parietal derecho; luego de la operación continuó en coma grado II aproximadamente siete días y en coma un par de se-

446 CIDH caso "Furlan y familiares v. Argentina", sent. del 31/8/2012 y sus citas.

manas más. Es de destacar que las secuelas padecidas generaron en él una discapacidad sobreviniente, que lo afectó tanto en lo físico como en lo actitudinal o psicológico. Estas circunstancias, incluso, fueron marcadas por el Tribunal Interamericano y tomadas en cuenta al momento de decidir.

Su padre interpuso una acción en el fuero Civil y Comercial Federal con el objeto de reclamar una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la incapacidad resultante del accidente de su hijo y en primera instancia, se dictó sentencia con fecha siete de septiembre de 2000 y se hizo lugar a la demanda, estableciendo que el daño ocasionado a Sebastián Furlán fue consecuencia de la negligencia por parte del Estado, como titular y responsable del predio, dadas sus condiciones de abandono, sin ningún tipo de cerco perimetral que impidiera el paso y con elementos de notorio riesgo. El juzgado atribuyó un 30% de responsabilidad a Sebastián Furlán y un 70% de responsabilidad al Estado y se lo condenó a pagar la cantidad de pesos argentinos ciento treinta mil ($ 130.000). La sentencia de Segunda Instancia, emitida el 23 de noviembre de 2000 por la Sala de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal, confirmó sustancialmente el criterio del *a quo*.

El resarcimiento reconocido a Sebastián Furlán quedó comprendido dentro de la Ley Nº 23.982 de 1991, la cual estructuró la consolidación de las obligaciones vencidas de causa o título anterior al primero de abril de 1991 que consistiesen en el pago de sumas de dinero.

Teniendo en cuenta las precarias condiciones en las que se encontraba -y la necesidad de una rápida obtención del dinero-, Danilo Furlán (su padre) optó por la suscripción de los bonos. Así fue como el Estado, el 12 de marzo de 2003, entregó ciento sesenta y cinco mil ochocientos tres

(165.803) bonos al beneficiario. Ese mismo día, Danilo Furlán vendió esos bonos. Es decir, 12 años y tres meses duró el proceso. Además, tuvo que pagar los honorarios de su abogada, conforme con los términos de la sentencia de segunda instancia, y una parte de costas procesales; por lo que recibió, en definitiva, una suma aproximada de treinta y ocho mil trescientos ($ 38.300) pesos argentinos de los $ 130.000 ordenados por la sentencia.

La Corte Interamericana analizó el marco temporal del proceso bajo análisis respecto a la etapa de la ejecución de la sentencia. Asimismo, la Corte analizó la conducta de las autoridades judiciales y estableció que: "En casos de personas en situación de vulnerabilidad, como lo es una persona con discapacidad, es imperante tomar las medidas pertinentes, como por ejemplo la priorización en la atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades a su cargo, con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos, de manera que se garantice la pronta resolución y ejecución de los mismos (párr. 196)".

La Corte Interamericana fundó la responsabilidad del Estado Nacional, entre otros incumplimientos, en la conculcación de los artículos 8º y 25 de la Convención, en el marco del proceso civil por daños y perjuicios. Entendió que las autoridades judiciales no actuaron con la debida diligencia y con el deber de celeridad que exigía la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba Sebastián. Agregó que la ejecución de la sentencia que concedió la indemnización no fue completa ni integral, ya que, las autoridades administrativas nunca tuvieron bajo consideración que al aplicarse la modalidad de pago establecida en la Ley Nº 23.982 de 1991 se disminuía en forma excesiva el insumo económico que recibió Sebastián Furlán para su adecuada rehabilitación.

Además, en términos expresos, dijo que "la falta de ejecución de las sentencias tiene 'vinculación directa con la tutela judicial efectiva para la ejecución de los fallos internos'", por lo que ha realizado su análisis a la luz del artículo 25 de la Convención Americana. Sin embargo, la Corte considera que el análisis de la etapa de ejecución de las sentencias también puede abordarse -para contabilizar el término de duración de un proceso- con el fin de determinar su incidencia en la prolongación del plazo.

Reiteró que la etapa de ejecución de las sentencias es parte integrante de los derechos a la tutela judicial, el debido proceso, la seguridad jurídica, la independencia judicial y Estado de Derecho; y, por ello, debía regirse por los estándares específicos que permitan hacerlos efectivos. De acuerdo con la mención de otras decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, agregó que, para lograr plenamente la efectividad de la sentencia, la ejecución debe ser completa, perfecta, integral y sin demora.

9. El supuesto de las sentencias exhortativas y su ejecución

En muchos casos su solución involucra la actuación conjunta de diversos órganos del Estado, por lo cual al dictar sus sentencias la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "envía mensajes" a cada una de estas órbitas y, al hacerlo, utiliza los mecanismos que estima conducentes para la solución del conflicto, ya que sin invadir la esfera de actuación propia de otros poderes del Estado, la Corte acerca a las partes; busca y propone remedios institucionales; evalúa medidas que estima idóneas; e invita al diálogo a fin de lograr una solución armónica y consensuada.

Se pueden inferir dos posibles situaciones en estos casos. Por un lado, la ejecución de la decisión en casos que impactan a nivel institucional se ha dejado en manos de las instancias judiciales, que intervinieron con anterioridad, o, la propia Corte ha asumido esta tarea y ha implementado la ejecución.

Asimismo, las exhortaciones pueden estar dirigidas a la Administración; a modo meramente ejemplificativo, así se resolvió en los casos "Verbitsky" [447], "Lavado, Die-

447 *Fallos*, 328:1146 (3 de mayo de 2005). En este caso, la Corte Suprema resolvió sobre la situación de alrededor de 6000 personas detenidas en las comisarías de la Provincia de Buenos Aires en espera de ser juzgados penalmente. Una cuestión por destacar relativa a la ejecución de la sentencia es que la Corte Suprema encomienda al Poder Ejecutivo provincial el establecimiento de una mesa de diálogo y ordenó la producción de informes de avance bimestrales. Asimismo, la Corte se muestra consciente de que "la actuación judicial tiene sus límites y que en materias tales como la presente no puede imponer estrategias específicas, sino solo exigir que se tengan en cuenta las necesidades ignoradas en el diseño de la política llevada a cabo. En consonancia, acepta que no se trata de que la Corte Suprema defina de qué modo debe subsanarse el problema, pues esta es una competencia de la Administración, en tanto una Corte Constitucional fija pautas y establece estándares jurídicos a partir de los cuales se elabora la política en cuestión". Como consecuencia de admitir como impracticable una solución total e inmediata a la pretensión y que la obligación estatal está compuesta por múltiples y variadas cargas que necesariamente requieren planeamiento y despliegue a lo largo del tiempo, pide "… se establezcan instancias de ejecución en las que, a través de un mecanismo de diálogo entre todos los actores involucrados, pueda determinarse el modo en que podrá hacerse efectivo el cese de la inapropiada detención de personas... En tal contexto y en el marco de lo que aquí se decide, es prudente implementar un criterio de ejecución que en justo equilibrio y con participación de la sociedad civil contemple los intereses en juego y otorgue continuidad al diálogo ya iniciado con el propósito

go" [448] y "Defensor del Pueblo de la Nación c/Chaco" [449]. En estos fallos, la Corte persigue como objetivo llevar el debate público a donde éste debe desarrollarse; y da el primer paso para instalar el tema en la agenda política de los poderes estatales o provinciales.

Con respecto al fallo "Mendoza" [450], el trámite de la causa fue -y continúa siendo- complejo, pues se destacan diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia Nacional. En el primero de ellos, la Corte se declaró incompetente con respecto al resarcimiento de cada una de las personas, en virtud de las lesiones padecidas como consecuencia de la contaminación. Este pronunciamiento tuvo un gran impacto político, dado que el Poder Judicial estaba conminando al Poder Ejecutivo a presentar un programa de acción, una política estatal.

Luego de haberse presentado el plan estatal referenciado en el párrafo anterior, la Corte, mediante un nuevo pronunciamiento de fecha 8 de julio de 2008, fijó en forma definitiva el camino a seguir. Vale advertir que este fallo repercutió en la esfera presupuestaria, en tanto la Corte condenó al Estado Nacional, al provincial y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a recuperar la cuenca hídrica

---

de lograr el mejoramiento de las condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires". (Considerando 26).

448 *Fallos*, 330:1135.

449 *Fallos*, 330:4134.

450 *Fallos*, 331:1622. En dicha causa, diecisiete personas por derecho propio -y, en representación de sus hijos- promovieron una demanda contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por padecer de la contaminación ambiental causada por la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo.

Matanza-Riachuelo; es decir, consideró que todas estas esferas de Gobierno eran responsables en la ejecución del Programa de Saneamiento.

Es la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo (Acumar), que contempla la Ley Nº 26.168, la encargada de llevar adelante la instrumentación del Plan Integral para el Saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo. La Auditoría General de la Nación tiene a cargo el control de la asignación de fondos y ejecución presupuestaria de todo lo relacionado con el Plan Integral de Saneamiento. Mientras que, el control del cumplimiento del Plan de Saneamiento y Programa estaría en cabeza de la Defensoría del Pueblo de la Nación.

Es dable mencionar que la sentencia del 8 de julio de 2008 perseguía, en palabras del juez Ricardo Lorenzetti, tres objetivos simultáneos: "1. La mejora de la calidad de vida de los habitantes de la cuenca. 2. La recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelo). 3. La prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción" [451].

451 Lorenzetti, R., *El arte de hacer justicia*, Sudamericana, Buenos Aires, 2014, p. 218-220. Prosigue el autor relatando que la sentencia, como garantía de efectividad, establecía las líneas de su ejecución mediante un microsistema de control institucional, que tenía como base tres aspectos: el primero de ellos, el control del manejo y la asignación de fondos, y la ejecución presupuestaria -en lo que refiere al Plan en cabeza de la Auditoría General de la Nación-; en segundo lugar, el control judicial de la ejecución de la sentencia que debía ser respondido por Acumar; y, por último, el control del cumplimiento del Plan de Saneamiento y el Programa, mediante el fortalecimiento de la participación ciudadana y la conformación de un cuerpo colegiado (con participación de distintas ONG en calidad de terceros interesados), cuya organización quedaba en cabeza del Defensor del Pueblo de la Nación.

En la actualidad, la sentencia está siendo ejecutada y la Corte, en el marco de audiencias que ordena, supervisa su grado de cumplimiento. Para ello, solicita a las representaciones del Estado Nacional, de la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entre otros, que acompañen a la causa toda la información complementaria respecto de las medidas adoptadas, del presupuesto asignado e información sobre el impacto ambiental, sanitario y poblacional.

El caso "Mendoza" es ilustrativo de las opciones a las que da lugar la ejecución de las sentencias exhortativas. Allí, la sentencia definió cuáles eran los objetivos y dejó librado al arbitrio de la Administración la decisión sobre los medios. Todo ello, sin perder el control sobre la realización, para lo cual definió ese "microsistema" de supervisión del cumplimiento.

Es posible puntualizar que, así como en "Mendoza" los mandatos de la Corte Suprema se dirigen, en concreto, a la Administración, también existen casos de sentencias exhortativas cuya manda se dirige al Congreso. Entre algunos de estos supuestos, es posible mencionar las sentencias recaídas en "Ekmekdjian" [452], "Badaro" [453], "Sosa" [454] y

452 *Fallos*, 315:1492 (1992).

453 *Fallos*, 329:3089 (2006).

454 *Fallos*, 333;1771 (2010). En esta sentencia la CSJN exhorta al Congreso a que adopte las medidas que considere pertinentes respecto del incumplimiento por parte de la Provincia de Santa Cruz de dos sentencias dictadas el 20 de octubre de 2009 (*Fallos*, 332:2425) y el 10 de noviembre de 2011 (*Fallos*, 332:2502), mediante las que había puesto de relieve la persistente y reiterada reticencia de las autoridades provinciales para disponer la reincorporación de Emilio Sosa a su cargo de Procurador General, del que había sido indebidamente depuesto.

"F., A.L." [455].

10. Conclusión

La demandabilidad del Estado Nacional ha sido compleja desde sus orígenes. Pese a los claros términos establecidos en la Constitución Nacional no sólo por las distintas interpretaciones jurisprudenciales que se han hecho del tema sino también por la ausencia de un código procesal, que estableciera reglas claras desde un principio.

En cuanto a la ejecución de las sentencias, en todo momento han existido diversos obstáculos que, quienes lograron una sentencia favorable, han tenido que atravesar o soportar. Desde el alcance que se le dio a la expresión "carácter declarativo" hasta las denominadas "situaciones de emergencia", en que se ha visto menguada la protección de los derechos constitucionales.

Un enfoque integral que contemple la capacitación, el acceso a la Justicia y la participación ciudadana puede contribuir a un futuro en el que los derechos de los ciudadanos sean plenamente reconocidos y atendidos, fortaleciendo así la confianza en las instituciones democráticas. La construcción de un Estado más demandable y receptivo es un objetivo que debe ser perseguido por todos los actores de la sociedad.

Esperemos que, en los años venideros, la influencia del control de convencionalidad haga realidad en su mayor expresión el derecho a la tutela judicial efectiva.

455 *Fallos*, 335:197 (2012).

CAPITULO 6
Justicia Administrativa de la Provincia de Buenos Aires

Claudia Angélica Matilde MILANTA

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1. Principios elementales. Perspectiva supranacional. 1.2. Enclave constitucional en nuestro país. La Justicia Administrativa. Sistema judicial.- 2. Antecedentes y bases constitucionales de la Justicia Administrativa de la Provincia de Buenos Aires. 2.1. Las cláusulas constitucionales actuales. Introducción conceptual. 2.2. Bases constitucionales en la Provincia de Buenos Aires. Orígenes. Especial referencia al modelo judicial de 1873/1889 y al establecido en 1994. 2.2.1. La Constitución de 1854. 2.2.2. La Constitución de 1873 y enmienda de 1889. 2.2.3. La Constitución de 1934 y el mantenimiento de la cláusula constitucional precedente. 2.2.4. La reforma constitucional de 1994. 2.2.5. La tutela judicial efectiva. 2.3. La cláusula general del artículo 166 de la Constitución de 1994.- 3. Panorama de la legislación reglamentaria. 3.1. Organización del Fuero Contencioso Administrativo. Ley 12.074 y sus modificatorias. 3.2. Código Procesal Administrativo. Ley 12.008.- 4. Jurisprudencia esencial en la materia. 4.1. Los fallos fundadores de la SCBA respecto de la interpretación constitucional de la Justicia Administrativa reformada: operatividad de la cláusula general y pleno juzgamiento de los casos en la materia; constitución y funcionamiento del fuero contencioso administrativo como presupuesto intrínseco del sistema; acceso irrestricto a la justicia, principio de la demandabilidad directa del Estado y agotamiento de la vía administrativa previa como excepción. 4.2. La modificación legislativa del diseño de la materia y del fuero contencioso administrativo. Un antecedente relevante. La cuestión constitucional.- 5. A veinte años de la constitución del Fuero Contencioso Administrativo. 5.1. El acceso a la Justicia. 5.2. El caso. 5.3. Control de constitucionalidad y de

convencionalidad. 5.4. Reflexión esencial sobre la misión del fuero contencioso administrativo. - 6. Conclusiones. La operatividad y fuerza normativa de la Constitución como base de la creación y conformación de la Justicia Administrativa provincial y de la plenitud de su efectividad en la tutela judicial

1. Introducción

1.1. Principios elementales. Perspectiva supranacional

A fin de indagar el concepto esencial del Proceso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires, nos habremos de centrar en los ejes cardinales donde descansa y que permiten analizar su estructura, entender su contenido y evolución que forman parte de esta Unidad de estudio.

Esos ejes se refieren al acceso a la Justicia; la tutela judicial continua, efectiva y en tiempo razonable; y la ejecución de las sentencias; tal como se desprende de cláusulas superiores de las Constituciones Nacional y de la provincia de Buenos Aires, como de los Tratados y Convenciones sobre derechos humanos que tienen jerarquía constitucional.

Comencemos por brindar una "noción" desde el ámbito supranacional -en especial del sistema interamericano-, perspectiva indispensable pues sus lineamientos y estándares se integran en nuestro Derecho interno (art. 75 inc. 22, CN) tanto en la órbita nacional como en la de las provincias y de la Ciudad Autónoma.

El *acceso a la Justicia* constituye el "más fundamental de los derechos" (Mauro Cappelletti), instituye una garantía "preciosa" que es, en rigor, la "garantía de las garantías", el "derecho que sirve a todos los derechos", la

"puerta de acceso" por la que discurre la defensa de todos los derechos convencionales [456].

Interesa tener presente que el alcance del derecho a *la tutela judicial efectiva* en la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce dos etapas, hasta el año 1997, con criterios muy estrictos, y a partir de ese entonces con una concepción amplia a través de una hermenéutica integradora de los arts. 25, 8, 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) [457]. En esa línea, la Corte IDH otorga especial jerarquía al art. 25 como "uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática", estableciendo su íntima relación con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención, que atribuye funciones de protección al Derecho interno de los Estados Parte. Establece la relación "directa" entre el art. 25 (protección judicial) y las garantías del debido proceso del art. 8 de la CADH (garantías judiciales), entre las que se destaca la razonabilidad del plazo [458].

Así, el derecho a la protección judicial se configura como un derecho "autónomo" a la prestación jurisdiccional.

---

456 Reca Milanta, Sofía, "Sobre un principio inalienable. La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en la obra *Impacto y desafíos a medio siglo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, CPCP, Madrid, 2021, p. 161 y sigts. En especial, se alude allí a las consideradas emblemáticas sentencias "Lagos del Campo" (2017) y "Trabajadores Cesados Petroperú" (2017).

457 Ob. cit., p. 164 y sigts.

458 Ob. cit. y fallos de la Corte IDH allí citados y comentados.

La consolidación del criterio integrador del art. 25 de la CADH se proyecta sobre el contenido de la norma que incorpora la *ejecución de las sentencias* como "parte integrante del derecho de acceso a la Justicia" [459] , entre otras derivaciones.

Es en este segundo período donde se extiende considerablemente el ámbito tutelar de los derechos humanos, en particular los DESCA (derechos económicos, sociales, culturales y ambientales). En tal contexto la Jurisdicción interamericana en el año 2017 reconoció la operatividad directa de la cláusula del art. 26 CADH (desarrollo progresivo) en las emblemáticas sentencias "Lagos del Campo" (2017) y "Trabajadores Cesados Petroperú" (2017) [460], su "judiciabilidad directa" y "autonomía", tutelando los derechos al trabajo, salud, vivienda, alimentación adecuada, agua, medio ambiente y participación en la vida cultural [461].

Ese aspecto del progreso en los estándares convencionales que significan una tutela directa de las materias

459 Reca Milanta, Sofía, *La tutela ejecutiva en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Siguiendo las huellas del cumplimiento*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2024.

460 Art. 26 CADH "Los estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".

461 Reca Milanta, Sofía, "La navegación de los DESCA en la jurisdicción interamericana", Estudios constitucionales vol. 22 n° 1, Santiago, jun. 2024.

aludidas, reviste particular relevancia en la Justicia Administrativa, por la índole de los derechos fundamentales mencionados cuya protección recae generalmente en ese ámbito judicial.

La tutela judicial efectiva y oportuna, recibe su anclaje en el originario *derecho de defensa en juicio* que nuestra Carta Magna consagra "Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos" (art. 18 CN desde 1853) y que es una base fundamental de la república. La *inviolabilidad* de ese derecho, que también proclama la Constitución bonaerense (art. 15) significa que no tiene reservas ni excepciones. Con ese alcance también fue incorporado en el Anteproyecto de nuestra Constitución de ALBERDI (art. 19).

A su vez, la operatividad de los mandatos judiciales es la consecuencia propia e indispensable de los aspectos mencionados, toda vez que, sin ella, los derechos quedan en meras declamaciones o declaraciones, a la vez que la fuerza ejecutiva de las sentencias es consustancial a la función de un tribunal de Justicia.

Un precedente de notable interés de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) es el caso "Baena" [462], en el que se condenó al Estado de Panamá por diversas violaciones a la Convención, entre las cuales adquirieron un peso relevante las concernientes a las garantías judiciales y protección judicial (arts. 8 y 25 CADH), tanto respecto de las actuaciones administrativas como de las judiciales que se llevaron a cabo en ese país, con motivo de la cesantía de 270 empleados públicos dispuesta por haber tomado parte en medidas de protesta en defensa de sus derechos laborales contra la política

462 Corte IDH, Caso Baena vs. Panamá, 2003.

gubernamental. En relación con los procesos judiciales que se habían instado -amparo, inconstitucionalidad, contencioso administrativo- en ninguno de ellos se concretó la tutela judicial ni el ejercicio de las garantías mínimas.

Vale remarcar que el artículo 8.1 de la Convención consagra los lineamientos del "debido proceso legal", que consiste en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal en su contra o para la determinación de sus derechos. El artículo 8.2 de la Convención establece, adicionalmente, las garantías mínimas que deben ser aseguradas por los Estados en función del debido proceso legal. Por su parte, el artículo 25 de la Convención ordena proporcionar un recurso sencillo y rápido para la protección de los derechos de las personas [463].

Tal, una primera visión genérica del tema Justicia Administrativa provincial, desde la perspectiva de uno de los sistemas de derechos humanos del que nuestra nación forma parte.

1.2. Enclave constitucional de nuestro país. La Justicia Administrativa. Sistema judicial

Los datos generales pero troncales que definen a la Justicia Administrativa son: la protección de los derechos e intereses tutelados, en el conocimiento y resolución de controversias en materia administrativa, por un tercero imparcial.

463 Corte IDH, Ficha Técnica: Baena Ricardo y otros Vs. Panamá.

La Justicia Administrativa que comprende al Proceso Administrativo, puede presentar una acepción amplia y otra más restringida. Ello guarda relación con los distintos sistemas del Derecho Comparado para juzgar cuestiones que comprometan a la Administración Pública: el de tribunales administrativos (Francia), el de tribunales judiciales (Argentina), el intermedio o mixto (Italia).

La primera acepción, vinculada a los instrumentos idóneos, en la jurisdicción administrativa o en la judicial, para la defensa y decisión de asuntos de carácter administrativo. Esta perspectiva más extensa del concepto se adecua a los sistemas en los que existen dos jurisdicciones (judicial y administrativa) donde radicar las contiendas que alcanzan a la función estatal. Así por ejemplo Francia (el contencioso administrativo está a cargo de jueces administrativos cuya cabeza es el Consejo de Estado; otros asuntos donde el Estado actúa bajo el Derecho Privado pertenecen a la competencia de jueces judiciales) o Italia (los derechos subjetivos ante el Estado son de la incumbencia de los jueces judiciales; los intereses legítimos, en cambio, de los tribunales administrativos).

La segunda acepción, más restringida, que es preferente en nuestro medio para evitar confusiones que delimiten las cuestiones justiciables, refiere a la Justicia Administrativa únicamente como ámbito del conocimiento y decisión de todas las causas en materia administrativa por los tribunales de Justicia.

Como fuera analizado en el Capítulo de esta obra dedicado a la Justicia Administrativa nacional, al que nos remitimos, el sistema argentino de juzgamiento de casos en materia administrativa o más genéricamente, los juicios en que la Nación es parte, plasmado por nuestra norma fuente y arraigado en los antecedentes constitucionales y

Derecho patrio, es de los denominados de "única jurisdicción" y no de "doble o múltiple jurisdicción".

No entraremos en detallar las distintas posturas sobre este tema, algunas de ellas de autores argentinos de Derecho Administrativo o de otras áreas como el Derecho Procesal, ya que hace a la claridad del concepto y sobre todo a sus derivaciones y consecuencias, seguir una posición que sea consistente respecto del punto central, a saber, preservar la plena justiciabilidad de los asuntos contenciosos que manda nuestro orden constitucional, evitando que pueda creerse equivocadamente que existan casos inmunes a la intervención de los tribunales de Justicia. En este sentido, la precisión semántica conlleva la necesaria precisión conceptual e impide soluciones o criterios reñidos con los contenidos de la Constitución.

En este contexto, el primer aspecto que tenemos que comprender es el sistema de juzgamiento de casos en materia administrativa, al que aludimos con la expresión ya introducida de Justicia Administrativa, que rige en Argentina y por lo tanto en cada una de las provincias como en la Ciudad Autónoma, de conformidad a las bases constitucionales establecidas ya desde el año 1853/1860, no modificadas por las enmiendas posteriores, sobre todo la reforma de 1994, sino antes bien, fortalecidas al respecto.

Este sistema es "judicialista", lo que significa que está confiado exclusivamente al Poder Judicial -tribunales de Justicia que pueden ser unipersonales o no, como en los restantes fueros ordinarios, llegando incluso a estar a cargo de los superiores tribunales provinciales-, a diferencia de otros modelos del Derecho Comparado que pueden denominarse en general de "doble" o "múltiple" jurisdicción -preferentemente de Europa continental, vgr, Francia o Italia- donde existen dos ámbitos -jurisdicción judicial y jurisdicción administrativa- para canalizar la

resolución de controversias que comprometen o involucran al Estado.

En Argentina, a partir de lo dispuesto por los arts. 18, 29, 31, 109, 116, 75 inc. 22 y concordantes de la Constitución quedó consagrado que todos los asuntos en que la Nación sea parte están confiados a los tribunales de Justicia (art. 116) y que en ningún caso el Poder Ejecutivo puede arrogarse o ejercer funciones judiciales (art. 109), que está prohibida la concesión de facultades extraordinarias por el Congreso al Poder Ejecutivo o por las Legislaturas provinciales a los Gobernadores, bajo pena de nulidad insanable y responsabilidad de infames traidores a la patria y por tanto también lo está la delegación de funciones judiciales al Poder Ejecutivo (art. 29) y que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos (art. 18) garantías que integran el plexo supranacional de derechos humanos con jerarquía constitucional (arts. 75 inc. 22 y 31). Esta forma de organizar el Estado republicano y la división de poderes, en la temática que estamos abordando, de acuerdo con lo preceptuado por nuestro Preámbulo y los arts. 1, 2, 5, 31, 123, 129 y concordantes de la CN, es plenamente vigente para cada autonomía territorial que compone el Estado federal.

A modo de síntesis, el concepto de Justicia Administrativa se integra con tres elementos cardinales: la organización (tribunales de Justicia pertenecientes al Poder Judicial, en Argentina), la materia (todos los casos en materia administrativa) y el proceso (donde se regulan las vías procesales, las oportunidades de acceso, defensa, prueba, y todos los demás aspectos necesarios, para suscitar el ejercicio de la función judicial para conocer y decidir la controversia por el tercero imparcial con fuerza de verdad legal y vocación ejecutiva como condición inherente al Poder Judicial).

En cambio, en otros modelos del Derecho Comparado, esos tres elementos imprescindibles pueden presentar diferencias según el sistema -juez administrativo, juez judicial, ambos-: la organización (vgr. tribunales administrativos en Francia; jueces administrativos o judiciales en Italia), materia (la derivada del control de legalidad de la Administración regida por el Derecho Público, en Francia; la tutela de intereses legítimos en la jurisdicción administrativa y de los derechos subjetivos en la jurisdicción judicial en Italia), el proceso (los recursos contencioso-administrativos en Francia; los recursos y acciones en Italia).

Por último, una breve alusión a la concepción de la Justicia Administrativa como ámbito de protección en el procedimiento administrativo mediante el que se desarrolla el ejercicio de la función administrativa [464]. Ello implica una visión tutelar amplia dentro del Estado de Derecho que entraña la idea de Justicia en todo el quehacer estatal, y que se expresa en los diferentes medios para que el administrado pueda ser oído y ejercer sus derechos -incluyendo las garantías del debido procedimiento como acceder a la vista del expediente, utilizar las facultades propias de la prueba, ser destinatario de una resolución debidamente motivada, entre otras-. Mas ello pertenece al análisis y estudio del Procedimiento Administrativo y de la Función Administrativa.

Entonces, sin desvirtuar el valor institucional y jurídico que ofrece esa concepción arraigada en el Estado de Derecho, a los fines del estudio de la Justicia Adminis-

464 Bartolomé Fiorini brinda una noción garantista y tutelar de la Administración Pública como función estatal bajo un concepto "institucional" de Justicia Administrativa, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, 1976, pág. 397.

trativa en este trabajo y para exactitud del modelo judicial argentino, acotamos su alcance a la solución de las causas o casos en materia administrativa por el Poder Judicial, en particular, en la Provincia de Buenos Aires, el fuero contencioso administrativo creado por la reforma constitucional de 1994.

2. Antecedentes y bases constitucionales de la Justicia Administrativa de la Provincia de Buenos Aires

2.1. Las cláusulas constitucionales actuales. Introducción conceptual

Las cláusulas de la Constitución provincial de Buenos Aires conforme la reforma de 1994, que constituyen la base de la Justicia Administrativa, son los arts. 15, 166, 163, 215 y 217, a los que cabe agregar el art. 20.

Tal preceptiva consagra, en su parte dogmática, los derechos y garantías inherentes al debido proceso judicial y administrativo (art. 15, CP); instituye en la parte orgánica relativa al Poder Judicial, la "cláusula general" sobre el juzgamiento de casos en materia administrativa -la materia, los tribunales descentralizados con competencia y el acceso directo a la Justicia- (art. 166); establece la "ejecutoriedad" de los mandatos judiciales incluyendo los recaídos en el proceso contencioso administrativo (art. 163); dispone -en sintonía con los arts. 160, 161 y siguientes- la creación del fuero contencioso administrativo como organización descentralizada y especializada dentro del Poder Judicial de la Provincia, además del dictado de un nuevo Código procesal (art. 215) y prescribe la designación de los jueces de este nuevo fuero a través del procedimiento de selección con in-

tervención del Consejo de la Magistratura, organismo éste también creado por la reforma de 1994. A su vez, el art. 20 inc. 2 de la Constitución reconoce -entre otras- la garantía del amparo que forma parte en primer orden de la Justicia Constitucional, pero con gran repercusión en el Derecho Público y Administrativo, como dentro del fuero especializado.

A su vez, el art. 15 establece la trilogía fundamental de la defensa: acceso, tutela y plazo. Lo hace a través de los siguientes postulados elementales: acceso irrestricto a la Justicia, tutela judicial continua y efectiva, inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos -además de consagrarlo también en todo procedimiento administrativo-, gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y decisión de las causas en tiempo razonable.

Dentro de la Sección Sexta "Poder Judicial", el art. 166, en lo estructural sustantivo y orgánico, estatuye: el enunciado general de la materia que puede traducirse en el *pleno juzgamiento de todos los casos originados en la función administrativa*; a cargo de *tribunales de Justicia con competencia* que implica la descentralización orgánica (que hasta entonces sólo se asignaba a la SCBA); y que la regla del acceso a la Justicia es directa en tanto el *agotamiento de la vía administrativa* sólo puede ser dispuesto para supuestos determinados por el legislador.

Por último, la norma transitoria del art. 215 contiene el mandato a la Legislatura para reglamentar el fuero contencioso administrativo y dictar el Código procesal respectivo. Por el art. 217 se dispuso la designación de los jueces con intervención del Consejo de la Magistratura creado por la misma reforma de 1994, a fin de garantizar la idoneidad e imparcialidad en la selección.

A lo expuesto se agrega la consagración y reconocimiento de los nuevos derechos y garantías en la Constitución bonaerense -en clave con similares incorporaciones en la Constitución Nacional de 1994- todo ello en su parte dogmática, junto a la inclusión expresa -como se dijo- del amparo, que es una pieza central en el juzgamiento de todas las materias pero de incidencia fundamental en las de Derecho Público y de Derecho Administrativo, como vía expedita y rápida de tutela inmediata ante la afectación manifiesta e ilegítima de los intereses jurídicamente protegidos individuales y colectivos, sin perjuicio de su operatividad general en todo el ordenamiento jurídico.

El sistema contencioso administrativo, de acuerdo con esos postulados, entrelaza tres aspectos indispensables que hacen al acceso, la tutela y el tiempo.

Con relación al acceso, en el plano estructural, lo más importante es la descentralización real y efectiva, como así también la especialización. En el sentido sustancial, el acceso es la remoción de todo valladar formal y previo -vgr. agotamiento de la vía administrativa como reglaque pueda obstar al ingreso a la Justicia para la decisión del fondo de la cuestión litigiosa. El acceso a la Justicia es irrestricto, según el art. 15 ya comentado.

La tutela significa, en este diseño, que se garantice el pleno juzgamiento de todos los casos originados en el ejercicio de la función administrativa, como el cumplimiento y ejecución de las sentencias. En este punto, el enunciado de la materia en la cláusula general del art. 166 es lo suficientemente comprensivo de la plena justiciabilidad de la administración que, como contrapartida, implica que no hay base constitucional para admitir casos no judiciales o zonas de reserva del poder estatal exentas o extrañas al *control* judicial, para usar una terminología habitual.

Si se presenta el caso en materia administrativa, se abre la función judicial.

El tiempo razonable del proceso, no sólo está asociado a la previsión procesal de diferentes vías que sean adecuadas según los tipos de contiendas (juicios ordinarios, sumarios, sumarísimos) sino también a la cantidad y distribución de los órganos judiciales del fuero.

Más adelante se profundizará el análisis de las cláusulas mencionadas.

2. 2. Bases constitucionales en la Provincia de Buenos Aires. Orígenes. Especial referencia al modelo judicial de 1873/1889 y al establecido en 1994

La Provincia de Buenos Aires fue pionera en establecer, con fuente constitucional, un sistema de Justicia Administrativa, que se caracteriza por reconocer tres elementos esenciales: el órgano, la materia y los procedimientos. Analizamos el tema desde la primera Constitución de 1854, antes que Buenos Aires se uniera a la Nación.

2.2.1. La Constitución de 1854

La primera Constitución de la Provincia, de 1854, cuando se conformaba como Estado de Buenos Aires y se encontraba segregada de la Nación Argentina, incluyó una cláusula referida a la materia contencioso administrativa o parte de ella, por la que se dispuso la creación de un Tribunal Especial para atenderla, el que no llegó a crearse.

Tal el antecedente más remoto, que se encuentra en el art. 129 de dicha Carta Magna, en el que se previó que "Las causas contenciosas de Hacienda y las que nacen de los contratos entre particulares y el gobierno, serán

juzgados por un tribunal especial, cuyas formas y atribuciones determinará la ley de la materia" [465].

La norma reglamentaria de la citada disposición constitucional nunca se dictó. Sin embargo, en la ley 166 del año 1857, de organización del Superior Tribunal de Justicia instituido por la misma Constitución, se dispuso que, mientras no se creara aquel tribunal especial correspondía al mencionado Superior Tribunal conocer de todo *recurso de apelación* que se interpusiere contra resoluciones del gobierno en asuntos con particulares (art. 9°, inc. 1°). Esta previsión legal importaba asignar a la intervención judicial el alcance de segunda instancia respecto de la Administración, propia de un sistema -como el francés de jurisdicción retenida o delegada- ajeno al judicialista que ya diseñaba para nuestro país, la Constitución Nacional.

Entonces, si bien el citado art. 129 instituyó en la esfera del Poder Judicial un Tribunal Especial para juzgar asuntos en materia administrativa que nunca llegó a crearse, los hechos acaecidos en ese tiempo significaron un verdadero retroceso en el proceso de diferenciación de funciones administrativas y judiciales. Fueron dos episodios: un proyecto originado en el Senado que proponía la creación de un Consejo Consultivo del Poder Ejecuti-

---

465 Ver: *Textos Constitucionales de Buenos Aires*, Suprema Corte de Justicia de la Provincia, La Plata, 1983, p. 74; conf ARGAÑARÁS, Manuel J., *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, reimpresión inalterada, Lex, La Plata, 1998, p. 29; FIORINI, Bartolomé A., *Sistema y crítica del código contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, LL. Un profundo estudio sobre el origen y evolución de la Justicia de la Administración en la Provincia de Buenos Aires, lo efectúan BEZZI, Osvaldo M., BEZZI, Ana M., BEZZI, Osvaldo H., "La justicia administrativa; origen y actualidad", REDA, año 4, números 9/10, Depalma, Buenos Aires, 1992, pp. 57 y ss.

vo para atender las cuestiones contenciosas de hacienda (que finalmente no prosperó) y el dictado de la mencionada ley 166 del año 1857, que atribuyó al Superior Tribunal de Buenos Aires el conocimiento por vía de "apelación" de las resoluciones del gobierno, mientras no se estableciera el Tribunal Especial que ordenaba el art. 129 de la Constitución.

2.2.2. La Constitución de 1873 y enmienda de 1889

Posteriormente, ya integrada Buenos Aires a la Nación Argentina, al sancionarse la Constitución provincial de 1873, y regularse la competencia de la Suprema Corte de Justicia, en el art. 156, inc. 3°, se estableció que "Decide las causas contencioso administrativas en única instancia y en juicio pleno, previa denegación de la autoridad administrativa competente al reconocimiento de los derechos que se gestionen por parte interesada. La ley determinará el plazo dentro del cual podrá deducirse la acción ante la Corte y los demás procedimientos de este juicio" [466]. El texto instituye las bases de un sistema de Justicia Administrativa donde se reconocen el órgano (S.C.B.A.), la materia y los procedimientos (ley reglamentaria), sistema de índole judicialista, que, por otra parte, no podía resultar de otro modo en virtud de que tal es el modelo determinado por la Carta Magna Nacional, desde sus albores (arts. 18, 109, 116 y concs. Constitución Nacional), que establece que la función de decidir causas y controversias -sin excepciones- corres-

466 Ver *Textos Constitucionales de Buenos Aires*, cit. 155, conf. Argañarás, Manuel J., *Tratado*, cit., p. 29, Bezzi, Osvaldo M., Bezzi, Ana M., Bezzi, Osvaldo H., "La justicia…", cit., ps. 73 y ss; Fiorini, Bartolomé A., *Sistema…*, cit., pp. 830 y ss.

ponde con exclusividad a los tribunales de Justicia, esto es al Poder Judicial.

A su vez, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1889 repitió dicho texto de la anterior, con dos interesantes modificaciones que enriquecieron el sistema: de un lado, la inclusión de la acción por retardación no contenida en el anterior y, del otro, a través de una norma que se incorporó -y aún se mantiene, con adaptaciones-, el principio de ejecutoriedad de las sentencias de condena dictadas en las causas contencioso administrativas, de gran valor institucional en atención a la problemática que siempre han suscitado este aspecto de los juicios contra el Estado. En ello, como en otros puntos, esta provincia muestra inequívoca superioridad en relación a lo sucedido en el orden nacional.

-Interesa resaltar algunos caracteres de la Justicia Administrativa conforme quedara diseñada en la Constitución de 1873, pues este sistema es el que perduró por más de cien años y en él se encuentran, en gran parte, muchas de las razones que sirven de antecedente y explicación de la trascendente reforma que, a su respecto, tuvo lugar con la Constitución de 1994.

-La expresión "juicio pleno". Tres significados se han podido atribuir. Juicio pleno en el sentido de proceso ordinario, por oposición a juicio sumario; juicio pleno en el sentido de instancia judicial originaria y plena, por oposición a instancia judicial de apelación y restringida a los límites de una primera instancia ante la autoridad administrativa; y, juicio pleno en el sentido de tramitado y resuelto por el Tribunal en pleno. A ellas se refiere Luis VARELA en la conocida "Introducción" del Código de su autoría, descartando la tercera de tales acepciones, e inclinándose conceptualmente por una suerte de mixtura entre las dos primeras.

En verdad, a la luz de los antecedentes de la cláusula constitucional de 1873 ya comentados, creemos que la calificación constitucional del juicio como *pleno*, no tuvo por objeto desterrar las vías procesales sumarias, sino apartar cualquier interpretación legislativa o jurisprudencial de la que pudiese resultar un sistema de Justicia Administrativa donde la intervención de la Suprema Corte pudiera ser entendida como segunda instancia, instancia recursiva o de apelación de la Administración, convirtiendo a esta última en primera instancia de juzgamiento. En todo caso, el proceso sumario carecía de la amplitud de conocimiento -principalmente en orden al ofrecimiento y producción de prueba- importando tal vez por ese motivo un riesgo para la consolidación o, mejor dicho, la culminación del proceso evolutivo de diferenciación de funciones administrativas y judiciales [467].

467 Ver sobre la génesis del sistema bonaerense: D´Argenio, Inés A., "El juzgamiento de la contienda administrativa en la Provincia de Buenos Aires", en Revista de Derecho Administrativo, Nº 19-20, p. 371 y ss. Bezzi, Osvaldo M., Bezzi, A. M. y Bezzi, O. H., "La protección jurídica del ciudadano", en *La Justicia Administrativa argentina: origen y actualidad. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, t. II, Cívitas, Madrid, 1993.

La Corte bonaerense ha podido expresar a propósito de las leyes que utilizan la expresión "recurso" -asignándole equivalencia con la acción de plena jurisdicción- que "La Constitución no admite otras apelaciones ante dicho Tribunal (SC) que las de sentencias judiciales. Paralelamente, al asignarle competencia contencioso administrativa 'en única instancia y en juicio pleno' (art. 149 inc. 3) descarta su intervención en esta materia en instancia de alzada o apelación de las resoluciones administrativas, como se hallaba establecido antes de la Constitución de 1873 en que el Tribunal Superior de Justicia conocía 'por apelación' de los asuntos entre los particulares y el gobierno formando instancia los procedimientos administrativos seguidos previamente..." (causa B. 52.271, "Ceretta de Ferrari Ada

La expresión "*juicio pleno*" no ha desaparecido de la nueva Constitución ni de su legislación reglamentaria [468].

Luisa c/Caja de Previsión Social para profesionales de la Ingeniería de la Provincia de Buenos Aires", resolución de fecha 27-XI-90).

Jorge Tristán Bosch señala que en la Provincia de Buenos Aires, recién al promulgarse la Constitución de 1873 se dejó sentado debidamente (ver lo que decimos en la nota anterior) el principio de que el Poder Ejecutivo carecía de facultades jurisdiccionales en materia administrativa y que éstas correspondían, en única y exclusiva instancia, a la Suprema Corte; y agrega: "esta Constitución y las siguientes tuvieron buen cuidado en establecer la exigencia de un 'juicio pleno' ante aquella Corte..., vale decir, de obligar de este modo a que se siga ante dicho tribunal un procedimiento amplio, del tipo del 'juicio ordinario' que legislan los códigos de procedimientos en materia civil y comercial..." (*¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar a la Administración Pública?*, Buenos Aires, 1951, p. 66/67).

468 En efecto, la norma constitucional transitoria contenida en el art. 215 la ha mantenido al establecer la continuidad de la competencia contencioso administrativa en cabeza de la Suprema Corte hasta que comience a funcionar el fuero en la materia y luego, en forma residual respecto de los juicios en trámite. Tal previsión, en efecto, expresa en su segundo párrafo "Hasta tanto comiencen las funciones de los tribunales en lo contencioso administrativo, la Suprema Corte de Justicia decidirá, en única instancia y juicio pleno, todas las causas correspondientes al referido fuero que se hubiesen iniciado, hasta su finalización". La disposición es reiterada por el nuevo Código Procesal (art. 78 inc. 1, ley 12.008).

Por su parte, la ley 12.074 (texto según ley 12.310, anterior a la reforma introducida por la ley 13.101) que ha creado dicho fuero, al determinar la competencia de las Cámaras de Apelaciones en lo contencioso administrativo, y tras preceptuar la que les corresponde como tribunal de alzada, decía "...entenderá, en instancia originaria y juicio pleno, en las demandas promovidas contra las resoluciones del Tribunal de Cuentas de la Provincia, con aplicación de las reglas del juicio ordinario, establecido en el título I -artículos 1 a 66- del Código Procesal Contencioso Administrativo". Tal asignación origi-

El alcance del enunciado "juicio pleno" en tales disposiciones coincide con el que históricamente ha tenido; de un lado, descartar la intervención de la Justicia en grado de apelación de las resoluciones de la Administración, del otro, garantizar dicha intervención a través de un proceso dotado de las mayores oportunidades y medios de ataque, defensa y prueba. Vale decir, juicio pleno en conjunción con instancia judicial originaria y juicio pleno como equivalente a proceso ordinario.

Cabe precisar que "juicio pleno" operaba en íntima relación con la exigencia, también constitucional, de "única instancia". Por un lado, en tanto excluyente de otra instancia judicial que no fuera la de la Suprema Corte; por otro, con las mayores garantías en orden a la alegación de hechos y prueba de los mismos sin restricciones, acorde con los alcances de los procesos ordinarios, y principalmente, sin que pudiese asignarse a la vía judicial el carácter de instancia de apelación [469], en una clara concepción consagratoria de la independencia del Poder Judicial.

---

naria de competencia a las Cámaras de Apelaciones fue derogada por la ley 13.101 quedando esas contiendas en la esfera de atribuciones de los Juzgados Contencioso Administrativos. Mas luego, a poco de iniciarse las funciones del fuero, en el año 2005 fue restablecida por ley 13.405 que ocasionó diversas cuestiones de constitucionalidad de la norma.

469 Como expresara VARELA "lo que la Constitución ha querido es que el juicio contencioso administrativo tenga la prosecución metódica y sin violencia de un *juicio pleno*; es decir, que las partes no se vean cohibidas en sus defensas por las angustias y apremios de los juicios sumarios" (nota art. 50, CCA).

La semejanza en cuanto amplitud de debate y prueba entre el juicio pleno y el ordinario civil no permitía en cambio establecer una identidad entre ambos sino más bien diferenciarlos debido a la especialidad del primero (cfr. autores citados).

Ello implicaba, por un lado, que la totalidad de la competencia material en lo contencioso administrativo correspondía a la Suprema Corte, le era "exclusiva" y, por el otro, que esa competencia debía ser ejercida a través del proceso de pleno conocimiento.

Ese proceso de pleno conocimiento, al momento en que Luis VARELA proyectó la primera legislación para la Provincia de Buenos Aires y de acuerdo a la ley que le sirvió de fuente (ley española de 1888 conocida como ley "Santamaría de Paredes") que, a su vez, representaba una expresión del sistema continental europeo en la materia, era el proceso de "plena jurisdicción".

Concebido como un sistema de defensa de los particulares frente a la Administración, la legitimación se veía restringida a los titulares de derechos porque su situación de "exclusividad" era la única susceptible de tal medio de tutela [470]; siendo ello así, podían pretender la anulación del acto administrativo lesivo, el reconocimiento del derecho e inclusive la indemnización de daños y perjuicios

---

Como con claridad dice DIEZ "Juicio pleno significa que el litigio debe desenvolverse en forma autónoma en sede judicial. El órgano judicial debe tener la independencia necesaria para poder juzgar los actos del poder administrador. En el juicio pleno debe admitirse toda clase de pruebas aunque no se hayan presentado y diligenciado en el procedimiento administrativo que precede al juicio..." (*Derecho Procesal Administrativo*, p. 111).

470 Este criterio de interpretación del derecho como subjetivo -de origen jurisprudencial- que se mantuvo hasta bien entrada la década de 1980, estrechó los alcances del sistema; es que como la Constitución sólo se refería a "derechos" y el Código a "derechos administrativos" podría haberse ampliado tan limitado alcance de la legitimación. Con el tiempo éste se constituyó en uno de los puntos más cuestionados por restringir el acceso a la Justicia y la justiciabilidad de la Administración.

y, naturalmente, el cauce procesal se hallaba dotado de la mayor amplitud en cuanto posibilidades de alegar y probar.

Una "concepción subjetiva" del contencioso administrativo -protección de derechos subjetivos-, en contraste con la "concepción objetiva" del contencioso administrativo orientado hacia la defensa de la legalidad, del derecho "objetivo" [471].

La concepción inherente a nuestro sistema judicialista, que ha definido y marcado el nacimiento y desarrollo de la Justicia Administrativa, se mantiene y vigoriza tras la reforma del '94. Se extiende el ámbito de protección que no circunscribe a derechos, se establecen distintos tipos procesales para el trámite de los juicios sobre materia administrativa. Pero siempre la función judicial se abre para juzgar "casos" y no para controlar la legalidad del obrar administrativo, aunque el restablecimiento de la juridicidad ocurra naturalmente como consecuencia de lo anterior y esté presente como aspiración elemental del sistema. Más allá de las bases dadas por nuestra evolución histórica -decisiva para comprender la cuestión-, la tendencia actual en Europa continental apunta también a la misma concepción subjetiva de la Justicia Administrativa [472].

---

471 Para el contencioso subjetivo y objetivo, ver Rafael Bielsa, *Sobre lo contencioso administrativo,* Depalma, Bs. As. 1954; Argañarás, *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, Tea, 1955; Fiorini, *¿Qué es el contencioso?*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965; García de Enterría, *Problemas del Derecho Público al comienzo de siglo*, Civitas, Madrid, 2001.

472 V. arts. 24 y 106, Constitución española de 1978. García de Enterría señala que incluso en Francia se habla de un "redescubrimiento de la plena jurisdicción", por la recuperación de la

2.2.3. La Constitución de 1934 y el mantenimiento de la cláusula constitucional precedente

Retomando los antecedentes constitucionales, salvo mínimos retoques de redacción, ni la Carta Magna de 1934 que, en el art. 149, inc. 3°, reprodujo el art. 157, inc. 3°, Constitución de 1889 y la preceptiva referida a la fuerza ejecutiva de la condena, como tampoco la reforma de 1949 -de breve duración-, establecieron modificaciones en el sistema instaurado en 1873/1889.

Sobre la base de los conceptos "*autoridad administrativa*", "*previa denegación*" y "*derechos*" gestionados por la parte interesada, mencionados en el art. 157 inc. 3°, Constitución de 1889, el Dr. Luis V. VARELA, escribió el proyecto del Código de procedimientos en lo Contencioso Administrativo [473], sancionado mediante ley 2961 [474], conocido como Código Varela.

---

facultad de que el Tribunal sustituya el contenido del acto anulado, en lugar de limitarse a su anulación, en *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, 3ª edición, 1997, esp. p. 310 y ss. y sus notas; del mismo autor *La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, 2ª edición, 1995, p. 13 y ss. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II -novena edición-.

En la Provincia de Buenos Aires esto no es novedad ya que la sentencia dictada en el proceso contencioso administrativo siempre ha tenido aptitud sustitutiva del contenido del acto anulado y, principalmente, le es inherente su calidad ejecutoria -y no meramente declarativa- conforme lo ha estatuido la Constitución desde el siglo XIX (enmienda de 1889) y lo ha puesto en práctica la Suprema Corte. El problema no ha provenido de los límites de la sentencia sino, entre otros, de los de la legitimación.

473 VARELA, Luis V., *Proyecto de Código de lo Contencioso Administrativo para la Provincia de Buenos Aires*, La Plata,1904.

474 BOBA del 22/12/1905.

La expresión "*autoridad administrativa*" fue interpretada como excluyente de las causas contencioso administrativas a las concernientes a la actividad administrativa de los otros poderes del Estado, de las personas públicas no estatales y de los concesionarios de servicios públicos (en lo que atañe al Derecho Administrativo material o sustantivo). A su vez, la de "*previa denegación*" constituía un resabio de la concepción revisora del proceso que obstaculizaba (al menos impuesta como regla general) el acceso a la Jurisdicción [475] generando situaciones reñidas con el acceso a la Justicia. De otra parte, la limitación de la legitimación sólo a los titulares de los derechos subjetivos marginaba del conocimiento de los jueces aquellas situaciones subjetivas que, aun cuando de diferente confi-

475 Véase la crítica que formula Fernández Torres al dogma revisor en *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva,* Civitas, Madrid, 1998, pp. 29 y ss, con prólogo de García de Enterría. A partir de la consagración en la Constitución española del principio de la tutela judicial efectiva, apunta Fernández Torres que desde esa premisa constitucional (ahora también existente en Argentina) "no parece posible ahora seguir forzando por más tiempo los contornos de la clásica categoría del acto administrativo con el fin de proporcionar a los ciudadanos una tutela integral de sus derechos e intereses legítimos", pues "han sido agotadas todas la hipótesis -al menos todas las barajadas desde hace treinta años por la doctrina y, en mucho menor medida, esporádicamente, por la jurisprudencia- de una interpretación extensiva de este concepto jurídico. Su ampliación a otras formas de actuación administrativa, diversas de la convencional del acto no puede estimarse en rigor, ilimitada, amén de que -y esto es preciso reiterarlo- no satisface las legítimas expectativas de los judiciables de obtener una tutela judicial efectiva de sus situaciones jurídicas. En cuanto al eje del sistema jurisdiccional contencioso administrativo, el acto previo encorseta en demasía las facultades del juez de otorgar justicia, cuando no las ahoga pura y simplemente", (cit., pp 348 y 349).

guración, merecían igualmente protección jurisdiccional, como era el caso de los llamados intereses legítimos, los denominados intereses difusos y también de los derechos de incidencia colectiva.

De ese modo, el modelo tradicional conformado por la cláusula analizada, el Código Varela y la interpretación jurisprudencial restringida a ese molde, si bien de indudable valor por haber constituido un ámbito de control de la Administración mediante un proceso de pleno conocimiento con sentencia de condena ejecutable, requería de la adecuación a las necesidades de la tutela judicial efectiva, en el ámbito de la Justicia Administrativa.

2.2.4. La reforma constitucional de 1994

La Constitución Provincial, al ser modificada en el año 1994, estableció una reforma fundamental en la Justicia Administrativa a la que hemos ya aludido en sus trazos principales, reemplazando el antiguo modelo instituido por la Constitución de 1873 que perduró -con mínimas variantes incluidas en el año 1889- por más de cien años. Era pues el modelo mantenido por la Constitución de 1934, vigente al tiempo de producirse el aludido cambio constitucional.

Siempre emplazada en el sistema judicialista -único compatible con la Constitución de la Nación Argentina (arts. 1, 5, 18, 29, 31, 109, 116, 123 y concs.)- la nueva base constitucional de la Justicia Administrativa bonaerense removió la vieja estructura, creando un fuero especializado y descentralizado (arts. 215, 217 y concs.) y estatuyendo una cláusula general progresista y moderna (art. 166, última parte), superadora de obstáculos que hacían, de la justiciabilidad plena de los casos administrativos y del acceso a la Justicia y la tutela judicial, una aspiración cada vez más distante de la realidad.

Los cambios más significativos se pueden sintetizar en los siguientes puntos:

1) la creación de un Fuero Contencioso Administrativo para entender en los casos contencioso administrativos -en sustitución de la competencia originaria y en única instancia y, por lo tanto, exclusiva, de la Suprema Corte, atribución ésta que quedó abrogada- (arts. 161, 166, 215, 217, Const. 1994; derogación del art. 149 inc. 3° de la anterior Constitución de 1934);

2) la concepción del contenido de la jurisdicción en materia administrativa a partir de la configuración de un "caso" -conflicto o controversia de intereses- cuya nota distintiva, diferenciadora de los restantes fueros judiciales, reposa en el ejercicio de la "función administrativa" que da origen a la contienda, cualquiera fuera la manifestación de esa actividad (actuaciones u omisiones) (cfr. art. 166, cit.), cualquiera fuera el sujeto que la tiene a su cargo (públicos -estatales o no- y privados) y su posición -y eventual situación procesal- en el conflicto; criterio superador de la estrechez del modelo histórico bonaerense que delimitaba la competencia material a la revisión de actos administrativos emanados de sujetos públicos estatales -por excepción, no estatales- lesivos de derechos administrativos preexistentes (art. 149 inc. 3°, Const. de 1934; arts. 1, 28 y concs. C.P.C.A. -ley 2.961- y jurisprudencia interpretativa);

3) la liberación de restricciones al juzgamiento de casos derivados, principalmente, de la concepción de Justicia revisora atribuida tradicionalmente en esta materia, dogmática que desaparece para dar paso a la plena justiciabilidad de la Administración en línea coherente con el principio esencial de tutela judicial. El carácter revisor -de cuño jurisprudencial, no estatuido por ningún precepto- fue responsable de limitaciones formalistas y de signi-

ficativos espacios excluidos de la Justicia administrativa. No tenían cabida otras pretensiones que la anulatoria; ni podían plantearse agravios respecto de omisiones o de actuaciones que no fueran actos; tampoco en relación con cuestiones que no habían tenido decisión administrativa previa; o que, habiéndolas tenido, no satisfacían todas las cargas para habilitar la instancia judicial.

El valor de esta reforma se proyecta en diferentes sentidos. Jurídicamente, por haberla consagrado la norma superior, cuya fuerza vinculante es inopinable en nuestro régimen constitucional (arts. 31 CN, 57 CP). Axiológicamente, por los principios esenciales antes mencionados que la informan (art. 15, Const. Prov.). Pragmáticamente, por ser un instrumento apto para la solución judicial de toda controversia originada en el ejercicio de funciones administrativas.

En consecuencia, a partir de esa enmienda [476], tuvieron lugar sustanciales transformaciones en la organización y funcionamiento del régimen de la Justicia contencioso administrativa al disponerse la creación de un fuero especializado [477], delimitarse un nuevo criterio más amplio

476 El 23/12/1993 se promulgó la ley 11.488 (ADLA LIV-A-828), por la que se declaró la necesidad de la reforma parcial de la Constitución de la Provincia y se convocó a una convención reformadora a tal fin. En el art. 3°, inc. a, se incluyó entre los artículos a modificar las cláusulas 3° de los artículos 149 y 151.

477 Cabe recordar que, en el frustrado proyecto de reforma constitucional de 1990 (ley 10.859, ADLA L-A-662) se contempló la modificación del texto del inc. 3 del art. 149, Constitución de la Provincia, por el siguiente: "La legislatura establecerá tribunales, determinando los límites de la jurisdicción territorial y las materias de su competencia. La ley creará tribunales que decidirán las causas contencioso administrativas previa denegación o retardación de la autoridad administrativa competente a reconocimiento de los dere-

que el anterior de materia contencioso administrativa y eliminarse los obstáculos que dificultaban el enjuiciamiento del obrar de las autoridades administrativas.

En la Carta Magna reformada, la Justicia contencioso administrativa se encuentra regulada en el Cap. III, de la sección VI, denominado "Administración de justicia", en el art. 166, párrafo 5°, que prescribe: "Los casos originados por la actuación u omisión de la provincia, municipios, entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo con los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa".

La reforma constitucional de 1994 ha introducido cambios de trascendencia que se reflejan en las nuevas formulaciones incorporadas al sistema contencioso administrativo, tanto en su organización, en su materia, como en su cauce formal, es decir, en las reglas procesales.

En este sentido, la Constitución de 1994 eliminó una serie de instituciones y de principios que habían terminado por anquilosar el sistema provincial, generando típicas denegaciones de justicia, debido a que las formas constitucionales y legales no se adaptaban a los nuevos

---

chos que se gestionen por parte interesada. La ley determinará el plazo dentro del cual podrá deducirse la acción ante aquellos tribunales y los procedimientos de este juicio". La enmienda proyectada mantenía, en esencia, la misma redacción que la cláusula que modificaba, con la única diferencia de que la competencia contencioso administrativa no se le asignaba a la Suprema Corte, sino a Tribunales inferiores especializados. De tal modo, se establecía un fuero contencioso administrativo, cuya organización quedaba en manos del legislador.

requerimientos del Estado de Derecho, orientado, decisivamente, hacia la vigencia irrestricta del principio de la tutela judicial efectiva y, consecuentemente, de una plena accesibilidad a la revisión judicial de las actividades regidas por el Derecho Administrativo [478]. Este principio, consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica [479], se encuentra ahora incorporado expresamente en el art. 15, Constitución de la Provincia de 1994.

Este nuevo precepto constitucional (art. 166 cit.) puso fin a la denominada concepción restringida del proceso contencioso administrativo al eliminar las fórmulas contenidas en el art. 149 inc. 3°, Constitución de 1934. Se abrió paso así a una etapa donde prevalece una concepción más abierta y protectora de los derechos de los judiciables, caracterizada por estas notas:

- la eliminación de la competencia de la Suprema Corte provincial para entender en jurisdicción originaria y exclusiva en este tipo de causas;

- una mayor amplitud en el acceso a la Justicia, tanto en materia de legitimación como respecto de los recaudos habilitantes;

- la superación del carácter revisor que se atribuía a la jurisdicción contencioso administrativa cuyo proceso no se concibe ya como un proceso al acto (Laferrière) sino vinculado a casos originados por la actuación de la Provincia, sus entes públicos y personas asimiladas a ellos;

- el quiebre del carácter revisor se proyecta -como derivación del principio de tutela judicial efectiva- en una serie de instituciones procesales: 1) en materia del

478 V. Cassagne, ob. cit.

479 Arts. 8° y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), aprobada por ley 23.054.

requisito que imponía agotar la vía administrativa, el cual aparece relativizado al convertirse en excepcional el cumplimiento de dicho recaudo para promover el respectivo proceso [480]; 2) en el abandono de la regla del acto previo o de la "previa denegación o retardación de derechos" que la Constitución derogada en 1994 exigía, como recaudo para habilitar la jurisdicción [481]; 3) en la ampliación de las pretensiones procesales [482], antes circunscriptas a las pretensiones anulatorias y 4) en la inexigibilidad del requisito estricto de congruencia procesal que permite invocar nuevos argumentos o razones no planteadas en sede administrativa, aun cuando siempre se requiera mantener la congruencia de la pretensión en sí misma, en aquellos casos en que resulta necesario agotar la vía administrativa para acceder a la Justicia;

- el criterio subjetivo u orgánico para delimitar la función administrativa (que consideraba sólo los actos emanados de *"autoridades administrativas"*) y su reemplazo por un criterio objetivo o material que admite la plena judiciabilidad de los actos de otros poderes (Legislativo y Judicial) y de las personas públicas no estatales;

- el reconocimiento de la aptitud de la Provincia y los respectivos entes para actuar como parte actora en el

480 Conf. Art. 166 Constitución de la Provincia y causa B. 64.553 "Gaineddu Juan Daniel v Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Seguridad). Demanda contencioso administrativa", 23/4/2003 J.A. 2003-III-252 con nota de D'Argenio, Inés A., "La articulación de un pedimento ante la autoridad administrativa como excepción a la directa demandabilidad estatal: una resolución judicial sin precedentes".

481 Art. 149 inc 3°, Constitución de 1934, y art. 157, inc. 3°, Constitución anterior con las reformas de 1889.

482 Art. 12 CCA.

proceso (v.gr; procesos de lesividad) como consecuencia natural de eliminar la restricción que impedía juzgar otros actos y situaciones que no fuesen actos de autoridades administrativas denegatorias de derechos;

- la pretensión pasa a convertirse en el eje central del proceso regulándose sus distintas clases en función de la tutela judicial efectiva [483], sin limitarse a la clásica pretensión anulatoria [484].

2.2.5. La tutela judicial efectiva

El sustento de la nueva concepción del proceso contencioso administrativo radica, evidentemente, en el art. 15 de la nueva Constitución en la medida que prescribe: "La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial. Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave".

Se trata de un principio que informa todo el ordenamiento, máxime al hallarse ahora también previsto en la Constitución Nacional [485], a través de su incorporación en

483 Art. 12 CCA.

484 Cassagne-Perrino, ob. cit.

485 El art. 75 inc. 22, CN, luego de prescribir que los Tratados poseen una jerarquía constitucional (es decir, son ley suprema), precisando, sin embargo, que no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y que deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías en ella reconocidos. Entre estos Tratados se encuentra la Convención Americana de Derechos Hu-

el Pacto de San José de Costa Rica.

Una de las consecuencias más trascendentes de la adopción en el Código contencioso administrativo del principio de la tutela judicial efectiva se produce a raíz del quiebre del dogma revisor que regía el contencioso administrativo provincial, lo cual, a su vez, se proyecta en el abandono del requisito del acto previo para acceder a la Jurisdicción y en la ampliación de las pretensiones del proceso, el que no se circunscribe, exclusivamente, a la anulación de actos administrativos.

La relativización de la exigencia constitucional (art. 166, último párrafo, Constitución provincial) concerniente al agotamiento de las instancias administrativas en determinadas pretensiones (ritualismo inútil o la impugnación directa de un reglamento emanado de la autoridad jerárquica superior e incluso dictado por delegación) [486] contribuye también a facilitar la judiciabilidad efectiva del obrar de la Administración.

2.3. La cláusula general del artículo 166 de la Constitución de 1994

Interesa destacar el contenido y significado de la Nor-

---

manos (Pacto de San José de Costa Rica), cuyos arts. 8° y 25 recogen el principio de la protección judicial efectiva.

486 Art. 14, aps. 1 y 2 CCA. Si bien el art. 14, CCA -con la modificación de la ley 13.101- sienta la regla general de agotar la vía administrativa, prescribe excepciones de tanta trascendencia que no sólo relativizan la exigencia sino que arrojan dudas acerca de la vigencia o eficacia de la regla en el plano de la realidad. Su lectura ha de ser entendida con arreglo a la interpretación jurisprudencial de la cláusula superior que establece la regla de acceso directo y la salvedad de algún reclamo o instancia previa.

ma Fundamental.

Con arreglo al enunciado del art. 166 quinto apartado de la Ley Suprema "Los casos originados en la actuación y omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales con competencia en lo contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa". La Constitución pone acento en el siguiente dato: *el ejercicio de funciones administrativas*, criterio que importa la modificación del que, para determinar la materia, sustentaba el sistema anterior -acto administrativo emanado de autoridad pública estatal, lesivo de derechos subjetivos de índole administrativa-, produciendo una sensible ampliación de los supuestos comprendidos, al tiempo que brinda una base consagratoria de la plena justiciabilidad de la Administración. Despejemos la cuestión deteniéndonos en cada elemento de la cláusula general transcripta ("casos", "actuación y omisión", "sujetos", "función administrativa").

1. La voz "*casos*" [487], trascendente porque viene a ubi-

487 Hemos visto que la Constitución anterior decía que la Suprema Corte decide "las causas contencioso administrativas..." (art. 149 inc. 3º); la actual, en cambio, se refiere a "Los casos ..... serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo". Cabe entonces destacar que el objeto que regulan ambas cláusulas es diferente, razón por la cual no cabe hablar, en verdad, de la sustitución de un término por otro sino de una transformación del enfoque; a no ser que se identifiquen las palabras "causa" y "caso". Dice Grau que se denomina "causa administrativa" al "juicio administrativo", luego de recordar que, en cambio, para la Constitución Nacional "causa" es un "caso" o "asunto"; y de hacer mérito de la necesidad de una mayor precisión terminológica (*Habilitación de la*

car al proceso administrativo en paridad con cualquier proceso judicial, significa el acceso a la Justicia frente a la efectiva controversia o colisión de derechos o intereses, importa la superación de los límites implícitos en la legitimación "calificada" del sistema anterior [488], y, por ello, la imposibilidad de restringirla de ese modo con sustento constitucional. Al mismo tiempo, coloca a la Justicia administrativa en sintonía con la cláusula prevista en el art. 15 de la misma Constitución.

La naturaleza "administrativa" de la situación exclusiva o por lo menos, personal, directa y actual, terminó por convertirse en una valla para abrir la jurisdicción en esta materia, en casos de evidente configuración de una contienda subsumida en un régimen de Derecho Público pero que carecían de aquella condición. La noción de "caso" supera aquel contorno que limitaba la materia, brindando la base de un ámbito en el que pueden encontrar adecuada tutela, de acuerdo a su reconocimiento constitucional, las denominadas situaciones colectivas -intereses difusos, derechos de incidencia colectiva, intereses en general, etc.-, aun cuando sea preciso abordar una nueva perspectiva en la función judicial y en el contenido del *caso*, relativa la expansión del acceso a la Jurisdicción, en la que no está ausente el delicado problema del alcance de

instancia contencioso administrativa, Editora Platense, La Plata, 1971, págs. 10/11 y notas 2 y 3).

488 La competencia material y la legitimación coincidían en el régimen tradicional instaurado sobre la base de la ley 2961 (Código Varela) y de la jurisprudencia de la Suprema Corte, en cuanto el contenido de ambos aspectos estructurales del proceso estaba conformado por la situación subjetiva administrativa: el derecho subjetivo de carácter administrativo y preexistente.

la sentencia [489]. El Código de la materia en su artículo 13, adopta el criterio amplio de legitimación, comprensivo de las situaciones tuteladas por el ordenamiento jurídico, como en cualquier fuero judicial, honrando a la norma fuente (art. 166, cit.), para armonizar con lo dispuesto en el art. 15 (C.P.) y con la protección constitucional a nuevos derechos, entre los que se cuentan los de carácter colectivo (arts. 28, 55 y otros).

La jurisprudencia emanada del máximo Tribunal provincial, en línea con tales principios, a partir del breve pero fecundo período en el que comenzó a aplicar las nuevas bases constitucionales de la Justicia administrativa sin el fuero en funcionamiento, admitió y admite la legitimación amplia en reemplazo del criterio restringido de la legitimación especial y calificada (derecho administra-

489 Puede consultarse la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional en relación a la palabra "casos" que utilizaba el art. 101 de la Constitución Nacional de 1853. Ver Bosch, Jorge Tristán, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública?*, Buenos Aires, 1951, pág. 133 y sigs., que analiza la cuestión del efecto *erga omnes* de la sentencia frente a la expresión constitucional "casos". D´Argenio, Inés, lo hace también en concreta referencia al nuevo régimen bonaerense: "El juzgamiento de la contienda administrativa en la Provincia de Buenos Aires", en Revista de Derecho Administrativo, Depalma, año 7, mayo-diciembre 1995, N° 19/20, p. 371 y sigs. El Anteproyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo para la Provincia de Buenos Aires elaborado -también con motivo de la reforma de 1994- por la Comisión respectiva del Instituto de Derecho Administrativo de la F. C. J. y S. de la U.N.L.P. incorporó entre los legitimados para deducir acción contencioso administrativa, en forma expresa, a quienes invocasen intereses colectivos -art. 7-. Por su parte, la Comisión creada por Decreto 1150/96, propuso como legitimados a los titulares de derechos o intereses, criterio que fue mantenido en las Cámaras legislativas que aprobaron ese texto -hoy art. 13- sin modificación alguna.

tivo preexistente). Este último, cabe recordar, imprimía de fundamento a la competencia material antes de esta reforma y en los tiempos subsiguientes de la transitoriedad, mientras se siguió rigiendo por los antiguos principios, que dimanaban de la anterior cláusula superior (art. 149 inc. 3°, Const. de 1934) y de las del Código Varela (arts. 1, 28 y concs.) así como de las pautas interpretativas. Existía una suerte de confusión entre los institutos de materia y legitimación, cuyas más graves consecuencias se hacían sentir cuando se apartaba el asunto de toda justiciabilidad en razón de no reunirse los recaudos específicos (la exclusividad de la situación jurídica y su naturaleza administrativa) que otorgaban, según lo entendía por entonces la Suprema Corte, en ejercicio de su competencia en la materia, aptitud para entablar la acción, en muchos casos, sin posibilidad de replantear la cuestión en otra sede judicial.

En el marco de esa doctrina tradicional, no obstante, se había evolucionado hacia soluciones menos estrictas. Así, del "derecho subjetivo administrativo preexistente" rigurosamente interpretado, se extendió la legitimación, ampliándosela, a los oferentes y concursantes desplazados (casos "Paso del Sol" y "Peltzer" [490]). Tras la reforma constitucional se fue más lejos al aceptarse para acceder a la vía contencioso administrativa la titularidad de un "interés legítimo" (caso "Rusconi", del año 1995 [491] y doc-

490 Causa B-50.436, "Peltzer, Carlos Federico c/Provincia de Buenos Aires (Coadyuv.: Mielnicki, Januse Antonio). Dem. Cont. Adm.", res. del 3 de febrero de 1987.

491 Causa B-55.392, "Rusconi, Oscar c/Municipalidad de La Plata. Demanda Contencioso Administrativa", res. del 4 de julio de 1995.

trina minoritaria antecedente del caso "Thomann", del año 1984 [492]). De este modo si bien se mantuvo la exigencia de la situación de carácter administrativo como requisito de legitimación y de determinación de la materia, se tornó menos rígida, al desentenderse del estrecho marco de una relación jurídica concreta y directa con la autoridad, para alcanzar una gama de posiciones de distinta intensidad (en el caso "Rusconi", por ejemplo, el actor era un tercero en la relación jurídica administrativa entre la autoridad municipal y el titular de una autorización), pero con un límite: que la situación fuese personal, esto es, individual [493].

Es así que la competencia contencioso administrativa, ponderada a la luz del recaudo de la legitimación, no alcanzaba aquellas hipótesis en que se invocaban situaciones de carácter colectivo [494]. Limitación que, si bien podía

492 Causa B-49.544, "Thomann, Federico F. y otros contra Municipalidad de Almirante Brown. Demanda Contencioso Administrativa", sent. del 7 de diciembre de 1984.

493 Así, ha declarado la Corte que el conocimiento de la pretensión corresponde a su competencia originaria y transitoria sobre la materia contencioso administrativa "si la situación jurídica alegada como fundamento de aquélla es personal y directa, de índole administrativa y se denuncia lesionada por un acto emanado de una autoridad provincial basado en normas reglamentarias de derecho local (arts. 1 y 28 inc. 3, C.C.A.)" (causas B-58.738, "Fiscal de Estado s/cuestión de competencia art. 6° C.C.A.. En autos: 'Lima, Jorge F. c/ Ministerio de Salud de la provincia de Buenos Aires s/Amparo'", res. del 23 de diciembre de 1997; B-58.698, "Scioscia, Miguel s/Acción de Amparo -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-", res. del 16 de diciembre de 1997).

494 . La Corte sostenía que su competencia contencioso administrativa "no comprende a los supuestos en los que...se procura la tutela de derechos de incidencia colectiva consagrados directamente en la

tener por efecto desplazar hacia la Justicia ordinaria el conocimiento de tales asuntos, importaba marginar nada menos que el grueso de la materia ambiental, urbanística y de servicios públicos en relación a usuarios y consumidores, entre otras de evidente gravitación social e institucional, las cuales, sin dudar, resultan inherentes a la Justicia administrativa.

Otros son los postulados emergentes de la jurisprudencia de la Corte provincial que arranca en el año 2002 y evoluciona hasta consolidar el enunciado del caso "Consorcio" [495]

En primer término, porque la Corte no declina su competencia en razón de la legitimación invocada, definiendo

---

Constitución por parte de quienes no ostentan una situación jurídica determinada frente a la administración demandada", ponderándose que, en tales supuestos, no existe "relación jurídica alguna regida por el derecho público local en cuyo marco pueda generarse una 'causa contencioso administrativa' (arts. 1, 2, 3, 4 y conc., C.P.C.A.)" (causas B-59.080 "Carbajal, Daniel y otros c/Municipalidad de Quilmes y otros s/Acción de Protección y Restauración del Medio Ambiente -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-", res. del 26 de mayo de 1998 y sus citas; B-57.354, "Adelco", res. del 12 de abril de 1996; B-57.835, "A. DE. COS. S/Acción de Amparo -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-", res. del 27 de diciembre de 1996; B-57.991, "Fiscal de Estado", res. del 15 de abril de 1997; B-59.065, "Centro Cultural y de Información de la Mujer '9 de Julio' s/Recurso de Amparo -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-", res. del 28 de abril de 1998; B-59.100, "Alemano, Eduardo Oscar s/Recurso de Amparo -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-", res. del 5 de mayo de 1998)

495 Este *leading case* -que data del año 2003- reviste significativa trascendencia y proyección en cuanto: declara la operatividad de la cláusula general estatuida por la Constitución de 1994, establece los principios interpretativos generales y especiales de la materia. En tal sentido, de sus enunciados se desprende la plena justiciabilidad de la Administración que informa el nuevo sistema.

la materia con abstracción de la clase y naturaleza de la situación jurídica esgrimida al demandar. Pero más trascendente, porque además de ello ha admitido como suficiente para abrir su jurisdicción originaria la alegación de derechos o intereses, individuales o colectivos, en tanto se presente un *caso*. Sirvan como ejemplo los primeros precedentes: "Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires" (del 19 de marzo de 2003) -donde se reconoció aptitud suficiente a la entidad profesional para accionar en defensa de intereses y derechos de sus colegiados y de la tutela judicial efectiva y administración de Justicia, sin apartar el conocimiento de la causa del ámbito de su competencia originaria en razón de la legitimación esgrimida, como ocurriera anteriormente- [496]; "Asociación Civil Ambiente Sur" -en la que admitió, en cabeza de la entidad actora, la titularidad de un derecho de incidencia colectiva que le confería legitimación para

496 La Corte recordó la jurisprudencia nacida a partir del año 2002, en que comenzó a ejercer su competencia originaria en materia contencioso administrativa sobre la base de la nueva cláusula constitucional -art. 166,- que interpretó a partir de entonces operativa, en el sentido de que no cabe oponer reparos "a la legitimación en acciones promovidas en resguardo de situaciones de carácter colectivo (conf. causas B-64.119, 'Asociación de Personal Jerárquico y Profesional de la Municipalidad de Morón, Hurlingham e Ituzaingó', res. del 10-7-2002; B-64.648, 'Municipalidad de La Plata s/art. 6° C.C.A., en autos: Ponz', res. del 2-10-2.002; B-64.785, 'Fiscal de Estado s/art. 6° en autos: Cámara Argentina de Agencias de Turf', res. del 10-10-2.002; B-64.706, 'Municipalidad de Morón s/art. 6° C.C.A...." y B-64.829, 'Sindicato de Trabajadores Municipales de Morón, Hurlingham e Ituzaingó contra Municipalidad de Morón s/Amparo -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.'. res. del 27-11-2.002) sin perjuicio del examen que en cada caso corresponda efectuar, con arreglo a las normas aplicables, en torno a la titularidad del interés o derecho".

entablar, en defensa de un ambiente sano, una acción de amparo en materia administrativa propia del conocimiento originario, por ese entonces todavía, del Supremo Tribunal provincial [497]; "Burgués", esta vez, en beneficio de la legitimación en materia administrativa, de los vecinos de una localidad que cuestionaban, invocando la tutela del ambiente, un emprendimiento municipal [498]. Cabe

497 Causa B-65.269, "Asociación Civil Ambiente Sur c/Municipalidad de Avellaneda s/Acción de Amparo –cuestión de competencia art. 6° C.C.A.", res. del 19 de marzo de 2.003). La entidad actora, en defensa del derecho a un ambiente sano, pretendía la paralización de obras correspondientes a un emprendimiento autorizado por la comuna (Reubicación del Mercado de Abasto de Avellaneda, construcción del Mercado Concentrador Integral de Avellaneda e instalación del Mercado de Flores), argumentando violación de la Ordenanza de Zonificación del partido, Ley Orgánica de las Municipalidades y Ley del Suelo y lesión de derechos constitucionales. Tras declarar su competencia originaria, la Corte se expidió sobre la legitimación y sostuvo que "la pretensión no reposa en la afectación de situaciones subjetivas individuales sino del derecho a un ambiente sano...derecho de incidencia colectiva cuya defensa en el ámbito territorial de Avellaneda justifica la Asociación actora..." por lo que concluyó que resultaba "plausible ...el título jurídico invocado". A lo que agregó que "en el ordenamiento constitucional...se reconoce legitimación a sujetos potencialmente distintos de los directamente afectados" y, en el mismo pronunciamiento, confirió una diligencia precautoria". (Ver sobre impugnación del mismo emprendimiento por un concejal de Avellaneda la causa B-65.270, "Alegre, Gabino M. c/Municipalidad de Avellaneda s/acción de amparo -cuestión de competencia art. 6°, C.C.A.-", res. del 7 de mayo de 2003).

498 Causa B-65.158 "Burgués, Teresita Susana y otros c/Municipalidad de Salto y otros s/Amparo" res. del 30 de abril de 2003. Los actores invocaron su condición de vecinos de la localidad de Salto y demandaron a la Municipalidad homónima a través de una acción de amparo, cuestionando actos de ella emanados mediante los cuales se habría autorizado la instalación de una boca de expendio de

aclarar que, si bien la mayoría de los precedentes se refieren a acciones de amparo, todos los pronunciamientos, al abordar lo concerniente a la materia, lo hacían en relación a la contencioso administrativa, pues en ese período la Corte provincial sólo entraba a entender en acciones de amparo bajo el criterio de competencia material.

Son ellas las primigenias decisiones que modifican una centenaria jurisprudencia del Máximo Tribunal, aunque está demás decir que, una vez iniciadas las funciones del fuero descentralizado, se evidencia que la materia propia de la Justicia administrativa va a alcanzar un gran ámbito de tutela de situaciones de índole colectiva.

2. *"Actuación y omisión"* (art. 166, quinto ap. Const. Prov.) son expresiones utilizadas por la cláusula general que encauzan en la concepción de amplitud que venimos exponiendo, afianzando la noción de apertura del proceso administrativo. En lugar de una instancia judicial habilitada sólo frente al acto expreso o tácito, ahora se abre indistintamente frente a otras, tal vez todas,

---

gas natural comprimido en la estación de servicio como así también la obra de tendido de red de gas natural destinada a proveer del fluido al citado establecimiento. La impugnación se sostenía sobre la base de que las normas de zonificación vigentes en la comuna prohíben en el lugar donde se llevaban a cabo los trabajos, la instalación del citado establecimiento. La Corte consideró suficiente la legitimación invocada por los reclamantes, para reconocerles *prima facie* el carácter de afectados por el obrar municipal censurado y, en consecuencia, dar trámite de la acción. Sostuvo que "con prescindencia de la mayor o menor cercanía existente entre el domicilio de los demandantes y el sitio donde está previsto emplazar el equipamiento ...no hay duda que la generalidad de ellos pertenece al vecindario y reside en un radio lindero a la estación del servicio". En el mismo decisorio, se dispuso como medida cautelar, la suspensión de los efectos de la Ordenanza impugnada además de no innovar sobre la situación existente en la estación de servicio.

las expresiones -formales o no- del ejercicio de la función administrativa, quedando comprendidas como conductas susceptibles de ser controvertidas -u originar el caso- los actos, los hechos [499], las vías de hecho, las inactividades en general, siempre claro está, que respondan al aludido marco funcional. La Constitución no pone límites -sino más bien los remueve-; el ejercicio de la acción no se encuentra ya condicionado a la previa denegación o retardación (inc. 3 del art. 149, Const. de 1934 y arts. 1, 7 y 28 inc. 1 del C. P. C. A. de 1905) como únicas formas de manifestación. Los nuevos conceptos de "actuación y omisión" encuentran, en ciertas materias, como la responsabilidad del Estado [500] o las prestaciones -en

499 GORDILLO, luego de distinguir entre la actividad jurídica y no jurídica de la Administración -según produzca o no efectos jurídicos directos-, dice "que los actos son las decisiones, declaraciones o manifestaciones de voluntad o de juicio, que hechos son las actuaciones materiales, las operaciones técnicas realizadas en ejercicio de la función administrativa. Si bien generalmente los hechos son ejecución de actos (en cuanto dan cumplimiento o ejecución material, a la decisión que el acto implica), ello no siempre es así, y pueden presentarse actos que no son ejecutados, o hechos realizados sin una decisión previa formal. ...en líneas generales puede afirmarse que el acto se caracteriza porque se manifiesta a través de declaraciones provenientes de la voluntad administrativa y dirigidas directamente al intelecto de los particulares a través de la palabra oral o escrita, o de signos con un contenido ideográfico (el gesto del agente de tránsito al elevar el brazo para detener el tránsito; las señales usuales de tránsito, tales como flechas, círculos, etc.); el hecho, en cambio, carece de ese sentido mental, y constituye nada más que una actuación física o material" (*Tratado de Derecho Administrativo*, Parte General, Tomo 1, 3º edición, 1995 -Enteramente rehecha con la Constitución de 1994 y la reforma del Estado-, Macchi, capítulo X.4).

500 Es que las consecuencias dañosas que la persona pública estatal está llamada a resarcir, pueden derivar de sus actos legíti-

especial de índole social-, entre otras, un campo de definida aplicación. Además, de la relación de este elemento -"actuación y omisión"-, con el de la inversión del principio del agotamiento de la vía administrativa [501], se colige sin dificultad la regla de la demandabilidad directa del Estado en el proceso contencioso administrativo, que ha sido expresamente reconocida por la Corte local a partir del caso "Gaineddu" [502] y que informa el ejercicio de la jurisdicción en el fuero contencioso administrativo [503], a la vez que desaloja de la competencia el carácter revisor que tantas lamentables restricciones ocasionara en esta materia.

Las resoluciones de la Corte provincial, desde el año 2002 en adelante, son coherentes al expedirse sobre el alcance de la materia administrativa, cuyo juzgamiento comprende diferentes manifestaciones del ejercicio de la función administrativa, y no sólo al acto administrativo. Especialmente relevantes son las primeras decisiones adoptadas en tal sentido por el Tribunal en relación a

---

mos o ilegítimos, de los hechos y omisiones en general que le sean imputables.

501 Art. 166, quinto apartado, *in fine* de la cláusula: "la ley... establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa".

502 Causa B-64.553 "Gaineddu, Juan Daniel c/Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Seguridad). Demanda contencioso administrativa", resolución interlocutoria dictada el 23-IV-03.

503 Pueden consultarse en ese sentido los pronunciamientos de los casos "Comper" de la Cámara de Apelación del fuero, con asiento en San Martín; asimismo los casos "Regalado", "Ribelli", "Giannino", entre otros, de la Cámara del mismo fuero con asiento en La Plata, precisados en notas anteriores. También los hay numerosos de los Juzgados de Primera Instancia.

la omisión administrativa material y las pretensiones de carácter prestacional. Es así que, al pulso de la directa aplicación del art. 166 constitucional (doctr. "Consorcio"), se abre la Jurisdicción sin condicionamientos a las diferentes manifestaciones de la actividad administrativa. El acceso a la Justicia no requiere ni presupone la existencia de un acto administrativo como ocurriera en el régimen anterior [504], desplazándose así ese dato esencial que regía la delimitación de la materia, junto al carácter administrativo del derecho lesionado.

En su reemplazo, el tribunal, por aplicación de la nueva cláusula constitucional, abre su competencia originaria y la vía judicial ante otras formas del obrar estatal, especialmente la inactividad material.

Aquí pueden mencionarse, como novedades del sistema bonaerense, en contraste con el anterior *proceso al acto*, el juzgamiento de la omisión administrativa. Acerca de ello, entre los primeros precedentes del tribunal pro-

504 Cabe recordar que, entre los postulados de este último, se sostenía que "la materia contencioso administrativa, tal como está circunscripta por la normativa aplicable...sólo autoriza la acción cuando se requiere...la revisión de un acto administrativo denegatorio emanado de la autoridad demandada" (doctr. SCBA causas Ac-33.406, sent. del 23 de abril de 1985; Ac-33.558, sent. 30 de julio de 1985; entre otros). O, dicho en otras palabras, si la Administración accionada no ha dictado un acto administrativo susceptible de ser impugnado por la vía de la acción contencioso administrativa, la cuestión deviene ajena a la competencia originaria de la Suprema Corte sobre la materia (causa B-55.156, "Juntos S.R.L. c/Municipalidad de La Plata s/Amparo -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-", res. del 26 de mayo de 1993, entre otras), pues tal ámbito no comprende los supuestos en los que no se pone en tela de juicio la validez de algún acto administrativo (causa B-57.983, "Turimarcel S.R.L. c/Municipalidad de Villa Gesell s/Amparo, cuestión de competencia art. 6° C.C.A.", res. del 11 de marzo de 1997).

vincial se pueden mencionar: los casos "Migone" y "Sarlo" -en relación a la pretensión de vecinos ante los daños padecidos por los demandantes a raíz de las inundaciones ocasionadas por copiosas lluvias, debido a la omisión de conductas debidas en ejercicio de funciones administrativas de la Municipalidad, en relación el mantenimiento de alcantarillas y desagües pluviales- [505]; o bien, el preceden-

505 B-64.503 "Migoni, Silvia Celina sobre Medida Autosatisfactiva -cuestión de competencia art. 6°, C.C.A.", res. del 13 de noviembre de 2002): denuncia de daño temido efectuada por un particular ante el temor fundado de que el inmueble habitado por el actor y su familia, situado en La Plata, padeciera nuevos daños como los sufridos con motivo de copiosas precipitaciones pluviales que provocaron la inundación del barrio y de su domicilio, con pérdida de bienes muebles y afectación del piso y paredes. Situación causada, según la demanda, por el mal estado de limpieza de las alcantarillas, sumideros, cañerías, acuíferos y desagües pluviales, que se encontrarían obstruidos por la acumulación de basura. La acción se promovió con fundamento en los arts. 2499 *in fine*, 2469, 1113 y concs. C Civil. La Corte resolvió que no obstante que la acción se ha entablado en los términos del art. 2499 *in fine* del Código Civil, teniendo en consideración que el origen del caso radica en actuaciones y omisiones administrativas, su conocimiento es propio de la competencia originaria y transitoria del Tribunal de conformidad a lo dispuestos por los arts. 166 y 215 de la Constitución Provincial. Por lo tanto, radicó la causa en sus estrados.

Causa B-64.625, "Sarlo, Rubén Mario c/Municipalidad de La Plata s/amparo -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.", res. 13 de noviembre de 2002. El actor, invocando la titularidad del dominio de un inmueble afectado por las inundaciones ocurridas en una zona de la ciudad de La Plata, se agravia de omisiones materiales y obrar negligente que atribuyó a la Municipalidad demandada y solicitó se la condene a desobstruir y mantener en estado de limpieza las alcantarillas, sumideros, cañerías, acuíferos y desagües pluviales obstruidos. El Tribunal, por mayoría, entendió que "el enjuiciamiento de la conducta de la autoridad local -supuestamente omisiva o deficiente, según el amparista- involucra prioritariamente la aplicación

te "Dougherty", en materia urbanística y de tutela ambiental en cuyo marco, a instancia de la acción entablada por vecinos cuestionando un emprendimiento municipal -parador de colectivos-, la Corte censuró el obrar consistente en la omisión comunal incurrida en la realización, en forma previa, del estudio y evaluación de impacto ambiental [506]; la omisión en la prestación del servicio de policía de seguridad que fue asimismo tratada como materia

---

de normas e instituciones propias del derecho público provincial. Por tal motivo, ...la pretensión intentada compromete la competencia originaria de esta suprema Corte (arts. 166, 215, Const. prov.)". Por ello, radicó la causa en su sede y, tras analizar los presupuestos de admisibilidad de la acción, los entendió incumplidos por lo que rechazó la demanda.

506 Causa B-64.464, "Dougherty, Christian y otros contra Municipalidad de La Plata s/Amparo -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-", res. 13 de noviembre de 2002. Los actores, invocando la condición de vecinos del Barrio Hipódromo de la Ciudad de La Plata promovieron acción de amparo contra la comuna por la omisión de brindar información ambiental respecto de una obra -parador de micros- ejecutada por el Municipio en un predio lindero, fundamentando la petición en normas constitucionales y legales. Solicitaron la condena a la demandada a abstenerse de construir en el inmueble en cuestión cualquier tipo de obra destinada a dicho servicio. Afirmaron que tal emprendimiento no cumpliría con los recaudos legales exigibles -Evaluación de Impacto Ambiental y Declaración de Impacto Ambiental: normas ley 11.723- e incidiría negativamente en la zona afectando el derecho a un ambiente sano y equilibrado. Al expedirse sobre la competencia material, sostuvo el Alto Tribunal bonaerense que "los actores se amparan ante la omisión que atribuyen a la Municipalidad de La Plata en el cumplimiento de deberes que le resultarían exigibles en virtud de preceptos e instituciones de derecho público provincial. Tal planteo...requiere de una solución judicial que compromete la competencia originaria de esta Suprema Corte (arts. 215 segundo párrafo y 166, último párrafo de la Constitución Provincial)", procediendo a radicarla y darle trámite.

propia de la competencia contencioso administrativa en la causa abierta por vecinos del Partido de Tigre en cuestionamiento de la inobservancia de esa actividad a cargo del Estado provincial [507]; como también la omisión en la satisfacción de prestaciones sociales (provisión de medicamentos, entre otras) [508].

---

507 Causa B-65.450 "Acción de amparo contra Provincia de Buenos Aires -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-", resolución del 4 de julio de 2003. El actor, vecino del Barrio La Bota (Benavídez, Partido de Tigre), en defensa de sus derechos, los de su familia y de otros vecinos, demandó a la Provincia de Buenos Aires por la omisión por parte de sus funcionarios de tomar medidas tendientes a asegurar el correcto ejercicio del poder de policía de seguridad. La Corte decidió que el caso tiene su origen en el ejercicio de la función administrativa de la Provincia y se fundamenta en normas de Derecho Público local, por lo que se halla reservado su conocimiento a la Suprema Corte en forma originaria y transitoria (art. 166, C.P.). Radicó la causa en su sede.

En éste, como en otros temas, pueden encontrarse precedentes anteriores al caso "Consorcio", resueltos a la luz del criterio tradicional. Vgr.: causa B-64.589 "Acción de Amparo c/Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-", res. del 16 de octubre de 2002, en el caso, distintas entidades que funcionan en la ciudad de Don Torcuato reclamaron la afectación de personal policial y la provisión de patrullas a la comisaría de esa localidad a fin de paliar la situación de inseguridad y desprotección de sus habitantes. Denunciaron omisión en la provisión del servicio de seguridad. La Corte entendió allí que, frente a la inexistencia de algún vínculo jurídico entre las partes que pudiera generar un caso con arreglo a las normas del Código Varela e invocándose, en forma fundada, afectación a derechos constitucionales esenciales, la acción de amparo intentada ante la Justicia ordinaria resulta eficaz a fin de dirimir la cuestión suscitada. Procedió pues a devolver la causa.

508 Causa B-64.942, "Yapura Andrade, Keyla c/Ministerio de Salud s/Amparo -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.", res. del

En la misma línea, cabe considerar la apertura de la Jurisdicción en la materia para el juzgamiento de la vía de hecho administrativa, como ejemplifica con claridad el precedente "Chacur", del mismo Máximo Tribunal [509].

---

27 de noviembre de 2002. La actora demandó a la autoridad pretendiendo la reanudación de la cobertura de un medicamento determinado (hormona de crecimiento) para su hija menor incluida en un programa a ese efecto, cuya provisión había sido interrumpida por razones presupuestarias ofreciéndose en su lugar una droga diferente, cuando, según aducía la interesada sobre la base de informes médicos, la modificación del tratamiento resultaba inconveniente. La Corte declaró la materia propia de su competencia originaria, tras considerar que la pretensión actora se sustenta en la falta de cumplimiento de un convenio encaminado a la satisfacción de un interés colectivo y cometidos públicos que la Administración provincial tiene a su cargo (arts. 166 y 215, C.P.), por lo que radicó ante sí la causa, para la continuación de su trámite. Se abrió pues la Jurisdicción ante el agravio planteado respecto de la falta de cumplimiento de una prestación a la que, según la demanda, se tenía derecho.

509 Causa B-64.200, "Chacur, Analía Celia y otros contra Dirección General de Cultura y Educación s/Amparo -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-", res. del 17 de julio de 2002. En el caso, docentes de una Escuela del distrito La Plata, promovieron acción de amparo solicitando se ordene a la Dirección General de Cultura y Educación que cese la omisión de pago de una Bonificación conferida por el Estatuto del docente que venían percibiendo hasta que, a partir de una fecha determinada, fue suprimida de sus salarios. Aclararon no cuestionar la constitucionalidad de la ley en que pudiera apoyarse el referido descuento, ciñendo exclusivamente la pretensión al cese de la omisión aludida, considerada manifiestamente ilegítima, esto es una vía de hecho. La Corte sostuvo que la cuestión litigiosa "se debate en el ámbito del régimen de derecho público local que regula la relación de empleo público que mantienen los docentes con la administración", procediendo a declarar su competencia y radicar ante sí la causa.

3. A continuación de las conductas -positivas o negativas- la cláusula superior bajo estudio (art. 166) se refiere a los "*sujetos*" cuyo ejercicio de la función administrativa puede originar el caso. Vuelve la Constitución a extender las fronteras del contencioso tradicional, al incluir como sujeto activo de funciones administrativas a cualquier persona pública -estatal o no estatal- o privada. La enumeración es lo suficientemente amplia para avalar esa conclusión. La mención de la Provincia, además, despeja toda duda acerca de la actuación u omisión materialmente administrativa de los Poderes Legislativo y Judicial, aspecto donde la actualización se presentaba como una necesidad debido a que, hasta poco tiempo antes de la sanción del Código, se había visto restringida la justiciabilidad de ese sector, al haberse conservado una interpretación literal del texto del art. 1º del Código Varela en cuanto allí se mencionaba al Poder Ejecutivo [510].

510 V. C.S.J.N.: "Katzman", de 1993; "Merchan", de 1995, entre otros -se acepta la justiciabilidad en jurisdicción provincial de los actos administrativos de las Cámaras Legislativas de Buenos Aires y del Poder Judicial-. V. S.C.B.A.: a partir de la causa B. 55.726, "Cucurullo", res. 30-V-95, admitió expresamente el sometimiento de esos asuntos -los del ámbito del Poder Legislativo- ante la Justicia ordinaria; civil y comercial (B. 55.726) o laboral (B. 56.738, "Ameri", res. 28-XII-95), según el caso. No ocurrió lo propio, entonces, con los actos de superintendencia del Poder Judicial (v. B. 53.204, res. 31-V-90; B. 57.108, res. 5-III-95), que más tarde también habrán de sumarse a la justiciabilidad de la Administración. Fuera de los supuestos en que se abordó el juzgamiento de ambas cuestiones por imperio de lo resuelto, en casos concretos, por la C.S.J.N., o bien, por haber intervenido Cortes locales integradas (ej.: "Villar de Puenzo" -1984-, "Papelera Alsina" -1985-, "Marino" -1986, "Puga" -1988-, entre otros), es recién en el último tiempo en que se advierte la modificación del criterio, con la consiguiente aceptación de la competencia contencioso administrativa. Lo expuesto ha demorado la efectiva

En otro orden, el precepto constitucional del art. 166 en comentario, es muy cuidadoso al enumerar a los distintos sujetos, sin aludir a su rol en el proceso, razón por la cual entendemos que cualquiera de esas personas, desde el punto de vista constitucional, puede ocupar la posición de legitimado activo o pasivo. Por lo tanto, cambia la estructura clásica o tradicional del proceso administrativo, donde ahora podrán litigar el particular contra el Estado u otros sujetos públicos, el Estado contra el particular, los particulares entre sí, siempre que exista materia contencioso administrativa [511].

---

revisión judicial en la materia, a través de la vía de conocimiento específica. V. Soria, Daniel F., "Control judicial de los actos administrativos del órgano legislativo", La Ley, 1988-B-580; Hutchinson, Tomás "La función administrativa del Poder Judicial y su revisión jurisdiccional", en El Derecho, 21-IX-79, p. 1 y sigs. Un ejemplo de revisión judicial de actos de superintendencia del Poder Judicial: C.N.F.C.A., sala II, sent. 13-VI-96, "Ballatore, Juan A. c. Ministerio de Justicia", publicada en el Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo de La Ley del 29-V-97, pág. 29/32, con nota de Agustín: "Control judicial de la función administrativa del Poder Judicial".

511 Cabe anotar que, no obstante, el nuevo Código atiende en su reglamentación, de manera dominante, a los procesos iniciados por particulares contra el Estado en general, o contra personas públicas no estatales o contra los prestadores de servicios públicos o concesionarios de obras públicas. La relación entre sí de tres aspectos principales respalda la conclusión: regulación específica de la materia (art. 2), de las pretensiones (art. 12) y del contenido de la sentencia (art. 50). Esto no significa que no se prevean o que no se puedan inferir los otros supuestos, sino que, el principio que informa a esta reglamentación es el del particular -administrado, usuario, contribuyente, agente público, vecino, o simplemente particular- contra el sujeto que se encuentra en el ejercicio de la función administrativa, o de alguna de las prerrogativas que le son inherentes. No nos pa-

La primera jurisprudencia de la Suprema Corte sobre el punto en tratamiento es decisiva. El caso "Consorcio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca" representa un típico asunto en materia contencioso administrativa (conflicto surgido entre las partes y en el marco de un contrato administrativo), en el que la controversia se estructura en forma dispar a la exigida por el viejo ordenamiento para surtir esa competencia material.

El pronunciamiento "Consorcio", amén de la operatividad de la cláusula general, presenta una proyección de relieve en aspectos relativos a la materia. En particular, en relación a la cuestión de los sujetos procesales y de la presencia del Estado como parte demandada, deja en claro que la norma del art. 166 de la Constitución supera en forma definitiva la limitación material derivada de la calidad y/o posición de los sujetos en conflicto. En los términos del caso concreto, ésta es la consecuencia más directa y definida, puesto que, a la luz del sistema tradicional la disputa hubiese quedado apartada de la competencia contencioso administrativa, en atención a lo preceptuado por los arts. 149 inc. 3 de la Const. de 1934 y 1 y concs., del Código Varela, por tratarse de un diferendo en el que, pese a versar sobre la función administrativa y tener que aplicarse normas de esa naturaleza para dilucidarla, la Administración (en el caso un ente público no estatal: Consorcio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca) revestía el rol de parte actora y el administrado (en el caso, un

---

rece objetable, sino por el contrario, la concepción del proceso administrativo como sistema de garantías del particular frente al Estado y, por lo tanto, de atención prioritaria en un código sobre la materia. En sent. conc. Linares, Juan Francisco, "Lo contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires (La deformación jurisprudencial de un código)", La Ley, T. 96, pág. 852 y sigts.

contratista), el de parte demandada. Con la nueva cláusula -art. 166, cit.- se remueve la restricción de la materia derivada de una circunstancia subjetiva, irrelevante para definirla en el diseño actual, cuestionable por sus consecuencias -el menos en este régimen- y, sobre todo, contradictoria con la reforma constitucional.

En efecto, en la exégesis del art. 166, en lo que al punto se refiere, la Corte sostiene que esa norma "no reconoce límites a la configuración de la materia en razón de la posición procesal de 'la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas' cuya conducta suscita el conflicto sometido a enjuiciamiento" (consid. 8), pues el único dato esencial es que el caso se haya originado en el ejercicio de funciones administrativas y por ello "no cabe desplazar la competencia contencioso administrativa por la circunstancia de que la entidad pública revista la condición de parte actora y plantee pretensiones contra particulares en el marco de un contrato de obra pública que los vincula" (del mismo consid.).

De conformidad a la nueva cláusula, en cuanto a los sujetos procesales se refiere, pueden anotarse las siguientes consecuencias. La competencia, que depende de la índole administrativa de la controversia, va a surtir aunque el juicio se entienda entre particulares, o aunque la autoridad administrativa revista la condición de actora, siempre que el origen de la contienda responda al ejercicio de la función administrativa. Pasamos revista a los primeros fallos de la Corte que al tema de los sujetos procesales se refiere, amén del recordado caso "Consorcio".

3.1. Juicio entre particulares. La doctrina tradicional, elaborada al calor de la estructura clásica del proceso administrativo que -de algún modo- recogían los preceptos de aplicación (esp. art. 149 inc. 3°, C.P. 1934 y ley 2961:

arts. 1, 28 y nota art. 48) y en el que el sujeto estatal debía ser parte demandada en la controversia, derivaba de ello un dato esencial a la hora de determinar los alcances de la competencia material, tal como lo entendía la Suprema Corte en jurisprudencia pacífica al respecto [512], pues, según ese tribunal, "para que exista un juicio de esa índole (contencioso administrativo) es indispensable que la parte demandada sea la autoridad administrativa" [513].

Esta delimitación al juzgamiento de casos en la materia está desprovista de toda apoyatura en el nuevo sistema (art. 166).

Así, ante la acción entablada por una firma privada -en su condición de usuaria del servicio público portuario del Puerto de Dock Sud- cuestionando el modo de facturar las operaciones de comercio exterior de la demandada

512 Sostenía que la competencia contencioso administrativa, de acuerdo a las normas y principios que la rigen, "no comprende los litigios entre particulares" (causas B-54.105, "Di Martino, Dino G. c/Pérez Escoda, Antonio J. y otros s/Daños y Perjuicios -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-", res. del 27 de octubre de 1.992; B-58.263, "Machado Talledi S.E. c/Cruz Bolívar S. A. y otra s/Despido y cobro de pesos -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-", res. del 1° de julio de 1997), aun cuando la accionada fuese una empresa privada concesionaria de obras o servicios públicos (causa B-63.878, "Asociación en Defensa de los Derechos Sociales (ADESO y otros) c/ Aguas del Gran Bs. As. S. A. s/Amparo. Medidas Cautelares -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-", res. del 7 de abril de 2.002) y aun cuando se hubiese citado al proceso al sujeto público, si no existe controversia entre el mismo y la actora (causa B-58.080, "La Primera de Grand Bourg SATCI c/Empresa de Transportes Alberti S.R.L. s/Amparo -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-", res. del 29 de abril de 1997).

513 Cfr. causa B-54.105, citada.

-una empresa particular, a quien la Provincia de Buenos Aires le concesionó la prestación de dicho servicio-, la Suprema Corte declaró que el caso correspondía a la competencia contencioso administrativa, pues, conforme lo sostuvo el Tribunal, dicha competencia comprende "los casos suscitados por la actuación u omisión de una empresa concesionaria de un servicio, regido por el derecho público local, como lo es la conducta originada en la función administrativa concerniente a la determinación del monto de las tarifas respectivas (arts. 166 in fine y 215, segunda parte...)" [514]. En consecuencia, radicó la causa ante sí para la continuación de su trámite, sin que fuera óbice para ello el carácter privado de los sujetos procesales.

3.2. Juicio en el que la Administración es parte actora. En el caso "Consorcio" ya comentado, el sujeto público asumía el rol de parte actora y demandaba al particular contratista. La Corte hizo mérito, al considerar la materia propia de la competencia contencioso administrativa, que el caso se ha originado por la actuación de una persona -pública no estatal- en el ejercicio de funciones administrativas "...en un marco contractual público vinculado con la gestión de un puerto de titularidad provincial". Por lo tanto, ponderando el indudable encuadre de la cuestión en la materia contencioso administrativa, por tratarse de un asunto generado en el marco de un contrato administrativo, así lo declaró, procediendo a mantener la radicación de la causa ante sus estrados, para la continuación de su trámite.

En la misma línea y a raíz del cambio, se registran va-

514 Causa B-64.542 "Pecom Energía S.A. c/Exolgán S.A. s/Amparo -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.", res. 18-XII-2002.

rios precedentes donde el sujeto público estatal planteaba pretensiones contra particulares en materia administrativa, y en los que, al amparo de la nueva cláusula, se declaró la competencia contencioso administrativa pues, como sostuvo la Corte "la circunstancia de que la autoridad administrativa revista la condición de parte actora en un proceso, no ... desplaza ..(dicha competencia) ...., debiendo estarse al contenido material de la contienda a los fines de tal determinación... art. 166 quinto párrafo de la Constitución de la provincia" remitiéndose a lo dicho en el caso "Consorcio" [515].

La intervención y posición de la autoridad administrativa en el juicio, entre otros puntos, como datos para em-

515 Puede citarse la causa B-65.261 "Municipalidad de La Matanza c/Pérez, Juan Carlos s/Rendición de Cuentas -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-", resolución del 19 de mayo de 2003. La Administración, actora en este proceso, demandó a un exfuncionario a fin de que diese cumplimiento a la obligación de rendir cuentas en relación a diversas órdenes de pago que fueran otorgadas con motivo de Torneos Juveniles Bonaerenses, el Alto Tribunal consideró entonces que el caso era de su competencia originaria debido a que: se pretende hacer efectivas obligaciones emergentes de una relación de empleo público -aspectos referentes a la responsabilidad administrativa de los funcionarios municipales- y tanto la actuación de la Administración actora -antecedente del pleito- cuanto la conducta del exagente cuyo cumplimiento se persigue así como el vínculo jurídico en el que se sustenta la pretensión, se encuentran regidos por preceptos de Derecho Público local y el caso se ha originado en el ejercicio de funciones administrativas (arts. 215 y 166, Constitución provincial). De similar configuración fáctica al anterior, puede citarse la causa B-65.209 "Municipalidad de La Matanza contra Club Social y Deportivo Almafuerte s/Rendición de Cuentas -cuestión de competencia art. 6° C.C.A.-", resolución del 28 de mayo de 2003. La comuna demandó a la mencionada institución, beneficiaria de un subsidio municipal para solventar gastos para práctica deportiva, para que rindiera cuentas del dinero entregado en tal concepto.

plazar o desplazar el caso de la materia contencioso administrativa, han desaparecido (art. 166, Const. prov.). Entre las razones de tal temperamento, ahora superado, además de las de orden constitucional y legal que perfilaban la estructura del vínculo procesal, subyacían -al menos en el modelo provincial- las relativas a la presencia del acto administrativo lesivo como centro de esta jurisdicción, de donde resultaba que por medio de la acción se debía resistir alguna decisión de dicha naturaleza y, por lo tanto, dirigirla contra la autoridad que la había dictado.

4. Por último llegamos al dato, en nuestra opinión esencial, decisivo para determinar la materia contencioso administrativa: la "*función administrativa*". Las bondades de este criterio como pauta general han sido señaladas por la doctrina [516], por lo menos, en su cotejo con otros -actos del poder público, servicio público, norma

516 Fiorini, al tratar los contenidos materiales de la competencia contencioso administrativa en la jurisprudencia nacional, y efectuar un análisis crítico del principio dominante -preeminencia de las normas de Derecho Público que forman el fondo del litigio o criterio de la norma legal objetiva-, sostiene que se trata de un criterio que "aparta el valor institucional de la función administrativa que determina el necesario ordenamiento de un régimen jurídico especial...el carácter de la norma administrativa o pública preponderante, es muy limitativa y excluye una variada cantidad de actos y hechos de la administración que deben ser valorados a la luz del derecho administrativo. El derecho administrativo como disciplina jurídica, no sólo estudia las normas positivas que rigen la actividad de la administración pública, sino también los complementarios regímenes jurídicos que regulan la función administrativa, sin perjuicio de que en sus manifestaciones pueda aplicar normas que se califiquen como del derecho privado, pero jamás privativas de la voluntad de los particulares", en *¿Qué es el contencioso?*, cit., págs. 202, 203.

legal objetiva, derecho subjetivo administrativo, por citar algunos-.

Como ya dijimos, supera las restricciones implícitas en el criterio anterior -Derecho Administrativo- reduciendo las distancias entre materia administrativa y materia contencioso administrativa y disminuyendo, a la vez, los riesgos de zonas no justiciables [517]. Empero, simultáneamente, nos encontramos frente a un concepto -de función administrativa y de administración pública- cuya precisión ha ocasionado no pocas dificultades en la doctrina especializada, al punto de haberse ensayado distintas tesis, que, según el elemento destacado en el cometido, se denominan: criterio orgánico; negativo o residual; material; formal; formal-material [518], sin perjuicio de otras variantes.

---

517 Frente a las controversias suscitadas por el funcionamiento de la Administración Pública, allí donde el juez contencioso administrativo se declara incompetente por razón de la materia, y ésta, en realidad, involucra temas atinentes a aquella actividad -sobre todo si se halla en tela de juicio algún acto administrativo-, no es muy promisoria la suerte de la judiciabilidad del caso ante otro magistrado.

518 Marienhoff dice que "la función administrativa puede considerarse desde dos puntos de vista fundamentales: a) el material, substancial y objetivo; b) el orgánico o subjetivo. Algunos autores hablan de un tercer punto de vista: el formal. La concepción substancial, material u objetiva, considera a la Administración teniendo en cuenta la naturaleza jurídica interna de la actividad desarrollada, con prescindencia del órgano o del agente productor del acto o de la actividad. En este orden de ideas, de acuerdo con este criterio, puede haber actividad "administrativa", *stricto sensu*, no sólo en la que desarrolle o despliegue el órgano ejecutivo, que es a quien normal y preferentemente le están asignadas dichas funciones, sino también en la que, al margen de las suyas específicas, realicen los órganos Legislativo y Judicial. La concepción orgánica o subjetiva tiene en cuenta los órganos a que normalmente les están asigna-

Para darle un contenido a la expresión constitucional que sea lo suficientemente comprensivo podemos decir que función administrativa es toda la actividad o inactividad -formal o no- de los órganos estatales, que no corresponda a la sanción de leyes formales por el Poder Legislativo o al ejercicio de la función judicial por los órganos del Poder Judicial y que subsuma en un régimen de Derecho Administrativo -aunque esté integrado por normas del Derecho Privado, aplicables subsidiariamente o por vía de interpretación analógica-, así como la actividad o inactividad -formal o no- de las personas públicas no estatales o de las personas privadas, en ejercicio de prerrogativas públicas delegadas -por ley, reglamento, contrato, etc.-.

Ahora bien, si retomamos la precisión del concepto a través de los criterios citados -que encontramos plasmados en la reglamentación del Código respectivo-, se muestra como prevalente -pero no excluyente- el sustancial u objetivo [519], aunque integrado con los restantes.

---

das las funciones administrativas. En tal orden de ideas, función administrativa sería la realizada por el Ejecutivo o por los órganos dependientes del mismo. Con este criterio, las funciones que desarrollen los órganos Legislativo y Judicial no sería tal, sino legislativa o jurisdiccional, respectivamente. En cambio, el concepto de administración en sentido "formal" es impreciso y vago....", *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Bs. As. 1977, pág. 76 y sigs.. Acerca de la insuficiencia de los criterios, v. GORDILLO, ob. cit., cap. IX, 3, 4 y 5.

519 FIORINI otorga a la noción de función administrativa desde el punto de vista sustancial un contenido jurídico al reparar para ello en los siguientes datos esenciales e insustituibles: a) relación de órganos subordinados; b) ejecución de normas del legislador; c) excepcionalmente normas de la Constitución por mandato expreso de ésta. Dice "Estos datos son de esencia e inherentes al proceso de

En primer lugar, con la noción formal u objetiva-formal de la actividad, en cuanto se adoptan como pautas definitorias: el régimen jurídico administrativo aplicable a la actuación u omisión , y los modos de expresión formal de la actividad administrativa (actos administrativos -manifestación por antonomasia de dicha función- aunque se los denomine "fallos" de tribunales administrativos, decretos, reglamentos, etc., sea cual fuere el órgano "estatal" que los emite y sea cual fuere su contenido -general o particular-).

En cuanto a la noción orgánica -por sí sola- resulta insuficiente por dejar fuera de su alcance ámbitos indiscutidos de función desde el punto de vista material y formal, y, a los fines de nuestro estudio, decididamente inaceptable como única pauta, por oponerse a la previsión constitucional que comprende en su enunciado, de modo genérico e indiferenciado -según hemos visto- distintos sujetos, de donde de seguirse este temperamento, se produciría un retorno a las limitaciones que se quisieron superar. Pero funciona como una pauta de hermenéutica general.

Como señalaremos luego, al determinar los casos comprendidos y excluidos, el Código recoge los distintos criterios.

La competencia material se determina con arreglo al criterio de "función administrativa" (art. 166, 5° párr., Const. Prov.) al que se adiciona, en muchos casos, el de la naturaleza administrativa o pública del régimen jurídico, preceptos y/o principios de aplicación para decidir

---

la función administrativa y no teniéndose en cuenta lo simplemente formal", *Derecho Administrativo*, segunda edición actualizada, Tomo I, Bs. As., 1976, págs. 115/117.

la contienda, pauta que se entiende complementaria o coherente con aquél, según la reglamentación legal y la jurisprudencia. Ello no obsta a que puedan presentarse casos originados en el ejercicio de dicha "función administrativa", aun cuando la pretensión repose en normas del "Derecho común", según se ha visto.

Entre algunos supuestos que han suscitado dificultades interpretativas en la determinación de la materia se pueden citar: responsabilidad extracontractual del Estado por daños sufridos como consecuencia del desempeño de "funciones judiciales" [520]; algunos casos relativos al ejercicio de policía administrativa [521], como en materia societaria o de las personas colectivas [522], o la

520 La Corte provincial resolvió al respecto en una decisión dividida y por apretada mayoría, que correspondía a la competencia en lo civil y comercial (causa B-65.991, "Ginzo, Juan Manuel c/Rizzo Domingo V. y Pcia. de Bs. As. s/daños y perjuicios -cuestión de competencia-", res. 19-4-06); en nuestra opinión, la solución más adecuada es la propiciada por la minoría, tal como lo propusiéramos en "Materia contencioso administrativa y responsabilidad del Estado en la provincia de Buenos Aires", publicado en RAP, suplemento especial Administración Local y Derecho, Nº 4, Buenos Aires, 1997, pág. 4 y sigts. Posteriormente, se adoptó el criterio que estimamos adecuado donde la responsabilidad del Estado, por cualquiera de sus funciones, corresponde al Derecho Público y por ende a la competencia unívoca del fuero contencioso administrativo. Este último criterio es el que finalmente prevaleció en la doctrina de la SCBA.

521 Se trata de supuestos muy específicos en los que, en ciertos casos sobre policía administrativa, las normas especiales han deferido el conocimiento a otros fueros judiciales, a saber, el civil y comercial o el laboral.

522 La Cámara Contencioso Administrativa de La Plata decidió, por mayoría, que en ese caso prevalece la solución legal (decreto ley 8671/76), interpretándose que no constriñe la norma constitucional,

llamada policía laboral [523] o bien la impugnación de actos dictados por los órganos de la llamada jurisdicción notarial [524].

A partir del pronunciamiento "Consorcio" la operatividad de la cláusula general (art. 166, cit.), no sólo resulta decisiva en cuanto al contenido material de la contienda como único dato para determinar la competencia de or-

---

debido a que la función fiscalizadora de la Dirección Provincial de Persona Jurídica aplica, preponderantemente, normas del Derecho común societario, encuadrando el caso en los términos de la exclusión que contempla el art. 4 inc. 1 del Código Procesal Administrativo (causa Nº 766 "Asociación de Fomento Social y Deportivo Mayo", res. de fecha 11-8-05), criterio que fue confirmado por la Suprema Corte provincial (en la misma causa, res. de 3-5-06).

523 Cfr. CCALP Causa n° 851 "Ferrero Argentina S.A.", resolución del 2-2-06 en relación a las disposiciones de la ley 10.149, texto según ley 12.749, que establecen la competencia de los Tribunales del Trabajo a fin de conocer y decidir las impugnaciones contra las decisiones de la Subsecretaría de Trabajo. La Cámara, en el precedente, decidió -por mayoría- que prevalecía la solución dada por ley especial, que no constriñe la cláusula del art. 166 de la Constitución, sino que, más bien, es adecuada a lo dispuesto por el art. 4 inc. 1 del Código Contencioso Administrativo, que contempla como supuesto excluido de la materia que reglamenta, aquellos casos regidos -entre otros- por el Derecho Laboral.

524 Cfr. CCALP causa N° 1.920 "Juzgado Notarial (en expte. 'Gorostiaga')", resolución del 9-2-06. La Cámara decidió, por unanimidad, que los casos de competencia de la *jurisdicción notarial* integrada por el Juzgado y Tribunal Notariales, se impugnan, con arreglo a la ley especial, ante la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial (arts. 38, sigts. y concs., decreto-ley 9020/78 y sus modif., entre ellas ley 12.008), solución que no constriñe la cláusula general en materia contencioso administrativo y se adecua a las previsiones del Código de la materia (arts. 4 inc. 1 y concs., ley 12.008). La Corte provincial confirmó el criterio mencionado (en la misma causa, mediante res. del 3-5-06).

den público, sino que se proyecta en todas las reformas que aquélla ha instituido [525].

5. Algunas conclusiones acerca de la cláusula general de la Provincia de Buenos Aires.

Desarticulada la ceñida estructura del viejo modelo, pasan al registro de la historia: 1) los criterios subjetivos que delimitaban la competencia material en razón de la legitimación calificada (situación administrativa preexistente) de la actora y de la presencia del sujeto público estatal como parte demandada en la contienda; 2) la concepción en torno a la cual giraban todos los elementos del sistema anterior, consistente en que la base del juzgamiento de cualquier controversia configurada según los principios subjetivos mencionados, estaba dada en la existencia de un acto administrativo; porque de éste dependía: la lesión del derecho administrativo preexistente, la situación de sujeto público estatal demandado que lo había dictado, la habilitación de la instancia judicial, la medida del conocimiento del asunto por parte del Tribunal Contencioso Administrativo (SCBA) y, consecuentemente, el contenido principal de la sentencia de mérito (referido a la anulación o validez del acto cuestionado).

6. Reglamentación de la materia en el nuevo Código Contencioso Administrativo (Ley 12.008).

Como se expresó anteriormente, la cláusula constitucional apunta a garantizar la plena justiciabilidad de la Administración, razón que, en el plexo de la norma y de

525 Ampliar en nuestro artículo sobre ¨Proyección de a tutela judicial efectiva en materia administrativa. La fuerza normativa de la Constitución de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia del año 2002/2003", en la obra colectiva *Temas de Derecho Administrativo*, Librería Editora Platense, La Plata, 2003, pág. 451 y sigts.

los otros principios superiores en especial el que plasma el art. 15 de la ley fundamental, evidencia que se trata de un concepto material, primordialmente. El Código, al reglamentar los casos o controversias que integran la materia, utiliza no obstante y con una finalidad práctica, desde nuestro punto de vista, varios criterios para determinar el contenido material de la competencia.

Antes de mencionarlos, cabe anotar que este ordenamiento, en su art. 1°, primer apartado, vuelve sobre la cláusula constitucional, para reiterarla, aunque con algunos retoques. En particular, hace referencia a la competencia del fuero en relación a las *pretensiones* que se deduzcan en los casos a los que alude la Constitución. Ello nos mueve a prevenir que no debe confundirse la definición de materia con la regulación de las pretensiones, pues son esferas o institutos procesales distintos y, acerca de aquellas últimas, no obstante el enunciado contenido en el art. 1° del C.C.A. no parece apropiado determinar ni delimitar los casos sometidos a conocimiento del fuero en razón del tipo de pretensión articulada, máxime ante una enumeración que no se presenta en forma explícita como *numerus clausus* (cfr. arts. 12 y 77, C.C.A.).

El art. 1, segundo apartado [526], adopta como pauta hermenéutica el criterio subjetivo-material de la función administrativa, al establecer una presunción de su ejercicio respecto de la actividad de los órganos y sujetos que habitualmente la tienen atribuida -Poder Ejecutivo, mu-

526 Dice así "La actividad de los órganos del Poder Ejecutivo, de los Municipios y de los demás entes provinciales o municipales, se presume realizada en el ejercicio de funciones administrativas y regida por el derecho administrativo. Procederá esta presunción aun cuando se aplicaren por analogía normas de derecho privado o principios generales del derecho".

nicipalidades, entes descentralizados-. La presunción se extiende al régimen jurídico que rige la actividad del órgano y sujetos mencionados.

El criterio material formal -sea en el sentido de régimen de Derecho Administrativo o de típicas manifestaciones formales del ejercicio de la función administrativa- se ve reflejado en la presunción de que la actividad de los mismos órganos y sujetos se rige por el Derecho Administrativo (art. 1, inc. 2, cit.), así como en la inclusión de las controversias que tengan por objeto la impugnación de actos administrativos, y resoluciones de Tribunales de la Administración Pública (art. 2 inc. 1) y las que derivan del ejercicio -por entes públicos no estatales- de prerrogativas regidas por el Derecho Administrativo (inc. 3 del mismo art.; también: arts. 74 y 79), asimismo, en la exclusión de las que se encuentran regidas por el Derecho Privado o el Laboral (art. 4 inc. 1). Y, principalmente, en la disposición de tipo residual donde se atribuye al conocimiento por los tribunales en la materia, otros "casos regidos por el derecho administrativo" (último apartado del art. 2). El régimen normativo también habrá de resultar decisivo a la hora de contemplar la inclusión en la materia de la impugnación de las ordenanzas municipales, aun en forma directa, caso que fuera contemplado entre los incluidos en forma expresa en el texto del Código anterior a la reforma de la ley 13.101 y, pese a su supresión por esta última (arts. 2 inc. 1 y conc. 12, ley 12.008), no cabe entender excluido de esta jurisdicción (art. 15, Const. Prov.) [527].

527 En ese sentido se vienen pronunciando diversos órganos del fuero y al respecto, pueden consultarse las muy fundadas razones, que compartimos, básicamente desde la perspectiva del acceso a la Justicia y la tutela judicial efectiva, en torno a la impugnabilidad

El criterio simplemente material -por tratarse de instituciones inherentes al ejercicio de la función -, está presente en la inclusión de las contiendas suscitadas por la aplicación de sanciones en el ejercicio de la *policía administrativa* -con la salvedad de las que la Constitución reserva al conocimiento de otro órgano judicial- (art. 2, inc. 1; arts. 166, segundo párrafo, 182 y 216 de la C.P. y art. 24 inc. 3 de la ley 11.922), o por la prestación de *servicios públicos* (art. 2, inc. 2), o por la aplicación de *tributos provinciales o municipales* (art. 2, inc. 5) y la ejecución de créditos tributarios provinciales (arts. 76 bis del Código; art. 1, 2 y concs., del decreto ley 9122/78 y de la ley 13.405), así como las referidas a *responsabilidad patrimonial del Estado* [528] (art. 2 inc. 4) o las relativas a los *contratos administrativos* (art. 2, inc. 6), como también,

---

directa e indirecta de las ordenanzas municipales ante el fuero contencioso administrativo dadas por Daniel Soria, en "Aspectos básicos de las pretensiones en el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", punto 6, A, 3., en la obra colectiva *El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires*, Librería Editora Platense, 2004, págs. 186/191.

528 La doctrina tradicional predicaba que "resulta ajena a la competencia ...sobre la materia contencioso administrativa...la pretensión que persigue el cobro de una indemnización que no es consecuencia directa de la ilegitimidad del acto administrativo alguno ni se refiere a la vulneración de una situación jurídica administrativa" (cfr. causa B-55.378, "Martínez de Echeverría, María C. y otros c/Provincia de Buenos Aires s/D.C.A.", res. del 2 de noviembre de 1993). O bien, que no deriva inmediatamente de la lesión a una situación como la mencionada -sea por acto legítimo o ilegítimo- (arts. 1 y 28 inc. 1°, C.P.C.A.), sino que se sustenta en el comportamiento negligente de la autoridad, enmarcando la supuesta obligación de indemnizar en el ámbito de la responsabilidad aquiliana del Estado, con fundamento en normas del Código Civil (cfr. causa B-55.500, "Barcellos", res. del 14 de diciembre de 1993, entre muchas otras; ver

las que versen sobre *limitaciones al dominio por razones de interés público, servidumbres administrativas y expropiaciones* (art. 2, inc. 7); asimismo, al hacerse referencia, en disposiciones que no reglan estrictamente la materia, a las controversias atinentes a la relación de empleo público (art. 5, inc. 2, a; también: arts. 71 y sigs.) y a las prestaciones *previsionales* [529] (art. 5, inc. 2, b).

---

causas B-63.713, "Campos", res. del 13 de marzo de 2002; B-63.897, "Hidalgo", res. 29 de mayo de 2002 y sus citas).

Actualmente, toda pretensión indemnizatoria que persiga hacer efectiva la responsabilidad del Estado por el ejercicio de funciones administrativas, como también de sus otras funciones, corresponde a la competencia contencioso administrativa (art. 166, Const. Prov.), sin que queda efectuar distingos según la modalidad del obrar estatal que provoca el daño (actuaciones y omisiones en general) o por la fundamentación jurídica de la pretensión. El caso "Gaineddu" es uno de los antecedentes más representativos del cambio jurisprudencial, entre otros motivos, porque la cuestión allí ventilada configura uno de los típicos supuestos excluidos anteriormente (atribución de responsabilidad al Estado por conducta negligente del personal policial, fuera del marco de una relación jurídica administrativa y con sustento en el Código Civil).

529 Incluimos la materia previsional porque siempre ha estado, en la Provincia de Buenos Aires, como cuestión propia del contencioso administrativo y porque las normas que la rigen integran el Derecho Público local. El Código Varela, al referirse a la "concesión o denegación de jubilación o pensión" en el art. 4º incluyó a las cuestiones previsionales derivadas de la relación de empleo público; el resto de la materia previsional de regulación local -regímenes para los distintas profesiones liberales- fue incorporado por las leyes especiales de cada uno de ellos. El Derecho Previsional es en verdad una disciplina autónoma, tanto desde el punto de vista científico como legislativo. En el orden nacional, estas cuestiones eran atendidas por la Justicia laboral, ámbito del que se desprendió un fuero específico de la Seguridad Social.

Fuera de los supuestos mencionados que delimitan el grueso de la materia, figuran entre los casos excluidos: algunos ámbitos de la policía administrativa (cfr. art. 2 inc. 1 cit. y normas allí mencionadas y leyes especiales [530]), las controversias regidas por el Derecho Privado o por normas o convenios laborales (art. 4 inc. 1), las que tramitan mediante los juicios de desalojo, interdictos y las pretensiones posesorias (art. 4, inc. 2), y los conflictos interadministrativos provinciales (art. 4, inc. 3), así como la ejecución de los créditos no tributarios provinciales y los apremios municipales -tributarios o no tributarios- (cfr. art. 3 decreto ley 9122/78; leyes 13.405 y 13.406) [531] y el denominado contencioso registral (art. 85 del Código que sustituye el art. 44 del decreto-ley 11.643/63).

Vale aclarar que la materia tributaria conformada por los apremios provinciales y municipales, hoy desdoblada entre la competencia contencioso administrativa y la civil y comercial, se uniformará cuando se instalen los Juzgados de Ejecuciones Tributarias creados por la ley 13.435 que asumirán la competencia en relación a todos los apremios (municipales y provinciales) hoy repartida entre los aludidos fueros. Ello con la particularidad de que, en todos los supuestos, la apelación será de incumbencia de las Cámaras del Fuero Contencioso Administrativo [532].

---

530 Nos remitimos a lo expuesto anteriormente en materia de policía societaria y laboral, entre otros casos.

531 Hasta tanto comiencen las funciones de los Juzgados de Primera Instancia de Ejecuciones Tributarias creados por ley 13.435.

532 En consecuencia, tales Cámaras verán ampliada su competencia en esa materia y, en cambio, los jueces de primera instancia

Por último, la materia contencioso administrativa también se integra con los casos establecidos por leyes especiales, como por ejemplo el contemplado en la ley 11.723, en su art. 35, sobre cuestiones ambientales, el amparo administrativo en segunda instancia, el hábeas data respecto de información pública, entre otros.

Cuestiones constitucionales. Interesa destacar que, en el sistema anterior en que la materia del contencioso administrativo se centraba en las cuestiones de legitimidad del obrar estatal, la posibilidad de articular otros cuestionamientos referidos a la norma legal o reglamentaria aplicada, se encontraba muy restringida, pese a que en nuestro país y, en particular, en la Provincia de Buenos Aires, rige el sistema de *control difuso de constitucionalidad,* en virtud del cual a todos los jueces, en la medida de su competencia, les asiste la atribución de ejercitarlo (arts. 15, 57 y concs. de la Constitución provincial y 18, 31, 116 y concs. de la Constitución Nacional).

Así, las cuestiones constitucionales han significado otro tropiezo para los litigantes que pretendían alegarlas, en tanto no podían ser incorporadas en el seno de una causa contencioso administrativa delimitada, según la línea restrictiva tradicional [533], al control de legalidad, sin poderse ingresar en asuntos que excedieran la compulsa

---

del fuero contencioso la perderán en relación a los apremios provinciales.

533 Ver especialmente en la Provincia de Buenos Aires, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia anterior a las causas "Cebitronic S.A." y "Molinos Río de la Plata" del año 1998, precedentes que significaron un cambio sustancial y definitivo sobre el tema, congruente con el sistema de control constitucional que impera en nuestro país, judicial y difuso (arts. 31, Const. Nac.; 57, Const. Prov.) y de cuya expresión da muestra, como norma de reacción al

del acto administrativo con la norma sub-constitucional que le sirve de fuente directa, quedando así detraído de la competencia en la materia el tratamiento de cuestiones constitucionales. Otra vez se advierte la influencia del paradigma del proceso al acto.

Esta circunstancia, y la doctrina restrictiva jurisprudencial al respecto que rigió durante buena parte de la vigencia del modelo anterior, dieron lugar a que en el nuevo Código se dejara expresamente establecido que las cuestiones constitucionales no limitan ni desplazan la competencia del fuero contencioso administrativo y, en tanto se presente un caso que le es inherente, pueden ser planteadas, abriéndose la atribución judicial de resolverlas y, de ser procedente, de declarar la invalidez de la norma respectiva, como surge de los arts. 3 y 50 inc. 4 de la ley 12.008.

El tema cobra una relevancia fundamental en los litigios de Derecho Público, propios de este fuero, ya que habitualmente las cuestiones constitucionales integran el caso a decidir, bien por haberse cuestionado la ley, norma o actuación u omisión en su relación con las normas superiores de la Provincia o de la Nación, o por ser invocadas como sustento de la pretensión.

La posibilidad se amplía si tenemos en cuenta que la maduración del sistema judicial en la mayoría de los conflictos de Derecho Público -entre los que se cuentan los de Derecho Administrativo- que se llevan a su conocimiento, contienen aspectos relativos a la tutela proveniente del sistema normativo supranacional, que conforma la materia de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22).

---

originario criterio restringido, el art. 3 del nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires.

A ello cabe agregar que el control de constitucionalidad y de convencionalidad obliga a los jueces a decidir las causas respetando -en primer orden y por el principio de supremacía (art. 31, CN; art. 57 CP)- las normas superiores, tema que abre incluso la consideración de la declaración *de oficio* de inconstitucionalidad o de inconvencionalidad, esto es, en el seno de una causa aunque no hubiese sido expresamente planteada. En ese sentido, puede mencionarse la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el señero fallo "Rodríguez Pereyra" de 2012 [534].

Se destaca desde esta perspectiva, la trascendencia de la plenitud del juzgamiento y de la operatividad de la Constitución.

3. Panorama de la legislación reglamentaria

3.1. Organización del Fuero Contencioso Administrativo. Ley 12.074 y sus modificatorias

Con la reforma constitucional de 1994 se produjo la supresión de la competencia originaria y exclusiva de la Suprema Corte en lo contencioso administrativo (art. 161 [535]); ello, acompañado del mandato dirigido a la Legis-

534 CSJN "Rodríguez Pereyra … c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios", sent. 27-11-2012.

535 Esa norma contempla ahora las atribuciones del máximo Tribunal, de cuyo catálogo ha desaparecido la de decidir "las causas contencioso administrativas en única instancia y en juicio pleno…" que, incorporada en la Constitución de 1873 (inc. 3° art. 156), se había mantenido (inc. 3, art. 157, Constitución de 1889; inc. 3°, art. 149, Constitución de 1934; art. 126 Constitución de 1949; inc. 3°, art 149 cit.) hasta entonces.

latura de establecer el fuero contencioso administrativo, esto es, una organización judicial descentralizada en la materia (art. 215 -primer apartado-, cit.).

En otras palabras, la Constitución de 1994 atribuye el juzgamiento de las contiendas administrativas a tribunales con competencia para ello (art. 166, quinto apartado, Const. Prov.), un "fuero contencioso administrativo" cuya organización se encomienda al legislador (art. 215, cit.), suprimiéndose del catálogo de atribuciones de la Suprema Corte la atinente a esa materia (art. 161), con lo que queda sustituida la competencia originaria y exclusiva que el régimen constitucional anterior confería a ese único y superior Tribunal. Ello provoca la desconcentración o descentralización de esa competencia y proporciona la base de una Justicia administrativa especializada.

Podemos decir que se concreta en Buenos Aires lo que puede considerarse en este tiempo una tendencia en el Derecho Público Provincial argentino. Además, en Buenos Aires desde hace tiempo se venía bregando por este primario capítulo de la actualización del sistema contencioso local, que no podía encararse, al menos en su integridad, sino a través de una modificación constitucional, debido a que la competencia originaria del Supremo Tribunal provincial en la materia estaba establecida en la Carta Magna.

En cuanto a la estructura orgánica de la Justicia administrativa, poco tiempo después de dictarse el Código Procesal Administrativo (ley 12.008) se sancionó la Ley 12.074 (B.O. 26- 27/I/98) de organización de la Justicia administrativa donde, efectivamente, se acomodó el modelo a los requerimientos y contenidos del régimen procesal.

El art. 166, último párrafo, de la Constitución no estableció la forma en que debía organizarse el nuevo conten-

cioso administrativo (v.gr. jueces de primera instancia y Cámaras de apelaciones, tribunales de instancia única, etc.). De modo tal, que dicha cuestión quedó en manos del legislador, la cual se concretó en la ley 12.074 que tuvo varias modificaciones y modelos de organización antes de la efectiva constitución del fuero.

Fue la ley 13.101 la que otorgó al fuero, con sus modificaciones a la ley 12.074, su estructura definitiva. Mediante dicha normativa se estableció un sistema organizativo similar al existente en el orden civil y comercial, como a los fueros contencioso administrativos nacionales en Capital Federal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Doble instancia con jueces unipersonales y Cámaras de apelación.

En definitiva, el régimen actualmente vigente está conformado con jueces unipersonales en el primer escalón, con asiento en las ciudades cabeceras de cada departamento judicial (art. 60, ley 13.101, modificatorio del art. 14, ley 12.074), y Cámaras de apelaciones con competencia regional (art. 3°, ley 13.118, modificatorio del art. 3°, ley 12.074), como tribunales de alzada y con competencia originaria para conocer en "las demandas promovidas contra las resoluciones del Tribunal de Cuentas de la Provincia y sentencias definitivas del Tribunal Fiscal de Apelación" (art. 2°, ley 12.074, modif. por ley 13.405), como también en los llamados *recursos directos* contra las resoluciones de los Colegios profesionales referidas al gobierno de la matrícula (art. 74, ley 12.008, texto según ley 13.325).

En suma, el modelo de la organización de la Justicia contencioso administrativa actual, es de doble instancia ordinaria, con excepción de los supuestos de competencia originaria de las Cámaras de Apelación.

A su vez, la doble instancia ordinaria se encuentra a cargo de Juzgados de Primera Instancia unipersonales

y Cámaras de Apelación conformadas, según la última modificación legal (ley 15.400, 2022), por una sala de tres jueces, salvo la de La Plata, con dos salas de tres jueces (la segunda aún sin funcionamiento).

La competencia de dichos órganos es *regional*, ya que si bien la aspiración del sistema descentralizado es la de instituir tribunales del fuero en cada departamento judicial en que se divide la Provincia -en su mayoría ya cuentan con Juzgados de Primera Instancia-, ello se va haciendo con gradualidad en función de índices de litigiosidad y pautas presupuestarias.

3. 2. El Código Procesal Administrativo. Ley 12.008

Desde su sanción la ley 12.008 ha tenido varias reformas, anteriores y posteriores a su entrada en vigencia, ocurrida, como se dijo, el 15 de diciembre de 2003.

A grandes rasgos, los principales aspectos de ese proceso legislativo han sido los siguientes.

a) La ley 12.008 (B.O. 3-11-97) (régimen procesal) se dictó antes que la normativa de organización del Fuero Contencioso Administrativo -ley 12.074 B.O. 26/27-1-98-. Reglamentó el proceso administrativo con los perfiles que hoy mantiene, en sus lineamientos centrales como también los tipos procesales -ordinario y especiales-.

b) La ley 13.101 (19-9-03) incluye la ejecución de tributos provinciales dentro de la competencia contencioso administrativa (art. 2 inc. 8) y, en consecuencia, se agrega como proceso especial el apremio (Capítulo V del Título II), regido por el decreto ley 9122/78, conforme la remisión efectuada por el Código (art. 76 bis).

c) Entre otras reformas de interés que pueden mencionarse: las expropiaciones, servidumbres administrativas

y limitaciones al dominio por razones de interés público pasan a conformar la materia contencioso administrativa (art. 2 inc. 9); se suprime la mención de las ordenanzas municipales del texto legal relativo al objeto de la pretensión impugnatoria (arts. 2 inc. 1, 12 inc. 1 y 67 y concs.) y se derogan las previsiones sobre la pretensión de cumplimiento de una prestación (art. 12 inc. 6 y 17); se modifica el régimen de agotamiento de la vía administrativa que se vuelve más rígido y riguroso (art. 14); cambia el sistema de las costas: del principio objetivo de la derrota al de la imposición por su orden salvo en el apremio o en los supuestos de notoria temeridad o malicia (art. 51), entre otros puntos.

d) Una vez en funciones la nueva organización judicial, se dicta la ley 13.325 (B. O. 4-5-05) que establece las siguientes modificaciones en el marco jurídico aplicable al proceso en la materia y la competencia de los órganos del fuero: crea un *recurso directo* ante las Cámaras Departamentales en lo Contencioso Administrativo en reemplazo del proceso especial sumarísimo previsto para la Impugnación -por medio de una demanda ante el Juez de primera instancia- de las Resoluciones de los Consejos o Colegios Profesionales en el Capítulo III del Título II de la ley 12.008 (arts. 74 y 79, primer párrafo, ley 12.008), determina un mecanismo de adecuación del anterior proceso al nuevo *recurso* para los trámites ya iniciados y pendientes (art. 74 bis) y preceptúa que las contiendas relativas a la intervención y reorganización de Colegios o Consejos profesionales, serán resueltas por los TCA, aplicándose las reglas del trámite sumarísimo previstas en el art. 21 inc. 2 del Código, en reemplazo del proceso sumarísimo especial que contemplaba el art. 74 ahora derogado (art. 79, segundo párrafo, ley 12.008).

Esa reforma instaura el *recurso directo*, que ha sido censurado en su validez constitucional ya por afectar el debido proceso, ya por suprimir la doble instancia, ya por ambas circunstancias.

e) Por medio de la ley 13.406 (B. O. 30-12-05) se reglamenta el *Procedimiento de Apremio* y, por ende, sustituye al régimen regulado hasta entonces por decreto ley 9122/78. Ello proyecta sus efectos en torno a la normativa a la cual remite el C.P.C.A., a los efectos de la *Ejecución Tributaria Provincial*, proceso especial enunciado en el Capítulo V del Título II, para el ejercicio de la competencia que, sobre ese ámbito de ejecuciones fiscales corresponde al fuero contencioso administrativo (art. 2 inc. 8, texto según ley 13.101). Asimismo, en torno a la competencia del fuero (art. 2, ley 12.074, texto según ley 13.405).

f) Con el dictado de la ley 13.435 (B. O. 19-1-06) se crea el Fuero de Ejecuciones Tributarias que comprende dos instancias: la primera a cargo de los Juzgados de Primera Instancia de Ejecuciones Tributarias -órganos nuevos- y la segunda, de las Cámaras de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo -ya existentes-.

Interesa destacar que hasta el dictado de la ley, la competencia en materia de ejecuciones de *créditos fiscales por tributos* se desdobla en: provinciales, dentro en la órbita de la competencia del fuero contencioso administrativo (art. 2 inc. 8, C.P.C.A.), y municipales, en la esfera de competencia del fuero civil y comercial o de los juzgados de paz (art. 3 decreto ley 9122/78 y sus reformas).

En cambio, con la nueva estructura se unifican ambos supuestos dentro del Fuero especial, aunque se mantiene la duplicidad de regímenes con respecto a las ejecuciones de créditos fiscales de naturaleza no tributarios.

En efecto, los apremios de créditos fiscales *no tributarios* tanto provinciales como municipales, se hallan dentro de las atribuciones de la Justicia civil y comercial o de paz, antes y después del dictado de la ley bajo comentario [536].

Con ésta se procura, entre otros cometidos, descongestionar a los Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo debido al acentuado nivel de litigiosidad que representan los juicios de apremio tributarios provinciales, cambiando el rumbo de una política legislativa que ha ofrecido flanco de censura [537].

El fuero de ejecuciones fiscales todavía no se ha implementado pues no se han establecido aún los juzgados que lo componen. En razón de ello, si bien la instancia de alzada está a cargo de órganos en funcionamiento (CCA), éstos no están aún habilitados para ejercer la competencia que les asigna la nueva ley. Por ende, se mantiene en pleno vigor el régimen anterior, no sólo en tal aspecto sino también en la integridad de las modificaciones que estatuye.

Se han suscitado, no obstante, cuestiones de competencia sobre cuál es la Cámara que debe intervenir en grado de apelación, o bien respecto de la materia, las que han quedado zanjadas en el indicado sentido, se reitera, que no se aplica la ley nueva hasta tanto sean efectivamente puestos en funciones los Juzgados de Ejecuciones Fiscales [538].

---

536 Sobre la evolución de la competencia en materia de apremios fiscales -provinciales, municipales; tributarios, no tributarios- ampliar en Juan Carlos Cassagne-Pablo Esteban Perrino, *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, LexisNexis, 2006, pág. 82 y sigts.

537 V. ob. cit. en nota anterior.

538 Así lo viene sosteniendo la CCALP en reiterados casos (ver por todos, causa 2970, "Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/Giro-

g) Otra modificación relevante en el devenir legislativo del Código procesal administrativo, la constituye la referida al sistema de costas, que, mediante la reforma al art. 51 por ley 14.437 del año 2013, retoma la originaria solución implantada por la ley 12.008 (principio objetivo de la derrota con la salvedad de la materia de empleo público y previsional cuando resultase perdidoso el agente o pretenso beneficiario), abandonando el principio subjetivo.

El Código está estructurado en tres partes.

El Título I, *Del Proceso Administrativo*, se integra con las instituciones generales y comunes (competencia material y territorial, representación estatal, terceros, pretensiones, legitimación, requisitos de admisibilidad de las pretensiones, medidas cautelares, recursos, ejecución de sentencia, etc.) y, luego, con la reglamentación del proceso ordinario (demanda, examen de admisibilidad, ampliación o transformación, contestación, excepciones, reconvención, diligencias ulteriores, audiencia -art. 41-, prueba, alegatos, sentencia, recursos, ejecución de sentencia, otros modos de terminación del proceso). Muchas de las disposiciones del proceso ordinario también serán de aplicación a los procesos especiales. No hay una diferenciación rígida de las normas del Título I en cuanto

---

lamo, José Miguel s/Apremio", res. del 10-8-06), criterio corroborado en lo esencial por la Suprema Corte de Justicia, al dirimir los conflictos de competencia suscitados con motivo de la sanción de la ley 13.435 (causas B-69.007, "Dirección General de Servicios Sanitarios Municipales de Quilmes c/Lecce, Francisco s/Apremio. Conflicto de competencia art. 7 inc. 1° ley 12.008", res. del 7-3-07; B- 68.984, "Municipalidad de Florencio Varela c/Alpargatas s/Apremio. Conflicto de competencia art. 7 inc. 1 ley 12.008", res. del 7-3-07, entre otras).

proceso ordinario-procesos especiales; es la base de todo el proceso administrativo a partir de la cual se van a estructurar las vías abreviadas.

El Título II, *De los Procesos Administrativos Especiales*, con cinco capítulos, prevé varios tipos procesales con régimen particular, a los que más adelante nos hemos de referir.

El Título III, donde se incluyen *Disposiciones complementarias y transitorias* (previsiones relativas a la aplicación del C.P.C.C. y a la vigencia del C.P.C.A.) y *Disposiciones modificatorias y derogatorias*.

4. Jurisprudencia esencial en la materia

4.1. Los fallos fundadores de la SCBA respecto de la interpretación constitucional de la Justicia Administrativa reformada: operatividad de la cláusula general sobre la materia y plena justiciabilidad de la Administración; constitución y funcionamiento del fuero contencioso administrativo como presupuesto esencial del sistema; acceso irrestricto a la Justicia, principio de la demandabilidad directa del Estado y agotamiento de la vía administrativa previa como excepción

Con la efectiva implementación del Fuero Contencioso Administrativo acaecida el 15/12/03, se abrió paso a la plena vigencia de todos los componentes que conforman el nuevo sistema: la cláusula general (art. 166, cit.), la organización descentralizada (art. 215, C.P. y ley 12.074 y sus modificatorias) y el Código Procesal Administrativo (ley 12.008 y sus modificatorias).

Se observa un proceso evolutivo en el cual ha tenido notable gravitación la labor jurisprudencial de la Supre-

ma Corte a partir del año 2002, cumpliendo un papel relevante en la transformación entre el viejo y el nuevo modelo [539].

A partir del año 2002 en que se renovó parcialmente la composición de la Suprema Corte de Buenos Aires, se produce un cambio decisivo en la doctrina anterior, al considerarse que la cláusula general prevista en el art. 166 último párrafo de la Constitución local, no estaba subordinada en su vigencia a la puesta en marcha del fuero ni al dictado de alguna norma legislativa y que, por lo tanto, debía regir directa e inmediatamente el ejercicio de la competencia contencioso administrativa, por entonces sólo a cargo del alto Tribunal provincial en forma transitoria (art. 215, cit.). El nuevo criterio apoyado en los principios esenciales de acceso a la Justicia, tutela judicial y justiciabilidad plena de la Administración (arts. 15 y 166, cit., C.P.) se proyectó en diversos aspectos que conforman la Justicia Administrativa, aun sin aplicarse el nuevo Código Procesal (ley 12.008) y sin que estuviese en funciones el fuero descentralizado. Se abrió paso a la revisión de los postulados tradicionales observándose, en poco tiempo, en la tarea pretoriana, una labor constructiva orientada hacia la efectivización de los contenidos estructurales de la reforma.

De esta etapa jurisprudencial se destacan como básicos tres precedentes, que bien podemos decir que son *fallos fundadores*, por la trascendencia de sus postulados y, sobre todo, la proyección que hay tenido y tienen en este ámbito judicial, a saber:

539 Ampliar en nuestros trabajos: "Proyección de la tutela judicial en materia administrativa. Jurisprudencia de la S.C.B.A. del año 2002/2003", cit., y el citado sobre Doctrina Actual de la Suprema Corte.

A) La resolución interlocutoria dictada el 23-X-02 en el caso "Consorcio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca" [540], donde se declaró la operatividad de la cláusula general contenida en el art. 166 -quinto apartado- de la Constitución provincial, su aplicación directa en punto a la definición de la "materia" contencioso administrativo.

El Consorcio, entidad de Derecho Público no estatal, presentó ante la Suprema Corte una demanda, pretendiendo la adopción de medidas autosatisfactivas y tutela cautelar. Accionó contra dos sociedades anónimas -privadas- vinculadas (en calidad de contratista y subcontratista) con la actora, por un acuerdo regido por normas de Derecho Administrativo y cuyo incumplimiento esa parte alegaba, cuyo objeto principal era el "dragado" en la zona portuaria.

La particularidad del caso radicaba en que, si bien se trataba del cumplimiento de un contrato regido por el Derecho Público, la Administración era la parte actora en el conflicto y de ese modo, como aún no se había instalado el nuevo fuero, con las pautas anteriores a la reforma de 1994 no hubiese generado una causa contencioso administrativa que sólo era admisible cuando el sujeto público era demandado, con motivo de actos administrativos lesivos de derechos.

Por ello, la Corte declaró la operatividad directa de la cláusula general (art. 166) y que la materia era propia de la competencia contencioso administrativa. Entendió en la contienda y otorgó una medida autosatisfactiva, que también significó una novedad sin precedentes en ese ámbito.

---

540 Causa b-64.745 "Consorcio de gestión del puerto de Bahía Blanca c/Pentamar S.A. y A.M. Sucursal Argentina S.A. S/Proceso urgente de medida autosatisfactiva y medida cautelar".

El principio trasciende al precedente concreto y se proyecta en la Justicia administrativa que habrá de regirse en primer orden por el contenido de esa cláusula general del que surge el juzgamiento pleno de todo caso originado en la función administrativa.

B) La sentencia definitiva pronunciada el 19-III-03 en la causa "Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires" [541], en la que se decidió que la falta de implementación del fuero contencioso administrativo constituye una omisión inconstitucional, una demora manifiestamente arbitraria y, por ello, se condenó a la Provincia a ponerlo en funciones antes del 1º de septiembre de ese año.

En el caso, el Presidente y el Secretario del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, en representación de esa persona jurídica de Derecho Público no estatal, interpusieron acción de amparo ante la Suprema Corte. Demandaron a la Provincia con el objeto de que se repare la omisión de poner en funcionamiento el fuero contencioso administrativo, alegando afectación de la tutela judicial en materia contencioso administrativa de sus matriculados y de todos los habitantes de la jurisdicción provincial. Solicitaron que el Superior Tribunal procediese a poner en marcha esa estructura. Sustanciado el proceso, se dictó el fallo en comentario.

En punto a la cuestión de mérito, se decidió que la falta de puesta en funcionamiento del fuero contencioso administrativo, conducta sometida a enjuiciamiento, fue calificada como omisión antijurídica del Poder Ejecutivo, y por ende de la Provincia, manifiestamente inconstitucional, ilegal y arbitraria, lesiva de derechos, intereses y

541 Causa B-64.474 "Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/Amparo".

garantías consagrados en la Constitución -arts. 15, 166, 215 y concordantes-.

Por fin, se entendió operativa la cláusula del art. 215, primera parte, de la Constitución, antecedente básico de la condena, a completar las actuaciones necesarias, sentencia en cuya virtud el fuero logró entrar en funcionamiento en el mes de diciembre de 2003.

El pronunciamiento, de notable valor institucional, pone de relieve nuevamente la fuerza normativa de la Constitución, esta vez, en cuanto a la vigencia efectiva del fuero contencioso administrativo.

C) La resolución interlocutoria emitida el 23-IV-03 en la causa "Gaineddu" [542] en la cual se complementó la proyección de la operatividad de la cláusula general del art. 166 -quinto párrafo, *in fine*-, esta vez, hacia el amplio territorio antes dominado por el dogma "revisor" de la competencia en la materia, para enunciar, con arreglo a la norma fuente, el "principio" de la demandabilidad directa del Estado y el carácter excepcional del tránsito por vías administrativas previas -de reclamo o recursivas-.

Un particular demandó a la Provincia de Buenos Aires y a dos oficiales de la Policía, con motivo de los daños y perjuicios que alegaba por la omisión de deberes en la custodia de un bien -automóvil- de su propiedad que había desaparecido, imputando responsabilidad a los demandados, en los términos de las normas del Código Civil.

Se trataba de un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado por omisión (negligencia) en el

542 Causa B-64.553 "Gaineddu, Juan Daniel c/Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Seguridad). Demanda contencioso administrativa".

ejercicio de funciones administrativas, imputada a la Provincia por incumplimiento o falta de cumplimiento regular de obligaciones impuestas a sus funcionarios.

En cuanto aquí queremos destacar, la Corte provincial resolvió declarar su competencia para entender el caso (arts. 166 y 215, Constitución provincial) sin observar su admisibilidad por falta de reclamo administrativo previo.

La fundamentación del interlocutorio se basa en la plena operatividad de la cláusula general del art. 166, *in fine*, de la Constitución que fuera definitivamente reconocida en el caso "Consorcio".

A partir de ese enunciado, la Corte resolvió *in límine litis* y de oficio que "la reclamación administrativa previa no es un requisito...de la acción encaminada a hacer efectiva la responsabilidad del Estado y sus agentes, derivada de una 'omisión' material en el ejercicio de funciones administrativas".

Sobre la base de la plena vigencia de la cláusula general (doctr. "Consorcio"), se complementa entonces su proyección en cuanto la norma dispone acerca del "agotamiento de la vía administrativa".

Tomando como referencia el régimen constitucional anterior, expresó la Corte que el "art. 166, *in fine*, provoca sensibles modificaciones...en lo atinente a la exigibilidad de vías administrativas de tránsito previo y obligatorio a los fines de acceder a la jurisdicción".

Consideró que esa norma (art. 166 *in fine*) al preceptuar que la ley "...establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa" importa "un cambio paradigmático ... en cuanto persigue extender el enjuiciamiento de las contiendas administrativas...favoreciendo el acceso a los tribunales contencioso administrativos".

Concluyó así que, configurado un caso (art. 166, cit.) "para cuya ocurrencia en ocasiones puede ser menester la articulación de un pedimento ante la entidad administrativa, el tránsito por vías administrativas -ora de reclamación ante la autoridad, ora el procedimiento recursivo en la misma sede- han de tener cabida, como excepción a la directa demandabilidad estatal, en aquellas hipótesis expresamente requeridas por un enunciado normativo de rango legal. Regulación de la cual la carga de acudir ante la administración ha de ser una expresa y razonable consecuencia, a fin de no contrariar el principio de accesibilidad irrestricta a la jurisdicción (art. 15, Const. Pcial.)".

Entonces:

-el principio que dimana del art. 166 de la Constitución es la demandabilidad "directa" del Estado;

-el "agotamiento de la vía administrativa" -sea mediante reclamo o recurso- reviste el carácter de "excepción";

-para que esa excepción sea constitucionalmente válida, debe reunir los siguientes recaudos: a) ser establecida por una norma de *rango legal*; b) ser *expresa*; c) ser *razonable*;

-además, la exigencia debe provenir de una norma de *aplicación concreta* al caso [543];

-el acceso irrestricto a la Justicia -art. 15, Constitución local- se traduce en la directa demandabilidad del Estado como principio general.

543 Conclusión que extraemos del análisis efectuado por el Tribunal acerca de la inaplicabilidad del régimen de agotamiento de la vía administrativa establecido en el Código Varela, por no contemplar sino pretensiones impugnatorias de actos administrativos. La omisión, sostuvo la Corte, no está prevista en sus disposiciones por lo que mal puede regirse por sus normas, la admisibilidad de pretensiones planteadas a su respecto. Recuérdese que aún no se aplicaba el nuevo Código procesal de la materia.

Se deja a salvo, claro está, la hipótesis en que la reclamación resulte inherente a la configuración del "caso", porque, sin ella, no hay conflicto alguno que pueda suscitar la jurisdicción.

En suma. El pronunciamiento predica concretamente el enunciado de la operatividad de la Constitución ya reconocida en el caso "Consorcio", esta vez, en cuanto al agotamiento de la vía administrativa, perfilándose los requisitos para un eventual test de constitucionalidad de la imposición de trámites previos de esa índole para acceder a la Justicia.

El fallo no deja espacio a la dogmática del carácter "revisor" de la competencia contencioso administrativa, que queda así completamente superada.

Estos tres pronunciamientos se fundamentan en la Constitución: la fuerza normativa de sus preceptos, en cuanto aquí interesa, en lo atinente a la Justicia Administrativa (arts. 215 y 166, cits.) y, como piedra angular del sistema, a la tutela judicial consagrada en el art. 15 de la misma Carta.

4.2. La modificación legislativa del diseño de la materia y del fuero contencioso administrativo. Un antecedente relevante. La cuestión constitucional

El grado es factor funcional en la determinación de la competencia en relación a los sistemas de doble grado de conocimiento, como ocurre en la organización de los fueros contencioso administrativos -federal, de la ciudad y de la Provincia de Buenos Aires-.

El principio general es que el juez competente es el de primer grado o de primera instancia, para el conocimiento y decisión de la causa, y el de segundo o ulterior grado,

para conocer de los recursos que se autorizan contra las decisiones de aquél [544].

Sin embargo en esta materia, a diferencia de otras, se registran, con habitualidad, excepciones a dicha regla, mediante regímenes especiales dando pie, entre otras modalidades, a los mal llamados *recursos judiciales directos contra actos administrativos*. Tal técnica, de la que da cuenta sobradamente la experiencia centenaria del orden nacional, distorsiona el modelo de organización y juzgamiento y sobrelleva una marcada influencia del contencioso administrativo continental, como salta a la vista. Aunque la competencia normativa atribuida a los tribunales de segunda instancia se considere originaria (pues de ello no puede existir duda) cuando se la asigna para conocer *per saltum* de los juzgados, no puede dejar de ponderarse que ello implica una restricción -al privarse de la doble instancia que rige en general para los otros casos-, desmedro que por lo común va acompañado de otros límites (por ejemplo, los fundamentos de la impugnación, los vicios del acto que se pueden invocar, la delimitación del control judicial, etc.) en los regímenes especiales que implantan esta clase de medios de acceso [545]. Se trata de una técnica en la que subyace el dogma revisor de la competencia contencioso administrativa.

No es nuestro propósito abundar sobre ese problema, sino tan sólo tenerlo presente por las alteraciones que

544 Cfr. Podetti, ob. cit., pág. 294.

545 Ampliar en nuestro artículo "El control judicial suficiente en la Justicia Administrativa de la Provincia de Buenos Aires", publicado en la Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, edición especial 1905 centenario 2005, año 3 Nº 36 nueva serie, pág. 93 y sigts.

ocasiona en el diseño judicial que nuestra Constitución consagra (cfr. considerando 12 de la sentencia dictada por la Corte Federal en el caso "Ángel Estrada y Cía. S.A.", de fecha 5-4-05).

En el nuevo régimen de la Provincia de Buenos Aires la cuestión se ha planteado con mayor gravedad, no sólo por cuanto afecta el principio de plena justiciabilidad de la Administración y tutela judicial efectiva que lo inspira, sino debido a que el fuero contencioso administrativo tiene rango constitucional, lo mismo que, una vez creadas, las Cámaras de Apelación y, principalmente, por cuanto las normas legales que han sido dictadas desplazando la competencia de los Juzgados, o bien han excluido también el derecho de defensa y debido proceso, o bien han quebrado el principio de igualdad en torno a las posibilidades de juzgamiento pleno de la controversia, desatendiendo las circunstancias actuales (vgr. el estado de descentralización) en que se halla, actualmente, la organización judicial en la materia [546].

546 Ver el trabajo citado; asimismo las leyes 13.325 y 13.329 (B.O. 4-5-05) establecen un sistema de impugnación de las resoluciones dictadas por los Colegios o Consejos Profesionales, que modifica al previsto por el art. 74 y concs. del Código Procesal Administrativo (texto según ley 13.101) y las sentencias que declaran inconstitucional dicha modificación, dictadas por la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, por transgresión a los arts. 15 y 166 de la Constitución Provincial (casos "Giannini" y "Ribelli", ambas res. del 28-6-05). Asimismo, de la misma Cámara, los pronunciamientos que descalifican la validez del art. 5 de la ley 13.405, en cuanto asignan competencia directa a la alzada en la resolución de las impugnaciones contra los actos del Tribunal de Cuentas y Tribunal Fiscal de Apelaciones de la Provincia (causas Nº 3456, "Fernández", res. 24-10-06 y Nº 4210, "Cimet S.A.", res. del 28-12-06, respectivamente).

Si bien la doble instancia no es -para esta materia y conforme conocida jurisprudencia- presupuesto de validez constitucional, hallándose establecidas las salvedades no pueden apartarse del principio de razonabilidad. Las reflexiones en punto a la Justicia Administrativa en relación al tema se actualizan, debido a las notables connotaciones que pueden aparejar, las excepciones a un modelo establecido para el conocimiento de las causas contencioso-administrativas.

Con motivo del dictado de las leyes 13.325 y 13.329 que establecieron un recurso directo ante las CCA [547] sin sustanciación alguna, para la impugnación de las resoluciones dictadas por los Colegios o Consejos Profesionales se suscitó una cuestión constitucional.

Las causas "Ribelli" y "Giannino" fueron las primeras donde la CCALP se expidió sobre la cuestión constitucional ocasionada, *de oficio* al entenderse configurada una situación excepcional que imponía proceder en tal sentido y las descalificó por transgresión a los arts. 15, 166 y concs., de la Constitución provincial y 18 y concs. de la Nacional (arts. 57, Const. Prov. y 31, Const. Nac.).

Al resultar inválida tal modificación al art. 74 de la ley 12.008, se interpretó que correspondía aplicarlo en su texto según ley 13.101, entre otros aspectos del decisorio.

El sistema implantado por las leyes 13.325 y 13.329 ha dado pie a diferentes opiniones en la evaluación de su validez constitucional.

Pueden mencionarse:

547 Para el desarrollo seguiremos los lineamientos centrales expuestos al votar, como juez de la CCALP, en la causa 1.482 "Ribelli, Juan José S/Recurre denegatoria de inscripción (San Isidro)", res. del 21-6-05.

a) la inconstitucionalidad *in totum* del régimen, desarrollada *in extenso* en los fallos de Cámara citados: de un lado, en cuanto regula un recurso directo eliminando la intervención de los Juzgados de Primera Instancia y de ese modo restringiendo la descentralización y privando de la doble instancia ordinaria a un caso puntual; del otro, en tanto establece una vía sin sustanciación alguna limitada al control de legalidad. Es el criterio sostenido por la CCALP [548] y, originariamente, por la CCASN [549].

b) la inconstitucionalidad *parcial* del régimen: sólo

548 CCALP en la causa "Ribelli", cit. decidió: Declarar la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la ley 13.325 y 1, 2 y 3 de la ley 13.329 en su aplicación al caso de autos (arts. 18 y 31, CN, 15, 57 y 166, CP) y, previa notificación a las partes, remitir las actuaciones a la Receptoría General de Expedientes a los efectos de proceder a su asignación al Juzgado Contencioso Administrativo que corresponda, debiéndose tomar en cuenta a ese fin la actuación inicial de la parte interesada (art. 15, CP).

549 CCASN causa nº 18/2006, caratulada "T., R. R. y ot c/Tribunal Notarial de la Pcia. de Bs. As. s/recurso directo art. 74 ley 12008", res. del 27-3-07, donde, sin perjuicio de la resolución de seguir tramitando en su sede la causa por motivos procesales, se dejó a salvo la opinión del tribunal, que fuera expuesta en la causa Nº 51/06, del 06/03/07, "C. I. E. C/Tribunal de Disciplina del Colegio de Arquitectos de la Provincia de Buenos Aires s/Recurso directo art. 74 de la ley 13.325", res. 6-3-07 en la que (independientemente de la suerte final del decisorio por otras razones en la instancia extraordinaria) se declarara, de oficio, la inconstitucionalidad del art. 74 del CCA -conf. Ley 13.325- referido a la tramitación -ante las Cámaras en instancia originaria y como recurso directo- de la impugnación de las resoluciones dictadas por los Colegios o Consejos Profesionales que hacen al gobierno de la matrícula, registro de profesionales y/o control disciplinario y los definitivos emanados de los órganos de control disciplinario, como también por la falta de sustanciación del proceso.

en cuanto establece un trámite sin garantías acotado al control de legalidad, mas no en tanto crea un recurso directo privando de la doble instancia, intervención de los Juzgados y descentralización de la Justicia de entrada a los supuestos que contempla. Es la posición adoptada por la CCASM [550] criterio confirmado por la SCBA [551]. Cabe aclarar que el Alto Tribunal se expidió más tarde acerca de la validez del recurso directo como tal, en cuanto medio que excluye la intervención de los juzgados y por ende las instancias ordinarias [552].

c) la constitucionalidad del régimen legal: en relación a la creación de un recurso directo a fin de ejercer el control de legalidad sin censurar aspectos del sistema así instituido, sin perjuicio de las facultades judiciales para dar al

550 CCASM Exp. Nº 248/05: "Consejo Directivo C.A.S.I. s/Dr. P.L s/denuncia. Recurso de apelación". Se resolvió: admitir la competencia de la Cámara en forma originaria y declarar la inconstitucionalidad del art. 74 del C.C.A. en cuanto limita la impugnación que regula a un control restrictivo de legalidad, así como también la amplitud de debate y prueba propia de toda acción procesal. Conforme a ello, el particular podrá optar por encauzar su pretensión por el procedimiento ordinario o sumario de ilegitimidad previsto en el C.C.A. dentro del plazo de quince días de notificada esta resolución, adecuando su presentación inicial de acuerdo a la vía procesal elegida, de conformidad con lo establecido en el art. 27 de ese cuerpo normativo.

551 SCBA causa A. 68.782, "Colegio de Bioquímicos de la Provincia de Buenos Aires contra doctor M. H. M. Acción disciplinaria", sent. del 22-12-08. En un profundo y extenso análisis de la cuestión, acotada a la temática de la restricción del juzgamiento que supone el control de legalidad previsto por la reforma del art. 74 CCA (ley 13.325) descalificado, de oficio, por ese motivo por la CCASM, el Alto Tribunal provincial, confirmó ese pronunciamiento rechazando el recurso extraordinario.

552 SCBA causa A 68436 "Giannino", sent. del 25-8-2010.

trámite las garantías que se estimen necesarias. Enrolada en este parecer se la puede ubicar a la CCAMP [553].

La cuestión se replicó con la asignación de otras competencias originarias a las Cámaras de Apelación, como la impugnación de los actos del Tribunal de Cuentas y del Tribunal Fiscal, pero en ambos casos sólo respecto de la doble instancia ya zanjada por el criterio de la Corte provincial en el sentido de que ello no vulneraba normas superiores.

5. A veinte años de la efectiva constitución del Fuero Contencioso Administrativo

Hasta aquí analizamos los fundamentos constitucionales de la Justicia Administrativa de la provincia de

553 CCAMP causa G-134-MP1 "Ortega Ana María c/Colegio de Psicólogos de la Provincia de Buenos Aires s/Pretensión Anulatoria", sentencia de 16-9-08. El tribunal resolvió en el caso: 1. Rechazar el planteo de inconstitucionalidad formulado por la actora contra el art. 74 del C.P.C.A. (t.o. ley 13.325). 2. Hacer lugar a la declinatoria de competencia efectuada por el titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 del Depto. Judicial Mar del Plata, declarando consecuentemente -sin que ello importe adelantar opinión sobre la admisibilidad formal y sustancial del planteo efectuado- la competencia de esta Cámara de Apelación para conocer en la impugnación impetrada por la actora (arts. 7 y 74 del C.P.C.A.). 3. Imprimir a la presente causa el trámite del proceso sumarísimo del art. 496 del C.P.C.C. en lo que resulte pertinente, a tenor de la especial esencia del remedio reglado por el art. 74 del C.P.C.A., y ordenar su sustanciación con el Colegio de Psicólogos de la Provincia de Buenos Aires -Distrito X- en carácter de contraparte, de cuyo Tribunal de Disciplina emanó el acto contra el que se insta el control judicial. En consecuencia, del escrito de inicio y documentación acompañada córrase traslado a la contraria por el término de cinco (5) días (art. 496, inciso 2° del C.P.C.C.), adjuntándose las respectivas copias (art. 120 del C.P.C.C.).

Buenos Aires, sus antecedentes, y el trabajoso proceso de transformación del modelo anterior al implantado por la reforma de 1994, donde cobró tanta relevancia el rol de la SCBA en la interpretación de sus cláusulas y el progreso para la puesta en funciones del nuevo sistema.

Lo hemos hecho con bastante detalle, comparando los regímenes anterior y actual, incluyendo datos sobre los criterios que surgen de la doctrina del Alto Tribunal, a fin de que pueda apreciarse el cambio en términos concretos mediante los fallos y pronunciamientos.

Ahora nos vamos a centrar en cómo ha podido consolidarse ese sistema en toda su plenitud, con los tribunales de Justicia que componen el fuero especializado y descentralizado, que comenzó a funcionar en el mes de diciembre de 2003, con la segunda instancia en julio de 2004.

Desde entonces, la SCBA sólo interviene a través de los recursos extraordinarios contra las decisiones de las Cámaras (art. 161 incs. 1 y 3 CP), sin perjuicio de las cuestiones de competencia que puedan generar su decisión en la etapa inicial del proceso (art. 161 inc. 2 CP y art. 7 CPCA).

Para mostrar este panorama, tomaremos por referencia unos temas centrales, que veremos confluyen en un tronco común, a través de algunas sentencias y resoluciones, principalmente de la región capital, donde se concentra el mayor volumen de litigiosidad además de gran parte de los asuntos relacionados con la Provincia de Buenos Aires.

Como propósito, reflejar en amplios trazos la intensidad con la que el diseño actual de la Justicia Administrativa se compromete con el eje que atraviesa su dimensión, la tutela judicial de los derechos.

5. 1. El acceso a la Justicia

-En el plano estructural orgánico, la descentralización real necesita de cantidad de tribunales suficientes para cubrir el territorio en sus departamentos judiciales (hoy 21) y conforme al caudal contencioso. A nivel de los Juzgados, los hay en casi todos ellos, en cambio, las Cámaras del fuero que tienen competencia territorial regional, son solamente cuatro y presentan un notable contraste de volumen de trabajo, siendo exponencial la sobrecarga de una de ellas (La Plata). Sobre estos aspectos no habremos ahora de profundizar, pero lo anotamos como un dato decisivo de incidencia sobre todo en el *plazo razonable* para administrar justicia en la materia.

Cabe resaltar que, además de lo expuesto, la descentralización se ha visto restringida con la modificación de las leyes que establecieron la doble instancia para todos los casos, y, en su lugar, la asignación de competencia originaria a las Cámaras de Apelación en los asuntos relativos al gobierno de la matrícula de los Colegios Profesionales, la impugnación de los actos del Tribunal Fiscal de Apelaciones y del Tribunal de Cuentas, entre otros. Nos remitimos a la cuestión constitucional ocurrida que ya fuera comentada en este trabajo y a la solución sostenida por la SCBA que validó las excepciones a la doble instancia tras entender que no es un requisito constitucional en esta materia como para llegar a descalificar la legislación que instituye vías judiciales directas ante las Cámaras del fuero.

- En el plano sustancial, el acceso a la Justicia ha de ser considerado en primer orden en la remoción de las trabas para plantear una pretensión en sede judicial que no sean presupuestos de admisibilidad razonables y congruentes con el art. 15 de la Constitución local, 18 de la Nacional, 8 y 25 de la CADH.

De entre esos valladares el de mayor impacto ha sido

el *agotamiento de la vía administrativa* que, bajo el sistema anterior, constituía un recaudo inexcusable y, además, había sido objeto de una interpretación sumamente estricta [554].

Como ya hemos visto, el caso "Gainnedu" de la SCBA del año 2003 estableció que, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 166 de la Carta Magna, la regla de acceso a la Justicia es la demandabilidad directa y el agotamiento de la vía administrativa una salvedad que ha de estar asistida para su validez de sustento legal razonable.

La jurisprudencia del fuero ha sido muy consistente en ese mismo sentido, ponderando que más allá de la letra del Código procesal administrativo [555], ella ha de ser entendida en armonía con la norma superior y su doctrina judicial.

Entre los pronunciamientos podemos tomar en cuenta los recaídos en las numerosas excepciones de inadmisibilidad que se resuelven en las instancias ordinarias, de los que puede derivarse una pauta al respecto.

En primer lugar, que sólo las pretensiones asociadas a la impugnación de actos administrativos pueden necesitar de alguna instancia previa ante la administración, en supuestos puntuales. Numerosas son las pretensiones que no lo requieren (v. arts. 12 y 14 ley 12.008).

Luego, en nuestra opinión, de la jurisprudencia del

554 Ello incluso fue motivo de censura por incumplimiento de los arts. 25 y 8 de la Convención Americana en el Informe de la CADH de 1999, caso "Narciso Palacios c/Argentina", por violación del acceso a la Jurisdicción contencioso administrativa de la SCBA, tribunal que había desestimado *in limine* la demanda por falta de agotamiento de la vía previa, aplicando un criterio restrictivo en forma retroactiva.

555 Ver art. 14, ley 12.008.

fuero, compartimos los siguientes lineamientos en orden a la vía administrativa previa, ya por medio de un reclamo, recurso u otro pedimento: se justifica para configurar el caso provocando el ejercicio de la función administrativa [556] o bien, cuando la resolución de la autoridad con competencia jerárquica resulte conveniente y no un inútil ritualismo formal, a fin de lograr la solución o satisfacción del pedido provocando una instancia conciliatoria y, en principio, como una alternativa optativa del o la interesada.

En materia ambiental, cabe citar un interesante caso, "Ecovida" [557], en el que se sostuvo que la acción de tutela prevista en la ley 11.723 no requiere de manera preceptiva el trámite administrativo previo, cuya previsión normativa (arts. 34 y 35), interpretada de acuerdo a las bases constitucionales, instrumentos internacionales y presupuestos mínimos comprometidos, *"posibilita mas no impone"* la gestión del reclamo ante la autoridad demandada.

Ninguna barrera al acceso puede provenir del tradicional agotamiento de la vía administrativa como resabio de la Justicia revisora que la Constitución de 1994, al mencionarlo con claro espíritu aperturista (art. 166), tuvo en mira delimitar para consagrar la plenitud del juzgamien-

556 En tal sentido, puede mencionarse el caso de la demanda contra una Caja Previsional, solicitando en forma directa al juez un reajuste de beneficios sin haber realizado reclamo alguno al organismo encargado de administrar dicho sistema, CCALP causa 9158 "Aballay c/Caja de Jubilaciones, Retiros y Pensiones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires s/reconocimiento de derecho".

557 Causa CCALP Nº 34905 "Asociación Civil sin Fines de Lucro Ecovida para el Medio Ambiente c/Municipalidad de Almirante Brown s/Acción Recomposición Ambiental", res. 13-6-2023.

to de los "casos" sin rémora del pasado al respecto.

Existen otros tópicos referidos a la admisibilidad de las pretensiones que han de ser entendidos dentro del principio amplio *pro actione* tales como el plazo de caducidad [558], o el pago previo tributario[559] , como en general se viene realizando en la Justicia descentralizada, aunque un mayor desarrollo aquí excede el cometido de estas referencias.

-La proyección del acceso a la Justicia, también en lo sustancial, conlleva la tutela judicial efectiva en la cuestión de fondo cuyo amplio despliegue en este fuero, anotaremos en una ligera mención de asuntos.

5. 2- El caso

El "caso" comprende tanto las controversias individuales como las colectivas, y dentro de estas últimas que amparan los derechos de incidencia colectiva, pueden ocu-

558 Puede verse: CCALP causa Nº 35009 "Ponce c/Ministerio de Seguridad s/Pretensión Anulatoria" res. del 12-11-2024, y sus citas. Al considerarse que el plazo de caducidad no puede operar en desmedro de la garantía de acceso a la justicia, con cita de numerosos antecedentes, se ponderó la particular situación de pandemia Covid-19 a los fines de la tutela judicial con sustento en normas y decisiones emanadas del sistema interamericano de derechos humanos, para concluirse que no cabía observar la admisibilidad de la demanda a fin de preservar el derecho a la jurisdicción.

559 Pueden verse supuestos en los que se ha dado flexibilidad al *solve et repete* ya sea admitiendo su eximición para evitar un grave menoscabo al derecho de defensa debido a la situación patrimonial acreditada del actor junto al monto exigido entre otras circunstancias (CCALP causa Nº 16233 "El Rápido Argentino Cía. de Micros Ómnibus S.A. c/Tribunal Fiscal de Apelación s/Pretensión Anulatoria", res del 18-8-2015), o bien, admitiendo para su cumplimiento y en sustitución el seguro de caución (CCALP causa Nº 20407, "Carraro Argentina S.A. c/ARBA s/Pretensión Anulatoria", res. del 9-4-2019).

rrir por tratarse de un bien colectivo e indivisible -como el agua o el ambiente- o por alcanzar intereses individuales homogéneos -como los que vinculan a un grupo de personas frente a una causa común-. De allí se desprenden los diferentes tipos de legitimación que conlleva la tutela de todos los "intereses jurídicamente protegidos", sin diferenciación por la calificación sustantiva (constitucional, civil, político, administrativo, etc.) y de acuerdo a la intensidad con que el Derecho los ampara -vgr. toda persona en el acceso a la información pública-. A su vez, hay "casos" que se presentan como "estructurales", en cuanto la cuestión a decidir y su resolución trascienden a las partes del conflicto y sobrellevan derivaciones más amplias de composición remedial. El fuero es permeable y fructífero en toda esa gama de contiendas.

Desde este punto de vista, comenzamos por desestimar la posibilidad de existencia de "casos no justiciables" [560] por su naturaleza -como podrían ser los que comportan cuestiones institucionales, políticas o similares-, aunque es necesario tener en cuenta al respecto la jurisprudencia de la CSJN en relación al tema, pudiendo consultarse entre otros, el fallo "Fernández de Kirchner" [561] en el que

560 La expresión "caso no judiciable" encierra una contradicción pues el "caso" es justamente la situación jurídica que abre la función judicial, en nuestro sistema constitucional (arts. 116 CN y 166 CPBA).

561 CSJN "Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/acción declarativa de certeza", sent. 24-4-2020, donde se decidió que no se configuraba un caso justiciable y que la cuestión no revestía ese carácter. En el considerando 12 se efectuó un repaso de esa doctrina de abstención frente a las atribuciones de los otros poderes, arrancando por el célebre antecedente "Cullen vs. Llerena" de 1893 referido al control de

se hizo una reseña de esa doctrina, a partir del concepto de la "deferencia o abstención" del Poder Judicial hacia los otros poderes -políticos- respecto de sus atribuciones privativas. En el antecedente se entendió que no se presentaba un caso pues la pretensión declarativa de certeza sobre la modalidad virtual para el desarrollo de las sesiones de la Cámara de Senadores en la pandemia, era un asunto perteneciente a la competencia del cuerpo legislativo que se hallaba dentro de sus atribuciones definir, sin injerencia del Poder Judicial.

Dejando a salvo esa aclaración, daremos algunos ejemplos de la versatilidad de asuntos propios del fuero, resueltos en su ámbito.

Comencemos por apuntar algunos casos, ya de la Corte IDH, ya de nuestro país, que sirvan como testimonio de los alcances de la litigiosidad en el Derecho Público y el trascendente rol de los tribunales de Justicia.

En punto a las medidas de reparación estructural, en la significativa tutela de los DESCA (art. 26, CADH) y su desarrollo extensivo en la protección de nuevos derechos (salud, vivienda, seguridad social, haberes, beneficios sociales, alimentación, agua, medio ambiente, participación en la vida cultural), puede citarse una de las sentencias más emblemáticas de la Corte IDH, dictada en el caso "Lhaka Honhat" (2020), que reconoció, por primera vez, los derechos de las comunidades indígenas a "participar en la vida cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua" donde se condenó al Estado Argentino ordenando ambiciosas reparaciones como: "ga-

---

la ley declarativa de la intervención federal en la Provincia de Santa Fe, célebre también por la notable disidencia del ministro Luis Varela.

rantizar el acceso permanente a agua potable; evitar que continúe la pérdida o disminución de recursos forestales y procurar su recuperación, y posibilitar el acceso a la alimentación nutricional y culturalmente adecuada" [562].

La CSJN ha dictado fallos muy relevantes y conocidos que son referencia obligada en esta clase de pronunciamientos. Así, por citar algunos, "Asociación Benghalensis" -tutela colectiva del derecho a la salud, en el caso, para toda persona afectada de HIV-SIDA- [563], "Mendoza" -en materia ambiental, recomposición de daños del Río Matanza-Riachuelo- [564], "Badaro" -en relación a la movilidad de los haberes previsionales con el deber del Poder

562 V. y ampliar en Reca Milanta, "La navegación de los DESCA …", cit.. En ese mismo trabajo la autora da cuenta de la implementación del Estado Argentino a los fines de dar cumplimiento a esas medidas de reparación estructural, como dato destacable del impulso de la dimensión estructural de los DESCA para la generación de estándares de protección específicos en la materia.

563 CSJN "Asociación Benghalensis y otras c. Estado Nacional s/acción de amparo" del 1 de junio de 2000. La responsabilidad del Estado -dijo entonces la Corte- en su condición de autoridad de aplicación que diseña el plan de distribución de los medicamentos para los enfermos de SIDA -Ley de Lucha contra el SIDA 23.798- no se agota con las entregas, sino que debe velar por su correcto cumplimiento, asegurando la continuidad y la regularidad del tratamiento médico, que hizo extensivo a todas las jurisdicciones del país a través de la autoridad nacional.

564 CSJN "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)". El 8 de julio de 2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó un fallo histórico donde se determinó quiénes son los responsables de llevar adelante las acciones y las obras de saneamiento. Obliga a ACUMAR a realizar un programa cuyos objetivos son: 1) Mejora de la calidad de vida de la población de la Cuenca. 2) Recomposición del ambiente en todos

Legislativo de reglamentar, con fuente en el art. 14 bis CN- [565], "Halabi" -institución jurisprudencial de la acción de clase, ante la omisión legislativa, para proteger intereses individuales homogéneos que integran los derechos de incidencia colectiva protegidos por la cláusula operativa del art. 43 CN- [566], "Verbitsky" [567] -hábeas corpus colectivo en defensa de todas las personas detenidas a fin de

---

sus componentes (agua, aire y suelo). 3) Prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción.

565 CSJN "Badaro, Adolfo V. v. Administración Nacional de la Seguridad Social s/Reajustes varios", sent. 8-8- 2006.

566 CSJN "Halabi, Ernesto c/PEN ley 25.873 y decreto 1563/04 s/amparo", operatividad del art. 43 CN respecto de la protección de derechos de incidencia colectiva, delineando los presupuestos de la acción de clase no legislada aún para tutelar intereses individuales homogéneos y confirmando la sentencia de segunda instancia que había declarado la inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* de ciertos artículos de la Ley Nº 25.873 y del Decreto Nº 1563/04 que autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas y por internet, sin que se determine en qué casos y con qué justificativos.

567 CSJN "Verbitsky, Horacio s/Hábeas Corpus Colectivo" sent. 3-5-2005. La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a una acción de hábeas corpus colectivo por la detención de personas en comisarías en el territorio de la Provincia de Buenos Aires. En aquella decisión, la Corte exhortó al Poder Ejecutivo provincial a tomar medidas en carácter de urgente para hacer cesar las condiciones de detención que reflejaban una amplia vulneración de los Derechos Humanos de quienes se encontraban cumpliendo una pena; tanto en calidad de condenados como de procesados. La causa fue iniciada por el periodista Horacio Verbitsky, que en su carácter de director del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), interpuso una acción de Hábeas Corpus en defensa de las personas detenidas en establecimientos policiales superpoblados, incluyendo a aquellas que legal y constitucionalmente deberían haber estado alojadas en centros especializados de detención -cárceles-.

restablecer el estado de sobrepoblación y las condiciones de las comisarías de la Provincia de Buenos Aries- ; "Q.C, S.Y." [568] -acceso a la vivienda, justiciabilidad de los DESC y operatividad "derivada" que implica la obligatoriedad de la CABA de garantizar los derechos reconocidos por la Constitución y Tratados sobre Derechos Humanos-; entre otros memorables pronunciamientos.

También las hay sin duda en la SCBA, pudiendo brindar como ejemplo -a fin de no extendernos aquí- al fallo "Colegio de Abogados" (2003) que hemos ya ponderado en este trabajo y del que resultó la puesta en funciones de los tribunales especializados en la materia, sin perjuicio de la nutrida doctrina legal posterior en su función casatoria, principalmente.

Pasando al fuero contencioso administrativo, tomaremos casos sobre diferentes temas y vías procesales, para elaborar un patrón común relativo al núcleo elemental que motiva este repaso general, que alcanzaremos como base de conclusiones de los lineamientos del trabajo, orientado por la esencialidad del sistema. No son fallos aislados o de excepción, ni haremos un reporte sistemático de ellos, sino una simple semblanza que refleja los paradigmas de tutela de nuestro tiempo, confiada al fuero descentralizado.

Para comenzar, además de numerosas causas resueltas procurando el acceso a las prestaciones sociales, en particular de vivienda digna [569], recordemos un fallo re-

568 CSJN "Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", sent. 24-4-2012.

569 CCALP causas "Serrano" sent. 28-3-2006, "Scalise" sent. 7-8-2007, "Leiva" sent. 10-4-2008, "Portillo" sent. 27-10-2009 -esta

caído en proceso de amparo, "Oviedo" [570], de la Cámara de La Plata, iniciado por una persona en situación de calle que censuraba la omisión inconstitucional reglamentaria del Poder Ejecutivo de la ley (13.956) que creaba un programa de asistencia integral al respecto, demora que impedía al actor acceder a los beneficios previstos. La pretensión -rechazada en primera instancia- fue estimada por ese tribunal de alzada, ordenándose el dictado de dicha preceptiva por el PE por tratarse de una inactividad lesiva de la operatividad de la tutela consagrada por la Constitución y condenándose a la demandada a ese cumplimiento dentro del plazo establecido en la ley (90 días) y, además, a brindar la cobertura social asistencial al amparista. Todo ello, con sustento en los arts. 12 inc. 1 del PIDESC, 26 de la CADH, 75 incs. 22 y 23 CN, 11, 15, 20 inc. 2 y 36 CP.

En un mismo sentido protectorio, vinculado a la situación de calle, esta vez potenciado por referirse a personas especialmente tuteladas (niños, niñas y adolescentes) y por su efecto o alcance colectivo (ciudad de La Plata), en el precedente "Asociación Civil Miguen Bru" [571] (2009) el mismo tribunal de alzada, al confirmar la medida cautelar de primera instancia, dispuso a título precautorio de carácter positivo una serie de medidas a cumplirse por la

última incluso ampliada en los alcances de su progreso por la SCBA-, entre muchas.

570 CCALP, "Oviedo Carlos Alberto c/Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/amparo", sent. 18-11-2010. Luego, en virtud de ello, el decreto reglamentario del PE se publicó en el BO el 5-5-2011.

571 CCALP causa Nº 9100 "Asociación Civil Miguel Bru y otros c/Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Buenos Aires s/ amparo", res. del 5-5-2009.

Provincia y la Municipalidad de La Plata -prestaciones consistentes en el funcionamiento de un parador para cubrir las necesidades básicas, servicio hospitalario especial para menores en riesgo, entre otras-, con principal sustento del plexo jurídico legal, constitucional y supranacional en la materia.

Asimismo, más recientemente, en la causa "Asociación Azul" [572] (2021) acerca de la inactividad normativa de los poderes públicos (Ejecutivo y Legislativo), esta vez de una prestación reconocida por la Convención, planteada a través de una pretensión típica del proceso administrativo, la Cámara confirmó la obligatoriedad de la obra social (IOMA) y de la Provincia de Buenos Aires de reglamentar la figura de Asistencia Personal (AP) contemplada por el art. 19 de la CDPD (Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad), que no encuentra similitud con otras opciones ofrecidas por IOMA. Destacó la configuración de un caso judicial -relativo a la directa protección de los derechos humanos, en un ámbito especialmente tutelado, como es el de la dignidad de la persona para acceder a esa prestación- y el deber de los jueces de conocer y decidir. Todo ello, fundado en la preceptiva constitucional y supranacional, además de las leyes que amparan la materia.

En similar orientación, la sentencia recaída en otro juicio -amparo-, también planteado por "Asociación Azul" [573], revocó la de primera instancia, ordenando al Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires, en su calidad de autoridad de transporte

572 CCALP "Asociación Azul c/I.O.M.A. y otro/a s/Pretensión Restablecimiento o Reconocimiento de derechos", sent. 8-6-2021.

573 CCALP "Asociación Azul y otro s/Amparo", sent. 14-5-2019.

de la Provincia, en el término de cuarenta y ocho horas, inicie un procedimiento administrativo con el fin de implementar un Programa de Acción, tendiente a garantizar el acceso de las personas en condición de discapacidad al sistema de transporte urbano en el ramal en crisis, so pena de imponer las sanciones correspondientes y adoptar las medidas para efectivizar los mandatos legales, entre otras medidas establecidas en el pronunciamiento.

Un importante precedente a mencionar es el primer caso de Habeas Data Colectivo, causa "Rodríguez y otros" [574] nacido a consecuencia de las inundaciones que azotaron a la ciudad de La Plata y alrededores en los días 3 y 4 de abril de 2013. El fallo de la Cámara que adquirió firmeza, confirmó la sentencia de grado estimatoria de la acción colectiva con varias medidas remediales vinculadas con el acceso a la información de la población respecto de la cantidad de personas desaparecidas o fallecidas a raíz de la catástrofe climática, adosada a las omisiones e irregularidades de las actuaciones de las autoridades públicas. Aquí los fundamentos del fallo se basan, por un lado, en la composición del caso colectivo, y, por otro, en el acceso a la información de la población y el derecho a la verdad. El proceso se había constituido en base a la legitimación compleja, conformada por particulares interesados y familiares de las víctimas, junto a entidades

574 CCALP ""Rodríguez, Sandra Edith c/Poder Ejecutivo s/Hábeas Data" sent. 3-7-2014. Se confirmó la existencia de al menos y hasta ese momento, 89 casos fatales derivados de la señalada catástrofe y se desarrollan aspectos relevantes en cuanto a la legitimación colectiva para promover este tipo de acciones como a la viabilidad del hábeas data para canalizar pretensiones colectivas, en sintonía con las garantías constitucionales de amparo colectivo y hábeas corpus colectivo.

civiles y defensorías del pueblo y ciudadana. Todo ello, con sustento en la Constitución, los Tratados y Convenciones sobre derechos humanos, jurisprudencia nacional y supranacional [575].

Yendo a otro contexto de gran repercusión como ha sido la emergencia sanitaria provocada por la pandemia Covid 19, en su lamentable devenir, entre los numerosos casos que fueron planteados en sede judicial, citaremos un ejemplo, esta vez, de medida cautelar en un proceso de tutela autosatisfactiva, relativa a la condición de alta vulnerabilidad que alcanzó a niños y niñas de la Provincia que necesitaban asistencia alimentaria. La especie fue ventilada en el caso "Arata y otros" del año 2020 [576],

575 Vale mencionar que en la sentencia se dejaron a salvo todas las acciones relativas, entre otros aspectos, a la reparación de las consecuencias de la tragedia y que, en un proceso ulterior tendiente a la indemnización de daños derivados de tales inundaciones por personas afectadas, se procuró dar al juicio alcance colectivo, lo que no prosperó. En las tres instancias que atravesó el proceso, se entendió en el mismo sentido que no concurrían los recaudos para la tramitación con carácter colectivo, esto es, que pudiese extenderse más allá de quienes dedujeron la pretensión, de acuerdo a los precedentes en la materia. Tal, la causa CCALP Nº 18.301, "Marazzato, Raúl y otros c/Municipalidad de La Plata y otro s/Pretensión Indemnizatoria", res. del 11-9-2018 que confirmara la del JUCA 1 de La Plata y que, a su vez, fue reafirmada por la SCBA en fecha 26-5-2021. Básicamente, ante la necesidad de demostrar en cada supuesto la responsabilidad estatal y los eventuales daños provocados que pudieran ser imputables al desastre, se entendió que no se visualizaba la causa común -entre otros presupuestos- que la doctrina jurisprudencial de la CSJN y de la SCBA ha precisado para abrir un proceso de tal carácter, sin perjuicio de la continuidad de la litis por los actores presentados.

576 CCALP "Arata y otros c/Pcia. Bs. As. s/Autosatisfactiva", res. 27-8-2020.

pronunciamiento que puede ser comprendido entre los que contienen medidas remediales estructurales que extienden sus fronteras más allá de la parte actora y comprometen actuaciones positivas con impacto presupuestario incluso, en la órbita de los poderes estatales. Se ordenó a la Provincia de Buenos Aires proveer dentro del Servicio Alimentario Escolar (SAE) que durante la crisis sanitaria se realizó bajo la modalidad de entrega de módulos en lugar de asistencia a comedores, la incorporación de frutos y otros productos e insumos que garanticen un estándar de nutrición saludable a la totalidad de sus destinatarios en toda la jurisdicción provincial y más allá de los actores en particular. Ello así con base en el plexo jurídico superior y legal protectorio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes [577].

En materia de prestaciones de salud, muchas veces planteadas por la vía del amparo o a través de medidas cautelares autónomas o autosatisfactivas, son innumerables los precedentes tendientes a su progreso y en gran medida con resoluciones favorables. De entre ellas, podemos citar un supuesto que venía implicado en el alto costo del tratamiento, "Barrientos" [578], y que, sin embargo, debido a la extrema urgencia comprometida en la medida cautelar requerida, frente al riesgo de vida de una niña de corta edad en condición de alta vulnerabilidad, amén de la ausencia de otro abordaje sustitutivo similar comprobado, con las prudenciales expresiones de la excep-

577 Tras abrir por una queja de la demandada la vía extraordinaria que no había sido concedida por la Cámara *a-quo*, en el año 2022 la SCBA decidió declarar abstracta la cuestión cautelar.

578 CCALP integrada "Barrientos Nicolás y otro/a c/IOMA S/ amparo" res. 24-2-2022 confirmada por la SCBA el 18-3-22.

cionalidad de las circunstancias del caso, se sostuvo en una resolución favorable, confirmada por la SCBA, con similares precauciones.

Desde la perspectiva de género, podemos mencionar dos antecedentes.

El caso "La Rosa" [579] vinculado al régimen electoral donde la Cámara del fuero, al confirmar el fallo de instancia, realizó de consuno una interpretación integradora del sistema supranacional a los fines de dotar de su pleno sentido a la ley 14.848 que prescribe la *paridad de género* para la confección de las listas de candidatos, cuya aplicación, se entendió entonces, rige todo el proceso electoral y, por lo tanto, alcanza también a la sustitución de los legisladores electos, estimándose procedente la acción deducida por la actora.

En otro orden, bajo la interpretación genuina de la télesis que informa a la Ley de Identidad de Género, en el contexto de principios constitucionales e internacionales, se reconoció la cobertura de una práctica quirúrgica por la obra social, asociada al proceso de transformación conforme a la autopercepción de género, es decir el resguardo de la identidad en el marco del concepto amplio de salud, por medio de una cirugía reparadora -y no meramente estética- para adecuar la imagen a la integridad de la persona [580].

En cuanto al acceso a la información pública -ya aludido-, se destaca el amplio principio de legitimación, configurando el primer umbral en ese sentido, ya que cualquier persona está habilitada a solicitarla a la auto-

579 CCALP "La Rosa María Ángela y otro/a S/ Pretensión Declarativa de Certeza", sent. 19-8-2021.

580 CCALP "M. Z. C. A. c/IOMA s/Amparo", sent. 11-7-2024.

ridad respectiva. Es que, como ha afirmado con acierto la CJSN, la información pública no pertenece al Estado sino al pueblo de la Nación (CIPPEC 2012, "Garrido" 2014).

Cando se judicializa un conflicto frente a la negativa o insuficiencia de proveer los datos objeto de este derecho, la legitimación amplia no se modifica, como surge del art. 12 de la Constitución local, Nacional y de las normas convencionales [581]. Es abundante la jurisprudencia tanto del sistema interamericano como de nuestros tribunales [582].

En tal sentido, el fallo "Claude Reyes vs. Chile" (2006) de la Corte IDH se inscribe como una de las decisiones más trascendentes, que destaca la doble dimensión que adquiere el derecho, a solicitar la información y a recibirla, que conlleva la obligación positiva del Estado a garan-

581 Arts. 1, 14, 33, 38, 41, 42,43 y 75 inc. 22, Const. nac.; art. 19, DUDH, art. 19, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 13, Convención Americana de Derechos Humanos; arts. 1, 11, 12 inc. 4, 15, 20 inc. 3, 38 y concs., Const. prov.

582 V. CCALP "Gantus", sent. 9-VIII-05 -criterio de minoría confirmado por la S.C.B.A, en la misma causa, sent. 3-12-2008-; No 2.352, "Di Pietro", sent. 20-IV-06; No 1903, "Carrizo", sent. del 21-XII-06; No 13.892, "Asociación por los Derechos Civiles", sent. del 28-II-13; No 15.561, "Rodríguez", sent. del 3-VII-14, entre otras; asimismo posición de minoría en causa N° 16.655, "Asociación Inquietudes Ciudadanas", sent. de fecha 9-XII-14; N° 17.227, sent. de fecha 2-VI-15; N° 18.399, sent. de fecha 14-IV-16. En cuanto a la doctrina de la Corte Nacional v. causas "Asociación por los Derechos Civiles c/EN-PAMI s/Amparo", sent. del 4-12-12; "CIPPEC c/ EN - MO Desarrollo Social -dto. 1172/03, s/amparo ley 16.986", sent. del 26-III-14; "Gil Lavedra, Ricardo R. c/Estado Nacional-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Inspección General de Justicia s/amparo ley 16.986", sent. del 14-X-14), entre otras.

tizarla, ello como estándar internacional que corresponde a toda persona.

Cabe citar incluso la reciente sentencia de la Corte IDH [583] condenatoria del Estado argentino, relacionada con la demora en la investigación del atentado contra la AMIA de amplia proyección, en la que, entre los temas abordados, ordena reformas estructurales vinculadas a la desclasificación de datos reservados a fin de proveer el pleno acceso de las víctimas a la información.

El derecho de acceso a la información pública, entonces, se erige como una base fundamental de todo el sistema jurídico y del Estado de Derecho. Opera su tutela judicial a través de pretensiones individuales o colectivas, con diferentes vías procesales para canalizarla y respecto de cualquier materia que la requiera (ambiental, de salud, sanitaria, empleo público, servicios públicos, etc.). Hemos ya hecho referencia al *hábeas data colectivo* en el caso de las inundaciones. Por citar otros más recientes del fuero contencioso administrativo, en un litigio colectivo, la sentencia estimatoria de la pretensión de obtener información relativa al grado y condiciones de acceso del primer nivel de atención de la salud en el municipio respecto de la interrupción legal y voluntaria del embarazo en los términos de la ley respectiva [584]. Asimismo, el fallo favorable recaído en el amparo planteado por un letrado para obtener información sobre denuncias respecto de

583 Corte IDH Caso "Asociación Civil Memoria Activa Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia 26-1-2024

584 CCALP "Centro de Estudios Cels, Amnistia Internacional Argentina, Ela c/Municipalidad de La Plata s/amparo", sent. 1-8-2023 que confirmó la de primera instancia, también del mismo fuero.

una funcionaria judicial, que el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados había retaceado brindar y el *a-quo* había rechazado [585].

Ciertamente quedan muchos temas para comentar de la multiplicidad de los que componen la materia de la Justicia Administrativa (ambiental, servicios públicos, acceso al agua, urbanismo, Consejo de la Magistratura, responsabilidad del Estado, cuestiones previsionales y de empleo público, entre muchas) de significativa relevancia en el Derecho Público y en la tutela judicial.

Así, en ese sentido, agregamos una breve mención al respecto.

En materia ambiental y urbanística, de los numerosos casos suscitados, podemos citar la tutela judicial -cautelar primero y definitiva después- que suspendiera e impidiera la ejecución y progreso de un obra particular de importantes dimensiones (centro comercial cinema ubicado en la zona neurálgica de la villa, con locales, cines, subsuelos, cocheras, entre otros caracteres) en la localidad protegida de Cariló, que había sido autorizada por la comuna de Pinamar, sin los resguardos imprescindibles dada la magnitud del emprendimiento, en particular, el omitido estudio de impacto ambiental [586]. En similar orientación de defensa del bien colectivo se encuentran los fallos del fuero de primera y segunda instancia, en punto a la disposición final de residuos en relación a la

585 CCALP "Pucciarelli c/Secretaría Permanente del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados s/amparo de acceso de información pública", sent. 7-11-2024.

586 CCALP causa Nª 2403-M "Sociedad de Fomento de Cariló c/ Municipalidad de Pinamar s/Amparo", res. cautelar de 29-11-2005 y sent. de 28-6-2007.

planta de CEAMSE en Ensenada con medidas -clausura de módulo, prevención y cese de ingreso de residuos de otras localidades, entre otras- tendientes a mitigar la contaminación [587]. Abundan antecedentes que se inscriben entre los supuestos que requieren de especial cautela ambiental, como las diferentes actividades particulares y/o comerciales que necesitan previa certificación del impacto susceptible de ocasionar [588].

Acerca de los servicios públicos, en particular el acceso al agua como bien humano fundamental, cabe recordar, por un lado, la cuestión de las tarifas, condicionándose la legitimidad de su incremento repentino y sustancial a la adecuada y oportuna participación de los usuarios conforme el plexo normativo superior y registrándose el primer caso en la Provincia relativo a la previa audiencia pública u otra instancia procedimental de similar alcance como presupuesto de validez al respecto [589]; por otro

587 CCALP causa No 3131 "Asociación Civil Nuevo Ambiente, Centro Vecinal Punta Lara c/Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado -CEAMSE- s/Amparo Ambiental", sent. 22-6-2006.

588 Un ejemplo entre los tantos casos, el amparo presentado por vecinos y frentistas de la empresa de producción de alimentos balanceados que la comuna de Bahía Blanca había habilitado omitiendo los recaudos tutelares del bloque legal ambiental (CCALP causa Nº 475 "Riera Bosch y otro c/Municipalidad de Bahía Blanca s/amparo", si bien por mayoría no prosperó la acción, en criterio minoritario se propuso hacerle lugar y condenar a la demandada a expedirse sobre la evaluación de impacto ambiental).

589 Causa "Negrelli y otro/a c/Poder Ejecutivo s/Amparo", acción colectiva en la que se presentaron usuarios afectados, asociaciones de usuarios y consumidores, defensores ciudadanos y defensor del pueblo de la PBA, con motivo del desmesurado aumento de las tarifas del servicio prestado por ABSA en la Provincia de Buenos

lado, las decisiones referidas a la necesaria calidad y potabilidad en el suministro –en algunos supuestos censurado por exceso en el nivel de arsénico- de acuerdo a los estándares regulatorios [590].

Yendo al ámbito de las pretensiones ordinarias y propias del fuero contencioso administrativo, los asuntos sometidos a su conocimiento y decisión exhiben la impronta institucional en el quehacer estatal y en la vigencia de los derechos e intereses tutelados, por lo que damos unos pocos ejemplos que, aunque acotados, dejan ver esa base común.

La responsabilidad del Estado configura sin duda un sector a considerar, en el que se ha venido consolidando

---

Aries -Decreto 245/12 del PE-. Se descalificó ese acto administrativo ordenándose a la demandada emitir las facturas sin el incremento y restituir lo percibido por aplicación del decreto anulado. Ello acorde a: la sentencia de primera instancia (JUCA 1 LP), el voto de minoría en disidencia en el fallo de la CCALP (causa Nº 13419 "Negrelli") del 20-11-2012 y la sentencia de la SCBA del 2-12-2024 que, en la misma causa, acogió el RIL.

590 CCALP Causa Nº 10966 "Florit y otros c/Fisco de la Provincia de Buenos Aires y Aguas Bonaerenses S. A. (ABSA) s/Amparo", medida cautelar y sentencia estimatoria (21-9-2010), ante el exceso de arsénico en la provisión de agua por ABSA en Carlos Casares, condenando a la demandada con distintas medidas y plazos para adecuar la prestación a los parámetros necesarios para la vida y la salud. Otro caso de interés en la materia es la causa "Kersich y otros c/ABSA y otros s/Amparo" en la cual, además de la cuestión de fondo relativa al acceso al agua bajo las condiciones de calidad indispensables en la localidad de 9 de Julio, se perfilaron los recaudos del alcance colectivo de ese proceso, previa intervención de la CSJN por vía extraordinaria federal que así lo sostuvo para el caso (v. SCBA sent. 27-9-2017 y subsiguiente res. CCALP de 12-12-2027). Se han dado otros juicios de similar estirpe en diferentes zonas de la jurisdicción provincial, como Pehuajó (CCALP causa Nª 10840 "Solari"), Alberti (CCALP causa Nº 11165), entre otras.

su naturaleza única *iuspublicista* ante la versatilidad de supuestos que comprende. Ello, con el desafío actual de entender, interpretar e integrar su régimen jurídico en la Provincia de Buenos Aires, que carece de ley local en la materia, a partir del sustento constitucional y de los principios elaborados por la amplia y extensa construcción pretoriana. Es que, con la entrada en vigor del nuevo Código Civil y Comercial ha quedado desplazada de acuerdo a sus disposiciones y en principio, la aplicación -al menos directa- del Derecho común a la responsabilidad del Estado, abriéndose una nueva perspectiva para su regulación en el ámbito público provincial. Nos remitimos pues a algún precedente en el que se abordara esta situación [591].

Si nos detenemos -entre los tantos temas públicos- en la particular misión del Consejo de la Magistratura -organismo de raigambre constitucional-, el ejercicio de sus funciones ha dado origen a controversias que corresponden a la competencia contencioso administrativa. Un in-

591 En el sentido mencionado, de los tantos juicios de daños y perjuicios contra el Estado provincial o municipal, que integran la competencia del fuero contencioso administrativo, podemos mencionar la causa Nº 28775 CCALP "Cardinale Ana E. c/Municipalidad de La Plata s/Pretensión Indemnizatoria", en la cual se ventilara un típico caso de "falta de servicio" por lesiones y agravios padecidos debido al accidente sufrido en la vía pública y atribuido al irregular estado de la acera por deficiente mantenimiento de la Municipalidad a quien se atribuyera el deber de responder. Como el hecho había tenido lugar estando ya en vigencia el Código Civil y Comercial, fue necesario expedirse sobre el fundamento de la responsabilidad y los presupuestos del factor de atribución planteado, destacándose los cimientos constitucionales, jurisprudenciales como la aplicación analógica del Derecho común y los principios generales en la materia, además de los aportes de la doctrina (v. esp. Consid. III del primer voto).

teresante litigio con sentencia estimatoria de la pretensión de nulidad en la instancia de apelación, se configuró en virtud del desplazamiento del actor en tres concursos donde participaba como único aspirante, que se declararon desiertos por el Consejo sin expresarse los motivos de tal decisión. El fallo de Cámara se apoya en la jurisprudencia que ha ido delineando que, sin afectar la actuación exclusiva y privativa en la evaluación y selección que tiene a su cargo el organismo, resulta imprescindible que sus decisiones se encuentren debidamente motivadas como recaudo de juridicidad y del derecho de defensa [592].

Otro tipo de contiendas de significativa amplitud y versatilidad, planteadas en general a través de los cauces ordinarios, se refieren al empleo público [593] y a las cuestiones previsionales [594], cuyo repaso aun mínimo, ex-

592 CCALP causa Nº 29264 "Sastre Laureano N. D. c/Consejo de la Magistratura y otro/a s/Pretensión anulatoria", sent. 13-7-2023.

593 Por traer tan sólo un ejemplo, el debate sobre la bonificación por antigüedad en el empleo público que alcanza a la gran masa de agentes de la Provincia de Buenos Aires, en punto al recorte de algunos años por debajo del 3% que se encontraba vigente, da cuenta de un tema que sobrepasa el interés particular y se extiende al general y aún presupuestario, dando cuenta de ello la gran cantidad de pleitos radicados en el fuero, sentencias pronunciadas y medidas cautelares solicitadas u otorgadas. Podemos citar un primer precedente sobre el fondo de esa cuestión, en sentido favorable a su progreso, de la CCALP recaído en la causa Nº 18434 "Casolati, Juan Manuel y otros c/Procuración General de la SCBA s/Pretensión de Restablecimiento o Reconocimiento de Derechos-Empleo Público", sent. del 17-8-2017.

594 La gama de aspectos en esta materia comprende -en general- desde la concesión de los distintos beneficios hasta los reajustes correspondientes. Por aludir a un caso, donde se expusieron diferentes opiniones en torno a la procedencia de un reajuste docente,

cedería esta apretada reseña. Ello sin olvidar -para tener presente la relevancia en el Derecho público- las áreas litigiosas relativas a la materia tributaria -con particular relación a la impugnación de los actos del Tribunal Fiscal-, las cuentas públicas y responsabilidad patrimonial de los agentes y funcionarios estatales -en orden a las demandas contra el Tribunal de Cuentas- o la denominada policía profesional a cargo de los Colegios Profesionales respectivos cuyo cuestionamiento judicial también se integra dentro del fuero contencioso administrativo [595] . Amén de otros asuntos de notable incidencia institucional, por brindar un dato, como la censura ante la Justicia de los actos de la Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires [596].

Mas, el panorama brindado que no pretende ser exhaustivo sino ilustrativo, permite una mirada que atraviesa los diferentes tipos de litigio, legitimación y vías procesales, mostrando el sustento en las normas superiores, tanto de la Constitución argentina y de la Provincia de Buenos Aires, como en las del sistema supraconstitucional, en especial convencional interamericano

---

una de ellas favorable a la mejora de la prestación, con base en el Derecho supranacional y en fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que es uno de los ejes de este trabajo, puede citarse la causa "Lewcowics, Lidia F. c/Instituto de Previsión Social (I.P.S.) s/Pretensión Anulatoria", sent. del 10-6-2o21.

595 Los tres últimos supuestos (Tribunal Fiscal, Tribunal de Cuentas, Colegios Profesionales) en la competencia originaria de las Cámaras de Apelación, como ya se ha comentado en este trabajo.

596 Admitida la posibilidad de abrir una vía judicial al respecto, por ahora y en general, se utiliza la acción de amparo con su radicación en instancia de alzada en las Cámaras del Fuero Contencioso Administrativo.

de derechos humanos, por lo que seguidamente apuntaremos algunos datos acerca de ello, dedicando entonces un apartado al tema de control de constitucionalidad y de convencionalidad.

5. 3. Control de constitucionalidad y de convencionalidad

Una breve nota al respecto a fin de tener presente la operatividad del sistema jurídico que hemos intentado reflejar con este desarrollo, a partir del vértice que lo apuntala y justifica.

El control constitucional *difuso* por los jueces de todas las instancias, fueros y jurisdicciones, en la medida de su competencia y caso a decidir, es un principio básico en nuestro ordenamiento (arts. 18, 31, 116 y concs. CN y 15, 57, 160 y cons. CP), aspecto al que hemos aludido al ocuparnos de las *cuestiones constitucionales* en el nuevo diseño de la Justicia administrativa y del código reglamentario, a donde nos remitimos. Hoy, un aspecto ya consolidado.

El control de constitucionalidad de las normas en la acción de amparo, en virtud de la previsión del art. 20 inc. 2 de la CP, amerita una mención que haremos recordando uno de los primeros antecedentes resueltos por la CCALP.

Una vez iniciadas las funciones del fuero, y a poco de andar, se expresó claramente la doctrina acerca del control de constitucionalidad en el amparo. Puede citarse entre otros el fallo "Ortega" [597] de la CCALP relacionado

597 CCALP causa nº 34 *"Ortega, Teresa Pompeya c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/amparo"* sent. 30-6-2005. Para el desarrollo de los fundamentos, nos remitimos a la sentencia.

a la normativa de la Carta Orgánica del Banco de la Provincia de Buenos Aires que habilita la ejecución y remate del bien hipotecado sin forma alguna de juicio y en forma directa del deudor (arts. 65, 71, 75 y concs., decreto-ley 9434). El pronunciamiento, luego de especificar que ese control está habilitado en el remedio del amparo, siempre que la norma cuestionada hubiese sido aplicada a la amparista, ello así conforme al sistema de control difuso en la materia (arts. 20 inc. 2, 57 y concs. CP y art. 31 y cons. CN), declaró la inconstitucionalidad de la ley en cuestión con efecto para el caso de la actora, doctrina que fue mantenida por ese tribunal en numerosos precedentes a lo largo del tiempo y que, recientemente (2023), adoptara la SCBA al confirmar una de esas sentencias y, en el mismo momento, resolver un litigio originario en sus estrados [598].

Por otra parte, la CSJN admite el control de constitucionalidad "de oficio" de las leyes, con la expresa consideración de que la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -trasuntado en el antiguo adagio *iura novit curia*- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango (en "Banco Comercial de Finanzas S.A." fallo del 19 de agosto de 2004; con prece-

598 SCBA "*Bravo, Luis Roberto c/ Banco de la Provincia de Bs. As. s/ Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad. de ley"* y "*Ramírez, Hugo Alberto c/ Provincia de Buenos Aires s/ Inconstitucionalidad arts. 65, 71 y 75 dec. ley 9.434/79. Tercero: Banco Provincia de Buenos Aires*", ambas sent. 9-5- 2023. Lo allí resuelto constituye un cambio en la doctrina del Máximo Tribunal bonaerense, conforme fuera sentada en la causa C. 106.300 "*Banco de la Provincia de Buenos Aires*" del de 12-III-2014

dente en "Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros" del 27 de septiembre 2001). Ello tiene cabida bajo ciertas circunstancias que ha ido delineando la jurisprudencia.

Por mencionar un supuesto, recordemos casos ya aludidos de la CCALP en orden a su competencia y función judicial que se consideró alterada por leyes que establecieron un *recurso directo sin sustanciación* ante la Cámara de ciertos actos de los Colegios profesionales y que fueran entonces declaradas inconstitucionales "sin pedido de parte", en razón de esa afectación institucional que se entendió evidente (fallos "Ribelli" y "Giannino" del año 2005, a cuyos comentarios nos remitimos).

En cuanto al control de convencionalidad no sólo supone la relación entre el Derecho interno y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino con otros instrumentos normativos que la complementan y, sobre todo, alcanza también ese escrutinio la interpretación que surge de la jurisprudencia de la Corte IDH. Ese bloque sistémico es el que da fuente y soporte a la obligación de los Estados parte de actuar conforme a ello.

El control de convencionalidad surge a través de la doctrina diseñada por la Corte IDH a partir de la sentencia dictada en el caso "*Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile",* en el año 2006 (26-9) que obliga a los jueces del Estado que ha ratificado el tratado internacional, a cotejar las normas del derecho interno que aplican en los casos concretos no sólo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino con la interpretación de ella efectuada por la Corte IDH. Luego, ese control ha de ser realizado aún "de oficio" (caso "Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú" del año 2006) y alcanza no sólo a los magistrados sino a las autoridades legislativas y administrativas en sus competencias respectivas (caso "Gelman vs. Uruguay", de 2013).

Siguiendo esos lineamientos y doctrina, la CSJN consagra este control de convencionalidad en los casos "Mazzeo" (sent. 13-7-07), "de oficio" en "Videla" (sent. 31-8-2010), reafirmando esos principios en el fallo "Rodríguez Pereyra" (27-11-2012).

5. 4. Reflexión esencial sobre la misión del fuero contencioso administrativo

La visión dada acerca del fuero en este acotado esbozo entendemos que es demostrativa del rol fundamental que las instancias ordinarias y descentralizadas, en el contexto de la enmienda de 1994, están llamadas a cumplir en la defensa y vigencia efectiva de la Constitución, aplicando sus postulados y principios de plena operatividad que comprenden los del orden supraconstitucional que conforman el sistema jurídico argentino.

La materia confiada a este fuero, que integran los asuntos donde se mueven y despliegan la mayoría de las políticas públicas y funciones estatales, en su conjunto, y que llegan a su resolución a través de diferentes y variadas vías procesales, y no sólo las regladas por el Código Procesal Administrativo, entre las que se destaca desde su origen el remedio del amparo [599], dan cuenta de

599 Ello con la siguiente previsión: de acuerdo a la Constitución BA -art. 20 inc. 2- el amparo procede ante "cualquier juez" y la legislación reglamentaria ha asignado competencia especializada en segunda instancia para los amparos administrativos referidos a la materia prevista por la cláusula general (art. 166 CP) a las Cámaras de Apelación en lo Contencioso Administrativo. Recientemente, la SCBA se ha expedido en el sentido que esa solución de política legislativa no transgrede la Constitución local ("Arameda, Rebeca de los Ángeles c/IOMA s/Amparo. Cuestión de competencia art. 7, ley 12.008 (Inconstitucionalidad art. 17 bis, ley 13.928" res. 19-4-2024.

la trascendencia institucional que conlleva en el Derecho Público en general, en la indudable proyección de la cláusula fuente (art. 166, CPBA), que compone un entramado donde la función administrativa expresa el más genuino entrelazo estatal con los intereses tutelados del hombre, individuales y colectivos.

Desembarcamos entonces hacia una conclusión sobre la operatividad de la Constitución -en su más amplia expresión que alcanza la grada supraconstitucional- entendida como su efectiva vigencia en la institución y funcionamiento de la Justicia administrativa, que es el tema tratado aquí, como del eje de todo su desenvolvimiento y del papel de los jueces.

6. Conclusiones

La operatividad y fuerza normativa de la Constitución como base de la creación y conformación de la Justicia Administrativa provincial y de la plenitud en su efectividad en la tutela judicial

En este trabajo, hemos propuesto el desarrollo, en perspectiva supranacional en general y constitucional nacional como local, de los fundamentos de la Justicia Administrativa de la Provincia de Buenos Aires, incorporando un repaso de la vida institucional que ha recorrido desde su origen, como de la legislación reglamentaria, además de la comparación entre los dos modelos, el anterior a la reforma de 1994 y el diseñado por esta última.

De ello surge que la esencia radica en la *operatividad* de las normas supremas como de su fuerza normativa, que han sido y siguen siendo la verdadera guía que orienta la efectividad de sus cometidos.

Esa operatividad no ha de verse menguada o mitigada por la falta de reglamentación de sus preceptos [600], pues la Justicia, frente al caso, debe responder por la efectiva vigencia de la Constitución. Así, el estándar de la *operatividad derivada* acuñado por la CSJN en una sentencia trascendente, ante esa fisura que se pueda presentar [601], cuando los poderes públicos competentes demoran o no cumplimentan el desarrollo sub-constitucional que les corresponde realizar, no implica ni puede sobrellevar la privación de justicia ni de la tutela de los derechos. Ello se ve en la trabajosa jurisprudencia que, para la efectiva vigencia de la Justicia Administrativa bonaerense hemos intentado ilustrar y cuyos fallos fundadores demuestran.

Así también, en esa línea pretoriana de la CSJN, se consideró que el acceso a la vivienda en situación de vulnerabilidad, no podía quedar en desamparo por la ausencia de reglamentación ante la tutela del derecho establecido por las normas superiores, condenándose a la autoridad demandada (CABA) a garantizar su efectiva satisfacción [602]. Al Poder Judicial escapa la sustitución de los cometidos de los otros poderes, pero lo alcanza, compromete y obliga la búsqueda de la solución que aplique la Constitución para la defensa de los derechos.

La fuerza normativa de la Constitución constituye el valor jurídico de sus disposiciones, es inherente tanto

600 Ampliar en Reca, Joaquin Pablo, "Leyes dormidas: El amparo como remedio eficaz en materia de derechos humanos", Revista Internacional de Derechos Humanos / ISSN 2250-5210 / 2019 Vol. 9, No. 1 www.revistaidh.org.

601 CSJN, "Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", del 24 de abril de 2012, v. Reca, ob. cit.

602 V. notas anteriores.

a sus cláusulas directamente "*operativas*", cuanto a las denominadas "*programáticas*" que necesitan de otras actuaciones de los poderes llamados a reglamentarlas. Pero ambas, por ende, son obligatorias y plenamente exigible su cumplimiento [603].

Enseña Bidart Campos que "Reivindicar esa … fuerza normativa cuando desde ella apuntamos a la eficacia, es desplazarnos desde las normas hacia la vigencia sociológica para asignarles un destino empírico con fidelidad a cuanto de obligatorio, de vinculante y de valioso tiene el derecho de la constitución en un estado democrático" [604].

603 "...si la constitución contiene normas *programáticas* -o sea, aquéllas que para su funcionamiento y aplicación requieren ser complementadas y desarrolladas por otras normas infraconstitucionales, o precisan disponer de ciertas estructuras funcionales de base...- también el cúmulo de esas normas programáticas es de cumplimiento obligatorio, y esas normas deben ser invocables ante los tribunales judiciales. O sea, cuentan con la fuerza normativa de la constitución, no obstante su naturaleza diferente a la de las normas que, por contraposición, se denominan *operativas* (o self-executing)" Bidart Campos, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, 1995 p. 20 y ss., 222 y ss.

604 Ob. cit. p. 14/15.

CAPÍTULO 7
Instituciones del proceso administrativo

Guillermo Rizzi, Guillermo C. Tribiño,
Jéssica R. Celis Romero, Natalia M. Peluso
y Brenda Zaidman

Sumario**:** 1. Panorama de los ejes estructurales del proceso y su enclave constitucional. 1.1. Modificaciones sustanciales. 1.2. Normas procesales del Decreto-Ley N° 19.549/1972, *aggiornato* por la llamada "Ley de Bases" N° 27.742.- 2. La legitimación procesal en el contexto constitucional. 2.1. Legitimación activa. 2.1.1. Titulares de intereses simples y de derechos de incidencia colectiva. 2.1.2. El Defensor del Pueblo y las organizaciones no gubernamentales. 2.1.3. Entes públicos estatales y no estatales. 2.2. Legitimación pasiva. 2.2.1. El Estado provincial *lato sensu*. 2.2.2. Las municipalidades. 2.2.3. Los particulares. 2.2.4. Las personas públicas no estatales. 2.3. Representación estatal. 2.4. El fallo "Halabi". Razones de contexto y estadísticas para debatir sobre la legitimación procesal, en clave constitucional. Historia reciente. 2.5. La ampliación de la legitimación judicial en Argentina. 2.6. La ampliación de la legitimación judicial en la Provincia de Buenos Aires.- 3. Diversidad de vías procesales.- 4. Requisitos de admisibilidad de la demanda contencioso administrativa. 4.1. Acto definitivo. 4.2. Agotamiento de la vía. 4.3. Plazo. 4.4. Pago previo.- 5. Pretensiones procesales. 5.1. Pretensión impugnatoria o anulatoria. 5.2. Pretensión de restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés tutelado. 5.3. Pretensión Indemnizatoria. 5.4. Pretensión declarativa de certeza. 5.5. Pretensión de cesación de una vía de hecho. 5.6. Pretensión de amparo por mora.- 6. La tutela cautelar. 6.1. Fundamento normativo. 6.2. Características. 6.3. Oportunidad para promover una medida cautelar. 6.4. Modalidades de las medidas cautelares. 6.4.1. Medidas precautelares. 6.4.2. La medida cautelar autónoma. 6.4.3. Las llamadas "medidas

autosatisfactivas". 6.5. Carácter restrictivo del dictado de las medidas cautelares contra la Administración. 6.6. Obstáculos para pedir medidas cautelares contra el Estado. 6.7. La ley federal 26.854, de medidas cautelares contra el Estado. 6.7.1. Los presupuestos procesales de las medidas cautelares contra el Estado Nacional. 6.7.2. Presupuestos de procedencia contemplados en la Ley 26.854. 6.7.3. Competencia. 6.7.4. Tiempo de interposición. Idoneidad del objeto. 6.7.5. Informe previo. 6.7.6. Vigencia temporal de la medida.- 7. Esquema elemental sobre las medidas cautelares contempladas en el CPCA de la Provincia de Buenos Aires. Fundamento normativo. 7.1. Caracteres. 7.2. Medidas que pueden solicitarse. 7.3. Sentencia.- 8. Recursos.- 9. Ejecución de sentencia. -10. El rol del amparo como garantía constitucional. 10.1. Antecedentes. 10.2. Regulación nacional. 10.2.1. Reforma constitucional e incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. 10.2.2. Incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. 10.3. Regulación en la Provincia de Buenos Aires. 10.3.1. Juez competente en la Provincia de Buenos Aires. Acordadas de la SCBA. 10.3.2. Presupuestos de la acción en la Provincia de Buenos Aires

1. Panorama de los ejes estructurales del proceso y su enclave constitucional

En el presente punto inicial de este capítulo, debemos señalar al lector que el libro es un conjunto de datos desarrollados panorámicamente, desde un punto de vista convencional-constitucional y, por tanto, dinámico. Podrá encontrar en los diferentes capítulo, en un ir y venir, algunas cuestiones centrales de la revisión judicial de la actividad administrativa del Estado Nacional, con algunas referencias comparativas a los diferentes sistemas judiciales locales, en especial sobre la Provincia de Buenos Aires, abordando el Derecho Procesal Adminis-

trativo y el régimen exorbitante del Derecho Privado y describiendo los aspectos salientes de una nueva Justicia administrativa en su rol revisor de políticas públicas, básicamente en materia social y asistencial.

Sólo ingresaremos aquí, brevemente, a una referencia general respecto de la irrupción en tal contexto, de la ley 27.742 de "Bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos". Es que el Derecho Administrativo tiene las características de ser dinámico y cambiante, de gran sensibilidad ante los cambios de coyunturas y procesos políticos e institucionales. De tal forma, ya sea porque entendamos al Derecho Administrativo como una herramienta para controlar al poder público y evitar abusos o porque lo concibamos como el modo de armonizar prerrogativas estatales y garantías personales, su contenido e interpretación siempre van a encontrarse en movimiento y en constante tensión con la realidad política. De ahí que nuestro Derecho se conozca como *in fieri***.**

Las modificaciones alcanzan tanto al procedimiento como al proceso administrativo, por eso -y porque el impacto de la reforma es muy parcial en cuanto a los temas que tratamos en este capítulo- es que sólo hacemos una mínima referencia a los cambios, diciendo que mediante la Ley 27.742, se modificó sustancialmente el Decreto Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, norma que desde el año 1972 regula principalmente el modo en que la Administración debe actuar y relacionarse con los particulares.

1.1. Modificaciones sustanciales

La reforma introdujo cambios significativos en la ley de procedimientos administrativos, alterando aproximadamente el 84 por ciento de su redacción original. Estas

modificaciones incluyen nuevas especificaciones sobre el ámbito de aplicación, principios generales del procedimiento y el uso de medios electrónicos para la emisión de actos administrativos, respecto de los principios y plazos se incorporaron nuevos principios generales del procedimiento, como la juridicidad, razonabilidad, proporcionalidad, buena fe y transparencia. Además, se estableció una mayor precisión en materia de plazos, integrando contenido previamente contemplado en reglamentaciones, lo que busca una mayor eficiencia y claridad en los procesos administrativos.

La nueva regulación sobre el silencio administrativo establece que el silencio de la Administración puede tener carácter positivo en ciertos casos, lo que significa que la falta de respuesta podría interpretarse como una aceptación. Sin embargo, esta medida ha generado preocupación debido a los posibles perjuicios al interés público y la falta de evaluación por parte de la Administración.

La reforma permite también la utilización de la fuerza contra personas o bienes sin intervención judicial en casos específicos, lo cual ha sido criticado por su potencial para el abuso de poder. Por otro lado, se introduce el procedimiento de consulta pública o audiencia pública en cuestiones tarifarias y de regulación de servicios públicos para asegurar el acceso a la información y la participación ciudadana.

1.2. Normas procesales del Decreto-Ley N° 19.549/1972, *aggiornato* por la llamada "Ley de Bases" N° 27.742

El Derecho Procesal Administrativo se diferencia de los procesos judiciales en los que participan ciudadanos particulares (civil, comercial, laboral, etc.) por la presen-

cia del Estado como una de las partes del litigio y en él representado el interés público y la voluntad de la comunidad. Esta circunstancia genera un desequilibrio lógico entre el interés general del Estado y los derechos individuales de los particulares, reflejados en las prerrogativas públicas que también se materializan en el proceso contencioso administrativo a través de privilegios como la habilitación de la instancia, el agotamiento de la vía administrativa, los breves plazos de caducidad para interponer la demanda, el pago previo si se trata de impugnación de tributos, o el especial régimen cautelar.

2. La legitimación procesal en el contexto constitucional

Debido a que históricamente el proceso contencioso administrativo bonaerense se configuró como un juicio exclusivamente destinado a impugnar la legalidad de un acto administrativo, quedó limitado al examen de los requisitos esenciales y al régimen de nulidades de las decisiones que agraviaban al actor. Por esta razón los administrativistas (y no los procesalistas como cabía esperar) se ocuparon de desentrañar quiénes y en qué condiciones podían accionar o asumir el rol de demandados.

2.1. Legitimación activa

En cuanto respecta a la legitimación activa, el derogado artículo 149 de la Constitución provincial de 1934, al tiempo que asignó a la Suprema Corte la competencia contencioso-administrativa, fijó -a través de la interpretación efectuada por el propio Tribunal- pautas relativas a la capacidad para demandar. Su referencia al Derecho Administrativo vulnerado fue interpretada hasta fecha

reciente como una limitación para acceder al pleito, considerándose que sólo estaban habilitados para accionar los titulares de derechos subjetivos administrativos [605].

En definitiva, durante el siglo XX, debido a la exégesis limitada del recordado art. 149 de la Carta local y a la extensa vigencia del Código de Varela (1906-2003), en la Provincia de Buenos Aires el "incidente" de habilitación de la instancia judicial se transformó, por obra y gracia de la "legitimación" en un obstáculo procesal de dificultad superior al propio litigio sobre el fondo del asunto. Todo accionante, para arribar ganancioso a la sentencia definitiva, debía triunfar primero en ese minijuicio previo, engorroso y árido donde todas las presunciones jugaban en su contra y donde todas las situaciones dudosas eran resueltas de manera adversa a su postura [606].

En cuanto a la legitimación pasiva el enfoque también fue restrictivo admitiéndose únicamente como parte demandada a la Provincia de Buenos Aires y a las municipalidades. No sólo quedó vedado el papel de accionado a los particulares, sino también a los entes públicos no estatales, y a las personas privadas que han recibido potestades públicas por delegación estatal. La consecuencia fue que asuntos, causas, casos o conflictos claramente re-

605 Fue en la causa "Thomann" (B 49.544) que la minoría de los jueces del Superior Tribunal propusieron aceptar la legitimación del titular de un interés legítimo. Esta postura se convertiría en mayoritaria en la causa B 55.392 "Rusconi" y ratificada en B 58.748 "Scioscia"; esta última si bien fue posterior a la reforma constitucional, se dictó antes de la sanción del nuevo Código de la materia.

606 Botassi, Carlos A., *Derecho administrativo: Dominio público, responsabilidad estatal, procedimiento y proceso administrativo*, p. 272, Carlos Alfredo Botassi (director) y Pablo Octavio Cabral (coordinador), libro de cátedra, Editorial de la UNLP -EDULP- 2017.

gidos por normas y principios de Derecho Público fueron sentenciados por jueces especializados en Derecho Privado aplicando en cuanto al rito el Código Procesal Civil y Comercial y en cuanto al fondo -salvo contadas excepciones- los códigos del Derecho común. Aunque la limitación a la legitimación actora es la que ha merecido mayores comentarios críticos cabe recordar que el estrechamiento de la legitimación procesal pasiva también constituyó un tamiz que, en no pocos casos, cerró el acceso al servicio de Justicia. Sobre todo a partir de la doctrina de la Suprema Corte que consagró la posibilidad de declarar la ausencia de legitimación aun de oficio, sin infringir el principio de congruencia.

En cuanto respecta a la legitimación pasiva, la alusión del texto constitucional hoy derogado a la autoridad administrativa hizo que el Superior Tribunal entendiera que no podían enjuiciarse ante el fuero contencioso administrativo las decisiones de los Poderes Legislativo y Judicial, ni mucho menos los actos administrativos de las personas públicas no estatales. Desde luego que, por su obvia incapacidad de emitir actos administrativos (único objeto del posible litigio en el enfoque "clásico"), jamás pudo demandarse en el proceso administrativo a un particular. Al igual que en el caso de la legitimación activa, cabe propugnar la vinculación estrecha entre legitimación y pretensión y, desde este punto de apoyo, concluir que será válidamente demandado quien reconozca una postura adversa en la relación jurídica que abastece a la pretensión actora. Felizmente el criterio restrictivo constituye un episodio histórico superado y, como tal, suficientemente recordado en este capítulo. Actualmente tanto la legitimación activa como la pasiva es considerada una consecuencia del nexo lógico-jurídico existente entre quien pretende (actor) y quien se opone a la pre-

tensión (demandado); de tal suerte que toda persona está habilitada para acudir ante el juez cuando un órgano estatal cualquiera adopta una decisión o toma una medida de hecho que afecta su ámbito particular.

En tales circunstancias no sería necesario invocar la vulneración de derechos subjetivos ni de intereses legítimos sino demostrar que se ha quebrantado el orden jurídico y, con ello, se ha incidido en la esfera jurídica del accionante. Es en este sentido que la Corte Nacional tiene decidido que "la existencia de un caso, causa o asunto judicial en el que el titular de un interés jurídico concreto busca fijar la modalidad de una relación jurídica o prevenir o impedir las lesiones a un derecho de base constitucional resulta exigida por los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional"; agregando que "existe caso contencioso cuando se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes... y -al decidir sobre la legitimación- resulta necesario determinar si hay un nexo lógico entre el status afirmado por el litigante y el reclamo que se procura satisfacer, el cual resulta esencial para garantizar que aquel sea una parte propia y apropiada" [607].

En nuestra Provincia -como ya dijimos más arriba-, a partir de 1994 la normativa constitucional (art. 166), al describir al juicio contencioso administrativo como todo aquel encaminado a la dilucidación de casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas en el ejercicio de funciones administrativas, provocó un giro sustancial en la materia. El contencioso clásico se singularizaba por una situación que le era propia y exclusiva:

607 *In re* "Gómez Diez c/P.E.N", 31/03/99, R.A.P 248-93.

la legitimación activa restringida a titulares de derechos subjetivos y la legitimación pasiva limitada a aquellos entes emisores de actos administrativos pertenecientes al Poder Ejecutivo. Si quien acciona y/o quien resulta demandado no tienen relación alguna con el tema en debate faltará el "nexo lógico" que permita concluir que estamos frente a un "caso" o "causa" susceptible de ser examinada por los jueces.

Los artículos 166 de la Constitución y 13 del Código Procesal Administrativo Ley 12.008, provocaron un giro copernicano en materia de legitimación. Nada de lo que antes existía sobrevive y los análisis liminares que ahora se efectúan serán necesariamente complementados por los futuros enfoques doctrinarios y jurisprudenciales. Tal como ocurre en cualquier otra subrama del Derecho Procesal, la legitimación activa en el proceso administrativo queda reconocida a favor de aquellas personas que se encuentran en una determinada posición jurídica en relación con la pretensión. Quien invoque la vulneración de un interés jurídico (incluyendo, como veremos, el interés en que la ley se cumpla) queda habilitado para fundar su caso ante el tribunal quién decidirá en la sentencia definitiva, analizando los hechos y el derecho, para decidir de qué lado está la razón.

El artículo 13 del Código Procesal Administrativo vigente desde diciembre de 2003 reza: "Legitimación activa. Está legitimada para deducir las pretensiones previstas en el presente Código, toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico". Debido a esta norma resultan legitimados los titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos, ya que titularizan la máxima protección procesal imaginable, nunca estuvo en disputa la facultad de accionar de quienes detentan

derechos subjetivos. Y ya en el recordado caso "Rusconi", la Suprema Corte tuvo oportunidad de decidir que los titulares de intereses legítimos pueden promover una demanda contencioso-administrativa y, si bien lo hizo en un típico proceso "revisor" de una decisión estatal previa, nada impide que, por el andarivel de los artículos 15 y 166 de la Constitución local, quienes detentan intereses legítimos demanden su respeto o exijan prestaciones de restitución sin que exista un acto formal atacable.

2.1.1. Titulares de intereses simples y de derechos de incidencia colectiva

El denominado "interés simple", ha sido considerado como la ambición de toda persona de bien de que el Estado respete la legalidad sometiéndose sin cortapisas al orden jurídico. En ese sentido constituye también un interés tutelado por el ordenamiento jurídico en los términos del art. 13 del Código Procesal Administrativo, ya que no puede concebirse un interés más intenso en cabeza de todo ciudadano que la vital aspiración de que quienes lo gobiernan se sometan a la ley de la misma forma en que impulsan, como autoridad, su acatamiento por la sociedad.

2.1.2. El Defensor del Pueblo y las organizaciones no gubernamentales

Aplicando por analogía lo prevenido en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional para el juicio de amparo, cuando se trate de situaciones en que se vean comprometidos los derechos colectivos recién comentados debe otorgarse legitimación activa al Defensor del Pueblo (provincial y municipal) y a las organizaciones no gubernamentales con personería jurídica cuyo objeto social apunte a la defensa de tales derechos.

2.1.3. Entes públicos estatales y no estatales

No existe impedimento alguno para que todo tipo de personas jurídicas públicas actúen como actores en un proceso administrativo [608], demandando a otra persona pública (estatal o no) o a un particular. Aquello que verdaderamente importa es que el diferendo subsuma en normas y principios de Derecho Público. La Suprema Corte bonaerense, en el caso "Consorcio de Gestión del Puerto Bahía Blanca" (con cita expresa del art. 166 de la Constitución provincial) admitió la legitimación activa de una entidad pública no estatal, creada por ley 11.414, paa solicitar una medida autosatisfactiva vinculada a la ejecución de una obra pública. Al hacerlo decidió que el artículo 166 de la Carta local define los contenidos de la materia contencioso administrativo y resulta directamente operativo y, con ello, queda despejada toda duda al respecto.

2.2. Legitimación pasiva

La legitimación pasiva es la que hace posible que el demandado se encuentre efectivamente vinculado a la pretensión del actor, o, en otras palabras, es aquella que se interroga sobre si el accionado es realmente la persona facultada para controvertir el derecho pretendido. En el contencioso administrativo bonaerense, uno de los problemas serios que ocasionó la interpretación restrictiva de los artículos 149 de la Constitución de 1934 y 1° y 28

608 Desde el Código Varela, se contempla la posibilidad de que el actor sea una persona pública al aludir a "alguna autoridad administrativa" (Art. 1°).

del Código de Varela fue la determinación de los actos administrativos susceptibles de ser revisados judicialmente en relación a la autoridad de la cual emanaban. La Suprema Corte entendió que la "autoridad administrativa" referida en aquellas disposiciones no podía ser otra que el Poder Ejecutivo (incluyendo sus reparticiones descentralizadas) y las municipalidades bonaerenses. En consecuencia, negó la posibilidad de examinar los actos administrativos de los Poderes Legislativo y Judicial [609].

Con el nuevo régimen vigente desde 2003, en cambio, la Provincia puede ser demandada con motivo de los actos administrativos y en razón del ejercicio que se haga de la función administrativa en general, provenientes de los Poderes Legislativo y Judicial. También puede demandarse a las personas públicas no estatales cuando emitan actos administrativos y aun a los sujetos privados cuando ejercen facultades públicas. Siempre al cobijo del artículo 166 de la Constitución provincial resulta posible determinar quiénes son los sujetos que pueden ser demandados en el proceso administrativo.

2.2.1. El Estado provincial *lato sensu*

La Provincia de Buenos Aires, entendiendo por tal a la Administración central y descentralizada, aparece expresamente citada en el último párrafo del artículo 166 de la Constitución y en el artículo 1° del CCA. Podrán ser demandados en los casos gestados por el desempeño de sus funciones administrativas, sea que se trate de su conducta activa u omisiva. Reiteramos que ya no interesa

609 Ampliar en HUTCHINSON, Tomás, "La función administrativa del Poder Judicial y su revisión jurisdiccional", E.D. 84-843; SORIA, Daniel F., "Control Judicial de los actos administrativos del órgano legislativo", La Ley 1988-B-580.

que la acción u omisión generadora del litigio provenga del Poder Administrador o de otros Poderes del Estado. Existirá legitimación pasiva cuando el órgano realice actividad administrativa, aunque estructuralmente dependa del Poder Judicial o del Poder Legislativo.

Este sustancial avance resultaba impostergable a esta altura del desarrollo de la ciencia del Derecho Administrativo que había abandonado hace décadas la concepción orgánica o subjetiva de la función administrativa. La circunstancia de que la demanda pueda orientarse hacia el cuestionamiento de actos administrativos de naturaleza materialmente jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, del Tribunal Fiscal de Apelaciones o de cualquier otro tribunal administrativo no configura un caso especial de legitimación pasiva. Tales organismos, aunque realizan una actividad diferente de la que lleva a cabo la Administración activa, forman parte del Estado local y será la Provincia de Buenos Aires quien revestirá legitimación como parte accionada, representada como es lógico por la Fiscalía de Estado (Artículo 155 de la Constitución local; artículo 1 del Decreto-Ley 7543/69).

Igualmente cabe considerar al Estado provincial como sujeto legitimado pasivamente cuando se accione contra el Banco de la Provincia de Buenos Aires y contra una serie de reparticiones provinciales que pueden denominarse "unidades ejecutoras" o "entes" productivos y de fomento, en la medida en que la controversia se encuentre subsumida en el Derecho Administrativo. Ello sin perjuicio de que el citado Banco posea su propia representación judicial al margen de la Fiscalía de Estado. En este sentido consideramos que devienen inconstitucionales por vulnerar el citado artículo 166 de la Carta provincial aquellas leyes que pretenden asignar competencia al Fuero Civil y Comercial para juzgar la actividad admi-

nistrativa de entes públicos y entra en un cono de sombra la competencia de alzada asignada a la Justicia penal en relación a las decisiones de los jueces municipales de faltas y de otros organismos que ejercen funciones de policía y aplican sanciones de esa naturaleza [610].

2.2.2. Las municipalidades

El Estado municipal también aparece mencionado en los artículos 166 de la Constitución y primero del Código. Se incluyen naturalmente las cuestiones suscitadas por la actividad administrativa de los Concejos Deliberantes y de los entes municipales descentralizados. Las decisiones de los jueces municipales de faltas, en cambio, resultan judicialmente controladas mediante el recurso de apelación ante el juez en lo correccional de primera instancia previsto en el Código de la materia.

2.2.3. Los particulares

Las personas físicas y jurídicas de Derecho Privado pueden ser demandadas en el proceso contencioso administrativo. No aludimos aquí a aquellos sujetos a los que se le han discernido poderes o cometidos típicamente estatales sino a sujetos de derecho cuya relación con las autoridades administrativas es circunstancial. Un ejemplo típico lo constituye el incumplimiento de la parte privada de un contrato administrativo que es demandado por el Estado exigiendo su cumplimiento o la rescisión y el pago de los consecuentes daños y perjuicios. Otra posibilidad es que surjan entre las partes disputas relacionadas con

610 Es el caso del Art. 54 del Código de Faltas Municipales, Dec. Ley 8751/77, t.o. 198 y de las leyes 11.720 y 11.459 que regulan aspectos de la protección medioambiental.

la interpretación o ejecución de lo acordado. Desde luego que también podrá ser demandado por el Estado el particular favorecido por una decisión administrativa regular, sin vicios aparentes, pero afectada en sus requisitos esenciales ("acción de lesividad"). Se trata de un avance de enorme importancia que permitirá poner límite al abuso en que suelen incurrir las reparticiones oficiales revocando con improcedente frecuencia y latitud sus actos precedentes, notificados a los interesados y generadores de derechos.

2.2.4. Las personas públicas no estatales

Resultan cada vez más numerosos los sujetos de derecho que llevan a cabo tareas vinculadas con el interés general pero, por no pertenecer a los cuadros oficiales, son considerados personas públicas no estatales. En el Derecho italiano se denominan "entes de interés público" a aquellas organizaciones de naturaleza jurídica privada que presentan un cierto "perfil publicístico" debido a que se ocupan de asuntos de interés comunitario. En el Derecho francés también se admite que personas privadas sean investidas de aquellas prerrogativas típicas de las personas públicas estatales y resulta trascendente a la hora de determinar la competencia contencioso-administrativa, la existencia de un asunto (*affaire*) que, por su naturaleza aparezca regulado por el Derecho Administrativo. Entre nosotros se reconoce la categoría de persona pública no estatal en los Colegios y Cajas de previsión social para profesionales, universitarios o independientes [611], a cuyo respecto el Código Procesal Administrativo

611 En la Prov. de Buenos Aires, aparecen expresamente calificadas como personas jurídicas los Colegios de Escribanos, Bioquími-

prevé un procedimiento especial en su Título II, Capítulo III (artículos 74 y 75). Se emite de esta manera una respuesta expresamente afirmativa al interrogante que había dividido a la doctrina sobre la posibilidad de que estas instituciones no estatales puedan dictar actos administrativos, considerándose de esa naturaleza las decisiones que suspendan, cancelen o denieguen la inscripción en la matrícula; las que impongan sanciones y, en general, "los actos de gravamen emanados de aquellos entes" (art. 74).

2.3. Representación estatal

La representación judicial de la Provincia de Buenos Aires y de sus entidades autárquicas (IOMA, Instituto de la Vivienda, etc.) está a cargo del Fiscal de Estado, conforme lo estatuye el artículo 155 de la Constitución provincial: "Habrá un fiscal de Estado inamovible, encargado de defender el patrimonio del Fisco, que será parte legítima en los juicios contencioso-administrativos y en todos aquellos en que se controviertan intereses del Estado. La ley determinará los casos y la forma en que ha de ejercer sus funciones. Para desempeñar este puesto se requieren las mismas condiciones exigidas para los miembros de la Suprema Corte de Justicia". Su competencia surge de la Ley Orgánica de la Fiscalía de Estado (Decreto-Ley 7543/1969). El Banco de la Provincia de Buenos Aires, en cambio, tiene su propio cuerpo de abogados. La representación de las municipalidades bonaerenses puede ser asignada a letrados del mismo municipio (Director de Asuntos Legales, por ej.) o a cualquier abogado de la matrícula otorgando el correspondiente poder.

---

cos, Odontólogos y Martilleros.

2.4. El fallo "Halabi". Razones de contexto y estadísticas para debatir sobre la legitimación procesal, en clave constitucional. Historia reciente

Retomamos, la legitimación es la capacidad de las personas de ser parte en el procedimiento administrativo o el proceso judicial con el objeto de defender sus intereses. Resulta de importancia volver una y otra vez sobre los análisis referentes a las acciones colectivas, tanto en la Provincia de Buenos Aires como a nivel federal.

Como sabemos, no cualquier situación provocará la posibilidad de que una persona física o jurídica, individual o colectivamente pueda acceder al Poder Judicial. Será así que se requerirá de la vulneración de un derecho o de un interés tutelado por el ordenamiento jurídico para que algún habitante de nuestro territorio pueda llevar adelante una pretensión en lo contencioso administrativo, o constitucional.

En razón del pretendido enfoque en la cuestión judicial colectiva, haremos caso omiso al mandamiento de todo profesor de Derecho que recomienda no dar nada por sabido y pasaremos directamente a recorrer decisiones judiciales elegidas de manera absolutamente discrecional, sin descartar el hecho de que no podríamos hacer alusión a todas, pues entendemos que este mínimo mapeo deja en blanco sobre negro las posiciones asumidas por las Cortes, tanto nacional como provincial, frente a este tipo de juicios desde el inicio del siglo XXI.

Las acciones colectivas permiten iniciar demandas para la defensa de diversos derechos que pudieran trascender un mero interés individual, son especialmente relevantes en materia de defensa del ambiente, usuarios y consumidores, vale decir sobre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante DESCA),

tendiendo a la protección, a través del acceso al Poder Judicial, de los habitantes en situación de vulnerabilidad, y para denunciar o monitorear deficiencias estructurales de las administraciones de los Estados en temáticas de urgente necesidad como la creciente pobreza, la grave contaminación ambiental y, en general, la problemática vinculada a la desigual integración urbana, sin interés -ni posibilidad- de agotarla.

Debido a ello, entendemos que su importancia es relevante pese a que no existe una regulación orgánica en materia de procesos colectivos, lo cierto es que la realidad litigiosa muestra un uso creciente de este tipo de acciones que, de todos modos, por las razones mencionadas más arriba no son aprovechadas y, al mismo tiempo, observamos que son muy escasos los análisis estadísticos que puedan permitir tener una mínima idea de la realidad judicial. Contar con información empírica sobre qué está sucediendo con los procesos colectivos será fundamental para debatir futuras regulaciones integrales en la materia, así como para pensar y promover políticas públicas y Poderes Judiciales bien capacitados para atender este tipo de juicios.

De lo dicho ya surge la razón de contexto, sin dudas referida no sólo al funcionamiento de nuestro FCA a 20 años de su puesta en marcha sino al impacto que esto produce al mismo tiempo en el acceso efectivo a la Justicia, a 30 años de las reformas constitucionales que impregnaron de reconocimiento sobre DDHH tanto al Estado Nacional como a nuestra Provincia. Ahora bien, tampoco podríamos avanzar sin referirnos a otra fuerte razón contextual, como es el cumplimiento de 40 años ininterrumpidos de períodos de gobiernos democráticos.

La otra razón que se torna importante destacar en la estadística, es en primer término el crecimiento sosteni-

do de la litigiosidad postpandemia en todos los fueros, pero con un impacto casi letal en nuestra especialidad, pues debemos considerar que las Cámaras del FCA, como sabemos, son sólo cuatro y tienen competencia regional en toda la Provincia y que absorben -además- todos los amparos de sustancia pública, o sea casi todos. Y a ello debe sumarse que se observa un incremento sostenido de planteos de medidas cautelares autosatisfactivas y/o autónomas en detrimento de los amparos, lo que de algún modo tiene un impacto negativo en los procesos colectivos frente a su regulación en la propia ley de amparo es que, en fríos números, esto significa que el 93 por ciento de las causas que tramitan ante la CCALP son individuales y ello conduce a una especie de tormenta perfecta para el efectivo acceso a la Justicia como derecho fundamental reconocido por el artículo 15 de la Carta Magna local.

Hacia fines de febrero de 2009 la Corte federal dictó entonces el muy conocido fallo "Halabi" donde, a través del análisis de una llamada "ley espía", se produce una nueva ampliación de la legitimación judicial, mediante la implementación de audiencias frente a la Corte, estudios comparativos sobre la acción de clase, la participación en juicio de figuras como el *amicus curiae,* y demás clasificaciones, para poner luego un límite en la causa "Thomas", donde se acota la legitimación respecto al legislador que pretendía poner en discusión judicial la ley de medios de comunicación 26.522, que había sido votada por el Congreso federal, mientras que en "Escobar" pone límites a la legitimación del asesor tutelar en los casos de desalojo.

También, frente al silencio respecto a las sentencias exhortativas hacia el Poder Legislativo desde "Halabi" en adelante, dicta el fallo "Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión" que indica la necesidad de -luego de la creación de un Registro de Procesos Colectivos en la Corte fe-

deral-, la implementación de un esquema reglamentario de acciones colectivas en su propio ámbito. Debe hacerse también una referencia al control judicial de las políticas públicas, por ejemplo en los casos "Verbitsky" o "Mendoza", hasta fallos como "Kersich con ABSA" con sus manifestaciones respecto al derecho humano al agua potable, en clave colectiva.

2.5. La ampliación de la legitimación judicial en Argentina

Al mismo tiempo, se trata de un tema que no podríamos decir que se ha modificado sustancialmente en los últimos años, pues hubo sólo algún atisbo de inclusión de medidas con norte en el acceso a la Justicia en materia de procedimiento administrativo federal, con los decretos de simplificación y puesta en marcha de los trámites a distancia en el año 2017. Así es que en esta materia podemos decir que no hubo cambios que no se atribuyan de manera directa a los jueces. Es que los poderes ejecutivos y legislativos, tanto nacionales como de nuestra Provincia, no han movido las agujas del acceso a la Justicia en clave colectiva en todos estos años.

Entonces sólo de jurisprudencia podemos hablar, más algunos ajustes reglamentarios, pero siempre en cabeza de los poderes judiciales lo que, desde otro ángulo, nos llevaría a una discusión que, por cuestiones de espacio, sólo dejaremos mencionada, como es la facultad reglamentaria de los órganos judiciales y la posibilidad -totalmente efectiva desde lo sucedido a nivel procesal en la pandemia-, de asumir facultades netamente legislativas.

Resulta innegable que fue "Halabi" el fallo que sentó las bases de los futuros procesos colectivos y nos puso en un compás de espera respecto a las Legislaturas. Sin

embargo, pasados los años sin respuesta, desde 2012 la Corte federal comenzó a dar indicaciones mucho más claras sobre cómo debería legislarse sobre el tema, "indirectas" que llegaron más tarde a transformarse en reglas por fuerza pretoriana. Ahora bien, intentando echar algo más de luz sobre este espinoso tema, podemos decir que sus extremos surgen de la trabajosa conjunción de las Acordadas de la Corte federal para mirarlas -si se quiere- a través de una especie de prisma pentagonal donde elegimos, una vez más de manera totalmente discrecional, cinco fallos que dejan en claro cuáles son actualmente las características de la legitimación judicial ampliada en el ámbito federal; son los casos "Halabi", "PADEC", "CEPIS", "Abarca" y el más reciente fallo en "Asociación Comunitaria ´La Matanza´", de los cuales surgen tres categorías de derechos: Primera) Individuales; Segunda) De incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos; Tercera) De incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, cuyos tópicos para esclarecer los alcances de un litigio de incidencia colectiva son: a) la naturaleza jurídica del derecho que se pretende proteger mediante la acción judicial; b) quiénes están habilitados para promover esa acción, y c) cuáles son los efectos de la sentencia que se dicte en el caso .

Y, desde el punto de vista de la procedencia de la acción colectiva se requiere: a) la verificación de una causa fáctica común; b) una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho, y c) la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado; agregando que este tipo de procesos "de todos modos" procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud

de las particulares características de los sectores afectados .

Luego en "CEPIS" se confirma la sentencia dictada por la Cámara pero acotando los efectos de la sentencia sólo a los usuarios residenciales, a través de un análisis que detalla el hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos (una resolución del Ministerio de Energía y Minería de la Nación); una pretensión que se concentre en los efectos comunes para todo el colectivo como la necesidad de celebrar una audiencia previa; que se encuentre comprometido seriamente el acceso a la Justicia y por eso sólo se da en los usuarios residenciales.

Sin embargo, en 2016, la Corte revocó una medida cautelar que había sido concedida por la Cámara Federal con asiento en La Plata y efectuó algunas precisiones al respecto. La sentencia de la Cámara había hecho lugar a una medida cautelar basándose en la representación que ejercía el funcionario que se había presentado invocando intervenir por la Defensoría del Pueblo. El Máximo Tribunal federal especificó en tal sentido que la cuestión relativa a la legitimación constituye un presupuesto necesario para que existiera un caso; que el Secretario General de la Defensoría del Pueblo, no se encontraba habilitado para poner en ejercicio las atribuciones que corresponden al Defensor del Pueblo; que el carácter de Diputado de la Provincia de Buenos Aires, no confería legitimación para actuar en la órbita del Poder Judicial, sino sólo en la del Poder Legislativo y no son legitimados extraordinarios en tanto no están nombrados en el artículo 43 de la Carta Magna; que el partido político Justicialista tampoco podía ser legitimado como si fuera una asociación representante del colectivo de usuarios de energía eléctrica, pues esto importaría exorbitar las facultades del partido a competencias que la Constitución Nacional pone en ca-

beza de otra clase de personas jurídicas; y que el club que se presentó podría llegar a tener una legitimación colectiva restringida, pero al no quedar claro si la invocaba, le solicitaba al juez de primera instancia que identificara el colectivo representado y constatara si se cumplían los requisitos.

Finalmente, en el fallo "Asociación Comunitaria ´La Matanza´" -en el que no ahondamos pues será brevemente desarrollado más abajo-, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia que había condenado al Estado Nacional a abonarle a la Asociación una indemnización y destinar fondos para inversiones públicas en beneficio de los integrantes de la etnia Toba, con motivo de la llamada "Masacre de Napalpí". Los magistrados señalaron que la actora no alegó ni acreditó la afectación de un interés propio como asociación, ni de un interés de sus asociados, en tanto la demanda no contiene mención a la comunidad indígena que pretende representar en el juicio, ni referencias a su organización, a sus antecedentes históricos o a sus antepasados, así como tampoco se verifica que esté integrada exclusivamente por personas de esa etnia.

En síntesis, creemos que ante la falta de regulación, el desafío es el requisito de representación adecuada. En tal inteligencia, el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, contempla este requisito en el art. segundo, apart. II, parr. segundo: a) la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; b) sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase; c) su conducta en otros procesos colectivos; d) la coincidencia entre los intereses de los miembros

del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda; e) el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase.

Cierto es entonces que -para cerrar este acápite a modo de resumen- desde la reforma constitucional de 1994, en esta materia de ampliación de la legitimación judicial, se adoptó el concepto de "afectado" y el mismo ha sido maximizado por la jurisprudencia desde entonces hasta el paradigmático fallo "Halabi" en 2009. También es cierto que, al mismo tiempo, no podemos desconocer como precedentes previos a la reforma de 1994, al menos fallos como "Kattan" o "Ekmekdjian". En "Kattan", conocido como el caso de "Las Toninas Overas", quedó firme una sentencia del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Nro. dos en una causa planteada por dos habitantes de la hoy Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que hicieron uso del derecho a peticionar judicialmente para impugnar un permiso para cazar fauna marina en la Provincia del Chubut, pidiendo que se prohibiese la caza o pesca de toninas overas hasta tanto existiesen estudios fehacientes de impacto ambiental y faunístico, sin que exista vínculo alguno ni sobre los posibles efectos del acto, ni con el lugar. El juicio introdujo varias novedades como la legitimación activa y la inversión de la carga probatoria y ha sido comentado por muchísimos autores nacionales y del exterior. El actor fue legitimado en virtud del art. 33 de la Constitución Nacional. También mencionamos el -ya por todos- conocido fallo "Ekmekdjian" sobre el derecho a réplica, donde la Corte federal le concedió al accionante una suerte de representación del grupo afectado y adoptó la "tesis internacionalista" que fue sin dudas el precedente clave que, posteriormente, daría lugar a su concreción en la reforma

de 1994 donde se trataría la cuestión sobre la jerarquía de los Tratados Internacionales.

Y así estamos hoy. A la espera de una regulación sobre el tema, pero sin frenar el impulso llevado adelante por los poderes judiciales. No vemos la necesidad de referirnos a los típicos "avances y retrocesos" sobre el tema, simplemente porque no vemos retrocesos, lo que existe podríamos decir que, nuevamente ante la falta de reglas claras, son meros límites impuestos por las propias Cortes a la posibilidad de interponer demandas colectivas.

2.6. La ampliación de la legitimación judicial en la Provincia de Buenos Aires

En nuestra Provincia, podemos señalar que desde la conocida causa "Rusconi", quien tuvo su "día en la Corte" cuando a través de la resolución judicial -dictada en julio de 1995-, diríamos que se terminó con la discusión sobre los derechos subjetivos e intereses legítimos y difusos en el ámbito provincial, y la SCBA fue imponiendo condiciones a la legitimación judicial ampliada. Aquí, abrió la posibilidad de demandar a la Municipalidad de La Plata frente a la habilitación de una agencia de combustibles en pleno centro de la Ciudad, lindera a la casa del denunciante, destacándose que es a partir de allí que se inicia una serie de causas donde se pone en juego, a la luz de las reformas constitucionales de 1994, la espinosa cuestión sobre las legitimaciones ampliadas.

La SCBA sería -una vez más- un actor principal del Poder Judicial ante el silencio, error, oscuridad o ambigüedad del legislador y la encargada de echar luz sobre el tema creando el Registro ya no de amparos colectivos sino de Procesos Colectivos. Ya en 2014, y en su competencia apelada extraordinaria, el Tribunal Supremo

provincial dictó la causa "López con Coop. Eléctrica de Pehuajó", conocida como "el Halabi bonaerense", a través de un amparo que tramitó en sede civil y era una disputa que tuvo un limitado número de usuarios -sólo 11-, respecto de un ítem específico por el cobro del servicio de energía eléctrica y tiene, además de un pormenorizado estudio proveniente del propio fallo "Halabi" muy desarrollado en el voto del doctor Hitters, un muy interesante voto del doctor Soria enfocado más que nada en aquello referente a la representación adecuada, la causa fáctica común y los intereses individuales homogéneos que, desde nuestro punto de vista son el quid de la cuestión para definir cuándo se da vía libre en un juicio a las legitimaciones ampliadas [612].

3. Diversidad de vías procesales

A diferencia del sistema federal que, como se sabe, no tiene un Código Procesal en la materia administrativa [613], referenciaremos brevemente las innovaciones que presenta el nuevo sistema contencioso administrativo bonaerense, donde justamente cobra especial interés la variedad de vías procesales para el trámite del proceso administrativo o bien, para seguir la terminología del Código sobre la materia (ley 12.008 y sus reformas), la

612 Puede ampliarse en materia de jurisprudencia reciente nacional y provincial en Rizzi, Guillermo F., "Luces pretorianas y sombras legislativas en materia de legitimación judicial ampliada federal y en la provincia de Buenos Aires, a fines de 2023", Publicado en RDA 2024-151, 109.

613 Con lo que, aplica el CPCCN con las variaciones y/o modalidades impuestas por el Título IV del decreto-Ley 19.549/72 (con sus recientes reformas).

existencia de un proceso ordinario y de procesos especiales. Del juicio de plena jurisdicción como única expresión del sistema tradicional diseñado por el denominado Código Varela -ley 2961 y sus modificatorias- al amparo del anterior régimen constitucional, se ha pasado a un ordenamiento que contempla diferentes procesos en materia administrativa para dar satisfacción adecuada a la tutela judicial efectiva y a la decisión de las causas en tiempo razonable (art. 15, Constitución provincial) pues ello dependerá, entre otros factores, de que junto al carril básico ordinario, existan vías alternativas más rápidas y sencillas, además de que se adecuen a las particularidades de las distintas pretensiones.

La renovación de los tipos procesales no configura un cambio aislado. El nuevo sistema de Justicia administrativa bonaerense implica una transformación en términos estructurales y no una suma de modificaciones parciales, como la mayor amplitud en la legitimación o la dosificación de los presupuestos procesales o la diversidad de procedimientos, entre muchos otros temas. Se presenta una reforma integral que importa un salto cuantitativo y cualitativo entre el viejo y el nuevo ordenamiento, circunstancia que responde -entre otros motivos- a la falta de actualización del viejo sistema durante más de cien años de vigencia. Los cambios estructurales, sin embargo, no vienen a alterar la esencia que están en el tronco común del contencioso administrativo de la Provincia (y de la Nación), su carácter judicialista, que es el lecho donde reposan lo viejo y lo nuevo.

Con el fin de analizar -muy brevemente- los diversos procesos, cabe tener presente que el Código (ley 12.008 y sus reformas) está estructurado en tres partes. Así, el Título I titulado “Del Proceso Administrativo”, se integra con las instituciones generales y comunes (competencia

material y territorial, representación estatal, terceros, pretensiones, legitimación, requisitos de admisibilidad de las pretensiones, medidas cautelares, recursos, ejecución de sentencia, etc.) y, luego, con la reglamentación del proceso ordinario (demanda, examen de admisibilidad, ampliación o transformación, contestación, excepciones, reconvención, diligencias ulteriores, audiencia -art. 41-, prueba, alegatos, sentencia, recursos, ejecución de sentencia, otros modos de terminación del proceso). Muchas de las disposiciones del proceso ordinario también se aplicarán a los procesos especiales. No hay una diferenciación rígida de las normas del Título I en cuanto proceso ordinario-procesos especiales; es la base de todo el proceso administrativo a partir de la cual se van a estructurar las vías abreviadas.

El Título II por su parte, "De los Procesos Administrativos Especiales", con cinco capítulos, prevé varios tipos procesales con régimen particular, a los que más adelante nos hemos de referir. El Título III, donde se incluyen "Disposiciones complementarias y transitorias" (previsiones relativas a la aplicación del CPCC y a la vigencia del CCA) y "Disposiciones modificatorias y derogatorias". Como hemos dicho, la modificación en orden a los procedimientos del juicio contencioso administrativo es cuantitativa y cualitativa. No sólo por las variantes que presenta el nuevo régimen procesal (ordinario, sumario y sumarísimo) sino porque ello traduce innovaciones en torno al amparo de distintas situaciones jurídicas, a través de diferentes pretensiones, con extensión de la competencia material, etc. Como ya señalamos, el cambio no obedece a la mera ampliación de los cauces procesales, sino que gravita en el escenario de una reforma integral. Colocada la pretensión como instituto central del nuevo régimen procesal, se observa una relación entre aquélla y

la vía o vías alternativas que darán cauce adecuado para el juzgamiento de la cuestión. No obstante, la intensidad del vínculo proceso-pretensión es de diferente grado según los casos.

A partir de la modificación introducida por la ley 13.101 cabe diferenciar, en el ámbito de la Justicia administrativa, entre proceso de conocimiento y de ejecución. Ello es consecuencia de haberse incluido como caso contencioso administrativo a la ejecución de tributos provinciales. Ahora bien, debe tenerse presente que la última reforma legal, al crear el Fuero de Ejecuciones Fiscales (ley 13.435) que, hasta el año 2024, no ha entrado en vigor, vuelve a excluir ese supuesto del ámbito de competencia del FCA. Por lo tanto, el proceso administrativo, a grandes rasgos, es susceptible de varias distinciones: general - especial (según la sistemática del Código); ordinario - sumario - sumarísimo (según la mayor o menor amplitud de debate y prueba en los procesos de conocimiento); de conocimiento - de ejecución (hasta la entrada en vigencia del Fuero de Ejecuciones Fiscales).

La ley 12.008, como se señaló, establece en el Título I un proceso de conocimiento madre, básico, general, que es el proceso ordinario, caracterizado por su amplitud porque es viable para la mayoría de las pretensiones que el Código contempla (sólo se exceptúan aquellas que tienen previsto un trámite específico, por lo general muy abreviado, como es el caso de la de cesación de vías de hecho o del amparo por mora), está abastecido de los plazos más extensos, de la posibilidad de ofrecer y producir pruebas en forma plena, de la mayor cantidad de medios y oportunidades de defensa (demanda, contestación, reconvención, excepciones). Es general porque rige o puede regir para la mayoría de los casos contencioso-administrativos; básico, porque brinda el cimiento sobre el que

se estructuran los otros procesos (cfr. art. 69 y ccs.) y, por lo mismo, también presenta carácter supletorio de los procesos especiales (cfr. principio expresado en el art. 74, texto anterior a la ley 13.325), sin perjuicio de la directa aplicación a ellos de sus disposiciones, según los casos (vgr. art. 69 cit.). Puede decirse que tiene carácter residual en tanto, de fracasar la opción por el proceso sumario debido a las circunstancias del caso, el trámite ha de sustanciarse con arreglo a las reglas propias del ordinario (cfr. arts. 68, esp. inc. 3, 72, primer apartado).

Decíamos que, junto al proceso ordinario, el Código establece o prevé varios procesos especiales. Por un lado, se cuentan los tipificados y reglados en el mismo ordenamiento y que conforman el Título II, compuesto por cinco capítulos. Asimismo, de otras previsiones se desprende la viabilidad de cauces abreviados, por lo general, con amplia remisión a las normas del CPCC. Los procesos especiales contemplados en el Título II del Código son: el sumario de ilegitimidad, el sumario para la impugnación de sanciones en materia de empleo público, el recurso directo contra resoluciones de Colegios o Consejos Profesionales, el amparo por mora y la ejecución tributaria provincial (capítulos I, II, III, IV y V, respectivamente). Como procesos diferentes al ordinario previstos en el Código por remisión a los trámites reglados en el CPCC se pueden incluir el proceso sumarísimo para la impugnación de vías de hecho (cesación de una vía de hecho administrativa) y el proceso sumario o sumarísimo para la pretensión declarativa de certeza.

La especialidad no deriva en todos los supuestos de una misma circunstancia. En principio, como se dijo, los determina la pretensión (impugnatoria, pronto despacho de actuaciones administrativas, cesación de una vía de hecho, declarativa de certeza, ejecución de tributos pro-

vinciales -esta última a partir de la ley 13.101 y hasta tanto entre en funciones el fuero creado por la ley 13.435-). Mas también los define, en parte, la materia (disciplinaria de empleo público, gobierno de la matrícula de las profesiones liberales). En líneas generales los procesos especiales de conocimiento se caracterizan y tienen en común la concentración y simplificación, ya por excluirse la etapa probatoria (acotándose los elementos de juicio a la documental acompañada y expedientes administrativos agregados), o limitarse la producción, ya por abreviarse los términos procesales, ya por restringirse las facultades de las partes. En resumen, simplificación y brevedad.

En cuanto a la ejecución tributaria provincial, ella presenta las peculiaridades del tipo de procedimiento de ejecución y, al respecto, el Código remite al trámite del apremio que regla el Decreto-Ley 9122/1978 (art. 76 bis), reemplazado por la ley 13.406 actualmente vigente. Cuando hablamos de proceso especial en el nuevo código reparamos en la circunstancia de un proceso de conocimiento abreviado (en contraste con el ordinario) o de un proceso ejecutivo, siempre en este último caso con la salvedad de que se trata de un régimen supeditado ahora a la efectividad de la organización establecida por la ley 13.435. Ahora bien, dentro de los tipos especiales de conocimiento podría asignarse el carácter de proceso especial básico al sumario de ilegitimidad, debido a que se lo regula con carácter general para cualquier materia en relación a la clásica pretensión impugnatoria, mientras que los restantes tienen mayor especificidad material -empleo público, gobierno de la matrícula- o guardan directa vinculación con una pretensión determinada -amparo por mora-.

En suma, en el nuevo ordenamiento encontramos las siguientes variantes en orden a los procedimientos así,

el Proceso ordinario (Título I, arts. 1 a 66) -optativo, en algunos casos-; Proceso sumario de ilegitimidad (Título II, Capítulo I: arts. 67 a 70) -optativo-; el Proceso sumario para la impugnación de sanciones en materia de empleo público (Título II, Capítulo II: arts. 71 a 73) -optativo-. Pero existe también el llamado proceso de "Recurso Directo" para la impugnación de resoluciones de Colegios o Consejos Profesionales (Título II, Capítulo III: art. 74); y el Proceso de amparo por mora (Título II, Capítulo IV: art. 76), junto al Proceso ejecutivo (Título II, Capítulo V: art. 76 bis, Decreto-Ley 9.122/1978 y ley 13.406).

El proceso ordinario, sumario o sumarísimo en relación a la pretensión de sentencia meramente declarativa (arts. 12 inc. 4, ley 12.008; art. 322, CPCC) -optativo-; el proceso sumarísimo en relación a la pretensión de cesación de vías de hecho administrativas (arts. 12 inc. 5 y 21, ley 12.008). Y a los mencionados podría agregarse todavía el trámite previsto en relación a la pretensión cautelar anticipada (cfr. art. 23, ley 12.008) y su potencial aptitud para constituir un proceso autónomo. Un tipo de pretensión que ha cobrado particular relevancia práctica en estos años es la de medidas autosatisfactivas que, más allá del distinto encuadre jurídico y procesal (CPCC o CCA) que se les ha venido asignando al carecer de un régimen normativo, se caracterizan por tratarse de remedios de carácter urgente y por ende con trámite de índole sumarísima. Todo ello sin perjuicio de que, como no se trata de un diseño cerrado, tanto en la mención de los casos contencioso administrativos (art. 166, C.P.; arts. primero, segundo último párrafo y concs., ley 12.008) cuanto en las pretensiones (art. 12 y concs.) así como en la aplicabilidad del propio Código que no desplaza la del Procesal Civil y Comercial (art.

77 y concs.), las variables en torno a los cauces procesales potencialmente quedan abiertas según lo requiera el asunto en tratamiento y la tutela judicial (art. 15, C.P.).

De todo lo muy brevemente expuesto, resulta con claridad que el proceso administrativo puede tramitar de conformidad a las normas propias del ordinario, sumario o sumarísimo como, asimismo, todavía, con arreglo a las de procedimiento de apremio, según los casos. En cuanto a los tipos de conocimiento las diferencias devienen, como ya señalamos, de la mayor o menor amplitud de los plazos, cantidad de trámites, oportunidades para la defensa de las partes. Al respecto, como enseña COUTURE, por proceso o juicio ordinario se entiende aquel que, por su amplitud de trámites y multiplicidad de oportunidades para hacer valer los medios de ataque y de defensa, reúne las máximas garantías procesales y por proceso sumario, aquel que por virtud de la reducción de los términos procesales y de las oportunidades para hacer valer los medios de ataque y de defensa, reduce las garantías propias del proceso ordinario.

Agregamos que no se trata de que en el primer supuesto estén mejor garantizados los derechos que en el otro, sino que se trata de que la complejidad del trámite se va a adecuar según las connotaciones de la contienda. Que la faz instrumental de la función judicial, en el proceso administrativo, encuentre los medios apropiados para ser efectiva, lo mismo que la tutela que está destinada a satisfacer. Hasta el dictado de la ley 13.325 valía la afirmación de que todos los procesos administrativos, ordinario y especiales, se iniciaban por demanda. Aun aquellos que vinieron a reemplazar vías recursivas judiciales de conocimiento abreviado anteriores a la reforma constitucional sobre asuntos que no integraban la materia contencioso

administrativa, como es el caso de la impugnación de las resoluciones de los Colegios Profesionales referidos al gobierno de la matrícula -hoy modificado-.

No cabe en la Provincia de Buenos Aires, de acuerdo a la Constitución, sus antecedentes y en el marco de la reglamentación del CCA (antes de la ley 13.325 cit.), establecer diferencias entre los procesos ordinario y especiales según se inicien por demanda o por recurso. Creemos que, aunque la ley 13.101 utilizaba, con relación a la pretensión impugnatoria de los actos del Tribunal de Cuentas, la expresión "podrán ser recurridos", nada justificaba efectuar interpretaciones que se apartasen de lo expuesto para estos casos. Por el contrario, la vía ordinaria -ahora también reformada por ley 13.405- a la que quedaban sujetas tales controversias (art. 31, ley 10.869, texto según ley 13.101), se iniciaba con la demanda (Título I, art. 27 y concs., ley 12.008).

Ahora bien, varias reformas alteraron ese panorama en el que cabía una adecuada exégesis constitucional. De un lado, con la ley 13.325 irrumpe un recurso directo ante la alzada que se incorpora en sustitución del proceso especial previsto en el art. 74 de la ley 12.008. La ley 13.405 altera asimismo el sistema de doble instancia, pero instaurando la competencia originaria en juicio pleno de las Cámaras para entender en las demandas promovidas para impugnar las resoluciones del Tribunal de Cuentas y del Tribunal Fiscal de Apelación (cfr. art. 2, ley 12.074). Por lo tanto, independientemente de las opiniones sobre si se hallan a resguardo las garantías necesarias, en la actualidad, el sistema legal procesal contempla la demanda -sea en doble o única instancia ante las Cámaras- y el recurso -en única instancia ante la alzada- para acceder a la Justicia administrativa.

4. Requisitos de admisibilidad de la demanda contencioso administrativa

Como es sabido, la demanda contencioso-administrativa, además de cumplir con los recaudos generales de admisibilidad previstos en los ordenamientos procesales [614] -esto es, competencia del órgano judicial, capacidad de las partes, legitimación, idoneidad y precisión del objeto pretendido, etc.- también debe contener ciertas exigencias específicas, en particular en lo que se refiere a la pretensión anulatoria.

Si bien estos presupuestos han sido entendidos por prestigiosos autores como prerrogativas que posee la Administración respecto a los ciudadanos disconformes con su actuación y que obstaculizan el cumplimiento del derecho humano al acceso a la Justicia [615], también se han desarrollado razones que fundamentan su existencia y justifican su continuidad, las cuales generalmente refieren a la seguridad jurídica, a la posibilidad de que sea la propia Administración la que pueda revisar sus decisiones, y a la previsibilidad del dinero que ingresa a las cuentas públicas, entre otras.

La Constitución provincial -en su versión de 1994- solamente menciona expresamente al agotamiento de la vía y es ese aspecto sobre el que centraremos nuestros mayores esfuerzos.

---

614 Entendiéndose tal concepto como aquellos extremos que han de satisfacerse para permitir un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, ya sea favorable o desfavorable a las pretensiones del actor. Ver, por todos, Palacio, Lino E.*, Derecho Procesal Civil,* 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, T. I, pág. 396.

615 Botassi, Carlos A.*,* "El acceso a la Justicia en el procedimiento administrativo bonaerense". Revista Derecho y Ciencias Sociales. Abril 2012 N°6 (Acceso a la Justicia).

Sin embargo, haremos también un breve repaso de los restantes recaudos y trataremos de extraer algunas pautas que fluyen de diversos preceptos de la Carta Magna.

4.1. Acto definitivo

No nos extenderemos en el desarrollo de este recaudo, a cuyo fin remitimos a las obras especializadas [616]. Sin embargo, basta con señalar que la pretensión de anulación tiende a que se declare la nulidad de un acto administrativo que decide la cuestión de fondo que se debate en las actuaciones administrativas, esto es, aquel que -independientemente del órgano que lo dicta- crea, modifica o extingue situaciones jurídicas [617].

Antes de la reforma constitucional de 1994, y en el marco de un proceso clásico de anulación -aunque de plena jurisdicción- el régimen giraba en torno a obtener esta clase de decisiones, únicas que permitían su enjuiciamiento en el proceso contencioso administrativo.

En este sentido, el art. 149, inc. 3 de la Constitución provincial -texto según la reforma de 1934- rezaba, en su primera parte, que la Suprema Corte de Justicia "Decide las causas contencioso-administrativas en única instancia y en juicio pleno, previa denegación o retardación de la autoridad administrativa competente

616 Ver, por ej., Tribiño, Carlos R., *Requisitos de admisibilidad en causas contencioso administrativas bonaerenses*, Librería Editora Platense, La Plata, 2016.

617 Y ello sin perjuicio de que es admisible también cuestionar otras decisiones de la Administración Pública que resultan equiparables a definitivas. Ver, sobre el particular, Soria, Daniel F., "Los actos administrativos de trámite equiparables a definitivos y su impugnabilidad judicial", La Ley 1990-C, pág. 947.

al reconocimiento de los derechos que se gestionan por parte interesada".

Justamente, el giro de que se requería "previa denegación … de la autoridad administrativa… al reconocimiento de los derechos que se gestionan por parte interesada" ponía de manifiesto que resultaba trascendental la existencia de una decisión expresa que desestimara los derechos que se habían requerido por ante la autoridad administrativa.

Sin embargo, la situación varió radicalmente con la reforma que sufrió la Constitución en el año 1994. En efecto, la redacción ahora es mucho más amplia, al indicarse, en el art. 166, 5to. párrafo, que resultan enjuiciables "los casos originados por la actuación u omisión" de las personas que ejercen funciones administrativas, por lo que se ha dicho, con razón, que en este nuevo esquema "es la pretensión procesal, con sus variables admitidas, y no el acto administrativo denegatorio de derechos, el objeto del proceso" [618].

Con todo, será necesario todavía, para la generalidad de los casos del contencioso clásico de anulación, obtener un acto definitivo para posibilitar su discusión judicial, siendo entonces ello una de las "actuaciones" que, según el constituyente, habilitan la acción contencioso-administrativa.

Tal recaudo, por lo demás, se encuentra presente -aunque un tanto escondido- en el Código Contencioso Administrativo.

Al respecto, si bien nada se dice sobre el particular en el capítulo III de dicho cuerpo normativo -que es donde

618 Mensaje de elevación del proyecto que luego se transformó en la ley 12.008.

se regulan los presupuestos procesales- al indicar que las excepciones previas en el proceso contencioso el legislador prevé, justamente, que resulta inadmisible la pretensión que se dirige a impugnar "un acto que no revista la condición de definitivo o asimilable" (conf. art. 35, inc. 1, ap. "i" del C.C.A.).

Sin perjuicio de lo expuesto, desde hace ya largo tiempo es posible predicar en el ámbito provincial que la regla se encuentra constituida por la demandabilidad directa de los entes públicos, tal como la Suprema Corte señaló a partir de la causa B. 64.553 "Gaineddu" (resol. de 23-IV-2003).

Y, por ello, la necesidad de contar con un acto definitivo ha de quedar reservada para aquellos supuestos en los cuales la presencia de un acto administrativo resulta indispensable para configurar un caso judicial.

Obviamente, y para los supuestos en que la Administración demore injustificadamente el dictado del acto definitivo, el interesado podrá configurar el silencio administrativo, lo cual implica, en la práctica, un sustituto de este requisito.

Actualmente el constituyente -y a diferencia de lo que sucedía desde el año 1889 y hasta el año 1994- no prevé específicamente el supuesto de retardación como habilitante del enjuiciamiento, aun cuando la más genérica referencia a las "omisiones" de aquellos que ejercen funciones administrativas podría entenderse como comprensiva de esta herramienta concreta.

Aun cuando a nuestro modo de ver hubiera sido provechoso mantener expresamente una mención más concreta sobre el silencio en la Constitución provincial, es cierto que se trata de un instituto largamente consolidado tanto en el ámbito local como en el derecho procesal administrativo en general, por lo que no ha de temerse

que esta supresión pueda conllevar la desaparición de esta figura.

4.2. Agotamiento de la vía

El presupuesto procesal del agotamiento de la vía consiste en la necesidad de que el ciudadano que se encuentra disconforme con una decisión de la Administración deba, en forma previa a la interposición de una demanda, agotar los recursos administrativos admisibles [619], conforme surja de la normativa correspondiente.

Si bien, de acuerdo a lo que expresamos anteriormente, se ha desarrollado una justificación para la existencia de este requisito -según la cual la importancia del mismo estriba en que sea la propia Administración quien, a partir de los errores señalados por el ciudadano afectado y en la mayoría de los casos, bajo el control de una autoridad diferente a la que dictó el acto cuestionado, tenga la oportunidad de revisar sus decisiones y corregir los eventuales errores que se hayan cometido, reduciendo a su vez, la cantidad de casos que lleguen a la Justicia- la experiencia demuestra que en la práctica, muchas veces, sus ventajas se desdibujan hasta el extremo de convertir al agotamiento de la vía, en un obstáculo que retarda

619 Cassagne Juan C. y Perrino, Pablo E., *El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia*, 3ra. ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2006, pág. 190. Sobre los recursos inadmisibles ver Botassi, Carlos A. y Oroz, Miguel H. E., *Procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, 2da. ed., La Plata, Librería Editora Platense, 2011, pág. 364, en donde se reseña la jurisprudencia de la Suprema Corte que, en breve síntesis, indica que la presentación de recursos inoficiosos no suspende ni interrumpe el plazo de caducidad para demandar la nulidad del acto.

inútilmente el comienzo de la vía judicial y en otros casos directamente, impide el acceso de las personas a la Justicia, ocasionando que, con el correr del tiempo, tanto la jurisprudencia como la legislación bregaran por su flexibilización [620].

En este sentido, cabe señalar que, durante la vigencia del antiguo régimen, que se desarrolló bajo las disposiciones del Código Varela (ley 2961), el requisito en comentario ocupó un lugar preponderante.

Así, el art. 28 de dicha normativa establecía que "la demanda contencioso-administrativa podrá interponerse (…) en contra de resoluciones administrativas que reúnan las condiciones siguientes: 1. Que la resolución sea definitiva y no haya recurso administrativo alguno contra ella", a lo que Luis V. Varela a su vez agregó en la nota del artículo que "la primera base de toda demanda contencioso administrativa es la que dentro de la misma jurisdicción administrativa que la hubiese dictado, no pueda haber medio de obtener su modificación" [621].

---

620 Respecto a ello, se ha dicho que "el reclamo previo hasta agotar la instancia administrativa ha sido denunciado como un ritualismo inútil que solamente alarga el vía crucis del administrado en busca de justicia, ya que el funcionario siempre se mostrará reacio a reconocer errores propios, o del inferior que le serán imputables por culpa *in eligendo* o *in vigilando*" (Botassi, Carlos A. y Oroz, Miguel H.E., *Procedimiento administrativo…*, ob. cit., pág. 410). Gordillo, por su lado, tenía también una mira muy ácida sobre el agotamiento de la vía, al entender que ella "es el precio que el ciudadano debe pagar para tener acceso a la vía judicial, unas horcas caudinas incompatibles con la garantía de pronto acceso a la instancia judicial" (Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Buenos Aires, F.D.A., 2016, T. IV, cap. 3, pág. 3).

621 Tribiño, Carlos R., *Requisitos de admisibilidad…*, ob. cit., pág. 108.

Se evidencia, de esta forma, el lugar protagónico que este requisito de admisibilidad tenía en dicho sistema, en el marco del cual la Suprema Corte desestimaba las demandas que no eran promovidas contra actos dictados por la máxima autoridad administrativa [622], o incluso que, habiendo emanado de una de ellas, no habían sido controvertidos por las partes mediante un recurso de revocatoria [623].

Posteriormente, a diferencia de lo que había sucedido en los textos constitucionales precedentes, en la reforma de la Constitución provincial que tuvo lugar en el año 1994, se decidió incorporar en la cláusula correspondiente al fuero contencioso administrativo (art. 166, 5to. párrafo), una referencia específica al agotamiento de la vía. En ella se estableció que "los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, *de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa*" (el resaltado nos pertenece).

De tal modo, esta disposición cambió sustancialmente la revisión judicial de las actividades regidas por el Derecho Administrativo y dio paso a una mayor amplitud en el acceso a la Justicia, mediante la relativización de la exigencia del agotamiento de la vía, al convertirlo en un recaudo excepcional, consagrando el principio de la

622 Tribiño, Carlos R., *Requisitos de admisibilidad*..., ob. cit., pág. 109.

623 SCBA, causa B. 50.359, "Lesieux", Res. del 11-XII-1986.

demandabilidad directa [624].

La modificación se vio potenciada por la incorporación en el mismo texto del art. 15 mediante el cual se consagró la tutela judicial continua y efectiva, principio que, si bien ya se encontraba presente en el pacto de San José de Costa Rica, con la reforma quedó expresamente incorporado [625].

Es desde esta concepción [626] que, mediante la ley 12.008, se reglamentó la cláusula constitucional en lo que refiere a este presupuesto, estableciéndolo de conformidad con lo ideado por el constituyente como una excepción, en tanto que únicamente se debía agotar la vía administrativa en los casos enumerados en el art. 14, los que se circunscribían a los supuestos en los que se pretendiera la anulación de actos administrativos de alcance particular o general, o cuando la pretensión indemnizatoria tuviera por antecedente la anulación de uno de ellos, y cuando se buscara la anulación de actos emanados de tribunales administrativos y entes reguladores, conforme lo indicaran las normas que determinaran los procedimientos ante los mismos (art. 15).

---

624 SCBA, causa B.64.553 "Gaineddu", Sent. del 23-IV-2003.

625 Milanta, Claudia A.M. en la obra colectiva *Derecho Administrativo. Dominio estatal. Limitaciones a la propiedad. Responsabilidad del Estado. Procedimiento y proceso administrativo* de Botassi, Carlos A. (Dtor.). Edulp, La Plata, 2017, T. II, pág. 35.

626 En los fundamentos del proyecto de ley los legisladores expresaron que "las reformas propuestas se orientan a la realización de los valores constitucionales de la efectividad de la tutela judicial y el acceso irrestricto a la jurisdicción, así como la especialización y descentralización de los tribunales Contencioso Administrativos".

A su vez, en el inciso segundo del artículo 14 del C.C.A. se establecían excepciones en las que aun tratándose de los supuestos contemplados en el inc. 1 no debía agotarse la vía, como cuando mediare una clara conducta en la demandada que hiciera presumir la ineficiencia de acudir a la vía administrativa [627] o cuando se impugnare un acto administrativo de alcance general emanado de una autoridad jerárquica superior o del órgano con competencia delegada, entre otros.

No obstante, el avance que toda esta normativa significó respecto del acceso a la Justicia de los particulares, acotando considerablemente los supuestos en los que debía cumplirse con este presupuesto, la misma nunca llegó a implementarse en virtud de las demoras incurridas en la puesta en funcionamiento del fuero, que culminaron con su modificación a través de la ley 13.101.

Esta última norma es sumamente criticada por un sector de la doctrina, en cuanto entiende que la generalización del cumplimiento del recaudo de admisibilidad "constituye un ritualismo inútil, un privilegio de la Administración solamente empleado para perder tiempo y frustrar el acceso irrestricto, efectivo y oportuno al sistema judicial", habiéndola denominado incluso como la "*contrareforma*" [628], dado que inversamente a lo dispuesto por el texto constitucional, consagró al agotamiento de la vía administrativa como principio general, mencionando únicamente y de forma taxativa, algunas excepciones.

---

627 Esta excepción ya se encontraba reglada en el art. 32 inc. "e" de la ley 19.549 respecto al reclamo administrativo previo.

628 Botassi, Carlos A., "Contrarreforma del proceso administrativo bonaerense (inconstitucionalidad parcial de la ley 13.101)" TR LALEY 0003/010914.

De esta forma, si bien la sanción de la ley 13.101, justificada en parte en la necesidad de poner en funcionamiento el fuero contencioso administrativo creado por la Constitución [629], no significó volver al estadio en el que la cuestión se encontraba de forma previa a la reforma constitucional de 1994, representó una notoria regresión respecto a lo preceptuado por la ley 12.008, la cual había sido elaborada con la intención de superar las situaciones conflictivas que se generaban debido a los requisitos de admisibilidad, suprimiendo los obstáculos que impedían o dificultaban en modo irrazonable el acceso a la instancia judicial [630].

Por otro lado, no obstante la discordancia existente entre lo preceptuado por la Constitución y la modificación del art. 14 impuesta por la ley 13.101 que consagra como principio general la necesidad de que se encuentre agotada la vía administrativa para acceder a la Justicia, algunos autores sostienen que ante las distintas excepciones establecidas por la ley, el actual régimen no resultaría contrario a la cláusula constitucional [631], como así tampoco han declarado su invalidez los tribunales de Justicia [632], continuando con la exigencia del cumplimiento

629 Fundamentos del proyecto de ley 13.101.

630 Fundamentos del proyecto de ley 12.008.

631 Tribiño, Carlos R., *Requisitos de admisibilidad*..., ob. cit., pág. 116.

632 En este sentido la SCBA ha dicho que "El diseño legal instituido a partir de la reforma de la ley 13.101, la admisibilidad de la pretensión de reconocimiento o restablecimiento de derechos (art. 12 inc. 2, CCA) depende, en lo que aquí interesa, del cumplimiento de la carga del agotamiento de la vía administrativa y de la presentación de la demanda que la porta dentro del plazo de caducidad

de dicho requisito, aunque buscando en muchos casos atenuarlo mediante la implementación del principio *in dubio pro actione* [633], interpretando las situaciones de la forma más favorable al acceso a la Justicia, conforme lo dispuesto tanto por el art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, como por los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Ello en concordancia, a su vez, con lo dispuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien en el marco del informe Nº 105/99, respecto al Caso "Narciso Palacios c/Argentina", expresó que "las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio pro actione, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción".

4.3. Plazo

En el texto anterior, el art. 149 de la Constitución provincial establecía que la ley tendría que determinar "el plazo dentro del cual podrá deducirse la acción ante la Suprema Corte de Justicia", con lo cual el constituyente se inclinó por considerar razonable este tipo de recaudo, que parte de la base de que no es aconsejable que los

(arts. 14 inc. 1 primer párrafo y 18 inc. 'd' primer párrafo, CCA). Al menos en principio -con prescindencia de todo cuestionamiento constitucional que pudiere formularse- esas son las condiciones fijadas por la ley (causa A. 73.981, 'Donadío', sent. de 5-X-2020)" causa A. 77.863 "Toscani", res. 14-II-2024.

633 Causas Nº 22/04 "Comper S.A.", res. del 23-IX-04 de la CCASM; Causa Nº 29332-E "Yusim" de la CCALP del 16-V-2023.

actos de la Administración queden expuestos a la eventualidad de su revocación por tiempo indefinido, pues ello provocaría -cual la leyenda de la espada de Damocles- una incertidumbre continua en el desenvolvimiento del obrar estatal [634].

Cabe tener en cuenta, en este sentido, que a nivel provincial -y otro tanto sucedió a nivel federal- se estructuró este requisito a través de un término de caducidad bastante breve, esto es, de 30 días hábiles judiciales (conf. art. 13 del Código Varela).

Y ello dejando de lado los más angustiosos plazos previstos en los numerosos recursos directos que con el correr del tiempo se fueron instituyendo tanto en sede provincial como nacional [635].

Recuérdese en este orden de ideas, que la caracterización de un plazo como de caducidad implica, desde una óptica clásica, marcadas diferencias con los términos de prescripción, pues la caducidad "aunque pueda guardar algún rasgo común con la prescripción, es esencialmente distinta ya que constituye un modo de extinción de ciertos derechos en razón de la omisión de su ejercicio durante el plazo prefijado por la ley o la voluntad de los particulares" [636], lo cual implica que el mismo es "fatal, improrrogable e insusceptible de sus-

634 Ampliar en Tribiño, Carlos R., *Requisitos de admisibilidad…*, ob. cit., pág. 135.

635 Ver, para ampliar, Tribiño, Guillermo C., en la obra colectiva *Derecho Administrativo. Dominio estatal...* de Botassi, Carlos A. (Dtor.), ob. cit., T. II, pág. 610 y sigts.

636 SCBA, causa A. 70.263, "Sanz" (sent. de 28-II-2011), A. 74.081 "First Data Cono Sur S.R.L.", sent. de 6-XI-2019; entre muchas otras.

pensión o interrupción" [637] y, además, su control oficioso por el juez [638].

Esta prerrogativa estatal fue generando con el tiempo reparos doctrinarios y recurrentes planteos de inconstitucionalidad en el foro ligados a que importaba una restricción al acceso a la Justicia. Sin embargo, los Altos Tribunales invariablemente validaron este esquema, al indicar que la institución de plazos de caducidad se justifica en la necesidad de dar seguridad y estabilidad a los actos administrativos "buscando siempre que las prerrogativas estatales y las garantías del particular encuentren su armónico equilibrio constitucional" [639].

Así las cosas, actualmente la Constitución no menciona el recaudo del plazo, lo cual le deja un mayor margen de maniobra al legislador a efectos de suprimirlo o, en su caso, limitarlo a supuestos excepcionales.

Con todo, el régimen legal resulta similar al que se había instaurado en el Código Varela. Y ello sin perjuicio de hacer notar que, por un lado, se ha ampliado el lapso respectivo (el art. 18 del C.C.A. establece un término general de 90 días, triplicando así el fijado en el sistema anterior) [640] y, por el otro, existen varias pretensiones so-

637 Ver causa B. 59.319, "Gutiérrez Mazzeo", sent. de 1-III-2006 y sus citas.

638 Conf. CSJN *Fallos*, 322:73 "Gorordo".

639 CSJN *Fallos*, 316:2454 "Serra". Ver también *Fallos*, 318:441 "Gypobras". En cuanto a la Suprema Corte, incluso ha descartado la posibilidad de no aplicar plazos de caducidad cuando el actor sostiene que el acto administrativo cuestionado es de nulidad absoluta (causa B. 69.931 "Estojacovich", sent. 31-VIII-2011).

640 La ley 27.742 ha profundizado esta idea, al modificar el art. 31 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, que aho-

bre las cuales no pesa este recaudo [641], por lo que en esos supuestos habrá que estar a los más extensos plazos de prescripción fijados en los ordenamientos sustantivos.

4.4. Pago previo

Si bien no hay previsiones expresas sobre este recaudo en el texto de la Constitución provincial, existen desde antaño diversos cuestionamientos doctrinarios en punto a la razonabilidad de esta exigencia impuesta a nivel legal.

El pago previo -o *solve et repete*- en breve síntesis significa que el contribuyente deba saldar previamente la deuda determinada por el Estado a fin de poder discutir judicialmente su legitimidad.

Desde la doctrina tributarista se ha sostenido, por ejemplo, que el *solve et repete* es irrazonable dado que no

---

ra prescribe que "la denegatoria expresa del reclamo podrá ser recurrida en sede administrativa. La demanda judicial deberá ser interpuesta por el interesado dentro del plazo de ciento ochenta (180) días hábiles judiciales de notificada dicha denegatoria expresa o, en su caso, de notificada la denegatoria expresa del recurso administrativo que hubiera intentado contra aquélla". Incluso, y para los recursos directos, dicha norma deroga todas las prescripciones que establezcan lapsos menores a 30 días para promover la demanda judicial (conf. art. 25 *bis* de la LNPA).

641 Así, la de reconocimiento de derechos o la indemnizatoria cuando no dependen de la anulación de un acto administrativo. Sobre la no aplicación del requisito en los casos de silencio administrativo (que, en rigor, debieran encuadrarse hoy como de reconocimiento de derechos) puede verse el último estado de la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional -coincidente, en este aspecto, con la doctrina de la Suprema Corte bonaerense- en el precedente registrado en *Fallos*, 346:921 ("Biosystems S.A.").

hay adecuación entre el medio elegido y la finalidad que persigue, ya que para asegurar la normal percepción de la renta es suficiente con no acordarle efecto suspensivo a las impugnaciones que promuevan los contribuyentes cuestionando las deudas [642].

Empero, la jurisprudencia ha sido en general indulgente con este recaudo, incluso en el marco de regímenes muy severos, tal como el que contenía el Código Varela [643]. Ello así, los tribunales han validado la institución, estimando que no conculca la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio [644].

A nuestro modo de ver, la actual regulación provincial -art. 19 del C.C.A.- ha alcanzado un punto de equilibro, al especificar, en primer término, que solamente habrá de exigirse el previo abono de deudas de naturaleza tributaria, excluyendo, así, otros conceptos dinerarios del cual el Fisco resulte acreedor [645].

---

642 Spisso, Rodolfo R., *Derecho Constitucional Tributario*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 2000, pág. 534.

643 Ver, para ampliar, Villafañe, Homero M., *El 'solve et repete' en el nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Ley Buenos Aires, 2005, pág. 241 y sigts.

644 Tal como recuerda Carlos Tribiño, el *solve* fue en verdad una creación pretoriana de la propia Corte Suprema Nacional, la cual extendió la constitucionalidad de esta exigencia procesal a las multas impuestas por autoridades administrativas. Asimismo, se reiteró esta jurisprudencia al replantearse la cuestión con motivo de haber ratificado la Argentina la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (*Requisitos*…, ob. cit., pág. 167).

645 Conforme reseña Villafañe (*El 'solve et repete'*…, ob. cit.), en el sistema anterior la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires había estimado alcanzadas por el requisito en estudio, además de las obligaciones tributarias, sumas debidas al Fisco por los más

Por otro lado, se aclara que el pago incluye al capital y a los intereses, pero no al dinero reclamado bajo los usualmente muy gravosos conceptos de multas y recargos.

Además, y para el supuesto en que no se haya satisfecho esta exigencia con la demanda, se prevé que el juez tendrá que intimar al cumplimiento, modificándose así el riguroso esquema del Código Varela, en el cual esta omisión apareja lisa y llanamente la desestimación de la pretensión sin más trámite en la etapa conocida como "habilitación de instancia" [646].

Finalmente, el art. 19 del CCA contempla la posibilidad de que el actor sortee este recaudo cuando "su imposición configurase un supuesto de denegación de justicia", así como cuando se intente una acción declarativa, receptando así las excepciones que pretorianamente fueron construyendo los tribunales en el orden nacional y provincial [647].

Ahora bien, en sede provincial no resulta claro si es posible que alguna regulación específica imponga la cancelación de una multa -de naturaleza no tributaria- con carácter previo a la promoción del juicio. Obsérvese, en este orden de ideas, que la finalidad de asegurar la normal percepción de la renta -que, como ya vimos, consti-

---

diversos conceptos (como cánones contractuales o garantías establecidas en contratos administrativos u obligaciones derivadas del incumplimiento de contratistas).

646 En una exigencia que, por otra parte, fue respetada a rajatabla por la Suprema Corte, conforme se puede ver en VILLAFAÑE, Homero M., *El 'solve et repete'*…, ob. cit.).

647 Ampliar en VILLAFAÑE, Homero M. (*El `solve et repete'*…, ob. cit.).

tuye uno de los principales argumentos que se esgrimen a fin de justificar el recaudo- no se encuentran presentes de manera directa en estas hipótesis.

Sobre el particular, resulta interesante recordar la postura sentada por la Suprema Corte en la causa I. 3.361 "Herrera" (sent. 19/XII/2012) en la cual, por ajustada mayoría, se estableció que resultaba inconstitucional -por violar la garantía del acceso a la Justicia- la exigencia de abonar una multa impuesta por la Provincia en ejercicio del poder de policía en materia pesquera.

En tal decisorio la mayoría del Tribunal indicó, justamente, que el normal desenvolvimiento de las finanzas públicas no podría verse afectado en el caso en que no se hiciera inmediatamente efectivo el pago "de las multas aplicadas como resultado de un procedimiento de infracción, toda vez que no cabe sostener válidamente que aquéllas integren los recursos normales del sistema".

Sin embargo, en un precedente más reciente -causa A. 71.910, "Agrotransporte Conesa S.A.", resol. de 4-VIII-2016- la mayoría de la Suprema Corte volvió a considerar constitucional el pago previo de una multa -esta vez, impuesta por una autoridad provincial al constatar la comisión de infracciones al régimen de la ley de faltas agrarias- atendiendo a que el recaudo podía justificarse por "la presunción de legitimidad de los actos administrativos, a los que cabe reconocer su ámbito natural de ejecutoriedad, situación que permite supeditar -en las condiciones antedichas- su impugnación al cumplimiento previo" [648].

648 Del voto del Dr. Genoud, que hizo mayoría, y en donde se explican las razones por las cuales -a su modo de ver- lo resuelto en "Herrera" no implicaba una variación en la postura tradicional del Tribunal.

Con todo, la corriente más restrictiva que estima inadmisible el pago previo de multas ha ganado fuerza en la jurisprudencia de las Cámaras contenciosas, a propósito de lo dispuesto en el art. 70, segundo párrafo, de la ley 13.133 -sanciones impuestas por infracciones en materia de defensa del consumidor- por considerarlo contrario a las garantías de defensa (art. 18 CN y 11 Const. Prov.), de control judicial suficiente (conf. art. 109 Const. Nac. y 166 Const. prov.) y de tutela judicial efectiva (art. 15 Const. prov.) [649].

El mismo sentido refractario se observa en el ámbito nacional a raíz de la modificación efectuada por la Ley 27.742 a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. En efecto, el novel art. 25 *bis* de tal regulación ahora prescribe, en su cuarto párrafo, que "cuando el acto administrativo recurrido hubiere impuesto una sanción pecuniaria su cumplimiento no podrá ser exigido como un requisito de admisibilidad del recurso judicial. Quedan derogadas todas las prescripciones normativas que dispongan lo contrario".

5. Pretensiones procesales

El Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires enumera en su artículo 12 las pretensiones que pueden constituir el objeto de un proceso que se sustancia ante el fuero contencioso

649 CCALP, causas N° 23.361 "Mercado Libre S.A.", res. del 30-X-2018; 21896, "Inc. S.A." res. del 27-III-2018; en el mismo sentido la Cám. Cont. de San Martín, tal como se desprende, por ej., de la causa de la SCBA A. 74.885, "Telecom Personal S.A.", sent. de 9-IV-2021.

administrativo [650], pues consagra un sistema de unidad de acción con pluralidad de pretensiones. La pretensión procesal importa un requerimiento en donde, a través del escrito de demanda, la parte interesada solicita la tutela jurisdiccional para los derechos que considera vulnerados. Asimismo, desde otro ángulo, la pretensión determinará lo que el magistrado interviniente deberá resolver, pues aquél se hallará constreñido a velar por el respeto al principio de congruencia [651], que responde -primordialmente- a la garantía constitucional de defensa en juicio. Las del artículo 12 no sólo no son las únicas que pueden impetrarse sino que toda la doctrina acuerda que no están taxativamente enumeradas, en razón de ello sólo haremos un breve paneo sobre sus principales características.

---

650 El CCA no contiene disposición que califique a la enumeración de las pretensiones procesales como taxativa, en virtud de lo cual se comprende que aquéllas no son las únicas que pueden promoverse. En tal sentido, podemos referirnos a aquellas pretensiones que se encuentran comprendidas en otros textos normativos, tales como las vinculadas con la ejecución fiscal de tributos provinciales (ley 13.406), con la expropiación (ley 5708), con la protección de los consumidores y usuarios (ley 13.133), entre otros.

651 El principio de congruencia se encuentra establecido en el art. 163 inc. 6 del CPCC, y reiterado en el art. 272 del citado cuerpo normativo. Este principio implica que entre la acción promovida y la sentencia que se dicta en consecuencia, debe existir correspondencia; debiendo el juez pronunciarse sobre todo lo peticionado, dictando en consecuencia, un fallo que se base en todos los elementos de hecho aportados por las partes en sus pretensiones y sólo basándose en tales elementos (doctrina SCBA, "Petrini", causa B 58.475).

5.1. Pretensión impugnatoria o anulatoria

La pretensión bajo estudio ha caracterizado históricamente al proceso contencioso administrativo, pues mediante su empleo se cuestiona la actividad administrativa que se manifiesta -generalmente- a través de actos administrativos. El artículo 12 del CCA dispone que en el marco del proceso contencioso-administrativo puede articularse entre otras pretensiones, aquella destinada a obtener la anulación total o parcial de actos administrativos de alcance particular o general (inc. 1° art. cit.). De este modo, a través de la promoción de la pretensión impugnatoria la parte actora puede requerir ante la Justicia: a) La anulación de actos administrativos de alcance particular; b) La anulación directa de actos administrativos de alcance general; c) La anulación indirecta de actos administrativos de alcance general que se aplican mediante actos particulares; d) La anulación directa de ordenanzas municipales, sean de alcance general o particular; e) La anulación indirecta de ordenanzas municipales mediante sus actos de aplicación concreta.

5.2. Pretensión de restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés tutelado

Esta pretensión se encuentra contemplada en el art. 12 inc. 2 del CCA y comprende el reconocimiento de una situación jurídica, o la adopción de medidas necesarias para su pleno restablecimiento, vinculadas directa o indirectamente con derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico (léase Constitución, leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos, contratos, precedentes administrativos, principios generales del Derecho, etcétera). Asimismo, en un sentido análogo, se ha considerado que

dicha pretensión pretende el restablecimiento, la superación o reconstrucción de un estado anterior al creado por un comportamiento administrativo ilegítimo que el actor no está obligado a soportar [652].

5.3. Pretensión indemnizatoria

La pretensión de condena de daños y perjuicios contra el Estado Provincial a favor de los particulares, se encuentra contenida el Art. 12 inc. 3 del C.C.A. En consonancia con las previsiones del Art. 2 inc. 4 del Código, en el supuesto bajo trato, se encuentran enmarcadas en esta pretensión la responsabilidad patrimonial del Estado provincial, municipal o de los Entes Públicos, por actividad u omisión ilícita o lícita, de fuente contractual o extracontractual, regidas por el Derecho Público. Su fundamento hace pie en la responsabilidad estatal, sea cual fuere su clasificación, con apoyatura en la propia existencia y continuidad del Estado de Derecho.

Los postulados del actual Estado Constitucional de Derecho (Neoconstitucionalismo) hacen reposar el sustento de este tipo de Responsabilidad en la Constitución Nacional, provincial y en los Tratados Internacionales. En la actualidad, no existen dudas respecto a que el resarcimiento de los daños ocasionados por el Estado se encuentra regido por principios del Derecho Público. Esta postura, acarrea como efecto que, por regla, el instituto de la responsabilidad estatal sea una cuestión regida por del Derecho Público Administrativo local (conf. arts.

652 Cassagne, Juan Carlos-Perrino, Pablo E., *El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, LexisNexis. Año 2006, pág 165.

1765 y 1766 Cód. Civ. y Com.), de acuerdo al sistema de distribución de competencias estatuido en la Constitución Nacional (aspecto consolidado en la causa "Barreto" de la CSJN, *Fallos*, 329:759). Recordando brevemente las consideraciones vertidas en los capítulos anteriores, la responsabilidad estatal halla asidero constitucional en el ámbito bonaerense en la protección al derecho de propiedad de los habitantes de la Provincia (conf. arts. 10 y 31 CPBA), el principio que veda la posibilidad de dañar al otro (contenido implícitamente en los arts. 25 y 26 de la CPBA), y la igualdad de las cargas públicas (Art. 11).

5.4. Pretensión declarativa de certeza

Las pretensiones declarativas tienen por objeto un pronunciamiento clarificatorio con fuerza de cosa juzgada, y contienen como presupuesto un estado de incertidumbre acerca de la existencia o modalidades de una determinada relación jurídica proyectándose en dos direcciones según sea que el estado jurídico se discuta realmente (pretensión declarativa en sentido amplio) o bien que se base en un litigio eventual en virtud de la puesta en duda de esa situación jurídica (pretensión meramente declarativa). Conforme lo ha expresado la CSJN que este tipo de pretensión -como la de amparo- tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de un daño consumado en resguardo de los derechos: Es un medio eficaz y suficiente para satisfacer el interés de la actora que se agota en una mera declaración de certeza.

La Corte Suprema de Justicia Nacional tiene decidido que la acción declarativa no comprende planteamientos académicos o declaraciones abstractas, pues la petición tiene que referirse a una relación jurídica concreta, esto es, responder a un caso que busque precaver los efectos

de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad [653]. Ahora bien, el artículo 12 inciso 4 del CCA, persigue la declaración de certeza sobre una determinada relación o situación jurídica regidas por el Derecho Administrativo, la cual tramitará por el cauce procesal previsto en el art. 322 del CPCC. La existencia de una duda acerca de alguno de los esos extremos es un requisito *sine qua non* para la procedencia de esta acción, siendo menester además, que quien la promueve no cuente con otro medio legal para poner término a esa situación [654]. En el marco del régimen anterior al nuevo código, esta vía procesal era virtualmente inoperante, ya que se condicionaba su admisibilidad al cumplimiento de los requisitos especiales de la acción contencioso administrativa. Fue la Suprema Corte en su actual integración la que admitió esta clase de acciones, bajo la órbita de su jurisdicción originaria, cuando de casos contencioso administrativo se trataba [655]. Resulta esencialmente preventiva y la sentencia que en ella recaiga tiene como finalidad la de fijar, con carácter irrevocable, una relación jurídica o un estado de derecho que hasta entonces permanecía desconocido o en incertidumbre.

Para mayor profundidad, si el lector se encuentra interesado en esta pretensión, puede seguir el reciente libro *La pretensión declarativa de certeza en el proceso*

653 *Fallos*, 304:759; 310:606; 311:421 y 1835; 318:2374.

654 B 66.737 "Spicer Ejes Pesados S.A. s/Acción meramente declarativa", res. 06-VII-2005; en términos similares B 68.876 "Gualco, María F. y otros c/Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires s/Acción declarativa. Cuestión de competencia", I 13-XII-2006.

655 Causa B 64.222 "Caja de Previsión Social para Agrimensores, Arquitectos, Ingenieros y Técnicos", res. 17-VII-2002.

contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires [656].

5.5. Pretensión de cesación de una vía de hecho

La pretensión representa una novedad por tratarse de un caso de demandabilidad directa de la Administración y una vía alternativa de la acción de amparo, que es en verdad el ámbito propio de tutela contra aquellos comportamientos materiales que, por constituir un grosero y manifiesto apartamiento de la legalidad, quepa calificar de vías de hecho administrativas [657]. El Decreto-Ley 7647/70 define a las vías de hecho en el artículo 109 al establecer que: "La Administración Pública no iniciará ninguna actuación material que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirva de fundamento jurídico". La doctrina acertadamente las calificó como un límite a la actuación administrativa y las definió como operaciones materiales cercenadoras de derechos y garantías individuales que no tienen una habilitación legal que generan, como principales efectos, la ilicitud del obrar de la Administración y consiguientemente su responsabilidad patrimonial [658].

En la jurisprudencia mayoritaria de la Suprema Corte hasta el año 2002 había quedado delimitada a márgenes sumamente estrechos, ya que la acción contencioso admi-

656 Enrici, Luciano, Librería Editora Platense, agosto de 2020.

657 Milanta, Claudia A. M., "Reforma procesal Administrativa de la Provincia de Buenos Aires, Proceso ordinario y Procesos Especiales". cit., p. 655.

658 Grecco, Carlos, "Vías de hecho administrativas", La Ley 1980-C, p. 1203.

nistrativa no era la vía idónea para el cuestionamiento de las vías de hecho. El único medio específico que el ordenamiento jurídico preveía era la pretensión de amparo. En el caso "Chacur" [659] ya delimitó esta figura legal al señalar que: "...En general, se considera que una vía de hecho administrativa se presenta cuando la Administración Pública incurre en un grosero atentado (cfr. Morand Deviller, J.; 'Cours de droit administratif', 6e. Ed. Paris, 1999, p. 624) a los derechos de las personas (tradicionalmente, la propiedad o una libertad fundamental; cfr. Chapus, René, 'Droit Administratif General', 9e. ed. Paris, 1995, p. 765) no susceptible de imputarse a un poder jurídico de la Administración pública, por tratarse de operaciones materiales cercenadoras de aquellas situaciones subjetivas, desplegadas sin base de sustentación en un acto o en una norma jurídica habilitadora (cfr. Grecco, Carlos M., 'Vías de hecho administrativas', La Ley, 1980 C 1207)...".

La regulación de la pretensión de cese de vías de hecho administrativa se encuentra establecida en el artículo 21 del CPCA. Para mayor profundidad, si el lector se encuentra interesado en esta pretensión, puede seguir el libro *Vías de hecho administrativas* [660].

5.6. Pretensión de amparo por mora

Se puede definir el amparo por mora como una acción judicial sumarísima contra la Administración Pública

659 SCBA B 64.200 "Chacur, Analía C. y otros contra Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires. Amparo", sent. 27-XI-2002.

660 Martinez Pass, Laura Susana, *Vías de hecho administrativas,* Astrea, 2021.

con motivo de la ilegítima omisión en el desarrollo y/o culminación de un procedimiento administrativo, acción que tiene por objeto obtener una orden judicial de pronto despacho de tales actuaciones administrativas, según el estado en que se encuentren. Es un medio de tutela judicial contra una especie de omisión administrativa, a saber, la inactividad formal de la Administración en el procedimiento. Agota su finalidad en la obtención de una orden judicial de cumplimiento de las obligaciones formales que conciernen a la autoridad remisa.

El artículo 12 inciso 6° del CCA prevé como una de las pretensiones posibles en el proceso administrativo la de "librar orden judicial de pronto despacho", en los términos previstos en el Capítulo IV del Título II. Se trata de una pretensión de condena y naturalmente también será de condena la sentencia estimatoria. El conocimiento y decisión de la pretensión de amparo por mora en la Provincia de Buenos Aires es una cuestión que integra la competencia material del fuero contencioso administrativo (arts. 1°, 12 inc. 6 y 76, ley 12.008) y las resoluciones que adopte el tribunal en el trámite del amparo por mora son irrecurribles. En cambio, la sentencia definitiva puede ser impugnada mediante el recurso de reposición dentro del plazo de tres días de notificada mediante escrito fundado (art. 76, inc. 5º, CCA). Adviértase que de la regla particular (art. 76 último párrafo del CCA) no cabe extraer el principio de inapelabilidad del fallo, pues la imprevisión normativa no implica la improcedencia del recurso. Por el contrario, el precepto específico guarda coherencia con las normas generales para predicar su admisibilidad. Para mayor profundidad, si el lector se encuentra interesado en esta pretensión, puede seguir

el libro *El amparo por mora en la Provincia de Buenos Aires* [661].

6. La tutela cautelar

6.1. Fundamento normativo

La tutela provisional urgente, como parte de la actividad jurisdiccional del Estado, constituye un aspecto esencial del ejercicio del derecho de defensa en juicio. Su fundamento entonces no sólo se encontrará en el respeto del debido proceso o en el aseguramiento de una tutela judicial y administrativa continua, efectiva y con un acceso irrestricto a la Justicia, sino que deberán observarse muy especialmente normas como la de la última parte del artículo 15, agregado por el convencional constituyente provincial en 1994, que nos permitimos reproducir en orden a su importancia, en cuanto señala que "Las causas deberán decidirse en tiempo razonable" y "El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave".

Los autores que se han ocupado de estos temas en el Derecho Internacional reconocen la importancia e impulsan la concesión de medidas de esta naturaleza. González Napolitano señala que las medidas provisionales en la jurisdicción internacional son aquellas acciones o abstenciones dispuestas por los jueces y árbitros internacionales *prima facie* competentes en un asunto, en caso de urgencia, con el fin de preservar los derechos de las partes contendientes o los bienes en litigio, así como la

661 Oroz, Miguel H. E., *El amparo por mora en la Provincia de Buenos Aires,* Librería Editora Platense, 2017.

eficacia del propio proceso, incluyendo la protección de los medios de prueba y las personas a él vinculadas, o de impedir que se agrave o extienda la controversia, estando pendiente la sentencia final [662]. La autora destaca la importancia de este tipo de medidas para la solución de controversias internacionales haciendo especial hincapié en su finalidad, ante la necesidad de la toma de decisiones sin demora donde cobran su mayor valor estratégico porque no siempre los Tratados, estatutos o reglamentos de este tipo de tribunales las especifican en su articulado, así su desarrollo se ha debido a las aplicaciones jurisprudenciales. Al existir un derecho a proteger en conexión con una causa principal, la medida de ese interés jurídico es la determinante de la verosimilitud del derecho en el caso, mientras que la urgencia a través de la existencia del riesgo de perjuicio irreparable determinará el peligro en la demora. Ello, sumado a otros presupuestos como la exigencia de que la demanda sea admisible *prima facie* o la no anticipación del fallo sobre el fondo del asunto, más la prestación de una contracautela, son parte del desarrollo al que han llegado los diferentes órganos jurisdiccionales internacionales [663].

Asimismo, y ya en el marco del Mercosur, podemos subrayar que en el Protocolo de Brasilia, en su artículo 18, inciso 1, se establece que el Tribunal Arbitral puede dictar las medidas provisionales que considere apropiadas

662 González Napolitano, Silvina S., *Las medidas provisionales en Derecho Internacional ante las Cortes y Tribunales Internacionales*, p. 9, Premio Rolin Jaequemyns 2003, otorgado por el Institut de Droit International, La Ley, 2004.

663 González Napolitano, op. cit., ps. 111 a 113 hace referencia incluso a la posibilidad, señalada por Sztucki, de que existan en la competencia consultiva.

según las circunstancias y en las condiciones que él mismo establezca con el fin de prevenir daños graves e irreparables a una de las partes. En el sistema Interamericano de Derechos Humanos el mecanismo de medidas cautelares tiene más de tres décadas de historia y ha servido como una herramienta eficaz para proteger los derechos fundamentales de los habitantes de todos los Estados que se encuentran bajo la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) [664].

Es conocida en el Derecho italiano la tripartición de Carpi entre la tutela urgente satisfactiva autónoma, la tutela satisfactiva interinal y la tutela cautelar propiamente dicha. Cassagne por su parte, señala como uno de los aspectos centrales de la teoría procesal la necesidad de no confundir ni asimilar los procesos urgentes a las medidas precautorias, ya que si bien el ámbito de lo cautelar contiene, en mayor o menor grado, el ingrediente de la urgencia, no todo proceso urgente es cautelar. Entre las providencias urgentes encontramos entonces a las medidas cautelares propiamente dichas y a las llamadas medidas autosatisfactivas. La especialidad de esta rama del Derecho Público nos obliga a puntear diversos

664 Fuente: http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp#tab3, ingr4eso 20/03/2012: "El mecanismo de medidas cautelares se encuentra previsto en el artículo 25 del Reglamento de la CIDH. Según lo que establece dicho Reglamento, en situaciones de gravedad y urgencia la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares para prevenir daños irreparables a las personas o al objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente, así como a personas que se encuentran bajo su jurisdicción, en forma independiente de cualquier petición o caso pendiente. (…)". La CIDH estudia la concurrencia de tres condiciones; i) la gravedad; ii) la urgencia, y iii) que se trate de evitar daños irreparables a las personas.

aspectos antes de continuar. Los magistrados al analizar la protección cautelar frente al Estado no pueden dejar de examinar que deben velar porque no le esté dado a la Justicia ingresar a la ponderación de la eficacia de la función de gestión. Nos encontramos frente al precepto que indica que los jueces ni legislan ni gobiernan, sólo deben controlar la legalidad de los actos de gobierno (administración) o de legislación, debiendo respetar el límite impuesto por el principio de división de poderes que les impide sustituir funciones administrativas o legislativas, a riesgo además de provocar la llamada dificultad contramayoritaria. Tara Melish destaca que ello se configura cuando el juez corre el riesgo de conceder el derecho sin un análisis contextual, sin tener en cuenta la disponibilidad de recursos escasos, cristalizando así la injusticia de colocar a quien judicializa por encima de los demás que teniendo el mismo derecho, esperan en la cola su turno, el llamado "colarse en la fila" [665].

Pero no hay en las leyes un derecho que no tenga alguna dimensión judiciable, básicamente porque, como resalta Ucín, no es cierto ni siquiera que las cuestiones que implican distribución de recursos deberían ser dejadas para las autoridades políticas y no para el Poder Judicial; más bien lo cierto es que en general los tribunales se ven obligados a resolver un amplio rango de cuestiones que tienen implicaciones presupuestarias. Alejandro Nieto, en 1975, escribía que "lo que caracteriza de veras un sistema normativo no es tanto lo que realmente se aplica como lo es lo que no se aplica: si queremos descubrir el

665 Ucín, María Carlota*, La tutela de los derechos sociales. El proceso colectivo como alternativa procesal*, p. 57, Librería Editora Platense, 2011.

auténtico sentido de nuestro Derecho administrativo, tendremos que analizar la parte del mismo que duerme en los mausoleos del Boletín Oficial, así como las causas de su inaplicación. Dicho con otras palabras: el Derecho administrativo no debe limitarse a estudiar la forma (legal o ilegal) que tiene la Administración de aplicar las normas, sino que debe extender su análisis a la propia inaplicación de tales normas (la llamada inactividad administrativa), que es una de las formas más refinadas de ilegalidad" [666]. El maestro FIORINI acuñaba en 1976 que "la juridicidad es un venero normativo que no puede identificarse con el criterio positivista que veía en la norma el derecho aislado de la realidad y de la vida humana, que son elementos esenciales que concurren para su creación". COMADIRA entiende que es el concepto "juridicidad" el que representa mejor la idea de que "el accionar de la Administración Pública en la procura del bien común supone, necesariamente, el respeto de todo el orden jurídico". La Administración debe actuar con arreglo al ordenamiento jurídico entendiendo al sistema jurídico como unidad, aquello que la doctrina ha entendido como bloque de la legalidad o de constitucionalidad, o también pirámide de la legalidad.

Para MAIRAL [667], por interés público no debe entenderse el interés de la Administración sino el de la comunidad, cuya gestión corresponde a aquélla pero sin que ambos intereses se identifiquen. El problema de llamarlo "interés público" radica en que enseguida lo identificamos

666 NIETO, Alejandro, fragmento de "La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo", RAP n° 76, ene-abr, 1975.

667 MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, p. 829, t. II.

con "Administración Pública", por eso creemos que resulta mayormente adecuado denominarlo como "interés comunitario". Para concluir este punto podemos resumir siguiendo a LOGAR [668] que el fundamento de las medidas cautelares está directamente relacionado a las ideas de tutela -judicial y/o administrativa- efectiva y el principio del debido proceso, lo que de algún modo delega el rol protagónico en los jueces. Éstos son principios que deben presidir el tratamiento de la materia cautelar, en concordancia con el derecho al efectivo acceso a la Justicia que consagra el artículo 25, primera parte, del Pacto de San José de Costa Rica de donde se infiere que los gobiernos tienen que asegurar un recurso efectivo para cumplir con tal finalidad, porque su esencia descansa en el principio de efectividad, el cual constituye una nueva concepción social del Estado y del Derecho que obliga a un tratamiento equitativo antes que a un acceso meramente formal.

Además, GRAU lo ubica en el art. 18 de la Carta Magna en cuanto declara que es inviolable la defensa en juicio, y es este principio -debido proceso-, el que comprende por ejemplo la garantía de la suspensión del acto administrativo impugnado, ya que la medida tiende a asegurar la eficacia del resultado del proceso. A ese concepto podríamos agregar la necesidad de reducir la discrecionalidad de la Administración a su justo cauce, sumando la obligación por parte del Estado de rendir cuentas, precepto que se redimensiona a partir del artículo 15 de la Declaración de los Derechos francesa de 1789 al expresar que "la sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente de la administración".

668 LOGAR, Ana C., *Las medidas cautelares en el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires,* La Ley, Buenos Aires, 1998.

La presunción de legitimidad y consiguiente fuerza ejecutoria de los actos administrativos ha puesto en discusión, en la doctrina nacional, la posibilidad de dictar medidas de este tipo, su modalidad y sus alcances; transformando de esta manera a la suspensión de la ejecución del acto administrativo en la "*vedette*" de las medidas provisionales frente al Estado. En el orden nacional, ya hemos dicho que no existe aún un Código Procesal en lo Contencioso Administrativo, por lo que el fuero especializado utiliza el Código Procesal Civil y Comercial con las reformas impuestas por el Decreto Ley 19.549 (conocido como la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos), *aggiornato* como dijimos más arriba por la llamada "Ley de bases" 27.742 de 2024, junto a la ley federal de medidas cautelares 26.854, de 2013, y esto, que en principio parece una desventaja, desde el punto de vista de la relación entre el particular y la Administración, ha resultado beneficioso a los fines de asegurar los derechos del particular. En lo que resta, y en función del espacio asignado, seguimos a Gallegos Fedriani [669].

6.2. Características

Toda medida cautelar no es un juicio de conocimiento en sí mismo, sino que implica la existencia de un juicio principal, al cual el dictado de la medida cautelar ayuda a que la sentencia sea dictada y produzca efectos, y no se transforme por el transcurso del tiempo en una simple declaración de derechos sin efectividad alguna.

669 Gallegos Fedriani, Pablo O., "La nueva Ley de Medidas Cautelares contra el Estado Nacional", en web https://uy.ijeditores.com/articulos.php?Hash=5eb16c6fdacfbdf2e53474b52546a0e5&hash_t=b2f03b7f838723d9729dab12a3e7ce4b.

6.3. Oportunidad para promover una medida cautelar

Las medidas cautelares pueden promoverse con anterioridad a la presentación de la demanda; conjuntamente con la demanda o con posterioridad de la presentación de la demanda. Si la medida cautelar se presenta con anterioridad, existe un plazo para presentar la demanda definitiva. Si ese plazo es vencido sin que se presente la demanda principal, se produce la caducidad de la medida cautelar. Si se presenta conjuntamente con la demanda, siguen trámites diferentes; aun cuando hayan sido plasmadas en el mismo escrito. Si bien la medida cautelar tiene carácter de incidente y su decisión la forma de una sentencia interlocutoria, es importante recalcar que la medida cautelar no suspende el curso de la caducidad de instancia del expediente principal. Dicho esto, cabe aclarar que si la medida cautelar es apelada, ya sea porque fue otorgada o denegada, se debe formar un incidente aparte y remitir las actuaciones a la Cámara para su resolución.

6.4. Modalidades de las medidas cautelares

Como sabemos, el CPCCN reconoce el dictado de medidas cautelares como son: el embargo preventivo, secuestro, intervención y administración judicial, inhibición general de bienes, anotación de litis, prohibición de innovar y contratar, protección de personas [670]. De lo antes

670 El art. 232 del Código Procesal Civil y Comercial Nacional hacía referencia sin embargo a las medidas cautelares genéricas: "Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes: quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al

transcripto, surge con claridad que el juez de la causa podrá dictar las medidas más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia. Entre ellas, las medidas de no innovar, las medidas innovativas, las conocidas como medidas precautelares y otras que, según las circunstancias, puede entender el juez, sean aptas para el caso a resolver.

6.4.1. Medidas precautelares

Se desarrollaron en el ámbito de la Justicia Federal en lo Contencioso Administrativo e implicaron el dictado inmediato de una medida cautelar, hasta tanto el Estado Nacional remitiese los antecedentes administrativos que tenían que ver con la causa en cuestión. Aquí, la medida tenía como duración no el dictado de la sentencia definitiva, sino la remisión por parte de la Administración de los antecedentes administrativos. De este modo, resultaba evidente que el perjuicio que se le podía causar a la Administración dependía de su propia diligencia; por cuanto, si la Administración enviaba en forma inmediata aquello que se le requería, resultaba claro que la cautelar era de corta duración.

6.4.2. La medida cautelar autónoma

Es otra creación pretoriana, combinada con las especiales circunstancias del proceso administrativo que obliga a agotar la instancia administrativa antes de abrir la vía judicial, permitió que en aquellos casos en donde se recurría un acto administrativo se permitiese una me-

---

reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes, que según las circunstancias fueren más aptas para asegurar provisoriamente el cumplimiento de la sentencia".

dida cautelar autónoma. Los fundamentos para pedirla eran los mismos que los que preveía el Código Procesal, pero se la denominó autónoma porque encontrándose pendiente la vía administrativa no se podía cumplir con la obligación del Código Procesal de iniciar la demanda dentro del plazo fijado por el código con posterioridad a la pretensión cautelar. Es obvio que tampoco se podría iniciar la medida cautelar con la demanda, desde que la vía administrativa no se encontraba aún agotada. Para este supuesto, la jurisprudencia admitió que el plazo de caducidad sólo podría contarse desde el momento en que la Administración resolviese el recurso que agota la vía administrativa. Aquí también, como en el caso anterior, le correspondía a la Administración apurar los tiempos, si quería que la medida cautelar autónoma feneciese. Que sin perjuicio de todo lo dicho, como lo explica muy bien CASSAGNE la situación podría haberse salvado por la aplicación del art. 12 de la LNPA que estipula que "El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración ponerlo en práctica por sus propios medios -a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial- e impiden que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efecto, salvo que una norma expresa establezca lo contrario. Sin embargo, la Administración podrá de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada suspender la ejecución por razones de interés público o para evitar perjuicios graves al interesado o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta".

Como se expresara más arriba, la Administración podría hacer uso de la segunda parte del art. 12, ya sea de oficio o a petición de parte, para evitar el pedido de medidas cautelares en sede judicial. Tan es así, que la

jurisprudencia del fuero en lo Contencioso Administrativo requirió que en el caso de las medidas precautorias autónomas fueran pedidas en sede administrativa y hubiesen sido denegadas por silencio administrativo o en forma expresa.

6.4.3. Las llamadas "medidas autosatisfactivas"

Este tipo de medidas se asemejan a las medidas cautelares, por cuanto se dictan inaudita parte, pero se diferencian de ellas en la medida en que producen efecto de cosa juzgada. Dos observaciones cabe hacer a este tipo de medidas: a) Si son medidas cautelares, no producen cosa juzgada; b) Si no lo son y producen cosa juzgada, van contra el principio constitucional de defensa en juicio.

Algunos autores han pretendido que debe darse un traslado a la otra parte y tramitarse por vía de amparo. En cuyo caso no son ni medidas cautelares, ni medidas autosatisfactivas, sino el trámite excepcional del amparo. Cabe agregar a esto que el amparo nacional tiene, dentro de sí, la posibilidad del dictado de medidas cautelares, con lo que caeríamos en el absurdo de dictar una media autosatisfactiva mediante una acción de amparo que tiene dentro de sí la posibilidad de dictar una medida cautelar.

6.5. Carácter restrictivo del dictado de las medidas cautelares contra la Administración

Resulta evidente que un código previsto para las relaciones entre particulares, que por principio se encuentran en un pie de igualdad, no puede ser aplicado de la misma manera frente al Estado, quien siempre tiene una relación de superioridad respecto de los particulares. De allí que es jurisprudencia constante que el Juez

en lo Contencioso administrativo debe ser más precavido al dictar una medida cautelar que suspenda o trabe al accionar de la Administración; sobre todo en materia de obras públicas y financiera y tributaria.

6.6. Obstáculos para pedir medidas cautelares contra el Estado

Durante mucho tiempo, la jurisprudencia entendió que en definitiva el Estado Nacional era siempre solvente, por lo que aun cuando fuera a través del pago de los daños y perjuicios, respondería por las demandas iniciadas en su contra, pero no podemos dejar de considerar que resalta a todas luces conocida la lentitud de los procesos judiciales. Más aun la de los procesos contenciosos administrativos contra el Estado Nacional, donde primero debe agotarse la instancia administrativa y luego habilitarse la judicial y -en general-, por tratarse de una cuestión federal, llegar hasta la Corte. Esta lentitud, con la denegación de justicia que ello implica, provocó que el pedido de medidas cautelares fuese la solución que encontraban los administrados para obtener justicia, aunque provisoria. Esto produjo una gran cantidad de demandas ante distintos jueces, tanto federales como provinciales, aprovechando la posibilidad de que fueran jueces incompetentes e hicieran lugar -con cierta ligereza- a medidas cautelares contra el Estado Nacional.

6.7. La ley federal 26.854, de medidas cautelares contra el Estado

Esta ley fue sancionada en el año 2013, hasta ese momento históricamente las medidas preventivas dictadas contra el Estado habían sido negadas bajo el amparo de

encontrarse en juego el interés público y en pos de los principios de legalidad del obrar estatal y de presunción de legitimidad de los actos administrativos. Sin perjuicio de ello, jurisprudencialmente se fue gestando la idea de encontrar una solución a las situaciones que planteaban los particulares frente al Estado, vislumbrando así la necesidad de contar con una tutela judicial que les permitiera preservar de modo inmediato aquellos derechos que se veían conculcados por la actuación u omisión del Estado, ello con el objeto de que tales derechos no se vean agravados por el transcurso del tiempo que acarrea el proceso judicial.

En este punto, es dable indicar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2010 sostuvo la procedencia de la tutela cautelar contra el Estado, conforme surge del voto mayoritario en la causa "Clarín"; en dicha causa se rechazó el recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional, por medio del cual pretendía se revoque la medida cautelar adoptada que suspendía los efectos del artículo 161 de la Ley de medios audiovisuales, la cual preveía un plazo de un año para que Clarín reinvirtiera y vendiera sus canales, radios y empresas. También, cabe mencionar un precedente del año 2011, en el cual la Corte rechazó nuevamente un recurso extraordinario interpuesto por el Estado, por el que pretendía se revoque la medida cautelar concedida a favor de la parte actora (conforme la causa "Radio y Televisión Trenque Lauquen S.A. c/Estado Nacional s/incidente de medida cautelar autónoma" del año 2011). Finalmente, en el año 2013 el Congreso de la Nación procedió a sancionar la mencionada Ley de Medidas Cautelares contra el Estado, bajo un contexto de "democratización de la Justicia"; ley que consagra los requisitos a cumplimentar a fin de que resulten procedentes las medidas cautelares peticio-

nadas contra el Estado Nacional; estableciendo presupuesto que a todas luces tienen menoscabar el derecho de acceso a la Justicia y la tutela judicial efectiva.

6.7.1. Los presupuestos procesales de las medidas cautelares contra el Estado Nacional

La Ley de Medidas Cautelares contra el Estado (26.854), tal como lo han sostenido la doctrina y la jurisprudencia relevantes en la materia, sostiene que las medidas cautelares son aquellas que tienen en miras garantizar y preservar durante el desarrollo del proceso judicial, los derechos e intereses invocados por el o los peticionantes con el objetivo de que los mismos no se vean perjudicados o agravados por el transcurso del plazo que insume un proceso judicial. Es dable indicar que las medidas cautelares son provisionales y fungibles, revisten los caracteres de accesoriedad e instrumentalidad y en principio, son dictadas inaudita parte; ahora bien, con el fin de no extender el desarrollo del presente capítulo, remitiremos el alcance de dichos caracteres a las opiniones vertidas por la doctrina imperante en la materia que de alguna manera hemos ido desarrollando hasta aquí.

6.7.2. Presupuestos de procedencia contemplados en la Ley 26.854

Conforme lo normado en el artículo primero de la citada ley, serán aplicables las disposiciones de la misma a todas las medidas cautelares que se articulen frente a la omisión u actuación del Estado Nacional o sus entes descentralizados, hayan sido peticionadas por un particular o interpuestas por la propia Administración Nacional. Encuadrada la pretensión cautelar en el ámbito de aplicación consagrado en la ley bajo análisis, corresponde analizar los presupuestos de procedencia de la tutela

cautelar en el ámbito nacional conforme surge en los artículos segundo a quinto del texto normativo mencionado.

6.7.3. Competencia

La competencia en el dictado de medidas cautelares se encuentra regulada en el artículo segundo de la ley, el que establece que el juez deberá expedirse sobre su competencia previo al dictado de la medida cautelar o en su defecto al momento de dictar la providencia cautelar; ello así en virtud de que en principio, las medidas cautelares no pueden ser dictadas por un juez incompetente; criterio que ya se encontraba contemplado en las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sin perjuicio de lo cual -y a diferencia de lo contemplado en el Código Procesal referido- se establece que de tratarse de sectores vulnerables las medidas cautelares dictadas por juez incompetente tendrán eficacia, en virtud de encontrarse comprometidos derechos fundamentales de los particulares tales como el derecho a una vida digna, la salud, etc.; derechos éstos consagrados en la Constitución Nacional y en los diversos Tratados Internacionales a los que nuestro país adhiere. Por último, y en el supuesto de encontrarnos ante el caso indicado en el párrafo precedente, corresponde indicar que resuelta la cautelar solicitada se deberán remitir las actuaciones al juez considerado competente para entender en la materia quien luego de aceptar su competencia deberá expedirse sobre la medida adoptada en un plazo no mayor a 5 días hábiles.

6.7.4. Tiempo de interposición. Idoneidad del objeto

Dispone el artículo tercero de la ley comentada que el peticionante podrá solicitar el dictado de la medida cautelar aun antes de iniciado el proceso judicial, especificando

el objeto y alcance de la misma, precisando la actuación u omisión estatal que da origen a la solicitud de la tutela cautelar y el derecho o interés jurídico que se busca garantizar mediante la articulación de la misma. En este punto, es dable destacar que al momento de interponer la cautelar el interesado deberá dar cumplimiento a los requisitos indispensables para la viabilidad de la medida solicitada, esto es, debe acreditarse la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la no afectación al interés público. Indicando, respecto a este último requisito que, en virtud de las disposiciones de la mencionada ley, el juez encargado de resolver la petición podrá disponer otra medida distinta a la solicitada a fin de evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al interés público. Por último, en lo que respecta al objeto de la medida interpuesta, corresponde resaltar que el mismo no puede presentar identidad con el objeto de la pretensión de fondo; ello se debe a que, de aceptarse tal idoneidad al momento de resolverse la medida cautelar solicitada, el juez se estaría expidiendo de antemano respecto del fondo de la cuestión, por lo que al prohibirse expresamente dicha cuestión se evita que el juez prejuzgue sobre la cuestión de fondo.

6.7.5. Informe previo

Otro de los requisitos de procedencia contemplado por la Ley 26.854 tiene que ver con la necesidad de contar con un informe previo emitido por la autoridad que resulta demandada, a fin de que ésta se expida sobre el interés público en juego. Sin embargo, la petición del referido informe no es óbice para que el juez dicte una medida cautelar interina, la que tendrá vigencia hasta la presentación del informe o vencimiento del plazo previsto para presentar el mismo. Al respecto, es de destacar que existen discrepancias en la doctrina respecto a la acep-

tación o no de este presupuesto cautelar consagrado por la legislación; así, podemos mencionar que autores como Ezequiel CASSAGNE se han manifestado a favor de este requisito, justificándolo en la plena vigencia del derecho a ser oído que recae en cabeza de la parte demandada, en virtud del derecho de defensa consagrado constitucionalmente. Por otro lado, quienes han esbozado su teoría criticando las disposiciones de este artículo, sostienen que de considerarse válido el mismo se estaría desvirtuando el fin de la tutela cautelar y el principio por el cual se establece que las mismas son dictadas inaudita parte. Por otra parte, corresponde indicar que a la par de consagrar la necesidad de dar traslado a la demandada a fin de que produzca el informe pertinente, el artículo cuarto de la ley prevé como excepción el caso de que la medida encuadre en alguno de los supuestos del inciso segundo del mencionado artículo, es decir, que la misma se haya articulado en un proceso sumarísimo o en un juicio de amparo, casos en los que se contempla legalmente la posibilidad de resolver la cautelar planteada sin necesidad de dar intervención a la autoridad que resulte ser la demanda.

6.7.6. Vigencia temporal de la medida

A diferencia de lo regulado por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación respecto de las medidas cautelares, esta ley dicta que el juez deberá fijar un plazo de vigencia de la medida ordenada, el que no podrá ser mayor a seis meses o tres meses, según el procedimiento en el cual se articule la misma, plazo que a todas luces atenta contra el fin del instituto bajo estudio, en virtud de que es dable considerar que cuando un particular solicita una cautelar lo hace a fin de mantener indemne el derecho que estima vulnerado hasta el dictado de la sentencia que ponga fin a la cuestión planteada. Por lo que es de

notorio conocimiento que un proceso judicial conlleva un tiempo de duración mucho más amplio al contemplado en el artículo quinto [671].

El propio texto contempla la posibilidad de que, previa valoración de los requisitos de procedencia de las medidas cautelares, el juez pueda disponer la prórroga de la misma por un plazo que no podrá superar los seis o tres meses ya referenciados. Por su parte, corresponde hacer mención al supuesto especial que contempla la ley, relacionado con aquellos casos en que la parte hubiera articulado la tutela cautelar previo al agotamiento de la vía administrativa, supuesto ante el cual dispone el artículo quinto que una vez dictada, el plazo de vigencia se extenderá hasta la notificación del acto administrativo que agotase la vía. Cabe destacar también que el texto de la ley dispone expresamente que no será procedente establecer un plazo de vigencia temporal cuando se trate de los supuestos previstos en el inciso 2 del artículo segundo cuando "…se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria…".

7. Esquema elemental sobre las medidas cautelares contempladas en el CPCA de la Provincia de Buenos Aires. Fundamento normativo

Una vez dicho lo que antecede, no podemos dejar de brindar, al menos, un esquema muy elemental para en-

671 Vallefín, Carlos, *La protección cautelar frente al Estado. Continuidades y rupturas*, Ad-Hoc, 2024, recomendamos su lectura ya que analiza éste y otros temas vinculados a la constitucionalidad de las medidas dispuestas en la ley federal, a la luz del paso de 10 años de vigencia de la norma en análisis.

tender cómo está regulada esta suerte de pretensiones cautelares en el CCA, cuyo abanico en realidad es tan amplio que aparece como un paraguas de derechos cuya finalidad práctica es nada más -ni menos- que asegurar la eficacia de la sentencia que se dictará al concluir el proceso. Su fundamento normativo entonces contiene una raigambre tanto constitucional como convencional, con sustento en el debido proceso y el acceso a la Justicia (arts. 18 de la CN, 15 de nuestra CP; 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica).

7.1. Caracteres

Son instrumentales pues la decisión cautelar resulta tributaria de un proceso principal. No son un fin en sí mismo, están subordinadas a una sentencia posterior, cuya eficacia están llamadas a tutelar. También sumarias pues no se requiere certeza, sino que basta con la existencia de un cierto grado de probabilidad, acreditado tras un análisis "epidérmico" de la cuestión. Son provisionales porque tienen vigencia mientras persistan las circunstancias que motivaron su dictado, y necesariamente se extinguen con el dictado de una sentencia definitiva, firme y consentida. Y flexibles o mutables ya que pueden ampliarse sustituirse o modificarse, siempre que cumplan con la misma finalidad. Los presupuestos de procedencia están en el art. 22, inc. 1 y son los clásicos, como la verosimilitud en el derecho, que supone un juicio periférico o superficial sobre la existencia del derecho discutido. Es suficiente la comprobación de probabilidad o de apariencia del derecho. El juicio de certeza -propio de la sentencia de mérito- no es exigible a los efectos de decidir la procedencia de un despacho cautelar. Luego, el

peligro en la demora que exige la existencia de una posibilidad de sufrir un perjuicio inminente o la alteración de un derecho y finalmente que la medida no afecte gravemente el interés público (Ver CSJN, *Fallos*, 314:1202, "Astilleros Alianza").

La contracautela por su parte es un presupuesto de efectividad (Art. 24, CCA), pues por regla se exige la presentación de una caución que asegure a la otra parte el resarcimiento de los eventuales daños que le irrogue la medida indebidamente peticionada. Los órganos estatales están eximidos, ya que no prestan contracautela la Provincia, un municipio o un ente provincial o municipal. Cuando el actor deduce una pretensión en materia de empleo público o previsional, es suficiente la caución juratoria.

Ya nos hemos manifestado sobre las medidas autosatisfactivas más arriba (v. Fallo CSJN, Fallos, 320:1633 "Camacho Acosta"). En nuestro sistema provincial la oportunidad para solicitarlas, según el Art. 23.1, es tanto de modo anticipado, simultáneo o posterior a la demanda. En tal sentido resulta reactivo respecto del llamado Código Varela. Son anticipadas las del Art. 23 inc. 2, donde el CPCA las tolera bajo pena de caducidad. Caducan en los supuestos de una pretensión anulatoria, ya que deben ser interpuestas en el plazo de 30 días contados desde la notificación de la medida cautelar, en caso contrario lo hace de pleno derecho y no puede volver a solicitarse. Hay también una caducidad del plazo para demandar. Otorgada la medida cautelar, se acorta considerablemente el plazo para promover la demanda, si tomamos como parámetro el plazo genérico de 90 días previsto para su promoción en el proceso ordinario. El CPCA establece que la caducidad correrá a partir del día siguiente al de la notificación del acto que agote la vía administrativa.

7.2. Medidas que pueden solicitarse

Se aplica una supletoriedad del CPCC, Art. 22 inc. 2 CPCA, al determinar que es "Toda clase de medida". A diferencia de la regulación prevista en el Código Varela, el juez puede ordenar todas las medidas enunciadas en el CPCC. No hay más limitaciones. Las medidas cautelares de contenido positivo fueron una novedad y el CPCA las regula en el art. 22 inc. 3, ellas suponen la imposición de la realización de una determinada conducta a la demandada. Requieren un plus en relación con los presupuestos de procedencia, toda vez que se exige ponderar, además de los requisitos previstos en el inciso 1 (verosimilitud del derecho y peligro en la demora), "la urgencia comprometida en el caso y el perjuicio que la medida pudiera originar tanto a la demandada como a los terceros y al interés público". También puede solicitarse la suspensión de la ejecución de un acto administrativo -ello se encuentra en el Art. 25, CPCA- que constituyen las medidas clásicas del proceso contencioso administrativo. Además de los requisitos de procedencia del art. 22. inc. 1, el juez debe evaluar si la medida suspensiva tiende a evitar perjuicios irreversibles, aun cuando pudieren ser objeto de una indemnización posterior. El CPCA exige haber pedido la suspensión de los efectos del acto en sede administrativa y confiere a la Administración un plazo de 5 días para pronunciarse, vencido el cual, se considera que el planteo previo fue rechazado, la Cámara en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, tiene dicho que esta exigencia es un ritualismo inútil [672].

672 Ver fallos "Marín Construcciones S.A C/Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/pretensión anulatoria" y "Tucci Juan Carlos c/

Se adoptan inaudita parte, pero el juez tiene la potestad de solicitarle a la parte demandada que, previo a resolver, produzca un informe en un plazo no mayor de cinco días (Art. 23 inc.1, CPCA). En caso de resultar necesario, el juez puede adoptar, con el fin de evitar perjuicios irreparables, una medida precautelar, hasta que tenga a disposición el informe realizado por la demandada. Si bien el justificativo principal de las medidas precautelares es el peligro en la demora, deben verificarse los otros requisitos. La apelación, por su parte, se debe interponer dentro de un plazo de 5 días, fundado ante el juez de instancia (v. Art. 56 inc. 5° y art. 26). El efecto de la interposición es devolutivo y el levantamiento (art. 26) se puede dar en cualquier estado del proceso. La Provincia, el municipio, un ente provincial o municipal pueden pedir el levantamiento de la medida si consideran que se ve afectado gravemente el interés público. El CCA prevé que, previo a resolver, se le corra traslado a la parte actora. Si el juez decidiese dejar sin efecto la medida, declarará a cargo del peticionario la responsabilidad por los daños y perjuicios en el supuesto de que se hiciera lugar a la demanda [673].

Municipalidad de Lomas de Zamora s/Medida cautelar anticipada", entre otros.

673 Breve apéndice de jurisprudencia internacional:

Caso "Blake, Guatemala", sentencia del 24/I/1998, 16 CIDH: "El artículo 8.1 de la Convención Americana guarda relación directa con el artículo 25 en relación con el artículo 1.1, ambos de la misma, que asegura a toda persona un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados y para obtener una reparación por el daño sufrido. Como ha dicho esta Corte, el artículo 25 'constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino

7.3. Sentencia

En otra obra hemos analizado los recaudos de la sentencia en el proceso contencioso administrativo bonaerense [674].

---

del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención', toda vez que contribuye decisivamente a asegurar el acceso a la justicia".

Caso "MC 425/11 - X, Argentina" (el 18 de noviembre de 2011): la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de X, en Argentina. Se alegó que X habría sido víctima de ataques contra su vida e integridad por parte de agentes del Complejo Penitenciario Federal nro. 2 de Marcos Paz, donde se encontraba detenido. Como resultado de uno de esos ataques, habría debido ser internado en un hospital de Buenos Aires. La Comisión solicitó al Estado adoptar las medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad física de X, concertar las medidas a adoptarse con el beneficiario y su representante, e informar sobre las acciones a fin de investigar los hechos que dieron lugar a esta medida cautelar).

Caso "MC 114/13 - B, El Salvador": La solicitud de medidas cautelares señala que el Ministerio de Salud y el Comité del Hospital donde se encuentra internada "B" determinaron que padece de una serie de patologías, que su embarazo conlleva un alto riesgo de muerte para la madre, y que el feto es anencefálico. Los solicitantes manifestaron que, a pesar de haber requerido a las autoridades estatales, entre ellas la Corte Suprema de Justicia, que se le proporcionara el tratamiento recomendado por los médicos especialistas, no existe una respuesta final hasta la fecha. La CIDH otorgó medidas cautelares para proteger la vida, integridad personal y salud de "B". Específicamente, la Comisión Interamericana solicitó al Estado de El Salvador que adopte las medidas necesarias para implementar el tratamiento recomendado por el Comité Médico del Hospital, con el objetivo de salvaguardar la vida, integridad personal y salud de "B".

674 Tribiño, Guillermo C.-Villarreal, Lucio, en la ob. col. *Derecho Administrativo. Dominio estatal…*" de Botassi, Carlos A. (Dtor.), ob. cit., T. II, pág. 318 y sigts.

Sin perjuicio de remitir a lo allí expuesto, señalamos aquí que en cuanto a las formas de la sentencia no existe en la Constitución provincial ningún recaudo particular, debiéndose entonces seguir -en general- los recaudos previstos por el art. 163 del C.P.C.C.

Por lo demás, resulta evidente que las pautas establecidas por los arts. 168 y 171 de la Constitución provincial sobre los recaudos esenciales que deben seguir los decisorios también son de obligado seguimiento en el fuero contencioso administrativo [675].

Es del caso señalar que la infracción a tales reglas habilita -tanto en el fuero contencioso administrativo como en el resto de los órganos judiciales- la interposición por la parte interesada ya sea de un recurso de apelación ordinaria [676] o de un recurso extraordinario de nulidad [677] por ante la Suprema Corte. Y ello sin perjuicio de que, en casos extremos, la declaración de

675 El art. 168 de la Constitución provincial prevé que "los tribunales de justicia deberán resolver todas las cuestiones que le fueren sometidas por las partes, en la forma y plazos establecidos al efecto por las leyes procesales. Los jueces que integran los tribunales colegiados, deberán dar su voto en todas las cuestiones esenciales a decidir. Para que exista sentencia debe concurrir mayoría de opiniones acerca de cada una de ellas".

Por su lado, el art. 171 prescribe que "las sentencias que pronuncien los jueces y tribunales letrados, serán fundadas en el texto expreso de la ley; y a falta de éste, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso".

676 Conf. art. 55, inc. 4 del C.C.A.

677 Arts. 296 a 298 del C.P.C.C., de conformidad a la remisión efectuada por el art. 60, inc. 1 del C.C.A.

nulidad se efectúe incluso oficiosamente por los tribunales de alzada.

Sin embargo, lo más interesante en esta temática radica en que la propia Constitución, en su artículo 163 prevé que el cumplimiento voluntario de las sentencias recaídas en "*causas contencioso administrativas*" debe tener lugar en el plazo de 60 días.

En este orden de ideas, si bien podría predicarse que la fijación de tal lapso constituye un exceso reglamentario impropio de un constituyente -e, incluso, hoy día parece muy prolongado, si se lo compara con el lapso de cumplimiento fijado habitualmente por los tribunales para el cumplimiento de sus decisorios [678]- lo cierto es que resultó revolucionario para la época [679] incluir un precepto que en forma categórica establece no solamente un término preciso para que el Estado cumpla con una condena, sino que, además, determina su cumplimiento compulsivo, de conformidad con lo que explicaremos más adelante.

Con todo, el art. 63 inc. 1 del C.C.A. ha regulado la cuestión de una manera mucho más abierta, indicando que "cuando la sentencia haga lugar a la pretensión deducida contra la Provincia, un Municipio o un ente provincial o municipal, una vez consentida o ejecutoriada, el Juez la notificará a la parte vencida e intimará su cum-

678 Como dato de color, cabe resaltar que las leyes de presupuesto pretenden extender esta directiva constitucional -ceñida, como antes se vio, a los juicios contencioso administrativos- a cualquier condena judicial que recaiga contra el Estado provincial, municipal o entes descentralizados (ver, así, art. 70 de la ley 15.394).

679 Recuérdese que esta cláusula fue incorporada en el año 1889, cuando por ejemplo demandar al Estado Nacional resultaba una tarea titánica.

plimiento *dentro del término fijado en aquélla*" (el resaltado nos pertenece).

De tal modo, parece abrirse la posibilidad de que en determinadas controversias el magistrado pueda fijar otro lapso diferente -y, por hipótesis, más breve- para que se cumpla con lo ordenado [680], lo cual no pareciera contradecir el espíritu de la cláusula constitucional que, como surge del mismo contexto del citado art. 163, lo que ha querido fundamentalmente es otorgar una efectiva garantía a los ciudadanos de que sus derechos no quedarán en una mera declaración [681] y no otorgarle un beneficio al Estado.

Y ello sin perder de vista de que en sí mismo no parece irrazonable otorgarle al Estado -normalmente parte condenada en el fuero contencioso administrativo- un lapso prudencial para activar los mecanismos burocráticos tendientes a honrar la condena, por lo que compartimos lo señalado en un artículo especializado en punto a que, al menos como regla, si el juez contencioso hubiese fijado un plazo de cumplimiento distinto el mismo debe considerarse incluido en el de 60 días previsto en el artículo 163 de la Constitución [682].

---

680 V.g., en una cesación de una vía de hecho o en un amparo por mora.

681 Comparar con lo dispuesto por el art. 7 de la ley 3952 de demandas contra la Nación del año 1900, que señala que "las decisiones que se pronuncien en estos juicios cuando sean condenatorios contra la Nación, tendrán carácter meramente declaratorio, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretenda".

682 Villafañe, Homero M., *Ejecución de sentencias contra el Estado (con particular referencia al proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires)*, La Ley Buenos Aires, 2012, pág. 1 y sigts.

8. Recursos

Desde la perspectiva constitucional, el esquema recursivo en la materia contencioso administrativa no fue ajeno a la evolución histórica del fuero en la Provincia de Buenos Aires.

Basta remontarse al esquema tradicional de la Justicia administrativa caracterizado fundamentalmente por la expresión "juicio pleno" que, entre los principales significados que le fueron asignados, representaba al modelo en ese entonces establecido de única instancia judicial centralizada, exclusiva y excluyentemente en la Suprema Corte (cláusula 149 inc. 3 Constitución de 1934).

Como correlato de dicho esquema las vías recursivas, en ese entonces, eran más bien medios de impugnación [683] toda vez que el Código Varela contemplaba la aclaratoria, revisión y nulidad contra la sentencia, todas ellas interpuestas y resueltas por ante el mismo tribunal. Igualmente, el particular contaba con la posibilidad de acceder a la Corte nacional por vía del recurso extraordinario federal regulado en la ley 48.

La reforma constitucional de 1994 proporcionó las nuevas bases que conforman actualmente la estructura del fuero y, a través de los artículos 166, último párrafo y 215 de la Constitución de la Provincia, se habilitó al legislador a establecer la forma en que debía organizarse judicialmente el fuero contencioso administrativo provincial.

Por su parte, tanto el art. 15 de la Constitución provincial que prevé como norte la tutela judicial efectiva y la

683 Hitters, Juan M., "Medios de impugnación ordinarios en el nuevo Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires", SJA 3/11/2004; JA 2004-IV-1333.

Convención Americana de Derechos Humanos -de jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 22 de la CN- que dispone que "durante el curso del proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas (…) h) derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior" (art. 8°, inc. 2° ap. h), también fueron directrices a tener en cuenta por el legislador al momento de diseñar el "nuevo fuero".

En función del aludido mandato constitucional se sancionó la ley 12.008 que originariamente preveía doce tribunales colegiados regionales y un Tribunal de Casación en lo Contencioso Administrativo. En función de ello, contemplaba tres recursos ordinarios, la aclaratoria, reposición, nulidad para supuestos especiales y un recurso de casación más los recursos extraordinarios previstos en la Constitución de la Provincia.

La cuestión atinente a la organización del fuero llegó con la sanción de las leyes 12.074, 12.310 y 13.101 que le otorgaron su estructura definitiva mediante la creación de los juzgados unipersonales de primera instancia y las Cámaras de Apelación en lo Contencioso Administrativo, consagrando así la doble instancia ordinaria que, si bien presenta excepciones, indudablemente impactaría en el esquema recursivo.

De esta manera, el sistema de recursos vigente contempla, por un lado, los recursos ordinarios: a) aclaratoria (art. 52 CCA); b) reposición (art. 53 y 54, CCA); c) apelación (arts. 53, inc. 2, 55 a 59, CCA) y d) nulidad (art. 55 inc. 4 CCA) y, a su vez, admite la interposición de los recursos extraordinarios ante la SCBA (art. 60, inc. 1, CCA): a) de inconstitucionalidad (art. 161, inc. 1, Constitución de la Provincia de Buenos Aires); b) de inaplicabilidad de ley (art. 161, inc. 3, ap. a Constitución de la provincia de Buenos Aires y art. 60, incs. 2 y 3 del C.C.A.)

y c) de nulidad (art. 161, inc. 3, ap. b de la Constitución provincial) [684].

Además, para las vías procesales previstas en el C.C.A. resultan de aplicación supletoria las normas del C.P.C.C., por lo que, el diseño de los recursos previsto en el proceso contencioso administrativo se complementa con la aplicación supletoria del C.P.C.C. [685]. Tal es así, que incluso el recurso de queja por apelación denegada, sobre el cual el C.C.A. guarda silencio [686], se ha tornado aplicable al fuero contencioso con una remisión procedimental completa a las previsiones de este recurso establecidas en el C.P.C.C.

Lo expuesto demuestra, por un lado, que el sistema recursivo depende de la configuración que se le otorgue

---

684 Cassagne, Juan C.–Perrino, Pablo E., *El Nuevo proceso contencioso*…, ob. cit., pág. 409.

685 Por lo demás, cabe advertir que algunas pretensiones incluidas en el fuero contencioso administrativo deben seguir, por decisión del legislador, las previsiones del C.P.C.C. (así, la declarativa de certeza y la cesación de vía de hecho, conf. art. 12 inc. 4 y 21 del C.C.A.) lo cual naturalmente implicaría que al régimen recursivo se le aplicaran las previsiones de tal cuerpo normativo. Sin embargo, la Cámara Contencioso Administrativa de La Plata, acudiendo a una singular hermenéutica, estima que incluso en estos casos ha de seguirse el sistema del C.C.A. en una práctica que ha sido criticada por Safi, Leandro K., "Los recursos ordinarios en el proceso contencioso administrativo". EDA, [255] - (29/11/2013, Nro. 13.374).

686 Probablemente el legislador no contempló su regulación toda vez que el recurso de apelación no debía tener un control de admisión por parte del juez de grado. No obstante, la práctica demostró que en primera instancia suele presentarse un mínimo control recursivo, lo que en ocasiones ha dado lugar a la utilización del recurso de queja. Ver por todos, Safi, Leandro K., "Los recursos ordinarios…", ob. cit.

al fuero y, por el otro, que la Constitución provincial también deja establecido al legislador su diseño, sea acorde a una doble o única instancia.

Este último supuesto ha sido materia de debate, ya que fue descalificado en su constitucionalidad por la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativa de La Plata por entender que al eliminar la intervención de los juzgados de primera instancia se restringe la descentralización y, de ese modo, priva de la doble instancia a casos puntuales, transgrediendo así las bases de la Justicia administrativa contenidas en los arts. 15 y 166 de la Constitución provincial [687].

Empero, la Suprema Corte provincial reiteradamente se ha pronunciado sosteniendo que la doble instancia desde la perspectiva constitucional no resulta exigible en materia no penal y, por ende, es admisible que, como hoy sucede en la práctica, se tramiten juicios contenciosos de única instancia ordinaria [688].

9. Ejecución de la sentencia

Un aspecto muy destacable de la Constitución bonaerense radica en el terminante sistema diseñado para

687 La tesitura sostenida por dicho órgano puede verse *in extenso* en las Causa CCALP 1481 "Ribelli Juan José s/recurre denegatoria de inscripción (San Isidro)" res. 25-VI-2005; Causa CCALP 1362 "Giannino Domingo Pablo C/Colegio de Abogados de Bs. As. S/ Pretensión Anulatoria" res. 28-VI-2005.

688 Ver al respecto las causas SCBA A. 68.436, "G. c/Colegio de Abogados Buenos Aires", sent. 25-VIII-2010; A. 70.481 "Rendición de Cuentas correspondiente a la Municipalidad de Pilar – ejercicio 1993", Res. 15-V-2013; A. 69.346, "SCBA, A- 69.346, "Orbis Mertig" sent. 22-VIII-2012.

garantizar el efectivo acatamiento de las decisiones judiciales recaídas en materia contencioso-administrativa.

Así, el artículo 163 de la Carta Magna local -cuyos orígenes se remontan al texto adoptado en 1889, luego de un fructífero intercambio de opiniones de los convencionales [689]- establece que:

"La Suprema Corte de Justicia, al igual que los restantes tribunales, dispone de la fuerza pública necesaria para el cumplimiento de sus decisiones. En las causas contencioso-administrativas, aquélla, y los demás tribunales competentes estarán facultados para mandar a cumplir directamente sus sentencias por las autoridades o empleados correspondientes si el obligado no lo hiciere en el plazo de sesenta días de notificadas.

Los empleados o funcionarios a que alude este artículo serán responsables por el incumplimiento de las decisiones judiciales".

Atento el objetivo de este manual, no desarrollaremos en profundidad el trámite de la ejecución contemplado en el C.C.A., resultando suficiente con apuntar las grandes pautas en las cuales el codificador desarrolló las directivas del constituyente y, en particular, las previsiones que implican una innovación con referencia al régimen del Código Varela.

En primer lugar, se efectúa una distinción (obviamente ausente en el régimen anterior) entre los casos en los cuales el condenado es un ente estatal -en cuyo caso han de aplicarse las pautas específicas del C.C.A.- de aquellos

689 Ver, para ampliar, VILLAFAÑE, Homero M., *Ejecución de sentencias*…, ob. cit.

otros en los cuales el obligado resulta un particular o un ente no estatal, pues en esta última hipótesis han de seguirse las pautas del C.P.C.C. [690].

Por otro lado, si bien se prevé la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad personal de los funcionarios públicos en el art. 63 inc. 4 del C.C.A. -especificándose que la misma "será solidaria con la del ente u órgano respectivo y abarcará todos los daños que ocasione su irregular actuación"- lo cierto es que tal herramienta [691] aparece un tanto desdibujada en comparación con el sistema implementado por el Código Varela, en el cual se hacía particular foco, y de manera extraordinariamente detallada, en los empleados y funcionarios concretos que tenían que hacer efectiva la condena y cuáles eran las graves consecuencias que aparejaba su eventual resistencia a ejecutar la manda [692].

Ello así, vale la pena remarcar dos modificaciones que estimamos superadoras en el nuevo régimen procesal y que vienen a subsanar en buena medida las dificultades más importantes que contenía el Código Varela en el trámite de ejecución de la sentencia.

---

690 Conf. art. 63 inc. 1 y 66 del C.C.A. En el caso de condena contra particulares o ente no estatales la ejecución de la sentencia normalmente comenzará con la traba de un embargo (conf. art. 500 y sigts. del C.P.C.C.).

691 Que era una ingeniosa manera que el constituyente incorporó en orden a garantizar el cumplimiento de los mandatos judiciales y que representa un ejemplo concreto del principio republicano de gobierno declamado por el art. 1 de la Constitución provincial, en línea con lo establecido en diversos preceptos de la Constitución Nacional.

692 Arts. 83 y siguientes del Código Varela. Ver, para ampliar, Villafañe, Homero M., *Ejecución de sentencias*…, ob. cit.

Nos referimos, en primer término, a la concluyente definición de que en ningún caso los actos administrativos dictados por los entes estatales a raíz de lo resuelto en una causa contencioso administrativa darán lugar a un nuevo juicio -tal como con relativa frecuencia ocurría anteriormente, dilatándose injustificadamente la conclusión del pleito- estableciéndose que, en su caso, la impugnación habrá de realizarse en el propio trámite de ejecución de sentencia [693].

Asimismo, y en lo que se refiere a los pedidos de suspensión/transformación de condena, el art. 65 del C.C.A ahora atribuye la decisión de tales requerimientos a la prudencia del magistrado -previo traslado a la parte actora- lo cual constituye un esquema mucho más racional que el instaurado por el Código Varela, en el cual se le acordaba efectos prácticamente vinculantes para la Suprema Corte al pedido de suspensión de ejecución formulado por la representación fiscal [694].

En suma, el diseño de ejecución de sentencias de la Provincia de Buenos Aires resulta muy garantista de los derechos de los ciudadanos, en particular si se lo compara con el amañado régimen que debe seguirse en el ámbito federal -que constituye una verdadera carre-

693 Conf. art. 64 del C.C.A. que resulta manifiestamente reactivo a lo establecido en el art. 92 del Código Varela.

694 En efecto, el art. 80 del Código Varela establecía que "cuando la autoridad administrativa, vencida en el juicio, considerase necesaria la suspensión de la ejecución de la sentencia, lo comunicará así a la Suprema Corte dentro de los cinco días después de recibida la copia del fallo, con declaración de estar dispuesta a indemnizar los perjuicios que causare la suspensión; en cuyo caso, la misma Suprema Corte estimará la indemnización y previos los informes que creyese necesarios".

ra de obstáculos- a efectos de hacer efectiva una condena [695].

A fin de no atosigar al lector, dejamos fuera del estudio las peripecias vinculadas con las ejecuciones de sentencia en épocas de emergencia, cuyo análisis se ha efectuado con precisión en otra obra de esta cátedra [696].

10. El rol del amparo como garantía constitucional

10.1. Antecedentes

Se desarrolló pretorianamente en nuestro sistema en los casos "Siri" y "Kot" [697], dando origen a un poderoso

695 Así, Pablo Perrino señala que "lamentablemente, la historia y, en particular, la experiencia de la última década, demuestran la existencia de graves dificultades y la existencia de verdaderos privilegios del Estado en la etapa de ejecución de los mandatos judiciales, que violentan los principios constitucionales antes indicados. De ahí que podamos afirmar que la ejecución de las sentencias contra las autoridades públicas constituye uno de los aspectos más espinosos del sistema de control judicial de la actuación estatal" ("Ejecución de sentencias contra el Estado nacional", RDA 2014-91, 223 - TR LALEY AP/DOC/2993/2013). Ver, también con comentarios elogiosos al régimen provincial, Botassi, Carlos A., "Ejecución de sentencias contra el Estado en el nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires", La Ley 2000-E, pág. 1116 y sigts.

696 Villafañe, Homero M. en la ob. col. *Derecho Administrativo. Dominio estatal*…cit., T. II, pág. 379 y sigts.

697 Ver los arts. 75 inc. 22 de la CN y 15 de la Constitución provincial, junto a la doctrina de los conocidos fallos de la CSJN, "Siri, Ángel" *Fallos*, 239:459 (1957) y "Kot, Samuel SRL", *Fallos*, 241:291 (1958).

instrumento para la defensa de las libertades constitucionales, quedando delimitado de modo claro y preciso, tanto contra los actos del Estado, como de los particulares.

La acción de amparo, es una vía sumarísima prevista por el ordenamiento jurídico con la finalidad de garantizar derechos vulnerados de raigambre constitucional. Es una garantía o remedio constitucional que, como procedimiento rápido o expedito, resguarda el pleno goce y ejercicio de los derechos constitucionales, dentro del principio de tutela judicial continua y efectiva, consagrado tanto en la Constitución Nacional, como en la provincial.

10.2. Regulación nacional

Posteriormente en el ámbito nacional se dictó Ley de facto 16.986, del año 1966. Dio comienzo a la etapa legislativa de esta acción, con la incorporación de una regulación ciertamente limitativa en cuanto a las condiciones de procedencia. No obstante, y aun luego de la reforma constitucional del año 1994, el texto de la ley se mantiene inalterado, cuestión que bien podría revelar que el desinterés del legislador se afinca en la operatividad del texto constitucional y en el innegable origen pretoriano de esta garantía.

Por supuesto que la evolución doctrinaria y jurisprudencial han ido superando las restricciones impuestas a la procedencia de la acción.

10.2.1. Reforma constitucional e incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos

Nuestra Constitución Nacional, reformada en el año 1994, consagra a la acción de amparo en los nuevos De-

rechos y Garantías, reconociéndole rango constitucional.

La acción de amparo está destinada a la protección de los derechos individuales y colectivos. Respecto de los derechos de incidencia colectiva, el art. 43 de la Constitución Nacional reconoce legitimación al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines.

La reforma constitucional implicó un avance significativo en ciertos aspectos de esta garantía.

10.2.2. Incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos

Conforme al art. 75 inc. 22 de la CN, esta categoría de normas goza de jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia. La Corte Federal sostiene que dada la jerarquía constitucional que tienen los instrumentos internacionales de aplicación en la especie, dicho cuerpo no es otro que el "bloque de constitucionalidad federal", comprensivo de aquellos y de la Constitución Nacional (*Fallos*, 329:3034, "Dieser"). De esa vastedad de instrumentos, destacan dos disposiciones que implican una directa vinculación con la acción de amparo que son los arts. 8 inc. 1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

10.3. Regulación en la Provincia de Buenos Aires

La primera regulación legislativa data del año 1965, anterior a la ya citada 16.986. Se trata de la ley 7166 que, en su redacción original, incluía entre las conductas susceptibles de ser enjuiciadas por la vía del amparo a todo acto u omisión de los órganos o agentes de la Administración Pública o de particulares. Fue una norma

que reguló el trámite de la acción de amparo por más de 40 años, hasta la entrada en vigencia del actual régimen establecido por la Ley 13.928 y su modif. Ley 14.192, que derogó la antigua regulación e intentó adecuar la regulación procesal en sintonía con el art 20 in. 2 de la Constitución provincial.

10.3.1. Juez competente en la Provincia de Buenos Aires. Acordadas de la SCBA

Conforme al actual sistema normativo de la acción de amparo en la Provincia de Buenos Aires, "cualquier juez" (art. 20.inc. 2) "de primera instancia" (art. 3 de la Ley 13.928, igual que el anterior art. 4 de la Ley 7166), se halla habilitado para conocer y decidir en el ámbito de la acción de amparo.

En ese marco, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, con la Resolución SCBA Nº 1358/06 y su modificatoria N° 1794/06 [698], instrumentó el ingreso y asignación de los amparos deducidos ante la Justicia provincial, determinando que los mismos serán sorteados entre todos los órganos de primera instancia de todos los fueros.

Es decir que, a diferencia de otras regulaciones, donde rige la asignación de competencia material, en la Provincia de Buenos Aires una vez iniciada la acción ante la Receptoría de Expedientes, se realizará un sorteo que incluye a todos los órganos de primera instancia, con lo que cualquier juez de cualquier fuero podrá conocer y decidir en el ámbito de la acción de amparo.

698 Luego de la sanción de la nueva normativa de amparo provincial, la SCBA mantuvo esas medidas a través de la Resol. 957/09.

Este sistema ha recibido algunas críticas, dado que si bien es cierto que todos los jueces deben conocer el derecho sustancial comprometido (constitucional), la solución resulta incongruente con la asignación de la Cámara en lo Contencioso Administrativo correspondiente a la jurisdicción donde tramitara la acción, como único órgano de Alzada cuando la acción se dirija contra acciones u omisiones del Estado en general. Es decir que se fija una pluralidad de fueros en primera instancia, pero una concentración en el trámite de apelación [699].

10.3.2. Presupuestos de la acción en la Provincia de Buenos Aires

La lesión o afectación al derecho debe ser actual o de inminente concreción al tiempo de entablar la demanda, dado que la mera eventualidad de un daño, el agravio meramente conjetural o hipotético, no bastan para reconocer la procedencia de la vía del amparo.

La ilegalidad o arbitrariedad de la conducta deben surgir de modo manifiesto y en forma clara e inequívoca, dado que, si para la resolución del caso se requiere de un largo y profundo estudio de los hechos, o de un amplio debate y prueba, la vía del amparo no será procedente, toda vez que se trata de un proceso sumarísimo, donde el debate y las pruebas son acotadas. En tal caso, existirán acciones judiciales ordinarias que resultarán las vías más idóneas.

A diferencia del sistema procesal nacional, en la Provincia de Buenos Aires existe una regulación procesal específica en la materia contencioso administrativa (CCA), circunstancia que bien puede generar la existencia de

699 Ver el Art. 17 bis (incorporado por ley 14.192).

vías judiciales más idóneas que el amparo, máxime teniendo en cuenta la asignación de competencia a cualquier juez de cualquier Fuero, según la regulación actual del instituto.

Es importante destacar que la interposición de la acción de amparo, en esta Provincia, debe efectuarse dentro de los 30 días hábiles judiciales, contados desde que el afectado haya tomado conocimiento del acto u omisión lesivo. Dicho plazo de caducidad no será interrumpido por intimaciones particulares o presentaciones en sede administrativa. Sin embargo, se reconoce también la teoría del daño continuado o periódico, además la jurisprudencia delinea que estas cuestiones deben ser interpretadas y resueltas con criterio restrictivo y, en caso de duda, estarse a favor de la apertura de esa vía. Ello es así, dada la amplitud de miras con que deben examinarse las cuestiones formales en el ámbito de cualquier proceso y, en particular, en el de la garantía de amparo, elevada a rango constitucional en 1994 sin otra limitación que la señalada en el segundo párrafo del inc. 2 del art. 20 de la Constitución de la Provincia.

Derecho Administrativo II Cátedra 2

Profesora Titular

Milanta, Claudia Angélica Matilde

Profesores Adjuntos

Richero, María Julia
Villafañe, Homero
Leal, Irina Amelia
Deferrari, Sebastián

Auxiliares Docentes

Bayón, Ariel Gustavo
Rizzi, Guillermo Fabián
Tribiño, Guillermo Carlos
Grossi, Melina Inés

Adscriptos y colaboradores

Celis Romero, Jéssica Romina
Garbuz Montenegro, Pablo
Gallo, Juan Manuel
Kinter, Enrique
Peluso, Natalia Mariel
Vargas, Jonatan Cristian
Villarreal, Lucio
Zaidman, Brenda

Autores

Directora

Milanta, Claudia Angélica Matilde

Abogada. Docente Universitaria de Derecho Administrativo (UNLP). Profesora Titular de Derecho Administrativo II, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Docente de las carreras de postgrado Especialización en Derecho Administrativo y Abogados del Estado (UNLP) y de la Especialización en esa materia Facultad de Derecho (UBA) bajo la Dirección de la Dra. María Graciela Reiriz. Jueza de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de La Plata desde el 2004.

Coordinadora

Richero, María Julia

Abogada (UNLP), Especialista en Derecho Administrativo (UNLP). Profesora Adjunta Ordinaria de Derecho Administrativo II, Cátedra 2 de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Profesora Titular de la asignatura Derecho Administrativo II, Cátedra 1, en la Universidad Católica de La Plata (UCALP). Profesora Adjunta de la asignatura Derecho Administrativo II en la Universidad del Este (UDE). Profesora de Posgrado en la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo y en la Carrera de Especialización en Abogados del Estado de la UNLP,

Secretaria de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la UNLP. Secretaria del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Nº 3 del Departamento Judicial La Plata. Autora de diversos trabajos sobre la especialidad.

Autores

Bayón, Ariel Gustavo

Abogado, Procurador y Escribano por la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Especialista en Derecho Administrativo Económico (Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires") y en Derecho Administrativo Municipal (Escuela de Abogados de la Administración Pública Provincial de la Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires). Designado por concurso de oposición y antecedentes como auxiliar docente en la Cátedra N° 2 de la materia Derecho Administrativo II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Convocado, en diversas oportunidades, como Docente por la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación y por la Escuela de Abogacía de la Administración Pública Provincial de la Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. Actualmente, se desempeña como Relator en la Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata.

Celis Romero, Jéssica Romina

Abogada (UNLP). Colaboradora en la asignatura Derecho Administrativo II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

Deferrari, Sebastián

Abogado, Especialista en Derecho Administrativo; Relator de la Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires; Profesor adjunto de Derecho Administrativo I en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de La Plata (UCALP); Docente de la cátedra II de Derecho Administrativo II de la Facultad de Ciencias

Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP); Docente del Instituto Provincial de la Administración Pública (IPAP) y de la Especialización en Derecho Administrativo Municipal de la Escuela de Abogados de la Administración Pública Provincial.

Gallo, Juan Manuel

Abogado egresado Universidad Austral. Magister en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Diplomado en relaciones laborales por la Universidad Austral. Jefe de Departamento en la Subsecretaria contencioso administrativo I de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires. Adscripto a la cátedra II de Derecho Administrativo II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Docente adjunto e investigador en la Universidad del Este (UDE).

Garbuz Montenegro, Pablo

Abogado, por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. (UNLP). Maestrando en la Maestría de Derecho Administrativo y Administración Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Adscripto en la Comisión 8 de la Cátedra II de la materia Derecho Administrativo II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Actualmente se desempeña como Director de Proyección Normativa del Ministerio de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires y en el ejercicio de la profesión liberal del Derecho.

Grossi, Melina Inés

Abogada, egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Cursó la especialización en Derecho Administrativo de dicha Alta Casa de estudios

(totalidad de las materias aprobadas, tesina en proceso de elaboración). Adscripta de la asignatura Derecho Administrativo II de la UNLP desde el año 2012, ocupando en la actualidad el cargo de Auxiliar Docente de Primera Categoría. Docente adjunta de Derecho Administrativo II, tanto en la Universidad del Este (UDE), como en la Universidad Católica de La Plata (UCALP). Docente de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Auxiliar letrada con funciones de relatora de vocalía en la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata.

Kinter, Enrique

Procurador, Abogado y Escribano; egresado de la UNLP; coautor del Capítulo VI del Libro de Catedra de Derecho Administrativo II dirigido por Carlos Botassi y coordinado por Pablo Cabral, que se publicara por editorial Edulp, 1ra ed., año 2017; docente de Derecho Administrativo en la Catedra II de la UNLP; autor de diversos trabajos de investigación; ejerce la profesión de abogado de forma independiente

Leal, Irina Amelia

Abogada. Título expedido por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Profesora Adjunta en la asignatura Derecho Administrativo II, Cátedra II, Comisión 6. exprofesora Adjunta en el Centro Universitario Regional Junín (UNLP). Docente Universitario. Título expedido por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de UNLP, en virtud de haber cursado y aprobado la Carrera Docente Universitaria. Exasesora de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires. Subdirectora de Cooperación Internacional de la FCJyS UNLP y especializando en Derecho Ambiental.

Peluso, Natalia Mariel

Abogada (UNLP). Especialista en Derecho Administrativo Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina, con sede en La Plata. (UCALP). Auxiliar Letrada del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 4 del Departamento Judicial La Plata.

Rizzi, Guillermo Fabián

Abogado y Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Nacional de La Plata. Docente de grado y posgrado en la Universidad Nacional de La Plata; posgrado en la Universidad Católica Argentina de La Plata y grado en la Universidad del Este de La Plata. Docente invitado de posgrado en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Andina Simón Bolívar, con sede en Quito, Ecuador. Funcionario de la Suprema Corte de Justicia de Bs. As. Ha sido disertante en Argentina, México, Ecuador e Italia sobre temas de Derecho Público y ha escrito varios artículos en libros y revistas especializadas de Argentina y México. Es Secretario de Extensión del Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Bs. As. y Secretario de la Asociación Ítalo Argentina de Profesores de Derecho Administrativo.

Tribiño, Guillermo Carlos

Abogado, egresado de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP) en el año 2003, distinguido con el premio "Joaquín V. González" por haber sido uno de los mejores promedios de tal promoción. Es funcionario de la Suprema Corte de Justicia desde el año 2011, desempeñándose actualmente como Relator Letrado de la Dra. Hilda Kogan. Es profesor de grado de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP), en la asignatura "Administrativo II", y

de postgrado en la Especialización de Derecho Administrativo de la Universidad Católica de La Plata, (UCALP) en la asignatura "Procedimientos Administrativos Generales y Especiales". Es autor de diversos trabajos doctrinarios vinculados con el procedimiento administrativo y el proceso contencioso administrativo

Vargas, Jonatan Cristian

Abogado (UNLP). Curso la Especialización en Asesoramiento Jurídico del Estado en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (E.C.A.E). Abogado dictaminante del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. Se desempeñó como Asesor Jurídico del Secretario de Gestión y Articulación Institucional de la Nación. Coordinador de Programas Sociales. Se desempeña como Abogado de la matricula desde 2013. Docente titular del Curso de Secretariado Jurídico y Notarial en Eddis Educativa (dependiente de la Universidad de Flores). Docente adscripto en la cátedra 2 de Derecho Administrativo II de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UNLP.

Villafañe, Homero Miguel

Abogado. Especialista en Derecho Administrativo, por la UNLP. Profesor Adjunto Ordinario de la asignatura Derecho Administrativo II. Cátedra II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Profesor de postgrado en las especializaciones en Derecho Administrativo y Abogados del Estado, así como en la Maestría en Derecho Procesal, todas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP; en la especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCALP y en la especialización en Derecho Procesal de la Universidad Notarial Argentina. Relator Letrado del Dr. Daniel F. Soria, Ministro de la Suprema Corte de

Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Autor de diversos trabajos sobre la especialidad.

Villarreal, Lucio

Abogado (UNLP). Obtuvo la distinción "Dr. Joaquín V. González", otorgada a los mejores promedios de dicha Alta Casa de estudios en el año 2015. Adscripto a la docencia en la asignatura Derecho Administrativo II - Cátedra 2, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Profesor Adjunto de la asignatura Derecho Internacional Privado en la Universidad Católica de La Plata (UCALP) y en la Universidad del Este (UDE) de La Plata. Actualmente se desempeña como Relator en la Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata.

Zaidman, Brenda

Abogada (UNLP). Candidata a especialista en Derecho Administrativo y maestranda en Derechos Humanos de dicha Alta Casa de estudios. Auxiliar Letrada del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Nº 4 del Departamento Judicial La Plata. Docente Adscripta en la Comisión 5 de Derecho Administrativo II en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP).

Diseño de tapa: Dirección de Comunicación Visual de la UNLP

Universidad Nacional de La Plata – Editorial de la Universidad de La Plata
48 N.º 551-599 / La Plata B1900AMX / Buenos Aires, Argentina
+54 221 644 7150
edulp.editorial@gmail.com
www.editorial.unlp.edu.ar

Edulp integra la Red de Editoriales Universitarias Nacionales (REUN)

© 2024 - Edulp

S
sociales

edulp
EDITORIAL DE LA UNLP

UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE LA PLATA