



Revista de Derecho Administrativo

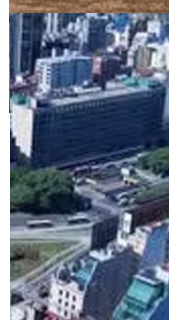
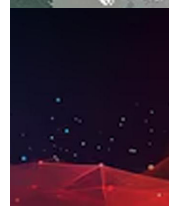
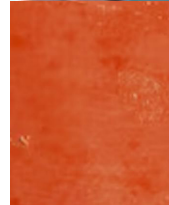
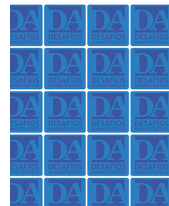
Año 00 - Revista N° 00



“Dignidad Humana y derecho público”

► Editorial por Matías Pedro Manuel Forés

"Desafíos Administrativos"





Editorial

Por Matías Pedro Manuel Forés (*)

Av. López Torres 5.538
(3.300) Posadas - Misiones
Tel: 0054 376 447 1188
apicofom.gerencia@gmail.com
www.apicofom.com.ar



“Desafíos Administrativos” nace con el objetivo de convertirse en un espacio de reflexión y análisis para todos aquellos a los que les interese el Derecho Administrativo. En este primer número, queremos destacar la colaboración desinteresada de los autores que posibilitan el lanzamiento de este primer número, quienes han compartido sus conocimientos y experiencias para enriquecer este proyecto. Agradecemos a cada uno de ellos por su valiosa contribución, que nos permite presentar una variedad de perspectivas y enfoques sobre temas relevantes en el ámbito del Derecho Administrativo.

En este número, abordamos temas como la Dignidad Humana y Derecho Público, La desconfiguración del derecho administrativo por la globalización y la tecnociencia, Las medidas cautelares en el Código procesal Administrativo de Corrientes y las personas vulnerables, Neuroderechos & Neurotecnología, particularidades del acceso a la revisión judicial de la actividad administrativa de las universidades nacionales, Breves reflexiones (a propósito de la interposición de recurso de apelación del art. 32 de la ley 24521), “Pérdida de legitimidad en las instituciones democráticas. La transparencia, el acceso a la información y el uso de tecnología en clave de una correcta gestión pública”, “El principio general de la responsabilidad del concesionario de servicios públicos por los daños a los usuarios” (Nota al fallo flores, pedro rolando c/ tufesa y otros/daños y perjuicios”, csjn 7/11/2023), Nulidad del Acto estable por Conocimiento del Vicio, tratamiento normativo en el nordeste. Referencia del procedimiento chaqueño. La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y su equiparación al resto de las provincias argentinas. Cada artículo ofrece una visión única y profunda sobre estos temas, y esperamos que sean de gran interés para nuestros lectores.

Queremos destacar que “Desafíos Administrativos” es un proyecto sin fines de lucro, que busca promover el conocimiento y la discusión en el ámbito del Derecho Administrativo. Además, este proyecto se complementa con nuestro canal de YouTube, donde ofrecemos contenido adicional y debates en video sobre temas relacionados con el Derecho Administrativo.

Agradecemos el apoyo de todos aquellos que han hecho posible este primer número, y esperamos contar con su colaboración en el futuro. Anhelamos que disfruten de este primer número, y que se unan a nosotros en este desafío de promover el conocimiento y la excelencia en el Derecho Administrativo.

Atentamente,

MATIAS PEDRO MANUEL FORES

(*) Editor en jefe “Desafíos Administrativos”



www.revistaDA.com.ar

revistadesafioadministrativo@gmail.com

Cel.: 376 4 252882



@revista desafios administrativo



@revista desafios administrativo



@revista desafios administrativo



@revista desafios administrativo

Sumario

- Dignidad Humana y Derecho Público. Anotaciones Históricas.
Argentina 2024 por Dr. Jaime R. Arana 5
- La desconfiguración del derecho administrativo por la
globalización y la tecnociencia por Dra. María José Rodríguez.... 17
- Las medidas cautelares en el CPA de Corrientes y las personas
vulnerables por Dr. Rey Vázquez 24
- NEURODERECHOS & NEUROTECNOLOGIA por Dr. Rubén Flores
Dapkevicius 33
- Particularidades del acceso a la revisión judicial de la actividad
administrativa de las universidades nacionales. Breves reflexiones
por la Mgter. Margarita I. Correa de Payes 48
- Pérdida de legitimidad de las instituciones políticas por Dr.
Maximiliano A. Tavarone 53
- El principio general de la responsabilidad del concesionario
de servicios públicos por los daños a los usuarios por Dra. Ana
Salvatelli. 60
- Nulidad del Acto estable por Conocimiento del Vicio por
Dr. Gustavo Santiago Leguizamon 73
- La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y su equiparación al
resto de las provincias argentinas por Dr. Gabriel M. Astarloa 82



Staff

Dirección editorial

- Editor en jefe:
MATIAS PEDRO MANUEL FORES
- Subeditor:
JOSE MANUEL DE LA IGLESIA
- Coordinador de secciones:
LUCIANA ANDREA GONZALEZ
MARTINEZ

Dirección de contenidos:

- Jefe de contenidos:
JUAN MARCO ANTONIO FORES

Dirección de diseño

- Director de arte:
JOSE LUIS PREVOSTI

Dirección de producción:

- Jefe de producción
ALEJANDRO IGNACIO FERNANDEZ

Dirección de marketing y promoción:

- Jefe de marketing
WILTON NICOLAS KURRLE

Dirección de administración:

- Jefe de administración
GRACIELA ROSSANA LUTY CASTRO

Dirección de innovación y desarrollo:

- Jefe de innovación y desarrollo
ANASOL BENITEZ WOZNIAK

Los entrevistados, y los autores de las notas, son responsables por los conceptos y opiniones vertidos. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido de esta producción, con la obligación de citar la fuente. Registro de la propiedad intelectual en trámite.



www.revistaDA.com.ar

revistadesafioadministrativo@gmail.com

Cel.: 376 4 252882



@revista desafios administrativo



@revista desafios administrativo



@revista desafios administrativo



@revista desafios administrativo

DIGNIDAD HUMANA Y DERECHO PÚBLICO (Anotaciones históricas)

INDICE

- I. INTRODUCCIÓN
- II. PRIMEROS ANTECEDENTES
- III. UN CAMINO ARDUO
- IV. ESPECIAL REFERENCIA AL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1873
- V. LA DIGNIDAD HUMANA EN EL SIGLO XX
- VI. LA DIGNIDAD HUMANA EN LA JURISPRUDENCIA
- VII. BREVE ANOTACIÓN FILOSÓFICA
- VIII. REFLEXIÓN FINAL

I. INTRODUCCIÓN

La consolidación de la dignidad humana como categoría de las categorías jurídicas es el resultado de un largo proceso histórico en el que poco a poco la persona humana ha ido adquiriendo un papel central en el conjunto de las ciencias sociales. Es verdad que en este periplo encontramos momentos estelares y momentos oscuros, momentos relevantes y momentos para el olvido. Hoy, por ejemplo, en 2024, en medio de una crisis general aguda, se constata que, efectivamente, la centralidad de la dignidad humana no pasa por sus mejores horas.

En un Estado social y democrático digno de tal nombre, hoy afortunadamente el modelo de Estado predominante en el mundo, la dignidad humana, tal y como vamos a exponer seguidamente, es el punto de partida para que las ciencias sociales alcancen los objetivos encomendados y especialmente es la base firme desde la que se puede contribuir a la mejora real y efectiva de las condiciones de vida de las personas. Es un punto de no retorno, un minimum del que

no se puede retroceder, una posición de partida que ha costado lograr. Y también el punto de llegada, pues si al final el Derecho, el Derecho Administrativo, no es un Ordenamiento de realización de la dignidad humana y de los derechos fundamentales de ella derivados, sencillamente, no nos sirve porque o expresa la justicia en cada caso o sencillamente, como acontece en tantas latitudes, acaba siendo el camino elegido por el poder político o financiero para sus operaciones y manejos.

En tiempos pretéritos, la dignidad era una cualidad que se concedía a una minoría, a un colectivo privilegiado de personas que con el paso del tiempo va proyectándose a más personas hasta llegar a vincularse nada más y nada menos con el disfrute de los derechos humanos, de los derechos fundamentales de la persona⁽¹⁾. Así es porque la dignidad humana es la fuente, la causa, de la existencia de estos derechos que por esencia son inviolables, inherentes a la condición humana. Hoy, entre los derechos humanos hay derechos individuales y, también, por mor de la relevancia de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, derechos sociales, como puede ser el derecho a la protección social o a un medio ambiente adecuado.

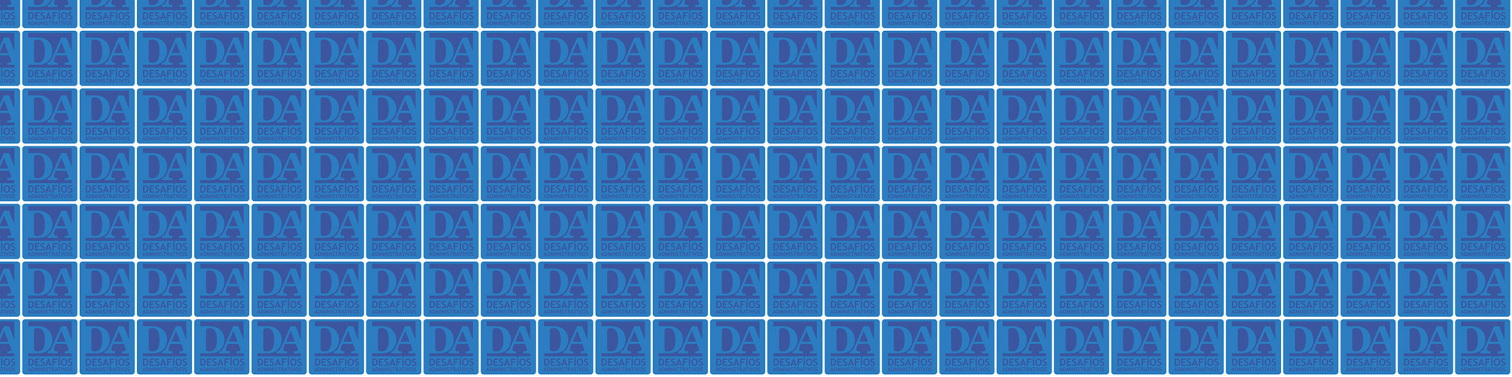
II. PRIMEROS ANTECEDENTES

En la Antigüedad la dignidad solía considerarse como un honor, como un privilegio especial que solo ciertas personas podían merecer. El término dignidad como recuerda Bustamante Alarcón viene de Grecia siendo traducido por los latinos como dig-

1- A. OEHLING DE LOS REYES, *La dignidad de la persona*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 21

2- R. BUSTAMANTE ALARCÓN, *La idea de persona y dignidad humana*, Dykinson, Madrid, 2018, p.38

3- R. VON IHERING, *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, Comares, Granada, 1998, pp. 511-512



nitas en referencia al rango, al cargo⁽²⁾. En efecto, en Roma, la dignidad se entendía como un cargo público que distinguía a una persona que disponía de una situación, de un estatus jurídico determinado.

También en Roma, el par “dignitas et excellentia” ponía de relieve un especial valor fundado en un comportamiento virtuoso y, como señalara Ihering, derivaba de una especial posición jurídica que daba lugar a una suerte de inmunidad y de inviolabilidad de los derechos adquiridos⁽³⁾. En todo caso, no podemos olvidar que en esta época el esclavo, aunque seguía considerándose una cosa se empezó a entrever su naturaleza humana. Es verdad que la dignitas atribuía un determinado poder a quien la ostentaba. A la vez, implicaba un deber de comportarse de acuerdo al honor que implicaba, que era mayor en función de la magnitud del cargo o rango recibido.

Durante la Edad Media, pasamos de una consideración de la dignidad, siempre desde la perspectiva formal, entendida como título personal, grado o reputación del individuo, a un concepto vinculado a la categoría de una persona determinada, hereditaria ordinariamente, de acuerdo con su posición en la sociedad. Esta idea de la dignidad como título, cargo o rango honorífico, laico o eclesiástico, aparece, como señala Oehling en los textos de la Alta Y Baja Edad Media y ha llegado hasta nuestros días⁽⁴⁾.

En efecto, tal conceptualización, eminentemente formalista, era consecuencia automática de la pertenencia a determinadas posiciones sociales. Así, las distintas dignidades existentes por entonces, además de transmisibles hereditariamente, se acompañaban de una serie de privilegios y prerrogativas, de inmunidades que eran objeto de protección jurídica. Por ejemplo, en las Siete Partidas encontramos enumerados diferentes cargos en función de la distinta posición social. El mismo esquema se halla en un Decreto de Alfonso IX a las Cortes de Aragón de 1188 o en la Carta Magna

Inglesa de 1215.

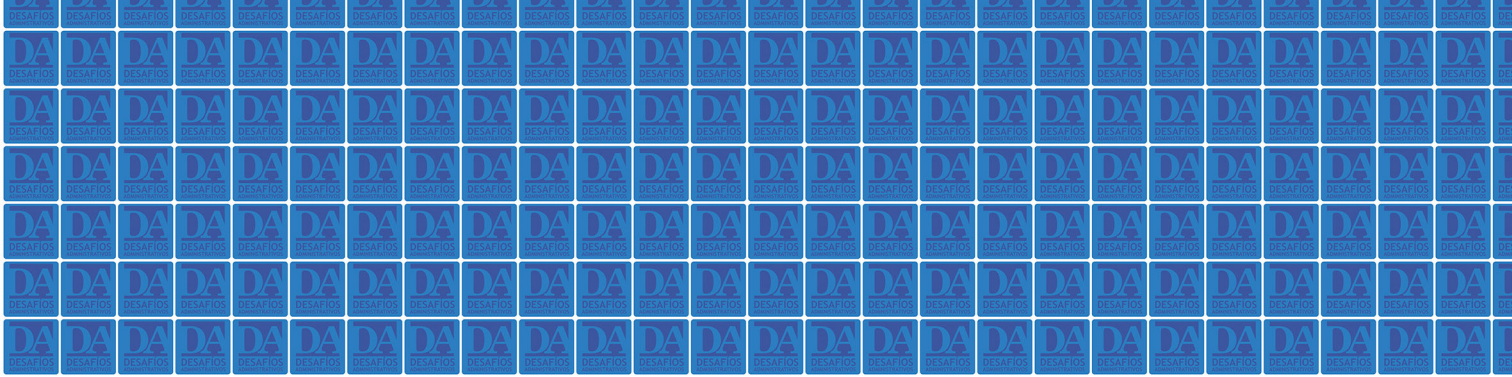
En este tiempo, cada oficio tenía adjunta su dignidad y tal noción estaba perfectamente vinculada a la existencia de cargos concretos. Excepcionalmente, encontramos, señala Oehling, textos en los que la dignidad, más allá de su concepción eminentemente formalista, se refería a la persona en general, al margen de su pertenencia a tal o cual posición social. En este sentido, el Código de Tortosa definió al ser humano como lo más digno de este mundo, por encima de todas las cosas. En el mismo sentido, el Libro de los Castigos del Rey Sancho, de 1292, señala que el hombre es la más noble criatura que hay sobre el cielo. Expresiones, es verdad, que reflejan la naturaleza y sentido de la dignidad humana perfectamente. El problema es que tales formulaciones no lograron tener eficacia en el mundo institucional quedando relegada la dignidad a esa manifestación formal derivada de la pertenencia del individuo a tal o cual posición en la estructura social. ⁽⁵⁾

El Renacimiento coloca al ser humano en el centro del universo. Para ello es menester reconocer que tal posición se deriva de su especial significado y protagonismo. El cristianismo, por su parte, propicia un nuevo humanismo que, en el marco de la emergencia de las ciudades, conduce a una visión que amplía sustancialmente la perspectiva formalista y estática propia de la Edad Media. Autores como Erasmo, Moro, Manetti, Della Mirándola o Pérez Oliva traen consigo una dimensión nueva del ser humano. Un hombre, una mujer, que, creado a imagen y semejanza del Creador, dispone de una singular valía que le conduce, porque cree en sí mismo, a forjar su propio destino.

El Edicto de Nantes de 1598, la Petición de Derechos de 1628, la Carta de Derechos de 1689, la Declaración de Derechos de 1776 o la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, son relevantes Normas que coadyuvaban desde luego a generalizar en el plano axiológico,

4- A. OEHLING DE LOS REYES, *Op. Cit.*, pp. 24 y ss.

5- A. OEHLING DE LOS REYES, *Op. Cit.* P. 26



Dr. Jaime R Arana

político y jurídico que todo ser humano, por el hecho de serlo, es persona dotada de una dignidad inalienable.

Un paso adelante en el reconocimiento de la dignidad como cualidad intrínseca y propia del ser humano se produjo con ocasión de la presencia española en América. Una presencia que, más allá de versiones ideológicas cerradas a la realidad, dio lugar, consecuencia de la Escolástica y de la literatura del Barroco, a la afirmación radical de la igualdad de derechos entre los habitantes del Nuevo Mundo y los españoles de la Metrópoli. Tal consideración se puede encontrar sin dificultad en la Instrucción de los Reyes Católicos a Nicolás de Ovando de 1501 y en las Nuevas Leyes de Indias de 1542(6).

En las colonias americanas, como señala Oehling de los Reyes, la disponibilidad de

grandes fincas y propiedades impidió que se articulara un sistema próximo a la estructura medieval, por lo que el sentimiento igualitario creció exponencialmente, así como un mayor compromiso en la defensa de las libertades(7) . En el origen de la nación americana y de la Bill of Rights está la convicción, escrita en la Declaración de independencia, de que los hombres fueron creados iguales y están dotados por el Creador de ciertos derechos inalienables. Convicción que pasará al Derecho positivo confirmando la creencia en la dignidad y en la personalidad del hombre tal y como señalara Stern(8) , a pesar de que en ese tiempo coexistiera la esclavitud, una institución que entonces no llamaba la atención dada la naturaleza económica de la búsqueda de la felicidad.

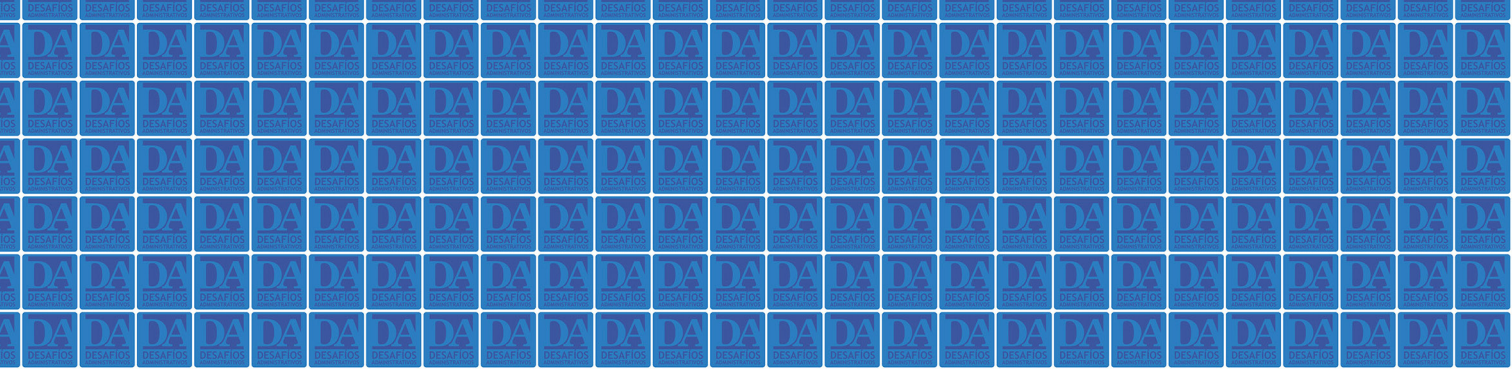
La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 supuso un espaldarazo en las ansias de libertad de muchos ciudadanos, aunque ciertamente no existía una garantía expresa de protección y defensa de la dignidad de la persona. Tampoco encontramos esta referencia concreta a la dignidad de la persona en la Constitución francesa de 1791 o en la Constitución de Cádiz de 1812. Se proclamó retóricamente la igualdad ontológica de los seres humanos y se reconoció el derecho a la libertad, pero, por obvias razones, fue muy difícil concretar la protección real de la dignidad de la persona a través de un reconocimiento dotado de eficacia jurídica.

Más bien, tal y como señala Oehling de los Reyes, en estos tiempos el debate sobre la dignidad humana, ya concebida como el principal atributo del ser humano, sobre todo se trataba en los círculos intelectuales, especialmente en el ámbito filosófico. En este sentido, Kant, Voltaire y sobre todo Goethe, son conscientes de la relevancia de la dignidad humana y su dimensión y alcance como principal cualidad de la persona. Este itinerario filosófico, es lógico, habría de desembocar en la toma de conciencia por parte del Estado de su papel en esta delicada cuestión. En efecto, los Poderes públicos, empezando

6- G. PECES-BARBA-A. LLAMAS CASCÓN-C.R. FERNÁNDEZ LIESA, *Textos Básicos de Derechos Humanos*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 43-50

7- A. OEHLING DE LOS REYES, *La dignidad....*, p.30

8- K. STERN, *The genesis and evolution of european-american constitutionalism: some comments on the fundamental aspects*, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 9, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp: 409-515



do por el mismo Estado asumen su papel de garantizadores y promotores de la dignidad humana, planteándose poco a poco el reconocimiento político de la dignidad humana que, por mor del cristianismo, adquiere tintes sociales y solidarios hoy ampliamente reconocidos normativamente. (9) Peter Haberle en su momento llamó la atención sobre esta dimensión social de la dignidad humana a través de la proyección del principio de fraternidad sobre el mismo concepto de liberal de libertad⁽¹⁰⁾ que en mi opinión puede ser denominado también libertad solidaria⁽¹¹⁾.

III. UN CAMINO ARDUO

La historia del reconocimiento de la dignidad humana fue compleja, ardua, como la lucha por la consolidación de los derechos humanos. Una batalla que es continua pues los atentados a la misma dignidad humana persisten, ahora, si cabe, con más intensidad que antaño. y tardó largo tiempo en consolidarse.

En esta procelosa tarea hay que tener presente que el par dignidad-igualdad han caminado juntos en muchas ocasiones en orden a lograr la efectiva instauración normativa del respeto y protección de la dignidad humana. Para eso, es menester recordar que en la sociedad estamental que caracterizó a la Edad Media, la diferencia entre individuos, la misma desigualdad entre individuos y la diferenciación en el disfrute de los derechos parte de una distinta dignidad entre las personas. En el Estado liberal, aunque se generaliza la igualdad es estatus de ciudadano no se predicaba de todos. Además, en esta época histórica, la consideración social del individuo se condicionó a determinadas circunstancias. Ni la Revolución francesa, como sabemos, ni la Constitución de Cádiz, a pesar de abolir la esclavitud y el régimen señorial, pudieron conceder con carácter general estatuto de ciudadanos a sus nacionales. En España, el

Estatuto de 1834 vuelve a la estructura estamental y, por ende, a la dignidad como título o cargo público anejo a ciertas posiciones⁽¹²⁾. En 1837 se empieza a equiparar a los nuevos propietarios con la antigua clase nobiliaria. La libertad deja de ser un privilegio y se empieza a considerar como un logro que solo se puede alcanzar con trabajo y esfuerzo⁽¹³⁾. Es decir, la libertad hay que conquistarla todos los días, no es algo dado de una vez y para siempre, sino que es una cualidad del ser humano que éste debe poner por obra cotidianamente siempre que disponga de una renta importante.

El problema en el Nuevo Régimen, pues, lo encontramos en que la libertad, y por tanto la dignidad humana, son patrimonio de una minoría de elegidos que son quienes disponen de los medios económicos necesarios para poder comprar esa situación. Es decir, se trata de una dignidad condicionada. En efecto, en las Constituciones de 1847 y de 1857 aparece como vinculada al disfrute de ciertos títulos, cargos o posiciones públicas y a una situación económica alta. Es más, una manifestación de esta situación es la existencia de regímenes jurídicos especiales en las colonias a efectos del mantenimiento de la esclavitud que a pesar de las disposiciones de la Constitución de 1812 pervive hasta 1880⁽¹⁴⁾. Incluso, como refiere Oehling de los Reyes había racismo institucionalizado de acuerdo a la distinción entre las personas y también discriminación estatal por razones raciales⁽¹⁵⁾.

IV. ESPECIAL REFERENCIA AL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1873

En este contexto de dignidad condicionada, racismo y discriminaciones, nos encontramos con el Proyecto de Constitución de 1873, uno de los más completos y humanistas de la historia del Constitucionalismo español. Pues bien, en este Proyecto en el Título preliminar se reconoce expresamen-

9- A. OEHLING DE LOS REYES, *La dignidad....* p. 32

10- P. HABERLE, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, en Josef Isense y Paul Kirchof, *Handbook des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F Muller Juristis Editorial, Heidelberg, 1987, p. 843.

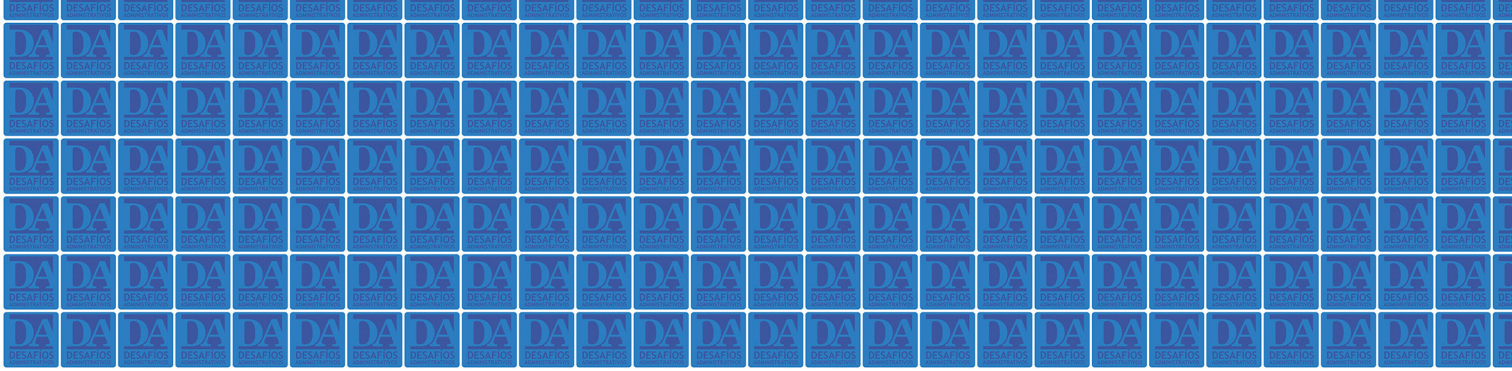
11- J. RODRÍGUEZ-ARANA, *¿Por qué el centro?: hacia la libertad solidaria*, *Forúm de Estudios Sociales*, Santiago de Compostela, 1999.

12- A. OEHLING DE LOS REYES, *La dignidad....*, pp 32-34

13- G. RUGGIERO, *Historia del Liberalismo europeo*, Pegaso, Madrid, 1944, p. 357

14- A. OEHLING DE LOS REYES, *La dignidad....*, pp: 36-39

15- En 1884 la legislación penal de Ultramar establecía agravantes en función de si la persona era mestiza, indígena o china (A. OEHLING DE LOS REYES, *La dignidad....*, p.39)



te, nada más y nada menos, el derecho de toda persona a la vida, a la seguridad y a la dignidad de vida. También encontramos en este Proyecto de Carta Magna un conjunto de derechos y de garantías para asegurar la libertad y la igualdad de todas las personas y de los ciudadanos. Tal concepción de la dignidad, alejada de su vinculación a determinadas posiciones o cargos, era deudora de una visión iusnaturalista y de reconocimiento de la existencia de derechos propios, inviolables, inherentes a la persona que encuentran su fundamento en esa cualidad superior que distingue a todos los seres humanos y los hace merecedores de miembros de la especie humana.

Este Proyecto de Constitución, que considera la soberanía un atributo puramente personal derivada de la misma dignidad humana, contiene artículos en los que se establecen las estructuras imprescindibles para una genuina implementación de los derechos individuales eliminando todo tipo de condicionantes y limitaciones en el ejercicio de las libertades personales y políticas, también en Ultramar. Además, en el Proyecto se corta con la incoherencia de la Constitución de 1869, que reconocía los derechos, pero toleraba la esclavitud permitiendo situaciones de desigualdad⁽¹⁶⁾. En este breve, pero fructífero período de tiempo se aprobó la ley que abolió la esclavitud, leyes sobre trabajo infantil y supresión de rentas señoriales, aunque todavía habría que esperar para el reconocimiento del voto de la mujer.

Sin embargo, el Proyecto, como sabemos, no llegó a promulgarse y por ello no cristalizó normativamente esa nueva concepción de la soberanía y de la dignidad, o el reconocimiento de los derechos básicos y su protección jurídica. La noción de dignidad que ofrece este Proyecto constitucional parece implicar, a juicio de Oehling de los Reyes, un derecho de la persona a una indisponibilidad de su vida por parte del Poder público, lo que exige primaria y necesariamente,

el reconocimiento previo del derecho a la vida, excluyéndose toda clase de trato vejatorio o denigrante a la persona por parte del Estado, lo que condujo a la eliminación de la pena de muerte y de toda forma de tormento⁽¹⁷⁾. En este sentido, el tratamiento de la dignidad en este Proyecto constitucional constituye la primera referencia a la dignidad de la persona al margen de la condicionalidad en función de los cargos o posiciones en determinadas estructuras y del disfrute de rentas económicas relevantes. A esta consideración ayudó sobremanera la concepción de la soberanía que encontramos en el Proyecto de Constitución de 1873 de la que Pi y Margall diría que era deudora de la consideración de la soberanía absoluta del individuo⁽¹⁸⁾. La soberanía, según el artículo 42 del Proyecto, reside en todos y cada uno de los ciudadanos, siendo representada por los órganos políticos de la República, los cuales serán elegidos por sufragio universal.

En la historia del constitucionalismo español una de las principales aportaciones del Proyecto de 1873 es precisamente la de conformar la dignidad humana como principio y fin de la actividad pública y, sobre todo, como límite a la actuación del poder público⁽¹⁹⁾. Sin embargo, salvo el paréntesis en el que el Proyecto desplegó su influencia en la legislación, lo cierto y verdad es que en el siglo XIX en España para desempeñar ciertos cargos o posiciones representativas o de carácter público era necesario disponer de una determinada situación personal y económica. En este período la dignidad seguía condicionada a estos requisitos formales, se encontraba cada vez más vinculada a los recursos económicos, hasta el punto de que llegaría a ser considerada como una consecuencia del estatus económico.

V. LA DIGNIDAD HUMANA EN EL SIGLO XX

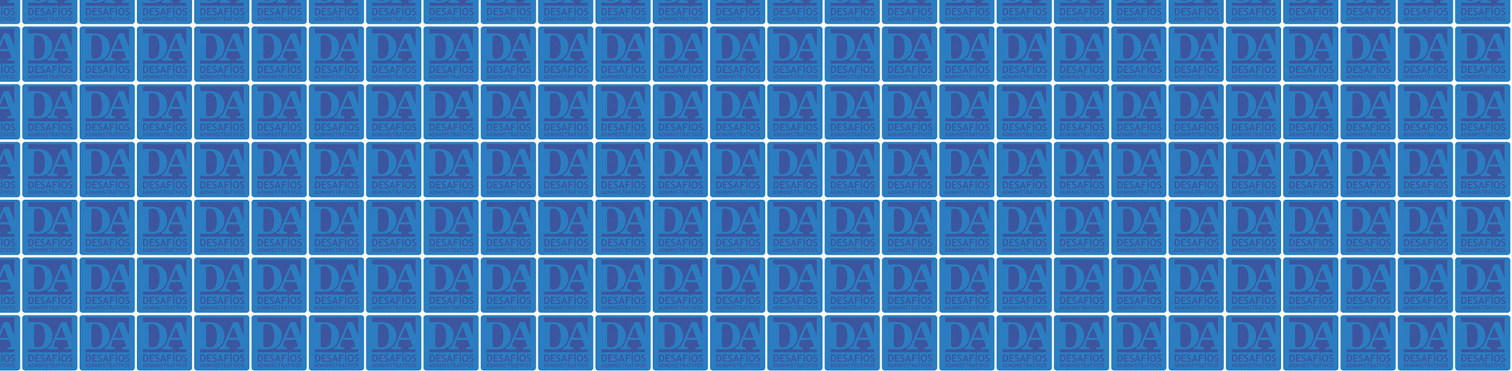
Habrá que esperar al siglo XX para que

16- A. OEHLING DE LOS REYES, *La dignidad....*, pp.40-41

17- A. OEHLING DE LOS REYES, *La dignidad....*p. 41

18- F. PI y MARGALL, *La reacción y la revolución, Estudios Políticos y Sociales, Editorial Anthropos, Barcelona, 1982*, p. 258

19- A. OEHLING DE LOS REYES, *La dignidad....*, p.42



se considere que toda persona por el hecho de serlo es igual a todas la demás. Por la sencilla razón de que el ser humano, por el solo hecho de serlo, goza de una cualidad suprema inherente que llamamos dignidad y que todas las personas tenemos en la misma intensidad, al margen de las diferencias que pueda haber entre ellas.

Es por entonces cuando se admite la participación de la mujer en la vida pública y cuando se toma conciencia de la virtualidad de la intervención pública para corregir las desigualdades sociales. En efecto, la Constitución republicana de 1931 reconoce los derechos de participación política de las mujeres y, además, artículo 46, asegura a todo trabajador las condiciones necesarias para una existencia digna. El precepto, siendo positivo no llega al nivel del Proyecto de 1873, que ofrecía una concepción de la dignidad más allá de las consideraciones económicas y sociales.

Hoy, afortunadamente, el concepto de dignidad desvinculado de condiciones económicas o sociales, es general. Es doctrina común que todos somos iguales porque tenemos la misma dignidad, al margen de cualquier tipo de diferencias que pueda haber entre los seres humanos. En este sentido debe destacarse la concepción que encontramos en la Constitución italiana de 1947 en la que su artículo 3 reconoce la igual dignidad social de todos los ciudadanos, que rompe la visión condicional y se abre, tal y como confirma el artículo, a la protección a la persona en el sentido de dispensar al individuo un mínimo de defensa frente a la adversidad promocionando condiciones de participación en la vida económica y social del país⁽²⁰⁾. Esta función que se denomina promocional de los Poderes públicos es la consecuencia de la centralidad de la dignidad humana, que vincula a personas físicas y personas jurídicas, especialmente a los Entes públicos.

Sin embargo, también en el ámbito de las instituciones privadas juega un rol pro-

tagónico la dignidad humana, tal y como también enseña el artículo 41 de la Constitución italiana de 1947 pues la iniciativa privada en la actividad económica encuentra en la dignidad humana un límite infranqueable. Como señala Mortati, se trata con ello no sólo de la tutela del trabajador a través del aseguramiento de las libertades fundamentales en el lugar de trabajo y el respeto a su dignidad, sino también la seguridad ante los riesgos laborales, la salud, la garantía de un salario mínimo que asegure una vida decorosa y la igualdad en el trabajo⁽²¹⁾. La dignidad humana, por tanto, actúa como límite al ejercicio del poder público y del poder privado. Pero no sólo debe ser el fundamento, el punto de partida del despliegue de las potestades públicas y también de los poderes privados, también opera como finalidad de las actividades humanas. Por una poderosa razón: porque en el Estado social y democrático de Derecho la dignidad humana es el punto de partida y de llegada de las diferentes actividades, públicas y privadas, que se producen en la vida social.

Por eso, la dignidad humana es el principio fundamental del orden jurídico nacional e internacional, punto de partida y punto de llegada del Derecho en cualquiera de sus ramas y consideraciones. Especialmente, como recuerda Alfonso Santiago, esta realidad se puso de manifiesto especialmente a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial⁽²²⁾.

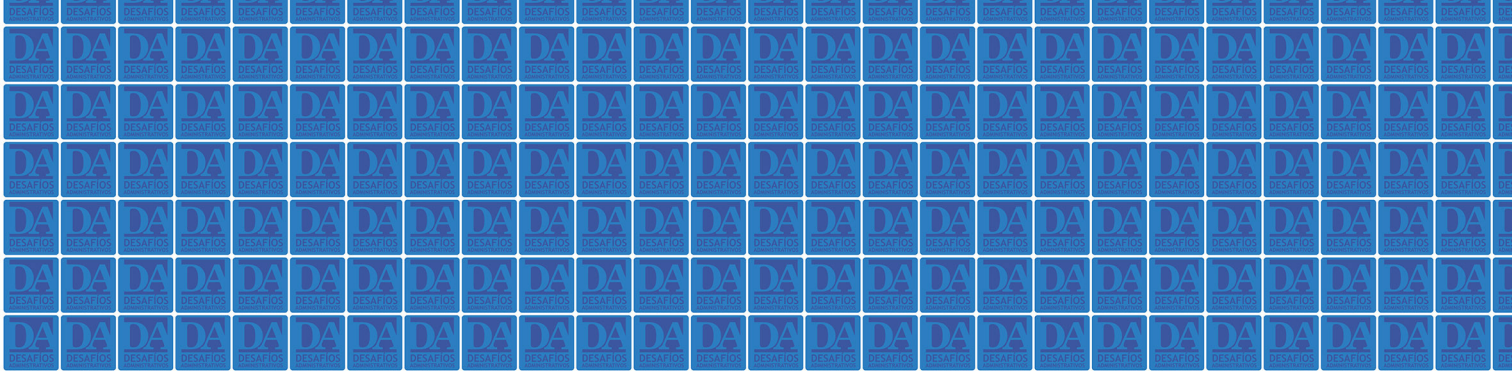
En efecto, las Normas jurídicas internacionales fundantes del nuevo orden internacional que emerge tras la Segunda Guerra Mundial está compuesto por la Carta de San Francisco (1945) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), a las que siguieron las Constitucionales nacionales surgidas de la democracia y el Estado de Derecho. A estas Normas hay que agregar la doctrina recaída en numerosas sentencias de Tribunales Supremos Nacionales e Internacionales creados para la protección

20- A. PIZZORUSSO, *Leciones de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Sociales, Madrid, 1984, Vol I, pp: 189-199

21- C. MORTATI, *Articolo 1, Commentario della Costituzione a cura di Giuseppe Branca*, Art. 1-2, *Principio Fondamentali*, Nicola Zanichelli, Roma, 1975, pp: 15-16

22- A. SANTIAGO, *La dignidad de la persona humana: fundamento del orden jurídico nacional e internacional*, Depalma, Buenos Aires, 2022, pp 63 y ss.

23- *Ibidem*.



de los derechos humanos⁽²³⁾.

La Carta de San Francisco, de donde surge la Organización de Naciones Unidas, señala en el segundo párrafo de su Preámbulo que las naciones que la suscriben “reafirman su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”.

Tras la Segunda Guerra Mundial y la superación de los horrores del nazismo y del comunismo, pasamos de una noción de dignidad vinculada a aspectos honoríficos y económicos propia de tiempos pretéritos, a una concepción general predicable, en la misma intensidad, de todos los seres humanos, que nacen libres e iguales consecuencia de la doctrina de los derechos humanos protagonizada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En efecto, tras la Declaración, se puede decir que la vinculación de la dignidad con la idea de persona y de ser humana queda esculpida esperemos que para siempre.

El preámbulo de esta trascendente Declaración reconoce por fin la dignidad intrínseca de los hombres que, junto a los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, se erige en base de la libertad, de la justicia y de la paz. Y el artículo 1 señala con toda solemnidad que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Este precepto, capital, invita a que el Derecho Internacional, más allá de ocuparse de las relaciones entre los Estados, comienza a entender al ser humano, dice Sommerman, portador de unos derechos y obligaciones de tipo jurídico-internacional⁽²⁴⁾ aunque, en realidad, su efectividad, como bien sabemos va a depender de que al interior de cada Estado existan sociedades vitales y pujantes y de que, sobre todo, se tomen las medidas normativas y administrativas pertinentes para que así sea, lo que, en última instancia, va a depender del grado de compromiso y vin-

culación que presenten, para alcanzar esta finalidad, tanto el Poder ejecutivo, como el legislativo y el judicial.

La Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969, se refiere en varias ocasiones a la dignidad humana. En el Preámbulo se señala que “los derechos esenciales del hombre (...) tienen como fundamento los atributos de la persona humana”. En el artículo 5 puede leerse que “nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. El artículo 6 dispone que “el trabajo forzoso no debe afectar ni a la dignidad humana ni a la capacidad física o intelectual del recluso”, y el 11: “toda persona tiene derecho al respeto de su honra y de su dignidad”.

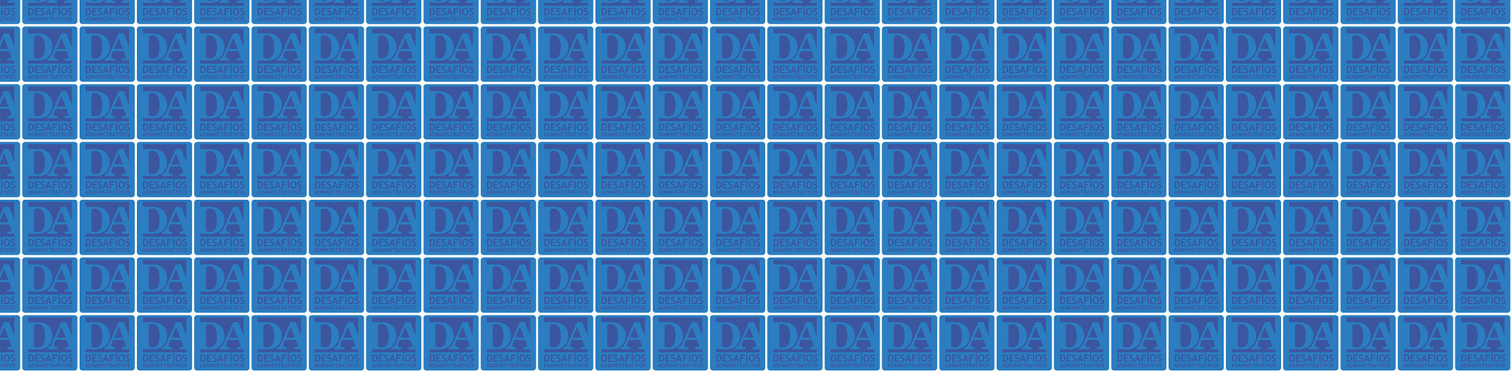
Más adelante, por ejemplo, las Constituciones de Bonn, de Portugal, de Cuba, de Perú, de Chile, de Paraguay, de Colombia, de Bolivia, de El Salvador, de España, de Sudáfrica, de la Federación rusa entre otras y, especialmente de Alemania, la Norma Fundamental de Bonn, reconocen la dignidad de la persona como principio y fin del Estado. En estas Normas Fundamentales encontramos, entre otras, expresiones como: “todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley”, “la dignidad humana funda la República soberana”, “la dignidad (...) es fundamento del orden político y de la paz social”, “la dignidad de la persona está protegida por el Estado. Ninguna circunstancia podrá ser alegada para menospreciarla”, “la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la Sociedad y del Estado”⁽²⁵⁾.

En particular, por obvias razones, la Constitución alemana es considerada nada menos que el principal derecho fundamental estableciendo, en su artículo 1º, que es intangible y respetarla y protegerla es

24- K.P. SOMMERMAN, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Mohr Siebeck, Tubingen, 1997, p. 268

25- Vid. B. CARVAJAL SÁNCHEZ, *La dignidad...*, Op. Cit., pp.61 y ss.

26- Sentencia del Tribunal Constitucional español de 11 de abril de 1985.



obligación de todo el poder público. Tal reconocimiento, esencial y capital para la democracia, pasaría a numerosas Cartas Magnas de todo el mundo. Sin embargo, a pesar del grado de prestigio a escala global del que goza la preeminencia y primacía de la dignidad humana y de los derechos fundamentales de ella derivados, el tiempo en que vivimos es quizás uno de los más sombríos y oscuros en lo que se refiere al grado de condiciones de vida indignas de tantos y tantos millones de seres humanos en el mundo.

VI. LA DIGNIDAD HUMANA EN LA JURISPRUDENCIA

También los Tribunales Constitucionales y Cortes Supremas se han pronunciado en favor del reconocimiento de la dignidad humana como valor jurídico fundamental reconocido en el artículo 10.1 de la Constitución como germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes, por lo que el sistema constitucional los considera el punto de arranque como prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos⁽²⁶⁾. En esta sentencia del Tribunal Constitucional de mi país se considera a la dignidad humana como el germen, el origen, la raíz de la que brotan los derechos humanos, los derechos fundamentales de la persona, los derechos que le son inherentes. Por tanto, son previos como dice el Tribunal Constitucional del Perú, a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma. Es decir, la dignidad es el valor mayor de un Estado de Derecho así como fundamento último de los derechos humanos. ⁽²⁷⁾

La Corte Suprema de Argentina, por ejemplo, ha señalado en varias oportunidades que “el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídica y en tanto fin en sí mismo, más allá de su naturaleza trascendente, su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carác-

ter instrumental”, o que “la dignidad de la persona constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional” ⁽²⁸⁾

Estas dos figuras de eje y centro explican, junto a la de fundamento o basamento del edificio, la capitalidad de la dignidad humana, alrededor de la cual, y a su servicio, se encuentran el resto de un los valores y principios políticos y jurídicos. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo ha tenido a bien considerar que la esencia de la Convención Europea de Derechos Humanos es , junto a la libertad humana, la esencia de este Convenio, así como que “la tolerancia y respeto por la igualdad dignidad de todos los seres humanos constituye la base de una sociedad democrática y pluralista”⁽²⁹⁾, de manera que de ninguna manera las personas pueden ser tratadas en forma alguna en que se les provoque una pérdida de su propia dignidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también, es lógico, se ha referido a la especial relevancia que concurre en la dignidad humana. Sobre todo, lo ha utilizado para preservar un ámbito de especial protección para la personas más frágiles y vulnerables. En efecto, en el caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs Guatemala, en la sentencia de 19 de noviembre de 1999, señaló que “las necesidades de protección de los más débiles -como los niños en la calle- requieren en definitiva una interpretación del derecho a la vida de modo que comprenda las condiciones mínimas de una vida digna”.

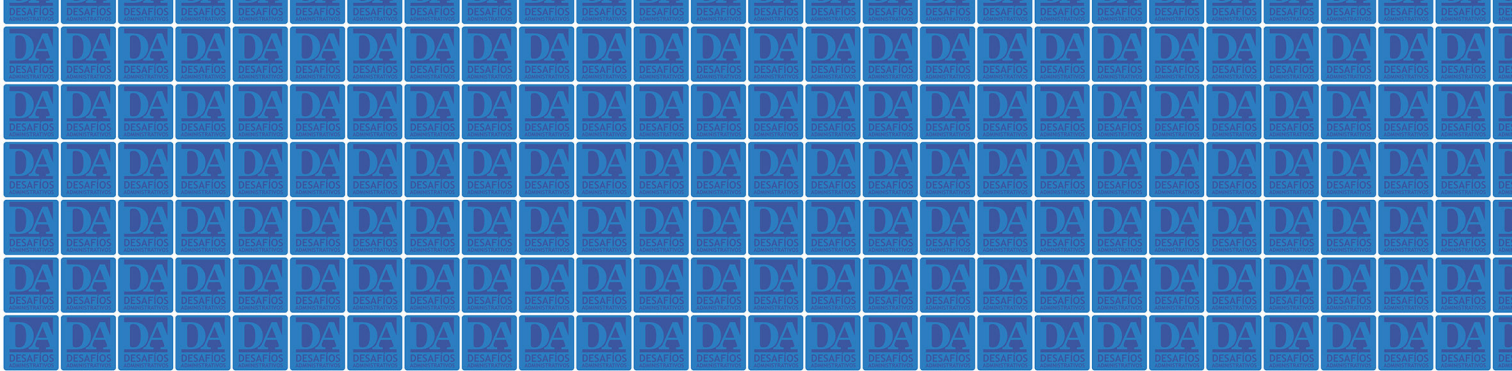
En el mismo sentido, en la sentencia de 3 de noviembre de 1997, Caso Páez, la Corte Interamericana, en un supuesto de traslado de menores en el maletero de un automóvil, que “aunque no hubiesen existido otros maltratos físicos o de otra índole, esa acción, por sí sola, debe considerarse claramente atentatoria al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

27- R. BUSTAMANTE ALARCÓN, *La idea de la persona y la dignidad humana*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 35

28- A. SANTIAGO, *La dignidad....*, p. 66

29- *Ibidem*.

30- R. BUSTAMANTE ALARCÓN, *La idea....*, p.40



VII. BREVE ANOTACIÓN FILOSÓFICA

Desde el punto de vista de la historia de las ideas, la dignidad, al predicarse del ser humano, se hace con el fin de distinguirlo, por sus cualidades, tanto en la cultura oriental como occidental, en el resto de la naturaleza. El cristianismo, fundamentalmente, eleva el sentido de la dignidad del ser humano al fundarlo nada menos que en la imagen y semejanza del Creador de quien se considera hijo y causa de su reedición⁽³⁰⁾.

Aristóteles, con su entendimiento de la naturaleza como modo de ser propio y específico del ser humano, lo que le hace único y diferente a los demás seres, capta el sentido de lo que es la dignidad, que precisará de la aportación del concepto de sustancia. Concepto que permite entender al ser humano como persona. Boecio dirá más adelante, en una de las mejores definiciones de persona, que es la sustancia individual de naturaleza racional, donde ya apunta a la principal seña de identidad de la dignidad humana, la racionalidad intrínseca del ser humano. En todo caso, en la Edad Media encontramos luces en el proceso de definición de la persona y su dignidad en cuanto ser creado a imagen y semejanza del Creador. Y sombras que se refieren al vasallaje, a la dominación sobre la mujer y a la profunda desigualdad imperante en una sociedad rígidamente estamentalizada.

En la Edad Media, por tanto, encontramos una visión abierta y trascendente de la dignidad humana. El tomismo parte de la unión entre cuerpo y alma, que se encuentran sustancialmente conectados. Y a partir de esta consideración entiende que la dignidad, partiendo de Boecio, es lo propio de la persona, algo absoluto, radical que pertenece a la esencia misma de la persona.

Una aportación importante al concepto de la dignidad humana llega desde la noción de derecho subjetivo. Una noción que como sabemos procede de los derechos na-

turales, que son los denominados más recientemente derechos fundamentales de la persona o derechos humanos. Derechos que parten de la dignidad que es donde encuentran su fundamento y razón de ser. La concepción del derecho subjetivo, siendo muy sintéticos, supone una reacción frente al comunitarismo medieval que entendía que el derecho no como una facultad o poder de la persona, sino como una participación del individuo en un reparto presidido por una norma objetiva, como una cuota asignada en dicho reparto. Ahora, superando esta idea objetiva del derecho pasa a significar cierta facultad o poder del individuo cuya titularidad le corresponde independiente de su condición de miembro de la comunidad o de participante en el reparto. Tales facultades se consideran preexistentes a la ley recociéndose como derechos subjetivos, derechos consustanciales al ser humano. Derechos, según Villey, que emanan de la persona, que son inherentes a la persona, que no vienen del exterior, que son intrínsecos a la persona. Así, el ser humano, como apunta atinadamente Bustamante Alarcón, pasó de forma progresiva de ser tratado como un simple integrante de una comunidad, que podía ser objeto de regulación, a ser contemplado como un sujeto de derechos, poseedor de una valía propia e independiente del puesto que ocupaba en la comunidad, a ser un sujeto digno ⁽³¹⁾.

La dignidad pasa, pues, de ser una consecuencia de un cargo o mérito que adorna la posición de un individuo a ser el fundamento de la consideración de ese individuo como persona, nada menos que como persona creada a imagen y semejanza del Creador y, por tanto, igual a todos los demás seres humanos que, podrán ocupar una determinada categoría en la estructura social, pero que son esencialmente iguales en cuanto disfrutaban de la misma dignidad. El nominalismo, más adelante, al condenar los conceptos universales y afirmar los derechos subjetivos al margen de cualquier orden jurídico universal, provoca una visión

31- R. BUSTAMANTE ALARCÓN, *La idea...*, p.64
32- R. BUSTAMANTE ALARCÓN, *La idea...*, p. 69

del derecho subjetivo ligado exclusivamente al Derecho positivo en cada momento. De aquí a la dignidad entendida sin referencia alguna a una moral abstracta y general no hay más que una tenue línea de separación. Para el nominalismo la esencia y la naturaleza no existen, dejan de tener consistencia, solo existe lo concreto, rompiéndose toda ligazón con un orden moral y ético general. Por eso, la dimensión de la dignidad derivada de esta postura será relativa, al vaivén de los momentos, de las circunstancias concretas.

Más adelante, estos derechos subjetivos se expresarán en forma de libertades personales, entendidas como exigencias, como demandas, como derechos que atribuyen a sus titulares el poder de ejercerlos, de exigir su respeto y adecuada protección, así como el cumplimiento de aquellas prestaciones necesarias para su concreción efectiva. Enseguida esta línea de reflexión, como apunta Bustamante Alarcón, nos conduce a las tesis contractualistas de Locke y Hobbes, donde se encuentran presentes reflexiones en términos individuales con conciencias propias que, por el solo hecho de ser tales, ostentarán o reservarán para sí ciertos poderes que les permitirán reclamar o exigir a la autoridad, o a los demás, determinados o conductas en su provecho (32). Se vuelve, pues a una perspectiva de dignidad condicionada o vinculada, en este caso, a las conveniencias particulares, a las circunstancias concretas que puedan ser útiles o provechosas para las personas, eso sí, al margen de cualquier norma moral objetiva, que se considerará un impedimento para el despliegue completo de la dignidad de cada persona.

Este proceso antropocentrista encuentra su punto álgido en el Renacimiento, que es cuando el individuo es colocado como principio y fin del universo, como centro del cosmos, subrayándose los derechos que le son propios por su condición humana. Ahora, frente a la sociedad estamental del

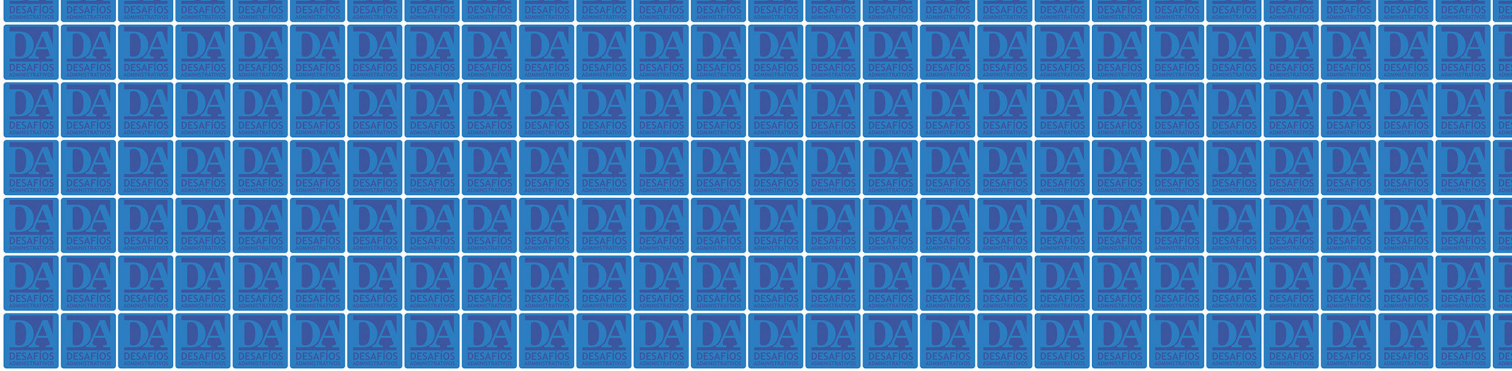
Medieval aparece una nueva clase social, la burguesía, que se apresta a ocupar los puestos de la burocracia y, por ello, del poder político. El Estado, dominado por la burocracia, es la forma de poder racionalizado y burocrático por excelencia. Un Estado que, por paródico que parezca, sustituye, sobre nuevas bases el absolutismo medieval por un nuevo absolutismo producido por la razón burocrática. Por una razón que el iluminismo de la Revolución francesa conducirá al despotismo, al despotismo ilustrado del todo para el pueblo, pero sin el pueblo.

Es el momento de la eclosión de los derechos humanos a partir de un liberalismo fundado sobre la escuela racionalista del derecho natural y sobre un Estado, también absoluto, sobre un Estado que centraliza y controla el poder hasta límites insospechados. Un Estado que servirá a la teoría de los derechos fundamentales para poder desarrollarse y reclamar unos derechos abstractos del hombre y del ciudadano de validez general para todos los seres humanos(33) que se denominan derechos naturales y que se conciben esencialmente como límites al poder del propio Estado.

Son tiempos de racionalismo, de individualismo, de secularización, de pluralismo en todos los órdenes. La persona es colocada en el altar de las ciencias y de las artes y se produce una exaltación prácticamente sin límites que se proyectará en todos los ámbitos. Ahora la dignidad se desvincula real y prácticamente del cargo, del rango, de la posición en la estructura social y se convierte en una característica intrínseca a la condición humana que le lleva a ocupar el centro del mundo y a rodearse de un elenco de derechos inherentes teóricamente sin límites. Es decir, la dignidad se convierte en la mejor palanca para el desarrollo de todas las potencialidades humanas sin límites ni cortapisas.

La sublimación de la condición humana adquiere su máximo esplendor con Pico de la Mirándola, que señalará sin empacho al-

33- R. BUSTAMANTE ALARCÓN, *La idea.....*, p. 73



guno que la persona, a su gusto y preferencia, se modela y esculpe, forjándose su propio destino. Un destino que para Giordano Bruno es posible por convertirse en el dios de la tierra.

En este contexto, aparecen Locke y Hobbes. Para Locke es esencial la idea de los derechos naturales como límites al poder político consecuencia de su teoría contractualista que obliga al Estado a cumplir los fines para los que fue instituido. La existencia de límites a la acción de los Poderes públicos, más allá de constituir, junto a la participación ciudadana, una de las columnas vertebrales del sistema democrático, es uno de los principales baluartes del Estado de Derecho pues la juridicidad de la acción estatal, la legitimidad de la acción pública, descansa en la naturaleza finita del Estado mientras que los derechos naturales, tal y como los entiende John Locke, son anteriores y superiores a la sociedad y al Estado pues, como derivaciones de la dignidad, son la esencia de la vida social y política, que no debiera tener más función ni tarea que la de su defensa, protección y promoción.

La visión de Hobbes, como es sabido, parte de una profunda y radical desconfianza del ser humano frente a sus iguales, con quienes se encuentra en situación de competencia desmedida, de guerra. Para encontrar la paz es menester un gran pacto de sometimiento al Estado, el gran Leviathan, paradigma del poder absoluto, quien debe garantizar la paz y salvaguardar el orden. No existen para Hobbes derechos naturales, solo justificación del poder absoluto del Estado que reclama obediencia ciega a las personas en la medida en que cumple con su función de garante de paz y seguridad.

La teoría de los derechos naturales de Locke contribuyó muy mucho a afianzar el concepto de dignidad humana proveniente del Renacimiento. En efecto, los derechos naturales, que surgen del despliegue de la dignidad humana, son derechos previos al Estado, que nacen y mueren con el ser

humano. Es más, la sociedad y el Estado deben respetarlos porque son, nada más y nada menos, que fuente de su legitimidad. Como señala Bustamante Alarcón, son de tal relevancia los derechos naturales que acabarán por dar lugar a la teoría de los derechos fundamentales de la persona, derechos inherentes al ser humano que corresponden a la persona por el hecho de serlo y que contribuyen a realizar en la vida social las diferentes dimensiones de los derechos humanos (34).

Anteriormente recordamos la importancia de la Ilustración y de la Revolución francesa en orden a la concepción igualitaria de la dignidad humana, ya desvinculada de los condicionantes posicionales y económicos propios de la Edad Media. Para lo que nos interesa en este estudio, el movimiento cultural entonces inaugurado, plantea una concepción del ser humano, de la persona, autónomo, sin límites. Un ser humano que construye sin referencias externas la moral y que precisa de una organización colectiva adecuada para su emancipación del viejo orden. La razón ilustrada es la dueña y señora de la vida social y política alcanzando el mismo grado de absolutismo que tanto se predicó del período inmediatamente anterior. El Estado, deudor del nuevo racionalismo, volverá a ser absoluto, eso sí, ahora en manos de una burocracia centralista cartesiana que no tolerará ningún espacio para la disidencia. La soberanía de la razón frente al viejo mundo contribuyó a alumbrar una noción de la dignidad humana presuntamente liberada de toda irracionalidad, pero en la práctica vinculada a un fuerte y feroz individualismo que todavía pervive a día de hoy.

Las aportaciones del proyecto ilustrado han tenido una gran influencia. Quien podrá dudar de ello. La idea kantiana de la libertad, conectada inescindiblemente con la misma dignidad humana, conduce a la plena autodeterminación del individuo para elegir y diseñar su horizonte moral. El hombre puede crear y asumir su propio plan de vida,

34- R. BUSTAMANTE ALARCÓN, *La idea...*, p.85

elaborar sus propias normas para regir su destino y alcanzar el pleno desarrollo integral. El ser humano se convierte en un fin, no es ya más medio u objeto. Al ser un fin en sí mismo, es único, irrepetible, no puede ser sustituido por nadie ni por nada porque posee un valor intrínseco llamado dignidad⁽³⁵⁾.

Para Kant, como es sabido, el ideal del comportamiento humano se expresaba en estos términos: obra según una máxima que contenga dentro de sí a la vez su propia validez universal para todo ser racional. El criterio para ese obrar se refería a que fuera de tal modo que el uso de la humanidad, tanto en la propia persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio. Esta es la gran aportación de la modernidad a la concepción de la dignidad: que el ser humano siempre es fin, nunca medio, menos todavía objeto.

VIII. REFLEXIÓN FINAL

En el proyecto ilustrado del modernismo, a partir del positivismo jurídico expresado en forma de monopolio estatal del Derecho, la dignidad y de los derechos fundamentales irán circunscribiéndose a los estrechos muros de la legalidad formal. Aparece el estructuralismo, el normativismo. Llegarán entonces las críticas al racionalismo. Dese el posmodernismo, Adorno y Horkheimer, se censura el peligro totalitario de la apelación dogmática a lo racional y los peligros de un racionalismo como forma de barbarie⁽³⁶⁾. En el fondo, el diagnóstico es tan claro como actual: cuando la razón se desgaja de la moral o de

la dimensión ética, cuándo no hay límites, el poder utiliza a su antojo las formas, que renuncian a los valores del Estado de Derecho para sucumbir ante los encantos de esa razón instrumental para la que los medios justifican el fin. Pues bien, esa razón absoluta engendró los monstruos totalitarios que sembraron de millones de cadáveres el solar europeo.

Hoy, seguimos, bajo el dominio y la dictadura de otra forma de razón instrumental, la tecnología, que blandida por las nuevas tecnoestructuras aspira, ahora a través del metaverso, a reducir la dignidad humana y los derechos fundamentales de ella derivados en terminales de su imperio. Por eso urge recuperar, de nueva la centralidad de la dignidad humana a partir de una concepción solidaria de la libertad, de un nuevo empeño por impregnar las nuevas realidades de humanismo solidario. La tarea es titánica porque el poderío del sueño virtual ha calado en la mayoría social, incapaz e impotente de asumir el pensamiento crítico y una aspiración cívica a recuperar el sentido de los valores genuinamente humanos, aquellos que surgen de la dignidad humana, de una dignidad que se levanta omnipotente, soberana y todopoderosa frente a los embates del poder, cualquiera que sea su naturaleza, por eliminarla o, peor, por ignorarla.

En todo caso, la dignidad humana, principio y fin del Estado, centro y raíz de la vida social, debiera conducir, por encima de todo, al más absoluto y enérgico rechazo al uso del ser humano como simple medio para los fines de cualquier organización pública o privada.

35- I. KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Alianza Editorial, Madrid, 2002, pp: 140-143

36- R. BUSTAMANTE ALARCÓN, *La idea...*, p. 104



Dra. María José Rodríguez

La desconfiguración del derecho administrativo por la globalización y la tecnociencia.

El desafío de no sucumbir a la razón instrumental

1. Estados nacionales, derecho administrativo, globalización y razón instrumental

1.1. Razón instrumental vs. razón teleológica: imperativo hipotético vs. imperativo categórico (Kant)

1.2. El Estado subsidiario o Estado garante regulador actual

2. Globalización, tecnociencia y el déficit democrático que aparejan. Su incidencia en los derechos fundamentales

3. El territorio como fuente de inspiración de la justicia. La justicia como valor intrínseco de la tierra

4. Los derechos y principios digitales de la UE: ¿al rescate de un personalismo solidario? Su fuerza expansiva

5. Prognosis conclusiva: “lo que está en juego”

1. Estados nacionales, derecho administrativo, globalización y razón instrumental

La globalización “jurídica” implica en lo sustancial, una unidad del orden jurídico que traspasa fronteras y soberanías y que parece reeditar el viejo “orden jurídico medieval” (1).

Para Supiot, la globalización es la última etapa de un proceso plurisecular de mundialización cuyo origen puede remontarse al Renacimiento y a la conquista del nuevo Mundo. Este proceso se ha siempre identificado a la dominación ejercida por los países occidentales sobre los demás. Esta dominación —explica— no ha reposado en una supuesta superioridad física o moral de Occidente sino sobre el poder material que extrae de su ciencia y de su tecnología(2).

Consiste en definitiva en la extensión al mundo entero de la ciencia y de las técnicas occidentales y de la economía de mercado. En tal sentido se ha expresado que las expresiones de soberanía local como la economía de Estado y el Derecho no tienen más lugar en el modelo imperial que regresa bajo la máscara de la mundialización(3).

El fenómeno de la globalización nos abre un interrogante sobre si es posible que subsista el rol de gestor de Bien Común de los Estados nacionales —surgidos luego de la paz de Westfalia, en 1615—.

Por otra parte, la virtual desaparición del Estado Nación —que se opera con la desterritorialización y desmaterialización del poder como consecuencia de la tecnociencia—, desconfigura al derecho administrativo, estructurado singularmente sobre el principio de subsidiariedad y el primado de la política, y correlativo, por cierto, de la figura del Estado Nación.

1- Aguilar Valdés, Oscar R., “Sobre las fuentes y principios del derecho global de las contrataciones públicas”, *Revista de Derecho Administrativo* N.º 75, “Estudios”, ps. 1 a 32, v. en esp., ps. 1 a 2.

2- Supiot, Alain, op. cit., p. 275.

3- Supiot, Alain, op. cit., Prologue, p. 29. Este autor considera que la utopía de un mundo globalizado que comulgaría en pidgin English (lingua franca o vehicular), los valores del mercado y de los derechos del Hombre abunda en desaciertos y frustraciones; expresa: “L’individualisme radical qui a saisi la pensée juridique conduit à transporter dans une Loi intangible les croyances sur lesquelles le Droit s’est édifié et à faire régner cette Loi sur le monde entier. On verse alors dans un fondamentalisme occidental qui ne peut que nourrir en retour les fondamentalismes issus des autres systèmes de croyances. (...) La dissolution du Droit objectif dans une collection de droits individuels garantis par une Lois supposée universelle nous engage ainsi à coup sûr dans le ‘choc de civilisations’, croyance contre croyance, les armes à la main” (op. cit., ps. 29 a 30).

Porque en el nuevo escenario de la globalización, el particular administrado, o bien las organizaciones llamadas menores con relación al Estado, no siempre se encuentran en la relación de subordinación jurídica prototípica, que califica como relación ius administrativa, en la cual el Estado, la Administración o autoridad cuenta con prerrogativas (poder) (4).

En el escenario de la globalización hay organizaciones que prácticamente tienen más poder — al menos, poder fáctico— que cualquier Estado nacional, y que, además, son transnacionales o multinacionales o que proyectan su influencia sobre los Estados nacionales y las administraciones nacionales.

Resulta por cierto difícil establecer el mapa de fuentes o actores que generan el derecho globalizado. En efecto, en el marco de un sistema de fronteras “desterritorializadas” (5) que no se ajusta más al modelo de Westfalia (1648) (6), surge un nuevo mapa político y jurídico producto de la globalización.

Si en numerosos campos, los Estados soberanos no son más “quienes hacen la ley”; cabe preguntarse quiénes son los nuevos “prescriptores” de este derecho global cuyas fuentes jurígenas o nuevos interlocutores jurídicos (operadores) conformarían el nuevo mapa.

Estos nuevos actores o productores de las normas serían las empresas, las ONGs, los organismos intergubernamentales, los Estados Unidos de América como potencia tutelar, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, entre otros; por cierto, no se trata de sujetos o actores homogéneos como los resultantes del orden y equilibrio producto de los tratados de Westfalia; algunos son transnacionales, efímeros y especializados, otros son instituciones intergubernamentales, otro, algún Estado político y territorial(7).

Estos nuevos operadores, interlocutores, “legisladores de facto”, a través de variados instrumentos jurídicos, inciden, ora de modo directo, ora de modo indirecto, sobre los derechos locales.

La globalización (mundialización) singularmente perfilada por el derecho que editan las empresas a través de precedentes, de una suerte de derecho consuetudinario o de prácticas que tiene el mérito de ser un derecho operacional, operativo, ejecutivo, reemplaza de hecho —y singularmente en el contexto de la autorregulación regulada que campea como fenómeno hodierno del derecho administrativo (8)—, a las normas que anteriormente emitían los Estados territoriales. En puridad, —como subraya Garapon— la globalización no implica un mundo anómico (9) sino un mundo regido por la lógica de la eficacia, por la razón instrumental. Es la what works policy (le droit de ce qui marche(10)): las prácticas seguidas para hacer avanzar este mundo desconocido sedimentarán como normas de comportamiento y finalizarán por ser consagradas por los jueces.

Las empresas son cada vez más consideradas como pequeños órdenes jurídicos que segregan las normas que finalizarán por serles aplicadas como lo demuestra la compliance(11).

En no pocas ocasiones, estas reglas técnicas (funcionales, procedimentales) devienen reglas de derecho, circunstancia que puede llegar a consagrar la razón instrumental o pragmática(12) por encima de las exigencias del bien común o favorecer intereses sectoriales (normalmente

4- Estas prerrogativas encuentran fundamento en el régimen denominado exorbitante.

5- La desterritorialización supone un proceso de desmaterialización del poder, de pérdida de la individualidad que da la materia como principio de individuación, de “despersonalización del poder”, ya no se sabe quién manda, las realidades se vuelven abstractas y este proceso lleva a las pérdidas de los rasgos vernáculos o culturales propios, se produce un fenómeno de aculturación, las personas se vuelven números, realidades abstractas.

6- Se designa modelo de Westfalia, a la tipología de Estado - Nación y de consiguiente equilibrio que surge como consecuencia de los tratados de Westfalia firmados en las ciudades de Osnabruck y Munster, que pusieron en 1648 fin a la denominada guerra de los treinta años, y que condujeron al desgaste del modelo imperial, concretamente, del Sacro Imperio Romano Germánico.

7- Garapon, Antoine, “Les marchés pousent la souveraineté à renoncer à elle-même”, *Revue Projet* 20164 N° 353, ps. 6 a 13, disponible en <https://www.cairn.info/revue-projet-2016-4-page-6.htm>.

8- Sobre el moderno fenómeno de la autorregulación regulada, v. Rodríguez María José, “Autorregulación y reconfiguración de prerrogativas en los contratos de participación público privada (PPP)”, conferencia de Presentación del Programa de Diplomatura sobre Régimen Jurídico de los Contratos de Participación Público Privada y Cooperación Internacional de la Escuela de Formación en Abogacía Pública (EFAP) dependiente de la Procuración General de la Ciudad, 9 de agosto de 2018, Salón de Actos del Banco de la Nación Argentina, en: <https://www.buenosaires.gov.ar/procuracion/autorregulacion-y-reconfiguracion-de-prerrogativas-en-los-contratos-de-participacion>; v. también



Dra. María José Rodríguez

de los grupos más poderosos o con mayores recursos) sin el debido tamiz político –nacional–.

El derecho administrativo que regula la acción del Estado, sujeto ético por excelencia, tiene como norte, la Justicia y el Bien Común, a través de la concreción de un razonable equilibrio entre poderes (prerrogativas) y derechos de los particulares –no una mera eficacia funcionalista que atiende a la lógica del mercado y que sin correctivos y contrapesos, es darwinista–.

Por ello, pesa sobre él, el desafío de enderezar esa razón instrumental⁽¹³⁾, esa lógica de eficacia, hacia a las mencionadas exigencias de la Justicia y del Bien Común⁽¹⁴⁾, convirtiéndola en una razón teleológica y axiológica, manteniendo el primado de la Política.

1.1. Razón instrumental vs. razón teleológica: imperativo hipotético vs. imperativo categórico (Kant)

Concretamente, el mundo digital en tanto implica de hecho un verdadero lenguaje técnico, plantea para el derecho administrativo y sus operadores, el desafío de no caer en la primacía de la razón instrumental.

¿A qué llamamos razón instrumental?

A la que producto de una racionalidad cartesiana inmanente –que culmina con Nietzsche– se autonomiza de todo orden natural objetivo y

María José Rodríguez, “La crisis generada por la pandemia del Coronavirus: una oportunidad para el desarrollo y consolidación del ‘derecho administrativo social’”. The crisis generated by the Coronavirus pandemic: an opportunity for the development and consolidation of “social administrative law” en Carbajales, Mariano (Dir.), El Derecho en tiempos de pandemia. Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del COVID-19, Tirant lo Blanch. Colección Alternativa, 2020.

9- Garapon, Antoine, op. cit., p. 9.

10-El derecho de lo que funciona.

11- Garapon, Antoine, op. cit., p. 9.

construye sus propios fines cortando el puente con una axiología objetiva y realista⁽¹⁵⁾.

Hoy la tecnología refleja la autonomía absoluta y omnipotente de la voluntad del individuo.

Esta, proclama la muerte de Dios (Nietzsche) y se erige en criatura soberana: ya no hay un Dios a quien reclamar ni ante quien quejarse. Y menos un orden objetivo que condicione la voluntad del individuo.

Impera tiránica y caprichosa la voluntad individual que solo busca su intensidad o su autocomplacencia. No hay fines (razón objetiva). Los fines objetivos de la ética social del derecho natural de cuño aristotélico tomista ya no tienen virtualidad. Porque no existe un orden objetivo. Tampoco rigen los fines de la Ilustración del Siglo XVIII (libertad, justicia etc.). La razón instrumental o pragmática (subjetiva) se centra en los medios, definiendo como racional lo que sirve para algo (lo racional es lo útil), excluye de sí, el reino de los fines, es decir, aquello para lo cual algo sirve. Se trata de una razón que tiene como medida de sí misma, la eficacia de sus recetas⁽¹⁶⁾.

La razón pragmática es la que calcula probabilidades y ordena los medios correctos a un fin dado⁽¹⁷⁾. En su campo instrumental de aplicación es válida, pero al universalizarse, desbordarse e inundar todos los órdenes de relación de la persona, los fines se convierten en medios. El mundo queda transformado en algo en lo que todo sirve para algo y tiene que ser útil para que pueda ser reconocido como real. Solo los medios tienen un racional derecho a existir; aparece una verdadera dictadura de la técnica que tiene por resultado la universal instrumentalización del mundo y la expulsión de él de todo lo que pudiera ser un fin último⁽¹⁸⁾.

En definitiva, el fin es el medio en un círculo vicioso que se reproduce y que conduce al nihilismo filosófico, a la negación de derechos naturales, y en lo físico exterior, a la destrucción del ambiente, de la Casa Común.

La razón instrumental impera a través de la tecnociencia —que desconoce una jerarquía ontológica de fines y culmina en una ciencia sin conciencia, deshumanizando al mundo— en ámbitos en los que deben regir, en pureza, valores del mundo espiritual, jurídicos, éticos, etc.; es decir, en ámbitos que son propios de una razón teleológica u objetiva, del imperativo categórico y no del imperativo hipotético⁽¹⁹⁾.

El trasfondo filosófico que lleva anejo la tecnociencia (cuyo padre es Nietzsche), nos lleva a preguntarnos si hay que dar un paso atrás, si hay que hacer el paso del cangrejo como dice Heidegger, desde una perspectiva crítica de esta dictadura de la razón instrumental⁽²⁰⁾.

En cierta forma, es válida la conclusión de este filósofo a cuyo tenor “sólo un Dios puede salvarnos” —aunque no cabe descartar la ironía de la frase ya que Heidegger parece apostar en su metafísica de la existencia de Dios como causa primera del universo.

1.2. El Estado subsidiario o Estado garante regulador actual

Es sabido que por diferentes motivos, primordialmente de índole económico financiera, que pueden sintetizarse en la conocida frase de que

12- Esta razón instrumental o pragmática que desconoce una jerarquía ontológica de fines y culmina en una ciencia sin conciencia, deshumanizando al mundo, fue objeto de la crítica de la Escuela de Francfort, desde postulados marxistas, singularmente a través del pensamiento de autores como Max Horkheimer y Theodor W. Adorno (v. Hernández-Pacheco, Javier, *Corrientes Actuales de Filosofía. La Escuela de Francfort, Tecnos, Madrid, 1996, ps. 62 a 110; v. también Urdanoz, Teófilo, O.P., Historia de la filosofía, tomo VIII, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1985, ps. 102 y ss.*).

13- Hernández-Pacheco, Javier, *Corrientes Actuales de Filosofía. La Escuela de Francfort, Tecnos, Madrid, 1996, ps. 62 a 110; v. también Urdanoz, Teófilo, O.P., Historia de la filosofía, tomo VIII, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1985, ps. 102 y ss., en esp., p. 108.*

14- El Bien Común es siempre una noción que se determina en base a circunstancias concretas de cada país y comunidad; su esencia es pluralista y debe atender las particularidades de sus destinatarios, en el caso de los Estados nacionales, a su propia comunidad. Sobre la esencia pluralista del Bien Común, v. Messner, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural, Ediciones Rialp, Madrid, 1967, ps. 233 a 235.*

15- V. Canal Metró Boulot Philo. *Cours de Luc Ferry 17/30 [15/08/2023] “Heidegger: Les illusions de la technique” [Archivo de Video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=jz5S7bpPwsFerry>, Luc, “Heidegger: Les illusions de la technique”.*

16- Hernández-Pacheco, Javier, *op. cit.*, p. 64

17- *Ídem.*



“los números no cierran” (los números del Estado) —pero también debido al correlativo empoderamiento tecnológico y económico privado—, el denominado Estado de Bienestar que se expresa en derecho administrativo, a través de una Administración prestacional, ha dado paso al llamado Estado garante, o Estado Regulador⁽²¹⁾.

Este fenómeno va acompañado del tránsito de la heteronormatividad a la autonormatividad, esto es, a la autorregulación regulada; de la ley al contrato. No desaparecen ni la ley ni el reglamento, pero dejan mayor autonomía de voluntad reguladora a las partes privadas, las que emiten sus normas, encuadrándose en un bloque de legalidad más amplio, que no fija pormenores; muchas veces, enmarcándose en normas que expresan el soft law o *droit souple* (derecho flexible o blando) y no un derecho imperativo (*ius cogens*).

La función del Estado se reconduce más bien a la regulación de aspectos generales o globales, y al control.

Esta parece ser la cara hodierna del Estado subsidiario o, como le llama del Vecchio, Estado de Justicia, expresión superadora del Estado de Derecho y del llamado Estado Social.

Se ha representado este nuevo paradigma con la imagen de un bote en el que el Estado dirige al mando del timón, a vigorosos remeros (la sociedad empoderada integrada por grupos económicos de gran poder tecnológico) con la idea de enderezarlos hacia el Bien Común.

Pero frente a esa imagen, aparecen interrogantes como el que plantea Robert Wahl⁽²²⁾, ¿tendrá el Estado que conduce el timón, la fuerza suficiente frente a estos remeros para lograr que cambien el rumbo o lo enderecen, si no le obedecen...? ¿hasta dónde podrá contrarrestar el Estado al timón, la fuerza de tan poderosos y obstinados remeros y hacer prevalecer el rumbo hacia el bien común? ⁽²³⁾

2. Globalización, tecnociencia y el déficit democrático que aparejan. Su incidencia en los derechos fundamentales

El déficit democrático nacional⁽²⁴⁾ que muchas veces encontramos en las fuentes del derecho globalizado, se explica en tanto las fuentes del derecho globalizado se originan por “encima de los Estados” y son normas a las que estos muchas veces deben recurrir —más por necesidad que por decisión propia— en una suerte de competencia jurídica⁽²⁵⁾ o de calidad institucional, para atraer inversiones o simplemente “estar” en el concierto del mundo llamado civilizado.

Cabe entonces inquirir —en el acotado contexto de este trabajo— cuál es la extensión del margen de autonomía del que dispone un Estado nacional para dictar normas que se aparten de las reglas técnicas que consagran las propias empresas o diferentes grupos económicos o internacionales que en definitiva representan a estos.

En este escenario, ¿puede un Estado nacional cumplir con su cometido funcional de gestionar autónomamente, soberanamente, el Bien Común en beneficio de las personas que constituyen su elemento poblacional...?

18- Hernández-Pacheco, Javier, *op. cit.*, p. 66.

19- Sobre estas nociones perfiladas por Kant, en su *Crítica de la Razón Práctica*, que expresa su filosofía moral, v. Urdanoz, Teófilo, O.P., *Historia de la filosofía*, tomo VIII, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1985, p. 102.

20- V. Canal Cours de Luc Ferry 17/30 “Heidegger: Les illusions de la technique”, *cit.*

21- Sobre el Estado Garante como Estado Subsidiario, v. Cassagne, Juan C., *El Principialismo y las Fuentes de la Constitución Nacional. Singularidad del sistema judicialista argentino*, Ediar, Bs. As., 2023, ps. 56 y ss.

22- Wahl, Rainer, *Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán*, Marcial Pons, Bs. As, 2013, p. 133.

23- *Ídem*.

24- Queremos significar con la denominación de déficit democrático al origen externo o transnacional, no al contenido de la norma consagrada; se trataría en cierta medida de un problema de legitimidad de origen y no, necesariamente, de legitimidad material.

3. El territorio como fuente de inspiración de la justicia. La justicia como valor intrínseco de la tierra

La desterritorialización supone un proceso de desmaterialización del poder, de pérdida de la individualidad que da la materia como principio de individuación, de “despersonalización del poder”, ya no se sabe quién manda, las realidades se vuelven abstractas y este proceso lleva a las pérdidas de los rasgos vernáculos o culturales propios, se produce un fenómeno de aculturación, las personas se vuelven números, realidades abstractas⁽²⁶⁾. Este fenómeno incide negativamente en la realización de la Justicia, toda vez que la Justicia parece ser un “valor intrínseco de la tierra”, la Justicia está siempre ligada a lo concreto, al Ser de las cosas, es un ejercicio de la realidad”⁽²⁷⁾.

4. Los derechos y principios digitales de la UE: ¿al rescate de un personalismo solidario? Su fuerza expansiva

Con el fin de garantizar que la UE alcanzara el objetivo de que su transformación digital estuviera en consonancia con sus valores, el Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión firmaron en su momento, al más alto nivel político, la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, propuesta el 26 de enero de 2022 por la Comisión.

La Declaración incluye referencias, entre otras cosas, a una soberanía digital de índole abierta, al respeto de los derechos fundamentales, al Estado de Derecho y la democracia, la inclusión, la accesibilidad, la igualdad, la sostenibilidad, la resiliencia, la seguridad, la mejora de la calidad de vida, la disponibilidad de servicios y el respeto de los derechos y aspiraciones de todas las personas. Debe contribuir a que la economía y la sociedad de la UE sean dinámicas, eficientes en el uso de los recursos y justas.

El texto recuerda todos los derechos pertinentes en el contexto de la transformación digital y pretende servir de referencia a las empresas y otras partes interesadas que desarrollen e implanten nuevas tecnologías.

La Declaración debe asimismo guiar a los responsables políticos cuando reflexionen sobre su concepción de la transformación digital. De tal suerte, estos deben situar a las personas en el centro de la transformación digital; respaldar la solidaridad y la integración, mediante la conectividad, la educación, la formación y las capacidades digitales, unas condiciones de trabajo justas y equitativas y el acceso a servicios digitales en línea; fomentar la participación en el espacio público digital; aumentar la seguridad, la protección y el empoderamiento en el entorno digital, en particular de los niños y los jóvenes, al tiempo que se garantiza la privacidad y el control individual de los datos; promover la sostenibilidad, entre otros fines.

Su dimensión internacional impulsa los derechos humanos universales, con el objetivo de inspirar a los socios internacionales de la UE.

En los aspectos sociales, refleja un acuerdo equilibrado que protege los derechos de los trabajadores en relación con la vigilancia en el lugar de trabajo e incluye el compromiso de luchar contra el trabajo forzoso.

En materia de privacidad, establece que debe garantizarse a los ciudadanos la confidencialidad de sus comunicaciones y la protección frente

25- Aguilar Valdéz, Oscar, *op. cit.*, p. 28.

26- Supiot, Alain,

27- Di Pietro, Alfredo, “IustissimaTellus”, *Revista IUSTITIA*, 3, Bs. As. 1965, p. 51.



al seguimiento o la interceptación ilegales.

El instrumento al que venimos de hacer referencia —que sido uno de los jalones para llegar al actual Reglamento de Inteligencia Artificial de la UE—, trasunta, en nuestra opinión, los valores occidentales que cimentaron “el ser europeo”, y resulta afín al personalismo solidario; ello permite generar positivas expectativas, sobre todo teniendo en cuenta la dimensión internacional de la Declaración y los fines que en este plano persigue.

5. Prognosis conclusiva: “lo que está en juego”

El derecho administrativo debe en todo momento reconducir a las nuevas tecnologías a su natural rol de medio y tener una mirada vigilante para que esta no devenga un fin en sí mismo, a caballo del imperio de la tecnociencia, de la primacía de la razón instrumental, al que la globalización, si no encuentra límites, conduce. La primacía de la razón instrumental ignora —por principio— toda posible vulnerabilidad que la expansión tecnológica genera, porque lo considera un “costo a pagar” por el progreso.

El derecho administrativo regula el equilibrio que debe existir entre los derechos de los particulares y las prerrogativas del Estado con un norte preciso: la concreción del bien común, esto es, creando las condiciones que posibilitan a las personas y a los cuerpos intermedios la realización de sus fines existenciales en libertad y responsabilidad. Entre esas condiciones, está el goce pleno de los derechos por todos, sin admitir exclusiones.

Bienvenida entonces la tecnología en tanto sea un instrumento idóneo para tal tarea, pero jamás podrá ser aceptable que esta devenga, en la relación ius administrativa, una valla para el ejercicio de los apuntados derechos o que expanda las premisas utilitarias y funcionalistas en que reposa fuera de su ámbito natural, el meramente utilitario.

Los distintos instrumentos y documentos que se han sucedido en aras de perfilar una reglamentación de la inteligencia artificial (IA) en la Unión Europea⁽²⁸⁾ —singularmente, la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital— permiten sustentar una mirada relativamente optimista en la línea de humanizar la técnica; ello es tranquilizador, en tanto no cabe albergar dudas que en el marco de la desterritorialización del poder propia de la globalización examinada, aquella proyectará su influjo sobre nuestro país, por las razones que supra hemos esbozado.

Los referidos instrumentos permiten interpretar a la apuntada reglamentación —según nuestra opinión— en línea con un principialismo que recupera el sano contenido de derecho natural de los principios⁽²⁹⁾, inteligidos por una gnoseología realista y por una ética en la que el deber se funda en el ser y no en la voluntad omnímoda del individuo.

Subyace en definitiva, en las consideraciones que hemos intentado perfilar desde la experiencia viva del derecho administrativo —mediado por las nuevas tecnologías y desafiado por lo que hemos denominado la razón instrumental—, una inquietud filosófica que seguramente se planteó Dostoievski⁽³⁰⁾ en su fascinante producción literaria: ¿el hombre auténtico, el hombre de la conciencia del bien y del mal, puede vivir en un universo en el cual el pensamiento científico ha eliminado la noción de bien y de mal para reemplazarla por la de lo útil o inútil, de lo necesario o contingente...?⁽³¹⁾

28- Disponible en https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/CJ40/AG/2024/02-13/1296003EN.pdf

29- Cassagne, Juan C., *El Principialismo y las Fuentes de la Constitución Nacional. Singularidad del sistema judicialista argentino*, Ediar, Ciudad de Bs. As., 2023, ps. 9 a 16.

30- Dostoievski, F. M. (1821-1881).

31- Laloy, Jean, *Le socialisme de Lenine*, Desclée de Brower, Bruges, 1967, p. 18.

Las Medidas cautelares en el Código Procesal Administrativo de Corrientes y las personas vulnerables

I. Introducción

En el presente trabajo(2), especialmente dedicado a su publicación en la Revista de Desafíos Administrativos de la Asociación Misionera de Derecho Administrativo (AMDA)(3), pretendo mostrar los cambios operados en los últimos años en la Provincia de Corrientes en materia procesal, fijando la atención en el Código Procesal Administrativo, y dentro de él lo relativo a las medidas precautorias o cautelares, incluida la suspensión de los efectos del acto administrativo, y el rol tuitivo guardado respecto de las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

Dicha situación se encuentra presente en todo el articulado de las diversas normas procesales, pero que procura justamente cumplimentar con medidas de acción positiva tendientes a lograr un efectivo acceso a la justicia de todas las personas, sin discriminación, para lo que contiene una serie de pautas que procuran eliminar las barreras para el acceso a sede judicial.

II. Antecedentes de las reformas de los Códigos Procesales de la Provincia de Corrientes

En una apretada síntesis, señalaré que tales reformas fueron encaradas - en gran medida - por una

iniciativa del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes (en adelante STJ) a partir del año 2015 (Acuerdo N° 24/15, punto 13°), fundada en la necesidad de actualizar, compatibilizar y armonizar las normas procesales de la Provincia en materia Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativo, de acuerdo a los nuevos paradigmas y principios rectores de la legislación que lo informan, conformándose diferentes comisiones de trabajo integradas por Magistrados/as y funcionarios/as para la elaboración de anteproyectos de Códigos Procesales(4).

Luego de una profusa labor realizada en el seno del Poder Judicial, fueron elevados los diferentes anteproyectos al Poder Legislativo, donde a través de las Comisiones de ambas Cámaras competentes, se continuó con el trabajo y se amplió la participación de otros sectores, como ser Colegios de Abogados, Facultades de Derecho pública(5) y privada, los que fueron realizando sus aportes a fin de que el producto final sea lo más perfecto posible (aun conscientes de la imperfección humana).

Como resultado, a la fecha se han sancionado ya cuatro Códigos Procesales: El Penal, el Civil y Comercial, el de Familia, Niñez y Adolescencia y el Código Procesal Administrativo).

1- El autor es Abogado y Escribano (UNNE), Doctor en Derecho (UNNE), Especialista en Derecho Administrativo (UNNE), Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano de la Universidad de La Coruña (España). Profesor Adjunto por Concurso - a cargo de la titularidad - de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas (UNNE) e Investigador Categorizado. Profesor Titular de Derecho Administrativo General y Especial - Carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Presidente del Superior Tribunal de Justicia y del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Corrientes. E-mail: lereyvazquez@yahoo.com.ar

2- Basado en mi exposición en la Jornada: Nuevo Código Procesal Administrativo de la Provincia de Corrientes. Principales Innovaciones, llevada a cabo el día 6 de febrero de 2023 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE, donde expuse sobre el tema "Medidas cautelares y personas vulnerables".

Las principales novedades de cada uno de ellos:

1. Código Procesal Penal(6), en vigor ya en las 5 circunscripciones judiciales, conforme a un esquema gradual de implementación, comenzando en septiembre de 2020,



Dr. Luis Eduardo Rey Vázquez

3- Agradezco especialmente la invitación a su Presidente, Dr. Matías Fores.

4- Mediante Acuerdo N° 2 del 18-03-2016, Punto VIGESIMO SEXTO, teniendo en cuenta lo dispuesto en el punto 13° del Acuerdo N° 24/15 y oído el Sr. Fiscal Adjunto; SE RESUELVE: "Incorporar al Sr. Ministro, Dr. Luis Eduardo Rey Vázquez, a la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de Código Procesal Constitucional y modificación del Código Contencioso Administrativo de la Provincia, creada en el punto 13° del Acuerdo N° 24/15, ap. 3)". Ello a partir de mi incorporación como miembro del STJ de Corrientes.

5- En mi caso, mediante Resolución N° 1835 S.A./16 del 19-12-2016 de la Decana de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE, fui designado integrante de la Comisión de Docentes de las Cátedras de Derecho Administrativo para que a modo de colaboración lleven a cabo tareas de asesoramiento, de opinión y dictamen por escrito respecto al Anteproyecto de Reforma del código procesal Administrativo de la Provincia, de acuerdo al Convenio de Cooperación a ser suscripto por el Superior

y finalizando el 8 de noviembre de 2022 (en la ciudad Capital).

Dicho código produjo un cambio de paradigma, adoptando el modelo acusatorio pleno, colocando en cabeza del Fiscal la acusación, y el juez cumpliendo funciones de garantía, respetando así el principio de imparcialidad. Incorpora asimismo medios alternativos de resolución de conflictos.

2. Código Procesal Civil y Comercial(7). Entre las novedades más salientes, prevé el expediente digital, el proceso por audiencias (presenciales y/o virtuales, en este último caso en soporte de videograbación); procesos con sujetos vulnerables, proceso monitorio, procesos abreviados, uso de lenguaje claro, principios procesales.

Avanzar hacia la justicia moder-

na y ágil que demanda el ciudadano, procurando que éste sienta que su causa se resuelve con calidad y en un tiempo breve.

Ha previsto una transición ordenada hacia el nuevo modelo de estructuras procesales y el proceso de oralidad.

3. Código Procesal de Familia, Niñez y Adolescencia(8). Prevé el acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad, desarrollando el estándar del Interés superior del niño.

4. Código Procesal Administrativo(9) (en adelante CPA): Analizaré en el siguiente apartado.

III. Código Procesal Administrativo (Ley 6620) (10)

La denominación del nuevo Código abandona la clásica expresión "contencioso" y la reemplaza por la de "procesal", siguiendo la terminología más moderna, e incluso, la seguida en sus Tratados específicos en la materia, como el profesor español Jesús González Pérez(11), o el profesor argentino Tomás Hutchinson, intituladas en ambos casos "Derecho Procesal Administrativo"(12).

Asimismo, debo señalar que el Código se basa sustancialmente en el anterior Código Contencioso administrativo - Ley 4.106(13)-, cuya factura se reconoce fundamentalmente al gran profesor correntino Dr. Gustavo Adolfo Revidatti(14), que data del año 1986.

Sin embargo, tantos fueron los cambios que el Código requería una actualización, en especial porque ya en su día, con la reforma constitucional del año 2007, que suprimiera la competencia originaria y exclusiva del Superior Tribunal de Justicia, y abriera paso a la

instauración de un fuero especializado, el código original sufrió modificaciones que restaron solidez al texto, especialmente en lo relativo a los tribunales competentes.

Así, primero por Ley 5846⁽¹⁵⁾ se estableció un fuero especializado conformado por 2 Juzgados de primera instancia en la ciudad capital y un juzgado en cada una de las cuatro restantes circunscripciones judiciales. También creó una Cámara Contencioso Administrativo y Electoral con jurisdicción en grado de apelación para toda la provincia con sede en la ciudad capital. Dicha reforma comenzó a regir el 1 de junio de 2009, luego prorrogada por ley 5883⁽¹⁶⁾ hasta el 31 de enero de 2010". La Cámara comenzó a funcionar el diciembre de 2012.

También es importante señalar que el plazo de caducidad, originalmente de un año y medio, fue reducido a 30 días hábiles - o 60 días hábiles mediando denegatoria tácita - mediante Decreto Ley 182/2001⁽¹⁷⁾ - merced a la reforma introducida a la Ley de Procedimientos Administrativos N° 3460⁽¹⁸⁾, lo que ahora se corrige instaurando un plazo mucho más razonable - 6 meses - y sólo mediante acto expreso.

En cuanto a los aspectos más salientes de este último, pueden destacarse⁽¹⁹⁾:

a) Se modifica el orden y estructura del código vigente, simplificando además el lenguaje, a fin de facilitar su lectura.

b) Se regula la competencia de manera más completa, para evitar en lo posible, que se susciten innecesarios conflictos de competencia⁽²⁰⁾.

c) Se modifican los recaudos de acceso a la jurisdicción y para la

habilitación de instancia, eliminando el plazo de caducidad en los casos de reclamo previo; estableciendo un plazo de caducidad más amplio y razonable para los casos de la vía recursiva - el que sólo se aplica cuando existe pronunciamiento expreso de la Administración, no así en los casos de silencio - y suprimiendo el pedido previo en sede administrativa para la suspensión de los efectos del acto administrativo. Se especifican los modos de agotar la vía administrativa previa y los casos en que ello es necesario, a fin de facilitar su aplicación por parte de los operadores jurídicos⁽²¹⁾. No se aplica el plazo de caducidad cuando el Estado es actor en la acción de lesividad⁽²²⁾.

d) En cuanto a la exigencia del "pago previo" de obligaciones tributarias, siguiendo la tendencia jurisprudencial, se prevén excepciones con el objeto de que tal requisito no se erija en un obstáculo que conlleve a la denegación de justicia en el caso concreto⁽²³⁾.

e) En orden a brindar una adecuada tutela a personas en estado de vulnerabilidad o cuando se demanda la tutela de derechos irrenunciables, se han flexibilizado los recaudos de admisibilidad de las pretensiones para agilizar el acceso a la justicia.

f) Se consolida y perfecciona un sistema plural de pretensiones administrativas⁽²⁴⁾, dejado en claro que no se trata ni de un "proceso al acto" ni de un "proceso a la actividad" ⁽²⁵⁾. Se incorporan los derechos de incidencia colectiva⁽²⁶⁾.

g) En aras a la seguridad jurídica y para facilitar la tarea de los operadores jurídicos, se dispone la directa aplicación del Código Procesal Civil y Comercial con relación a instituciones comunes,

Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste.

6- Sancionado por Ley 6518 (B.O. 27-11-2019, y su fe de erratas del 6-12-2019).

7- Ley 6.556 (B.O. 13-05-2021), en vigencia a partir del 1°-12-2021.

8- Ley 6.580 (B.O. 27-10-2021), en vigencia a partir del 1°-03-2022.

9- Ley 6.620 (B.O. 23-11-2022, en Anexo), promulgado por Decreto N° 3420 del 22-11-2022 (B.O. 23-11-2022), en vigencia a los 60 días de la publicación.

10- Para mayor recaudo, remito a la obra - CÓDIGO PROCESAL ADMINISTRATIVO DE CORRIENTES, Ley N° 6620, Principales innovaciones y cambios, Rey Vázquez, Luis E.; Billingham, Nidia A.; Güemes, Belén; Oviedo, María Marcela y Daverio, Ana Emilia, 1ª Edición, Contexto Libros, Resistencia, 2023, ISBN 978-987-730-834-1. En el trabajamos los autores de la Comisión redactora original.

11- González Pérez, Jesús, Derecho Procesal Administrativo, 3 Volúmenes, 2ª Edición, Prólogo de Jaime Guasp, Instituto de Estu-

como notificaciones, conflictos de competencia, recusación, recursos ordinarios y extraordinarios, entre otras y, además, se regulan aquellas en las que debe contemplarse las particularidades propias del sistema de derecho administrativo

dios Administrativos, Madrid, 1963; y en su *Derecho Procesal Administrativo Iberoamericano*, Temis, Bogotá, 1985, entre otras obras del profesor español.

12- Hutchinson, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, 3 Volúmenes, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009; y antes en Diez, Manuel María; y Hutchinson, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, 2ª Edición, Plus Ultra, Buenos Aires, 1996.

13- Ley 4.106 (sanc. 10/10/1986; promul. 15/10/1986; publ. 11/03/1987).

14- Revidatti, Gustavo A., *Lo Contencioso Administrativo en la Provincia de Corrientes*, Ley 4.106, Comentada, Cicero, Corrientes, 1987.

15- B.O. 05-08-2008.

16- B.O. 1º-06-2009.

17- Ley 3460, Art. 223. (Texto según decreto ley 182/2001, art. 2 (*)) "Prescripción de los derechos y obligaciones que tenga su origen en la legislación dictada por la provincia en ejercicio de sus facultades propias, no delegadas será de tres años, salvo los casos contemplados por leyes especiales.

(por ejemplo, el Código Procesal Civil y Comercial establece las notificaciones electrónicas).

h) Se prevé la posibilidad de usar como herramientas para la toma de decisiones judiciales, el análisis y procesamiento intelligen-

te de datos a través de sistemas informáticos o tecnológicos, como así también la posibilidad de que, cuando se cuente con los medios técnicos, las providencias simples puedan ser dictadas en forma automática utilizando sistemas de automatización (inteligencia artificial).

i) Se promueve la utilización de sistemas interoperables de acceso para distintas instituciones, tanto para obtener información ofrecida como prueba en las causas, como para las comunicaciones y notificaciones.

j) En lo que hace a las medidas cautelares, se amplía la posibilidad de su dictado a fin de prevenir la ocurrencia o agravamiento de daños irreparables o perjuicios graves(27).

k) Se incorpora la posibilidad del proceso por audiencias(28), a fin de promover la intermediación y la concentración, celeridad y economía procesal.

l) Se prevé la aplicación, para algunos supuestos, de la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

m) Se regulan los efectos de la sentencia en los casos en que se plantean pretensiones que involucren derechos de incidencia colectiva.

n) Se regula el amparo por mora como un instituto propio del derecho procesal administrativo, que originalmente se hallaba regulado como instituto del procedimiento administrativo (en la Ley 3460).

o) Se elimina la acción de interpretación -que ha tenido poca utilización práctica- y, en su lugar, se incorpora la acción declarativa de certeza.

p) Se prevé un proceso de recuperero abreviado de bienes inmuebles del dominio público o bienes

de propiedad del Estado otorgados en concesión(29).

q) Se agregan herramientas para la ejecución de las decisiones judiciales, sin dejar de tener en cuenta el límite constitucional previsto en el artículo 20 de la Constitución Provincial.

r) Recursos directos previstos en leyes especiales - en todos los casos se atribuye su conocimiento a los jueces con competencia administrativa.

IV. Medidas cautelares en el Código Procesal Administrativo.

En lo que hace a las medidas cautelares, se amplía la posibilidad de su dictado a fin de prevenir la ocurrencia o agravamiento de daños irreparables o perjuicios graves(30), suprimiendo el pedido previo en sede administrativa para la suspensión de los efectos del acto administrativo.

Transcribo a continuación el Título correspondiente a las medidas precautorias:

TÍTULO II **DISPOSICIONES COMUNES** **CAPÍTULO 1** **Medidas precautorias**

Artículo 27. Procedencia Las partes pueden solicitar al/la juez, en cualquier estado del proceso y aún antes de que se declare expedita la vía judicial, las medidas precautorias o innovativas idóneas para asegurar la conservación de los bienes comprometidos en la causa, la comprobación de alguna situación de hecho, la conservación de pruebas pasibles de desa-

parición o alteración, o cualquier otra diligencia tendiente a garantizar la ejecución de la sentencia y/o a evitar que, mientras dure el proceso, se produzcan, continúen o agraven perjuicios o daños de difícil reparación ulterior con relación al derecho cuyo reconocimiento se persigue.

Artículo 28. Recaudos. Debe acreditarse sumariamente el derecho invocado, la posibilidad de pérdida o frustración del derecho o la alteración o agravamiento de una determinada situación de hecho o de derecho que pueda producir perjuicios graves y la urgencia de la prevención requerida, indicando las pruebas justificativas, que deben diligenciarse dentro de los diez (10) días.

Artículo 29. Trámite. Facultades del juez. La sustanciación, resolución y cumplimiento de las medidas precautorias solicitadas, salvo los actos de control en la producción de prueba anticipada, se realiza sin audiencia ni conocimiento de la otra parte, quien debe ser notificada después de cumplidas.

El/la juez puede disponer una medida distinta o limitar la solicitada para evitar lesiones innecesarias a la parte afectada o a terceros.

Artículo 30. Cumplimiento. La resolución que ordene la medida precautoria debe establecer, aunque no se haya solicitado, que se cumpla con el auxilio de la fuerza pública, allanamiento de domicilio y habilitación de tiempo si es necesario, disponiendo en los casos que corresponda, el monto y modo de la caución que deba rendir la peticionante.

Artículo 31. Suspensión, sustitución y caducidad. La parte afectada por la medida precautoria o los terceros que acrediten derechos suficientes, pueden pedir que sea

dejada sin efecto, cuando se hayan modificado las circunstancias que se tuvieron en cuenta al decretarla y, en cualquier momento, que sea sustituida por otra equivalente. El/la juez debe resolver previa vista a la parte que la solicitó.

Si la medida precautoria es dictada antes de agotar la vía administrativa, queda sin efecto si en el término de treinta (30) días desde la notificación del acto con el cual queda expedita la vía judicial, no se inicia la correspondiente demanda o la diligencia preliminar de preparación de la acción.

En los casos en que no se haya interpuesto reclamo o recurso administrativo, la demanda se debe interponer en el término de treinta (30) días desde que se otorgó la medida cautelar.

Artículo 32. Medidas para la conservación de los bienes motivo de la litis o el aseguramiento de la sentencia. Enumeración. Para la conservación de los bienes objeto del proceso o para asegurar el cumplimiento de la sentencia, pueden solicitarse las siguientes medidas:

- a) embargo preventivo o secuestro de bienes determinados;
- b) intervención o administración judicial;
- c) prohibición de contratar o innovar;
- d) inhibición general;
- e) anotación del litigio judicial.

El/la juez puede decretar fundadamente cualquier otra clase de medidas precautorias o innovativas idóneas para asegurar provisoriamente el derecho, cuya existencia sea materia del litigio y/o para evitar la producción, continuación o agravamiento de daños de difícil reparación.

Caducidad de la vía contencioso administrativa. Vencido el plazo establecido en el art. 222, quedará expedita la vía contencioso administrativa, la que podrá ser iniciada hasta sesenta (60) días hábiles judiciales.

Quando la autoridad competente se haya expedito expresamente, el plazo para interponer la demanda será de treinta (30) días hábiles judiciales, contados desde que el acto fue debidamente notificado".

() El art. 3 del decreto ley 182/2001 establece: "El presente decreto ley entrará en vigencia a partir del 1 de diciembre de 2001". El texto originario del Art. 223 establecía: "El término de la prescripción de los derechos y obligaciones que tengan su origen en la legislación dictada por la provincia en ejercicio de sus facultades propias, no delegadas, será de tres años, salvo los casos contemplados por leyes especiales.*

La caducidad de la acción judicial se producirá de pleno derecho al cumplirse la mitad del plazo previsto para la prescripción".

18- B.O. 30-01-1979.

19- Sigo aquí, en líneas generales, en los motivos expresados en ocasión de elevar el Anteproyecto por parte de quienes integra-

CAPÍTULO 2

Suspensión de las decisiones administrativas cuestionadas en el proceso

Artículo 33. Regla general. La demanda no interrumpe la ejecu-

mos la Comisión redactora.

20- Título I, Ley 6620.

21- "Artículo 23. Plazos. Denegatoria tácita. La pretensión de nulidad de actos administrativos de alcance particular, debe interponerse dentro del plazo perentorio e improrrogable de seis (6) meses, sin incluir los periodos de feria judicial, computados desde el día siguiente al de la notificación en legal forma de la decisión que agota la instancia administrativa.

La demanda puede iniciarse en cualquier momento cuando el agotamiento de la instancia administrativa se configure a través de su denegatoria tácita, sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción".

22- Siguiendo el criterio mentado en el art. 27 de la Ley 19549.

23- Ver artículos 24, 25 y 26 del CPA, Ley 6620.

24- Ya la Ley 4.106, art. 55, se había enrolado en el principio de unidad de acción y pluralidad de pretensiones.

25- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tº IIº, 5ª Edición, Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 612, sostienen que "... todo el

ción de los actos administrativos cuestionados, salvo que se trate de alguna de las excepciones contempladas en las leyes.

Artículo 34. Suspensión de la decisión administrativa. Requisito de admisibilidad. Si durante la sus-

tanciación del proceso o con anterioridad a este hay urgencia notoria, puede solicitarse la suspensión de la decisión administrativa acreditando:

a) la verosimilitud de las irregularidades que se denuncian contra la decisión recurrida;

b) que el daño que pueda ocasionar la ejecución de la decisión administrativa sea mayor o no guarde proporción con el perjuicio que puede ocasionar su suspensión;

c) la urgencia notoria.

Cuando la irregularidad de la decisión administrativa sea manifiesta no es necesario el requisito establecido en el inciso c).

La resolución que dispone la medida debe especificar el modo y monto de la contracautela a cargo del peticionante. En los supuestos de pretensiones en materia de empleo público, previsional, personas humanas en condición de vulnerabilidad y quienes actúan con beneficio de litigar sin gastos, se exige únicamente caución juratoria.

Artículo 35. Sustanciación. Trámite. El pedido de suspensión de la decisión administrativa se sustancia como incidente y no suspende el proceso principal.

Cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justifiquen, el/la juez o tribunal puede dictar una medida interina, cuya eficacia se extiende hasta el momento de la resolución del incidente.

No es exigible el traslado previo cuando se trate de pretensiones cautelares en las que esté comprometida la vida digna, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria.

Artículo 36. Suspensión. Caducidad. Si la administración pública

justifica en cualquier estado de la causa que la suspensión decretada produce un grave perjuicio al interés público, es urgente cumplir la decisión, o se trata de alguno de los supuestos del artículo 133, el/la juez, previo traslado, puede dejarla sin efecto, declarando a cargo de la administración pública la responsabilidad por los daños que produzca la ejecución, que deben establecerse y evaluarse provisionalmente en el mismo incidente de suspensión y pueden reajustarse en caso de prosperar la demanda.

La suspensión del acto administrativo caduca de pleno derecho si la demanda no se deduce en el plazo de treinta (30) días desde que queda habilitada la instancia judicial.

V. Un denominador común en los nuevos códigos: las personas en situación de vulnerabilidad

La Constitución Nacional reformada en 1994, consagra en su Art. 75, inciso 23, como atribución del Congreso: "... 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos⁽³¹⁾ y las personas con discapacidad" ⁽³²⁾.

Los diferentes Códigos Procesales responden a dicho mandato - en este caso emanados de la Legislatura Provincial - y a la necesidad de compatibilizarlo con las numerosas reformas operadas sobre otras normas, como el caso del Código Civil y Comercial⁽³³⁾.

Así, por ejemplo, el Código Procesal Civil y Comercial correntino⁽³⁴⁾ dedica todo un Capítulo - el 6° - a los “Procesos con sujetos vulnerables”, expresando en su Artículo 46. Aplicación: “Las normas de este Capítulo se aplicarán de oficio en los actos y procesos judiciales, de cualquier instancia, donde intervengan personas en condición de vulnerabilidad, siguiendo las normas, principios y directivas de garantía del acceso a la jurisdicción contenidas en la Constitución Nacional, la Constitución Provincial, los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, y demás normas vigentes”.

Luego describe a quienes alcanza, en su Artículo 47. Personas en condición de vulnerabilidad. “Se consideran en condiciones de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas, y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercer con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”.

En punto a la acreditación de tales extremos, expresa en su Artículo 48... “La condición de vulnerabilidad deberá ser alegada por la parte interesada en su primera presentación y, de ser sobreviniente, hasta el décimo día de haber tomado conocimiento de la misma, o durante el curso del proceso si su configuración fuese posterior, debiendo acreditarla en grado verosímil. En su caso, el juez deberá ordenar las pruebas que considere necesarias.

La parte que conozca o deba co-

nocer, que su contraria se encuentra en condición de vulnerabilidad, deberá hacerlo saber al juez en su primera presentación o dentro de los diez (10) días de haber tomado conocimiento de la misma. Su omisión constituirá un indicio en su contra y podrá dar lugar a una multa de hasta el valor de 20 (veinte) jus. Idéntica solución cabrá respecto de la parte que a sabiendas del cese de su condición de vulnerabilidad omitiese informarlo.

Si, en cualquier etapa del proceso los jueces advirtieren indicios de que se configura la condición de vulnerabilidad, deberán verificarla.

Verificada la condición de vulnerabilidad, el proceso quedará regido por las normas de este Capítulo”.

Es importante el rol que asigna a los equipos técnicos interdisciplinarios (artículo 49), cuando expresa: “Los tribunales en los que intervengan personas en condición de vulnerabilidad contarán con la asistencia de equipos técnicos interdisciplinarios, debiendo asesorar a los jueces y demás funcionarios en las materias relacionadas con su especialidad, mediante la elaboración de informes y articulando las intervenciones con los organismos, personas o instituciones públicas o privadas cuando lo ordene el juez”.

Contempla tanto la gratuidad de las actuaciones, como la flexibilidad de las formas y la concentración de los actos, al expresar:

Artículo 50. “Gratuidad de las actuaciones. Las personas en condiciones de vulnerabilidad gozarán de acceso gratuito a la jurisdicción, con los mismos alcances que el beneficio de litigar sin gastos, sin necesidad de solicitarlo.

La parte contraria y la oficina

proceso gira, pues, en torno a las peticiones concretas que las partes formulan ante el órgano jurisdiccional solicitando del mismo una actuación en un sentido determinado. La pretensión acota, pues, el contenido del proceso, fija sus límites concretos, condiciona su tramitación y resultado, y determina el ámbito en el que necesariamente ha de moverse el juzgador.

26- Conforme terminología del art. 42 de la Constitución Nacional, y art. 48 de la Constitución Provincial. La Ley 4.106 los denominada “derechos difusos”. Al respecto puede verse el trabajo de Revidatti, Gustavo Adolfo, “Los Intereses Difusos”, en su obra Lo Contencioso Administrativo en la Provincia de Corrientes, Ley 4.106, Comentada, Cice-ro, Corrientes, 1987, p. 139.

27- Título II, Artículos 27 a 36, Ley 6620.

28- Existen experiencias similares en el Derecho comparado, conforme da cuenta Ortíz Zamora, Luis A., “El juicio por audiencias en el contencioso administrativo”, en Leiva Poveda, Jorge (coordinador), Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda de Costa Rica: 50 Aniversario, San José, Costa Rica, 2022, pp. 283-312.

de recaudación respectiva podrán acreditar su solvencia, en cuyo caso cesará la gratuidad”.

Artículo 51. “Flexibilidad de las formas. Las formas procesales deben ser flexibilizadas para que se adapten a las condiciones de la per-

29- Título VI, Ley 6620, tomando como base la Ley Nacional 17.091, así como lo establecido en la Constitución de la Provincia de Corrientes - año 2017 -, art. 225, inciso 10.

30- Título II, Artículos 27 a 36, Ley 6620.

31- Me he ocupado de la situación de las personas mayores como sujetos vulnerables, en Rey Vázquez, Luis E., "El acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad. Algunas manifestaciones vinculadas a la seguridad social", publicado en el Suplemento Especial coordinado por Patricio Torti Cerquetti, Vulnerabilidad y Derechos Humanos. Primera Parte, Erreius, Diciembre de 2021, Buenos Aires, pp. 131-143. También publicado en la revista Temas de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Marzo 2022, Editorial Erreius, pp. 175-187.

32- La Constitución de la Provincia de Corrientes, vigente desde 2007, prescribe dentro de las atribuciones de los Municipios, la de "6) Dictar ordenanzas y reglamentaciones sobre: ... m) servicios sociales a grupos vulnerables..." (Art. 123).

33- Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994 (B.O. 08-10-2014). Por Ley 27.077 (B.O. 19-12-2014) se estableció su entrada en

sona vulnerable, según la índole de su situación.

Hasta la audiencia preliminar podrá modificarse o adecuarse la pretensión cuando resulte evidente que ha sido inicialmente formulada sin suficiente información

o asesoramiento en relación a los derechos que asisten a las personas en condiciones de vulnerabilidad. En tal caso el juez deberá arbitrar las medidas para garantizar la bilateralidad".

Artículo 52. "Concentración de actos. Se adoptarán medidas para concentrar, en lo posible en un mismo día, la realización de los actos procesales en los que debe intervenir la persona en condición de vulnerabilidad, con agilidad y puntualidad".

Se ocupa de la necesidad de asistencia letrada obligatoria y de acompañamiento, cuando expresa en su Artículo 53: "...Las personas en condición de vulnerabilidad, además de la asistencia letrada obligatoria, podrán comparecer acompañadas por referentes afectivos o de la comunidad, traductor y del intérprete cultural o lingüístico en su caso".

Como garantía de acceso efectivo a la justicia, consagra reglas en materia de lenguaje claro, cuando expresa en su Artículo 54. "Lenguaje. Información. Los operadores jurídicos deberán utilizar lenguaje sencillo y de fácil comprensión para los actos de comunicación con la persona en condición de vulnerabilidad, evitando emitir juicios de valor o críticas sobre su situación o comportamiento.

En la primera oportunidad y durante todo el proceso se le informará al sujeto vulnerable sus derechos y los apoyos que puede recibir.

La opinión de la persona en condición de vulnerabilidad deberá ser primordialmente tomada en cuenta y valorada, según las circunstancias del caso".

Finalmente, prescribe reglas acerca del uso de las TICs en su Ar-

tículo 55. Tribunal. Traslado. "El juez o los funcionarios judiciales deberán trasladarse al lugar donde se encuentren las personas en condiciones de vulnerabilidad cuando las circunstancias lo exijan y disponer todas las medidas necesarias para facilitar la accesibilidad, disponiendo el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) más adecuadas".

Respecto al Código Procesal Administrativo de la Provincia de Corrientes, contempla justamente la situación de vulnerabilidad como estándar hermenéutico en diferentes situaciones, en especial en materia de medidas cautelares, habilitación de instancia y ejecución de sentencias.

Ya en su Título preliminar, expresa: "Artículo 1°. Tutela judicial efectiva. Las normas procesales de este código deben interpretarse y aplicarse con el objeto de lograr la efectividad de los derechos sustanciales, observando los fines sociales del proceso, las exigencias del bien común, la eficiencia, la legalidad, la proporcionalidad y la razonabilidad, procurando afianzar la tutela judicial efectiva, en especial para los casos de personas humanas en condición de vulnerabilidad".

Luego, al referirse a las excepciones a la regla del agotamiento de la vía administrativa, prevé en su Artículo 22. Excepciones. "El agotamiento de la vía administrativa previa a que se refieren los artículos anteriores no es necesario cuando una norma expresa lo establezca y cuando: ... g) se encuentren involucrados derechos fundamentales e irrenunciables como el derecho a la vida, la salud o la dignidad o de personas en estado de vulnerabilidad social y se alegue fundadamente premura en la reso-

lución de la cuestión”.

En materia cautelar, consagra en su Artículo 34, al ocuparse de la “Suspensión de la decisión administrativa. Requisito de admisibilidad, luego de expresar los presupuestos⁽³⁵⁾, y de fijar como regla acerca de que la resolución que dispone la medida debe especificar el modo y monto de la contracautela a cargo del peticionante, exceptúa diciendo lo siguiente: “... En los supuestos de pretensiones en materia de empleo público, previsional, personas humanas en condición de vulnerabilidad y quienes actúan con beneficio de litigar sin gastos, se exige únicamente caución juratoria”.

Asimismo, consagra pautas especiales en materia de cédulas de notificaciones, cuando prescribe en su Artículo 51. “Elaboración y firma de la cédula. Las cédulas de notificaciones dirigidas al domicilio real son confeccionadas y firmadas por el abogado de la parte que tenga interés en ella, el síndico, tutor, curador, notario, perito o martillero que intervengan en el proceso e implica la notificación de la parte que representa o patrocina.

La notificación de medidas cautelares o de orden de entrega de bienes debe ser firmada por funcionario judicial.

El/la juez debe ordenar que por secretaría se practiquen las notificaciones cuando sea necesario por el objeto de la providencia, por razones de urgencia o cuando estén en juego derechos de personas humanas en condición de vulnerabilidad en cuanto a ellas interese”.

Respecto del estándar de vulnerabilidad, amén de lo que ya expresara la CSJN en el caso “García”⁽³⁶⁾, se ha visto robustecida en el caso “Garay, Corina”⁽³⁷⁾, donde ex-

presó que “... el tiempo transcurrido desde el inicio de la acción, la avanzada edad que presentaba la actora y la posibilidad expresamente planteada y omitida de satisfacer la condena sin más dilaciones en este expediente trayendo al organismo recaudador al proceso, la decisión de sujetar a la accionante a un nuevo trámite administrativo y/o judicial no especificado, configura un exceso ritual manifiesto que puede frustrar la sustancia de su derecho conforme al desenvolvimiento natural de los hechos... En definitiva, no resulta razonable exigir a los recurrentes que deduzcan dos planteos ante distintos organismos a fin de lograr idéntico reconocimiento, ya que no solo importa un arbitrario retraso en la declaración de derechos de naturaleza alimentaria que cuentan con amparo constitucional, sino que trasunta un dispendio jurisdiccional que se opone a principios básicos de economía y concentración procesal ...” (Considerando 9º).

Constituye un deber del Estado adoptar las medidas tendientes a garantizar el efectivo respeto de los derechos fundamentales.

VI. Conclusión

Resulta auspicioso que se comiencen a perfilar cambios normativos acordes a la normativa convencional y constitucional de estos tiempos, que apunten a eliminar las desigualdades y toda forma de discriminación, tutelando adecuadamente a todos, especialmente, a quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Entiendo que la Provincia de Corrientes ha hecho un esfuerzo que apunta en esa dirección, y es de esperar que todos los operado-

vigencia el 1º de agosto de 2015.

34- Ley 6.556 (B.O. 13-05-2021, en vigencia a partir de diciembre de 2021).

35- “Si durante la sustanciación del proceso o con anterioridad a este hay urgencia notoria, puede solicitarse la suspensión de la decisión administrativa acreditando:

a) la verosimilitud de las irregularidades que se denuncian contra la decisión recurrida;

b) que el daño que pueda ocasionar la ejecución de la decisión administrativa sea mayor o no guarde proporción con el perjuicio que puede ocasionar su suspensión;

c) la urgencia notoria.

Cuando la irregularidad de la decisión administrativa sea manifiesta no es necesario el requisito establecido en el inciso c)...”

36- CSJN, 26-03-2019, “García, María Isabel c. AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos 342:411.

37- CSJN, 07-12-2021, “Garay, Corina Elena c/ ANSeS s/ reajustes varios”, Fallos 344:3567.

res jurídicos así lo visualicen y procuren su recta aplicación.

Constituye un deber del Estado adoptar las medidas tendientes a garantizar el efectivo respeto de los derechos fundamentales.

NEURODERECHOS & NEUROTECNOLOGIA

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL, EL LEGALTECH Y LA INTERNET OF BODIES

SUMARIO

1. Concepto.
 2. Origen
 3. Los neuroderechos fundamentales
 4. Neurodeberes
 5. Neuroderechos, garantía para evitar 'hackear' el cerebro
 5. Situación en Chile
 7. España
 8. Resulta necesario regular los neuroderechos y neurodeberes ?
 9. Jurisprudencia
 10. Conclusiones
- Bibliografía

NEURODERECHOS Y NEURODEBERES

1. Concepto.

Es tarea del neurocientífico trabajar en su ámbito y, del neurojurista realizar su tarea con estudio, dedicación, ética y compromiso⁽²⁾

Ingresamos a unos de los temas centrales de esta obra. Si bien ya habíamos adelantado conceptos en otros estudios es, éste, el que lo analiza especialmente

La rama del Derecho denominada simplemente Neuroderecho es la que observa el Derecho que surge por el avance de la tecnología y sicología, aplicada al ser humano, teniendo presente, especialmente, su biología, conducta social y ética científica y empresarial

La expresión "Neuroderecho" es la castellanización de la crisis Neurology and Law; ésto es neurolaw, anglicismo común en la materia.

De acuerdo a ello los neuroderechos

son un conjunto de nuevos derechos humanos, o una puesta a punto, por el avance de la tecnología, de algunos de los derechos humanos que ya se contemplan en la declaración Universal de Derechos Humanos.

Su objetivo es proteger el cerebro y su actividad en virtud de la medida avance y el desarrollo de la neurociencia y neurotecnología.

Para el autor los neuroderechos son, entonces, derechos humanos, surgidos por el desarrollo de la neurotecnología.

Su regulación si bien es nacional tiende, cada vez más, a internacionalizarse⁽³⁾.

La técnica, y su regulación, ha dado lugar al Derecho de los Neuroderechos

2- Origen

Como todo concepto el mismo se trata de una evolución que se venía observando en las diversas ciencias que, luego, pudieron observar en conjunto el objeto de estudio

La expresión, y especialmente su estudio, surge en 1991 cuando se interrelacionan la neurología, el derecho, la neuropsicología y la rehabilitación de los que padecían daños neuropsicológicos⁽⁴⁾.

En la actualidad el tema, aún, se encuentra en sus inicios.

Como venimos observando, desde hace varios años existen dispositivos que, instalados en el cerebro, observan su actividad y la remiten a ordenadores que pueden procesarla

También, se dice, que pueden amplificar nuestros sentidos o modificar recuerdos.

1- Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República: UDELAR

Profesor de Postgrado de la Universidad de Buenos Aires: U.B.A.

Profesor de Derecho Administrativo de la UDELAR
Constitucionalista y especialista en Legaltech, Derecho Digital y Prevención de Lavado con Activos y Criptoactivos

Autor de más de 40 libros
Autor de alrededor de 400 artículos de su especialidad en revistas nacionales y extranjeras

Ex Asesor de la Presidencia de la República y Asesor Parlamentario

2- Flores Dapkevicius, Rubén: *Neuroderechos & Neurotecnología*, FCU, Mdeo. 2023

3- Flores Dapkevicius, Rubén: *Legaltech*, FCU, Mdeo. 2023

4- Sherrrod Taylor, Anderson Harp y Tyron Elliott "Neuropsychologists and neuro-lawyers", *Neuropsychology*, Número 4

<https://www.proquest.com/openview/5a3adbeb597cc014ffc9428d47c0b6b0/1.pdf?pq-origsite=gscholar&cbl=60930>

Existen diversos proyectos para descifrar el funcionamiento del cerebro humano con la finalidad de curar su mal funcionamiento; así, por ejemplo el párkinson

Otro proyecto, avanzado en este momento es el de Neuralink que ya ha recibido la aprobación de la FDA para iniciar su primer estudio clínico en humanos.

La empresa intenta desarrollar una interfaz directa entre el cerebro humano y los ordenadores para, por ejemplo, curar la ceguera⁽⁵⁾

3. Los neuroderechos fundamentales

Los derechos humanos son el conjunto de derechos de que gozan las personas y que no pueden ser restringidos ni violados, esencialmente, por los gobernantes.

Los Derechos humanos son los derechos fundamentales, inherentes, que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad.

Los únicos límites en el ejercicio de los derechos humanos son:

- el orden público;
- los derechos de terceros y
- los deberes constitucionales.

El estudio de los límites excede el objeto de este estudio. Por tanto, se recomienda para ampliar el tema, observar nuestro Tratado de Derecho Constitucional, Tomo II, 2da edición, Mdeo. 2021, La Ley

Debemos tener presente que los neuroderechos son un conjunto de nuevos derechos humanos, o una puesta a punto, por el avance de la tecnología, de los hace tiempo reconocidos, por ejemplo, en la declaración Universal de Derechos Humanos.

Los derechos humanos, como vimos, son propios del individuo sin necesidad de texto expreso que los determine. Existen por la simple condición de que el hombre es tal

Por tanto son de principio y, ello significa que, para excluirlos se necesita texto

expreso, de interpretación estricta, que no admite extensiones analógicas⁽⁶⁾.

Los neuroderechos los entendemos como aquéllos que refieren a bienes jurídicos relacionados con la genética y la bioingeniería. Estas son ciencias que deben ser controladas, especialmente, por la ética. Son derechos de la 5ta generación que refieren al empoderamiento del ser humano frente a las máquinas y tecnología, protegiendo, especialmente el medio ambiente de sus efectos contaminantes. También estos derechos persiguen un mayor contacto entre los seres humanos separados, cada vez más, por la tecnología

Por tanto, reiteramos, los neuroderechos son derechos de la quinta generación

La Neuro Rights Initiative (NRI) propone cinco neuroderechos:

Los neuroderechos que quieren sumarse como nuevos derechos para proteger nuestros cerebros, en la rama del Derecho Neuroderechos, son:

1. Identidad personal esto es que debe protegerse al hombre respecto a no alterar el sentido del yo bajo ninguna circunstancia.

2. Libre albedrío que refiere a que las personas puedan decidir libremente sin manipulación neurotecnológica.

3. Intimidad mental que determina que no se podrán utilizar datos de la actividad cerebral sin el consentimiento de las personas.

Reiteramos que nosotros distinguimos privacidad de intimidad como lo hace la doctrina de la materia ⁽⁷⁾. Ello es fundamental porque, los que no son especialistas del tema, siempre refieren a la privacidad siendo lo correcto, proteger la intimidad y los datos sensibles.

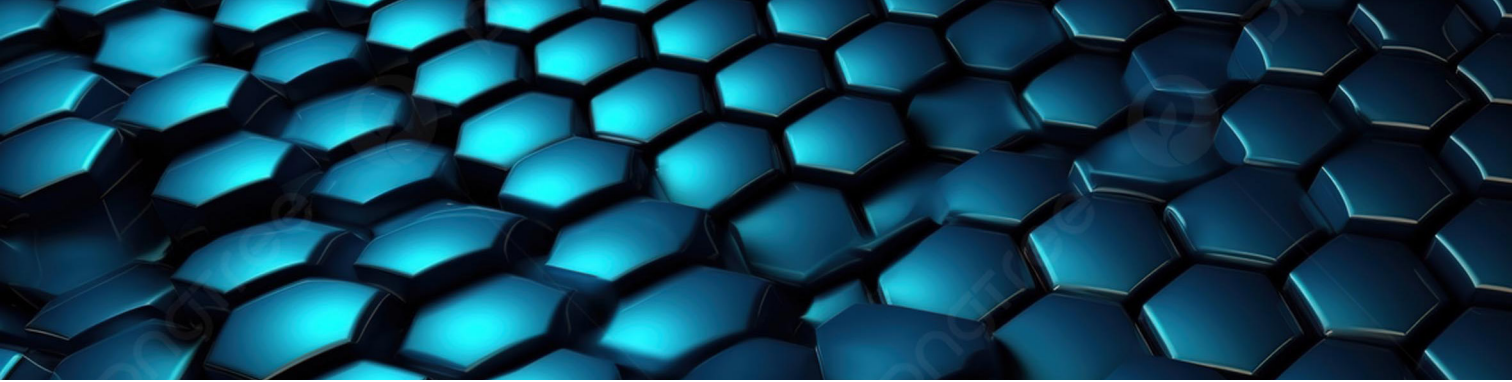
Los datos sensibles son ⁽⁸⁾, los que revelan elementos que puedan dar lugar a discriminaciones y, por tal motivo, son absolutamente íntimos del titular. Los ejemplos clásicos son el origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas

5- <https://forbes.es/empresas/285590/que-es-neuralink-la-empresa-de-elon-musk-que-ha-recibido-luz-verde-para-testar-sus-chips-en-humanos/>

6- Flores Dapkevicius, Rubén: *Legaltech y Derecho Digital*, Bde F, Madrid-Buenos Aires, 2024, 2 tomos

7- Nino, Carlos: *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Bs. As. 1992

8- Generalmente, y en forma correcta, la ley no los define. Por ello surgen de una elaboración doctrinal



filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o vida sexual, situación financiera, padecer determinada enfermedad⁽⁹⁾

La privacidad refiere al ámbito de las acciones privadas que no afectan a terceros, aunque puedan ser conocidas por éstos. Lo privado no los es, entonces, por el conocimiento que de esas acciones tengan los demás. Es privado porque pertenece a la esfera personal de las personas y, en tanto no afectan a terceros, se rigen por el principio de libertad, art. 10 de la Constitución Oriental.

Íntimo refiere al ámbito personal que no es o no debería ser conocido por los demás, por ejemplo, opciones sexuales, divulgación de fotografías sin autorización, interceptación o violación de la correspondencia epistolar, electrónica, telefónica, enfermedades, etc.

Así, entonces, padecer una enfermedad puede ser un dato sensible si el que la padece no la da a conocer.

Si la comunica será un dato privado, propio, pero no íntimo⁽¹⁰⁾.

4. Protección contra prejuicios en tanto no se podrá discriminar a las personas a partir de datos obtenidos por neurotecnologías.

5. Acceso equitativo de las mejoras de capacidades cerebrales deben ser accesibles a todos⁽¹¹⁾.

Según veremos se quedan cortos en el tiro

Ese organismo intenta hacer reconocerlos y añadirlos a la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

El tema no es menor; porque el reconocimiento a nivel internacional podría hacer más efectiva la protección de los neuroderechos. Ello conduciría a la implantación de un sistema con principios, órganos de control, límites, etc.

Asimismo, la aprobación de un código de ética en el desarrollo de ella inteligen-

cia artificial y los neuroderechos cerraría el sistema

La regulación debería establecer tanto principios fundamentales de protección de la dignidad humana, y los derechos fundamentales, como una regulación que permita el avance en cuestiones de salud, pero estableciendo límites al mejoramiento humano con fines que no hagan peligrar la intimidad y la libertad de las personas.

Por otra parte, deben agregarse otros derechos. Así:

6. Neutralidad tecnológica

Que significa que no debe fomentarse, artificialmente, determinadas opciones tecnológicas, en detrimento de otras, a los efectos de que los seres humanos puedan elegir libremente la que más convenga a sus necesidades y derechos⁽¹²⁾

7. Identidad mental

Es la necesaria protección del ser humano de no ser influenciado, en su formación mental por tecnologías tendenciosas

8. Derecho al aumento de la neurocognición.

Con el mismo se debe propiciar la regulación del desarrollo y aplicación de neurotecnologías que permitan mejorar la actividad cerebral.

Evidentemente existen otros neuroderechos menos conocidos además de, aquéllos, que van consolidándose con el avance tecnológico

4. Neurodeberes

Los neurodeberes surgen, elementalmente, por la existencia de los neuroderechos pertenecientes a la rama del Derecho, Derecho de los Neuroderechos.

Son, en general, la otra cara de la moneda de éstos.

Los deberes de los habitantes surgen, esencialmente, luego de celebrado el pacto social. Es decir que, consagrada la Constitución, documento formal del contrato,

9- Flores Dapkevicius, Rubén: *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I y II La Ley Thomson Reuters, Buenos Aires- Montevideo, 2021, 2da edición

10- Flores Dapkevicius, Rubén: *Amparo, Habeas Corpus, Habeas Data y Acceso a la Información Pública*, F.C.U., Montevideo, 2021, 4ta edición actualizada y ampliada

11- *Neuroderechos: qué son y qué protegen frente a la tecnología* (orange.es)

12- Flores Dapkevicius, Rubén: *Neuroderechos & Neurotecnología*, FCU, Mdeo. 2023

el hombre deja parte de su libertad, de sus derechos, para vivir en comunidad.

Es la pura e innegable ley natural del Universo.

Los deberes constitucionales surgen de la Constitución, o por su autorización y, por tal motivo, del Derecho puesto⁽¹³⁾.

Los derechos humanos tienen otro origen: son inherentes a la condición del hombre y reconocen, como contrapartida, deberes naturales, en lo pertinente, para asegurar y consolidar los derechos naturales, en ese estado anterior al social.

Los conceptos vertidos diferencian claramente el tema de los derechos del hombre. Estos son anteriores al Estado social. Sin embargo, el establecimiento de la sociedad obliga a cumplir determinados deberes para salvaguardar el derecho de todos.

Derechos y deberes jurídicos. Dos lados de la misma moneda. Unos, los primeros, de origen natural; otros, los segundos, de surgimiento establecido por el hombre que legisla para su consagración, art. 10 de la Constitución

El establecimiento, de principio, por el derecho positivo, no por el derecho natural tiene importantes consecuencias.

No olvidemos que el principio general es el de la libertad, salvo alteraciones del orden público o las buenas costumbres. Por ello los deberes de los habitantes necesitan texto expreso que haga excepción al principio mencionado. Ello conlleva la consecuencia necesaria: todo texto que establezca un deber necesita ser expreso y no admite extensiones analógicas.

La ejecutoriedad transita por el mismo sendero.

Las constituciones consagran, desde antiguo, determinados deberes jurídicos sin perjuicio de la declaración contundente realizada en el cuerpo que sigue.

Así, los deberes constitucionales aparecen en forma orgánica, expresamente, en

la Constitución revolucionaria francesa de 1795⁽¹⁴⁾.

Su artículo primero decía: “La Declaración de derechos tiene las obligaciones de los legisladores, pero el mantenimiento de la sociedad exige que los que la componen conozcan y cumplan, igualmente sus deberes”.

Posteriormente la Constitución contiene una serie de principios éticos para que los ciudadanos cumplan con su deber de tales y propicien el establecimiento revolucionario. Ese origen fue luego extendido universalmente⁽¹⁵⁾.

Sin perjuicio de lo expuesto la Constitución no establece, generalmente, todos los deberes de los habitantes. Ello no podía ser de otra forma. Por ello, con ciertos programas o principios, encomienda o permite, según los casos, al legislador el establecimiento por ley formal de los deberes no consagrados expresamente.

En algunos supuestos, que veremos, los deberes se establecen, o pueden establecerse, por actos con valor reglamentario.

Ello sucede, especialmente, respecto de los deberes de los funcionarios públicos en nuestro régimen actual de regulación del derecho disciplinario.

Salvo el supuesto del derecho administrativo, y especial y excepcionalmente del derecho disciplinario⁽¹⁶⁾, los deberes, de principio, sólo pueden surgir de la Constitución o de la ley.

Es claro que la fuente más baja, según el principio de jerarquía formal de las fuentes (imprecisamente conocida como “pirámide de Kelsen que no fue, elementalmente quién la elaboró), sólo puede ser el reglamento.

El reglamento es la norma, general y abstracta, dictada por la Administración

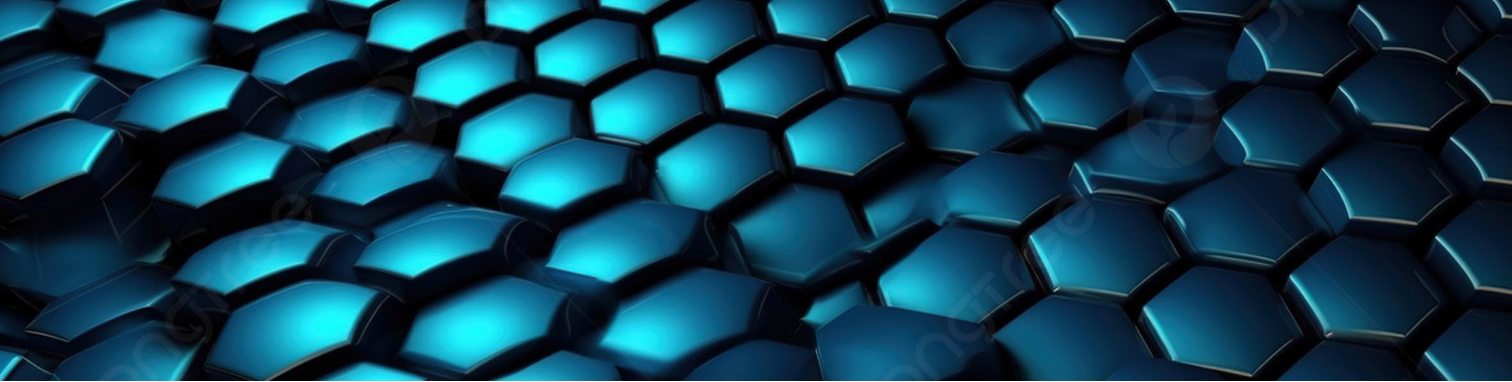
Asimismo la Administración puede establecer deberes a los habitantes teniendo en cuenta los poderes de policía, la autorización legal, etc. Sin embargo, cuanto más

13- Flores Dapkevicius, Rubén: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I y II *La Ley Thomson Reuters*, Buenos Aires- Montevideo, 2021, 2da edición

14-Es la época clásica reciente

15- Flores Dapkevicius, Rubén: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I y II *La Ley Thomson Reuters*, Buenos Aires- Montevideo, 2021, 2da edición

16- Flores Dapkevicius, Rubén: *Derecho Penal Administrativo*, El procedimiento disciplinario, Carlos Alvarez, Mdeo. 2022, 5ta edición actualizada y ampliada



bajo sea el valor y fuerza del acto que establece el deber, más intenso es el control para proteger los derechos del obligado.

El administrador encuentra, entre otros, el insalvable límite del art. 7 de la Carta que estable el principio de restricción únicamente por ley formal.

Entonces sí hemos observado los siguientes derechos, correlativamente, existen los mismos deberes. Reiteramos que los deberes son el otro lado de la moneda

Dijimos que existe un derecho a la identidad personal esto es que debe protegerse al hombre respecto a no alterar el sentido del yo bajo ninguna circunstancia.

Pues bien, los Organismos Internacionales, los Estados y todos los que tengan relación con el tema deben cumplir el deber de proteger la identidad de las personas.

De no hacerlo, y de producir daño, este debe ser integralmente resarcido⁽¹⁷⁾

2. El Libre albedrío refiere a que las personas puedan decidir libremente sin manipulación neurotecnológica. Es obligación de los Organismos Internacionales, los Estados, cumplir con el deber correspondiente

3. El derecho de Intimidad mental que determina que no se podrán utilizar datos de la actividad cerebral sin el consentimiento de las personas. El tema es fundamental en todo sentido, pero, especialmente, en materia laboral según observaremos infra. Los empleadores deben garantizar este tema, sin perjuicio de los obligados generales ⁽¹⁸⁾

4. Respecto a la protección contra perjuicios en tanto no se podrá discriminar a las personas a partir de datos obtenidos por neurotecnologías.

La discriminación es un flagelo que corre por la sociedad. Esa discriminación podrá ser diferente en un país africano, respecto a uno sudamericano. Lo mismo sucede respecto a sociedades con diferentes religiones.

5. En lo que refiere al acceso equitativo de las mejoras de capacidades cerebrales deben ser alcanzables por todos⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾. La obligación no merece comentarios por la claridad de concepto del derecho al que accede.

El derecho a la Neutralidad tecnológica, en un sistema competitivo, es fundamental. Resulta básica la protección de la misma la que debe empezar, elementalmente, desde el propio Estado

La identidad digital determina la necesaria protección del ser humano de no ser influenciado, en su formación mental por tecnologías tendencias

El tema es claro. Las tecnologías que intenten influenciar al ser humano en su ideología debe ser sancionada llegando, en último caso, a su eliminación

8. Respecto del derecho al aumento de la neurocognición con el mismo se debe propiciar la regulación del desarrollo y aplicación de neurotecnologías que permitan mejorar la actividad cerebral. El tema es tan claro que no merece comentarios

Reiteramos que, de no cumplir los neuroderechos, por los obligados señalados, y de producir daño, este debe ser integralmente resarcido ⁽²¹⁾

5. Neuroderechos: garantía para evitar 'hackear' el cerebro

La posibilidad que la tecnología pueda influir en las decisiones del hombre es una realidad. Hace tiempo existen dispositivos que se implantar en el cerebro para observar su actividad⁽²²⁾ Es un hecho que la neurotecnología genera mucho dinero porque las principales empresas de Silicon Valley están trabajando en un nuevo ecosistema que permita dispositivos con conexión directa del cerebro a la red.

Si bien esas herramientas pueden combatir enfermedades como el Alzheimer, etc., es un hecho que la invasión a

17- Flores Dapkevicius, Rubén y Ordoqui Castilla, Gustavo: *Responsabilidad del Estado y La acción de nulidad de los actos administrativos, La Ley, Montevideo- Buenos Aires 2022. Incluye la ley 20010*

18- Flores Dapkevicius, Rubén: *Neuroderechos & Neurotecnología, FCU, Mdeo. 2023*

19- *Neuroderechos: qué son y qué protegen frente a la tecnología (orange.es)*

20- *Neuroderechos: qué son y qué protegen frente a la tecnología (orange.es)*

21- Flores Dapkevicius, Rubén y Ordoqui Castilla, Gustavo: *Responsabilidad del Estado y La acción de nulidad de los actos administrativos, La Ley, Montevideo- Buenos Aires 2022. Incluye la ley 20010*

22- *Neuroderechos, una garantía para evitar 'hackear' el cerebro | Legal | Cinco Días (elpais.com)*

la intimidad es todo un reto en el diseño, y utilización de los dispositivos⁽²³⁾. Esos dispositivos, mal diseñados o usados pueden generar diversos efectos no queridos, o sí como el denominado “Síndrome de la Habana” que, lamentablemente, no es el primero y, seguramente tampoco, es el último. La condición fue reportada por primera vez a fines de 2017 por diplomáticos estadounidenses en Cuba e incluye fatiga, problemas de memoria, mareos, etc.”⁽²⁴⁾.

Aunque la causa exacta del síndrome no se ha precisado se han determinado diversas explicaciones; algunas relacionadas con la neurociencia y los neuroderechos.⁽²⁵⁾

6. Situación en Chile

La república hermana es una avanzada en la materia. Luego de un estudio profundo aprobó la ley 21.383 que modificó la carta fundamental, para establecer el desarrollo científico y tecnológico al servicio de las personas⁽²⁶⁾

En ese sentido la ley expresa que “El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella;”

La norma incorporó a la Constitución, en su artículo 19, un inciso final en el numeral 1° Desglosemos su contenido:

A. El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas

Se trata de un tema preciso y muy necesario. El avance de la Inteligencia Artificial y otras tecnologías, que no es del caso enumerar, han creado ciertas incertidumbres, especialmente éticas, laborales, etc.

Ese desarrollo, siempre debe estar al servicio del ser humano, todos los seres humanos, y no las empresas que podrían, simplemente lucrar, en algunos casos, con la vida humana

Se determina la ética en el desarrollo tecnológico y el fin que debe perseguir

B. se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica

Similar comentario merece el giro utilizado. Debo agregar la protección física y, también síquica. Este supuesto es el que nos convoca más especialmente en esta obra.

C. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas.

La encomendación al legislador según las pautas establecidas hablando de “restricciones”⁽²⁷⁾; no merece mayores desarrollos si se complementa con lo anteriormente analizado, y lo que sigue

Debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral,

Se utilizan diversos conceptos fundamentales

a. Deber, b. Resguardad que es proteger, c. actividad cerebral, esto es, nuestros neuroderechos y e. así como la información proveniente de ella

La norma comentada finaliza protegiendo nuestra intimidad y pensamientos.

Realmente creemos que es, en general, un acierto. Si bien encomienda al legislador su regulación, le establece pautas claras para la misma. Además, por ser la Constitución de la República una norma de aplicación efectiva, inmediata, aún ante vacíos, los magistrados del bien común, incluidos los gobernantes de todos los poderes públicos, incluidos los jueces, poseen las directivas claras a aplicar

7. España

La Carta de Derechos Digitales de España fue aprobada 14 de julio de 2021

No se trata de una ley sino una declaración⁽²⁸⁾

Por ello no es obligatoria, en sí misma, sino en el caso que lo por ella es declarado

23- Flores Dapkevicius, Rubén: Amparo, Habeas Corpus, Habeas Data y Acceso a la Información Pública, F.C.U., Montevideo, 2021, 4ta edición actualizada y ampliada

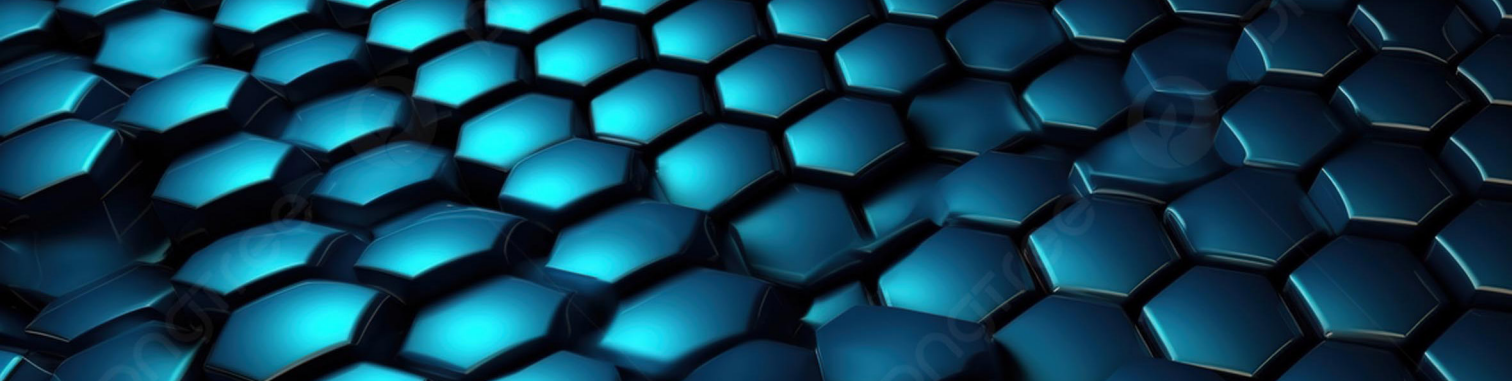
24- <https://www.psychologytoday.com/es/blog/la-evidencia-sugiere-que-el-sindrome-de-la-habana-fue-provocado-por-sugestion-masiva>

25- Neuroderechos, una garantía para evitar ‘hackear’ el cerebro | Legal | Cinco Días (elpais.com)

26- Flores Dapkevicius, Rubén: Neuroderechos & Neurotecnología, FCU, Mdeo. 2023

27- Verbo que no admite dos interpretaciones

28- Flores Dapkevicius, Rubén: Neuroderechos & Neurotecnología, FCU, Mdeo. 2023



se encuentre ya consagrado. Así, por ejemplo, los derechos digitales regulados en la Constitución, y la Ley, como el derecho de intimidad, honor, de acceso a la información pública, desconexión, olvido, etc.

Se trata de un marco de referencia para garantizar y reforzar los derechos de las personas en el ecosistema digital⁽²⁹⁾.

La misma se divide, especialmente, en diversos derechos

Los mismos refieren al Derecho libertad, así como también a la intimidad y seguridad digital, la libertad de expresión, etc.

Asimismo, se hace especial referencia a la protección contra el acoso digital

También se detiene en derechos que se pueden agrupar en el general en el derecho de igualdad; así garantiza la no discriminación estableciendo el necesario acceso sin exclusiones, de especie alguna, a la tecnología y espacios digitales.

La Carta entiende fundamental promover la participación ciudadana en el entorno digital, neutral, en una forma que tienda al Gobierno Abierto

El tema del Gobierno Abierto es fundamental en este momento de descentralización en la blockchain⁽³⁰⁾

Es de destacar los derechos digitales laborales y empresariales que declaran la garantía de los derechos de los trabajadores determinando la responsabilidad de la empresa de establecer un ambiente digital laboral saludable y proteger la intimidad de los mismos. Es de destacar que se detiene en el tema del teletrabajo

Por otra refiere a derechos específicos como el acceso a datos con fines de investigación, derechos ante la inteligencia artificial y la libertad de creación, y acceso, a la cultura en el entorno digital. Por último se expresa la necesidad de que los derechos digitales sean realmente cumplidos y efectivizados mediante instrumentos como crear, en definitiva, órganos, u organismos específicos a los efectos de controlar y ha-

cer cumplir lo expuesto estableciendo las sanciones del caso⁽³¹⁾

8. Resulta necesario regular los neuroderechos y neurodeberes?

Creemos que sí en forma de inteligente o de Smart regulation. Así la reforma constitucional chilena es un ejemplo claro

En ese sentido se transcribe, y analiza, infra, el proyecto de ley modelo de neuroderechos para América Latina y el Caribe

9. Jurisprudencia

Se trata de la primera sentencia sobre el tema a nivel, por lo menos, de occidente⁽³²⁾.

Santiago, nueve de agosto de dos mil veintitres.

Al escrito folio N° 217225-2023: a sus antecedentes.

Vistos: Se reproduce la sentencia apelada con excepción de

los motivos quintos a vigésimo tercero, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y además presente:

Primero: Que se ha interpuesto acción constitucional de protección en representación de don Guido Girardi Lavín, en contra de la empresa Emotiv Inc., en razón de la venta y comercialización en Chile del dispositivo “Insight”, denunciando que éste no protege adecuadamente la privacidad de la información cerebral de sus usuarios⁽³³⁾, vulnerando las garantías constitucionales contenidas en los numerales 1, 4, 6 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Explica que la recurrida es una empresa de bioinformática y tecnología que desarrolla y fabrica productos de electroencefalografía portátil, junto con neuroauriculares, kits de desarrollo de software, software, aplicaciones móviles y produc-

29- <https://protecciondatos-topd.com/empresas/carta-derechos-digitales/>

30- Flores Dapkevicius, Rubén: Legaltech, FCU, Mdeo. 2023

31- Flores Dapkevicius, Rubén: Legaltech y Derecho Digital, Bde F, Madrid-Buenos Aires, 2024, 2 tomos

32- Flores Dapkevicius, Rubén: Neuroderechos & Neurotecnología, FCU, Mdeo. 2023

33- Centro de este libro Su-brayado de este autor

tos de datos, con sede en San Francisco, Estados Unidos. El producto por el que se recurre, Insight, consiste en un dispositivo inalámbrico funciona como una vincha con sensores que recaban información sobre la actividad eléctrica del cerebro, obteniendo datos sobre gestos, movimientos, preferencias, tiempos de reacción y actividad cognitiva de quien lo usa⁽³⁴⁾.

Se señala que el recurrente compró un dispositivo Insight a través de la página web de la recurrida, recibéndolo en su domicilio con fecha 21 de marzo del año 2022. A continuación, indica, siguiendo las instrucciones del dispositivo y con el objeto de grabar y acceder a sus datos cerebrales, creó una cuenta en la nube de datos de Emotiv, tras aceptar los términos y condiciones de la empresa⁽³⁵⁾. Posteriormente, instaló en su computador el software llamado Emotiv Launcher, consistente en un punto de acceso a toda la información, herramientas y gestión de dispositivos Emotiv, asociando su cuenta al dispositivo Insight propiamente tal, debiendo aceptar nuevamente los términos y condiciones de la empresa para ello⁽³⁶⁾. No obstante, lo anterior, se alega, debido a que utilizó la licencia gratuita y no la “PRO”, no podía exportar ni importar ningún registro de los datos cerebrales. El protegido decidió no pagar la licencia e iniciar la grabación de su información cerebral, enterándose a continuación que toda aquella fue grabada y guardada en la nube de la empresa Emotiv.

Manifiesta que, por el uso del dispositivo y el almacenamiento de su información cerebral por la empresa, se ha expuesto a riesgos que comprenden: (i) La reidentificación; (ii) La piratería o hackeo de datos cerebrales; (iii) Reutilización no autorizada de los datos cerebrales; (iv) Mercantilización de los datos cerebrales; (v) Vigilancia digital; (vi) Captación de datos cerebrales para fines no consentidos⁽³⁷⁾ por el individuo, entre otros; además de vulnerarse lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley N° 19.628, sobre la debida diligencia en el

cuidado de datos personales⁽³⁸⁾ a la que se encuentran obligados los responsables de registros o bases de datos personales, y lo señalado en el artículo 13 de la misma ley, sobre el derecho de las personas a la cancelación o bloqueo de sus datos personales, ya que, aun cuando la cuenta de usuario de Emotiv se encuentre cerrada, la empresa recurrida retiene información cerebral para propósitos de investigación científica e histórica.

Solicita que se acoja la presente acción, ordenándose: (i) Que, la empresa recurrida modifique sus políticas de privacidad en lo concerniente a la protección de los datos cerebrales de sus usuarios en Chile; (ii) que, la empresa recurrida se abstenga de vender el dispositivo Insight en Chile mientras no modifique sus políticas de privacidad en lo concerniente a la protección de los datos cerebrales; (iii) que la empresa recurrida elimine inmediatamente de su base de datos la información cerebral del actor; (iv) que se adopten todas las demás medidas que se estimen necesarias para restablecer el imperio del derecho⁽³⁹⁾, con costas.

Segundo: Que la empresa recurrida, Emotiv Inc. pide el rechazo del recurso interpuesto en su contra, denunciando la instrumentalización de la presente acción y la inexistencia de un acto u omisión ilegal y arbitrario cometido por su parte.

En primer lugar, destaca que su producto Insight consiste en un dispositivo de neurotecnología no invasiva, sin fines terapéuticos de tipo electroencefalograma móvil, diseñado para la autocuantificación, investigación de campo, no vendiéndose como dispositivo médico⁽⁴⁰⁾. A continuación, alega que el recurrente omite señalar que el producto y su instalación contienen una detallada explicación de los términos y condiciones tanto del producto como del servicio contratado, donde se le solicita su consentimiento expreso para el tratamiento de sus datos personales y cerebrales, que fue otorgado por el actor.

34- Se destaca. Subrayado de este autor

35- Subrayado de este autor

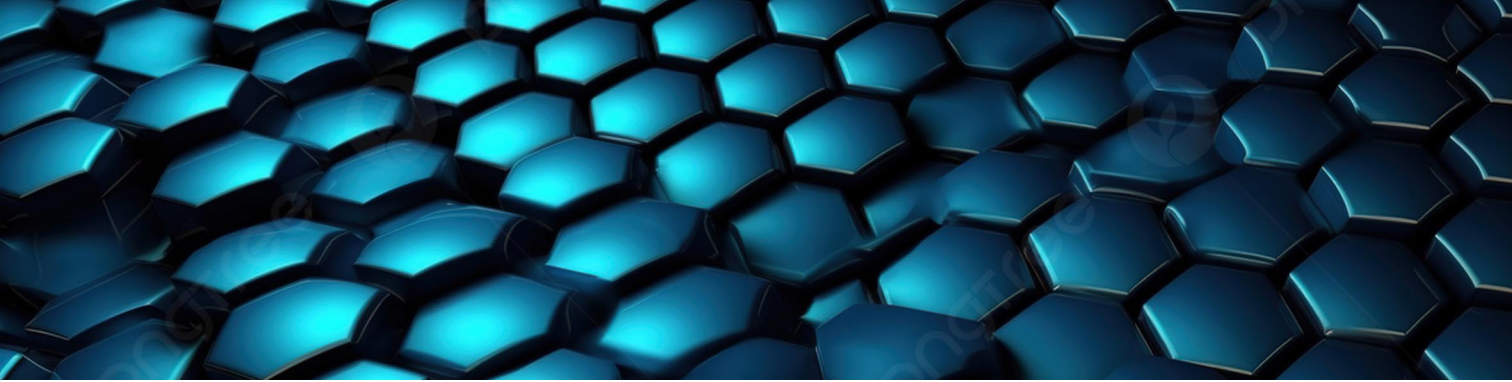
36- Contrato de adhesión típico

37- Se destaca. Subrayado del autor

38- Se destaca. Subrayado del autor

39- Se destaca. Subrayado del autor

40- Se destaca. Subrayado del autor



Agrega que en ninguna parte del recurso se menciona la manera concreta en la que se estarían vulnerando las garantías constitucionales enunciadas por el recurrente, sino que se enumeran una serie de riesgos hipotéticos, en abstracto, a los que está sujeta cualquier plataforma tecnológica o de servicios que realice tratamientos de datos personales.

Tras señalar explícitamente que el recurrente omitió también mencionar que, de acuerdo con la política de privacidad de Emotiv que suscribió, los usuarios tienen acceso y derecho a solicitar la cancelación de sus datos personales tratados en el contexto de adquisición y uso del producto, rechaza el haber cometido infracción alguna a la Ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada⁽⁴¹⁾ y de los datos personales. En cuanto a la primera infracción denunciada, explica que no sólo cumple cabalmente la normativa chilena, sino que además se rige por el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, más estricto que la norma local, que obliga, entre otros, a la seudonimización, un tratamiento de datos que impide que determinados datos sean atribuidos a un interesado, ya que se resguarda de manera separada la información que identifica a un sujeto, de los demás datos personales no atribuibles a una persona física determinada o determinable.

Sobre la segunda infracción denunciada, la contenida en el artículo 13 de la Ley N° 19.628, explica que los datos personales son guardados sólo mientras la cuenta de usuario está abierta y existiendo justificaciones legales para su retención; y en lo relativo a los datos cerebrales, por su parte, declara que el usuario tiene siempre la posibilidad de revocar su consentimiento al tratamiento de los datos, como aparece en la Política de Privacidad que acompaña, cuestión que el recurrente no habría hecho, puesto que no consta solicitud alguna del actor al respecto, y tampoco habría respondido los correos electrónicos que se

le han enviado con tal objeto.

Finalmente, sobre los datos para investigación científica e histórica que trata, indica que se refiere a datos completamente anonimizados⁽⁴²⁾, encriptados y conservados de forma segura y separada de los datos personales de los usuarios de Insight, por lo que se trata de datos que adquieren la naturaleza jurídica de dato estadístico de acuerdo con el artículo 2 letra e) de la Ley N° 19.628, esto es, “el dato que, en su origen, o como consecuencia de su tratamiento, no puede ser asociado a un titular identificado o identificable, razón por la cual dicho dato queda fuera del ámbito de aplicación de la referida Ley”.

Tercero: Que la Corte de Apelaciones de Santiago solicitó informe al Instituto de Salud Pública al tenor de autos. Dicha autoridad expresó que, de acuerdo con el artículo 111 del Código Sanitario y con el artículo 22 del D.S. N° 895/98 que aprueba el Reglamento de Control de Productos y Elementos de Uso Médico del Ministerio de

Salud, no requiere autorización para ser comercializado ni está obligado a su incorporación al registro sanitario. En el mismo sentido, informó el Ministerio de Salud.

Igualmente, se pidió informe al Servicio Nacional de Aduanas, repartición que manifestó que el dispositivo Insight, de acuerdo con la normativa, requiere de Certificado de Destinación Aduanera, sin que se haya encontrado el certificado respectivo del mismo.

Cuarto: Que, para la resolución del presente arbitrio cautelar, cabe señalar que el día 14 de octubre del año 2021 se promulgó la Ley N° 21.383 que Modifica la Carta Fundamental, para establecer el desarrollo científico y tecnológico al servicio de las personas, agregando un inciso final al numeral 1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República que dispone: “El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos,

41- Se destaca. Subrayado del autor. En puridad debió decir intimidad

42- Quiere decir disociados

condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella (43)”.

Quinto: Que, a través de dicho cuerpo normativo, se materializó la especial preocupación del constituyente en el tema la neurotecnología y los Derechos Humanos, en cuyo mensaje de la moción parlamentaria, que dio inicio a su tramitación, se lee: “Los avances de la ciencia y la tecnología encierran necesariamente ese riesgo e impactan a las sociedades de una manera muchas veces poco previsible. Por ejemplo, un descubrimiento que nace en un laboratorio tiene la posibilidad de alcanzar rápidamente consecuencias aplicadas globales y reestructurar los límites ético-valóricos de una sociedad determinada. Claro ejemplo de ello es lo que está ocurriendo con la tecnología computacional y los límites de la privacidad, en un mundo donde se transfieren voluntariamente datos a sistemas cuyo dominio escapa del control de quien lo aporta, o bien con los alcances de la decodificación del genoma humano y los nuevos desafíos éticos y sociales que plantea la posibilidad de editar dicha información y modelar la evolución genética a los fines que persiga” (44).

A su vez, se plantea en el mensaje que, a dicha fecha, no existe un texto normativo que realice una revisión sobre la incidencia aplicada que puede tener la ciencia sobre la integridad física y psíquica del ser humano y como ella podría afectar su derecho a la vida y a su integridad física y psíquica, existiendo la necesidad de protección ante esta nueva encrucijada.

Sexto: Que, junto con el inciso final añadido al número primero del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que, por lo demás, constituye un mandato directo de protección, existen diversos instrumentos internacionales que reconocen la relación entre ciencia y Derechos Humanos (45).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su artículo 15, el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, su difusión, conservación y desarrollo. En el mismo sentido, la Declaración sobre la Ciencia y el Uso del Saber Científico y Programa en Pro de la Ciencia de la UNESCO, considera para su programa: “Que la investigación científica y el uso del saber científico deben respetar los derechos humanos y la dignidad de los seres humanos, en consonancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la luz de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos; que algunas aplicaciones de la ciencia pueden ser perjudiciales para las personas y la sociedad, el medio ambiente y la salud de los seres humanos e incluso poner en peligro la supervivencia de la especie humana, y que la contribución de la ciencia es indispensable a la causa de la paz y el desarrollo y a la protección y la seguridad mundiales; que incumbe a los científicos, junto a otros importantes agentes, una responsabilidad especial tocante a tratar de evitar las aplicaciones de la ciencia que son erróneas éticamente o que tienen consecuencias negativas y la necesidad de practicar y aplicar las ciencias de acuerdo con normas éticas apropiadas, fundadas en un amplio debate público”.

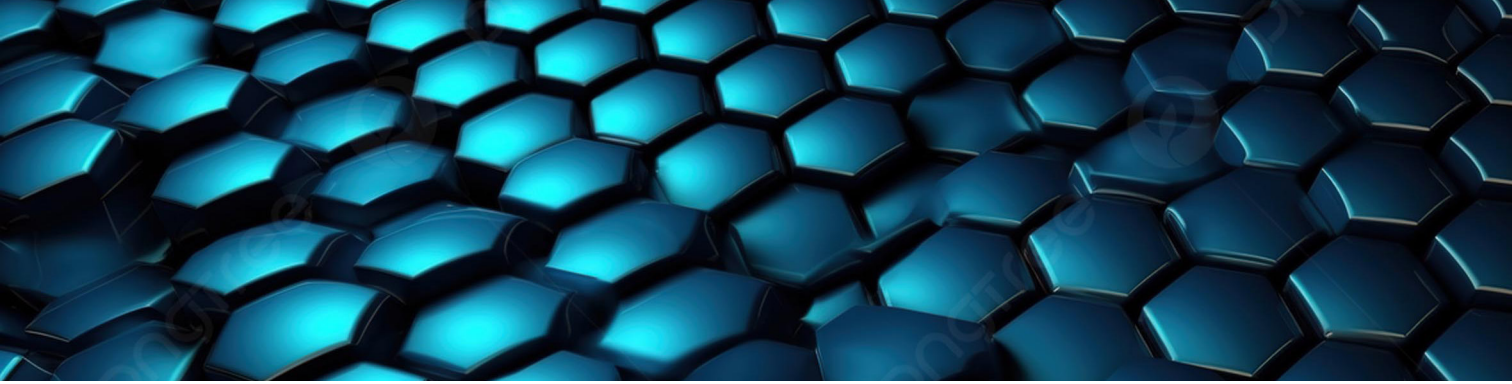
A su vez, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos también de la UNESCO, establece como principios generales el respeto a la vulnerabilidad humana y la integridad personal, junto con el principio de privacidad y confidencialidad de las personas interesadas y la información que les atañe.

Séptimo: Por su parte, el artículo 11 de la Ley N° 20.120 Sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana, dispone: “Artículo 11.- Toda investigación científica en un ser humano deberá contar con su consentimiento previo, expreso, libre e infor-

43- Se destaca. Subrayado del autor

44- Se destaca. Subrayado del autor

45- Se destaca. Subrayado del autor



mado, o, en su defecto, el de aquel que deba suplir su voluntad en conformidad con la ley. Para los efectos de esta ley, existe consentimiento informado cuando la persona que debe prestarlo conoce los aspectos esenciales de la investigación, en especial su finalidad, beneficios, riesgos y los procedimientos o tratamientos alternativos. Para ello deberá habersele proporcionado información adecuada, suficiente y comprensible sobre ella. Asimismo, deberá hacerse especial mención del derecho que tiene de no autorizar la investigación o de revocar su consentimiento en cualquier momento y por cualquier medio, sin que ello importe responsabilidad, sanción o pérdida de beneficio alguno. El consentimiento deberá constar en un acta firmada por la persona que ha de consentir en la investigación, por el director responsable de ella y por el director del centro o establecimiento donde ella se llevará a cabo, quien, además, actuará como ministro de fe.

En todo caso, el consentimiento deberá ser nuevamente solicitado cada vez que los términos o condiciones en que se desarrolle la investigación sufran modificaciones, salvo que éstas sean consideradas menores por el Comité Ético Científico que haya aprobado el proyecto de investigación”. De este modo, la explicación de la requerida, en orden a que los datos que obtiene de los usuarios de Insight, al ser anonimizados, pasan a ser información estadística de libre uso, omite como una cuestión previa la necesidad de contar con el consentimiento expreso de su uso para fines de investigación científica, distinta al registro estadístico, y expresamente regulada legalmente en Chile, de modo tal que la información obtenida con diversos propósitos, no pueda tener finalmente una utilización diversa sin que su titular lo conozca y lo apruebe. Ello, además, permite descartar que tal consentimiento pueda considerarse tácitamente prestado a través de otros consentimientos o aprobaciones prestados por quien, en calidad de cliente o consumidor, adquiere un determinado

aparato, requiriéndose un consentimiento específico que indique además el propósito y fin de la investigación correspondiente.

Octavo: Que, en suma, se concluye que, ante el desarrollo de nuevas tecnologías que involucran cada vez más aspectos de la persona humana, aspectos que era impensable hace algunos años que pudieran conocerse, se debe otorgar una especial atención y cuidado en su revisión por parte del Estado, con el fin de prevenir y anticiparse a sus posibles efectos, además de proteger directamente la integridad humana en su totalidad, cuestión que incluye su privacidad y confidencialidad y los derechos propios de la integridad psíquica y del sujeto de experimentación científica⁽⁴⁶⁾.

De esta forma, ante la llegada de una nueva tecnología como la que es objeto de autos, que trata de una dimensión que antaño era absolutamente privada y personal, tratada en entornos estrictamente médicos, como es la actividad eléctrica cerebral, se hace absolutamente menester que previo a permitirse su comercialización y uso en el país, sean esta tecnología y dispositivos analizados por la autoridad pertinente, entendiendo que plantea problemáticas no antes estudiadas por ella.

Noveno: Que las conductas desarrolladas denunciadas en autos, en las circunstancias anotadas, vulneran las garantías constitucionales contenidas en los numerales 1 y 4 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que se refieren a la integridad física y psíquica y de derecho a la privacidad, en los términos expuestos en el presente fallo en los considerandos precedentes, al comercializarse el producto Insight sin contar con todas las autorizaciones pertinentes, y no habiendo sido evaluado y estudiado por la autoridad sanitaria a la luz de lo expresado.

Décimo: Que, por estas consideraciones, y teniendo además presente que el dispositivo no cuenta con Certificado de Destinación Aduanera, se acogerá la presente acción según se señalará en lo reso-

46- Se destaca. Subrayado del autor

lutivo de este fallo, con el fin de que la autoridad sanitaria y aduanera estudie a cabalidad el dispositivo Insight a la luz de la normativa reseñada en este fallo.

Y, de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de veinticuatro de mayo de dos mil veintitrés y, en su lugar, se declara que se acoge el recurso de protección para el solo efecto de que el Instituto de Salud Pública y la autoridad aduanera evalúen los antecedentes en uso de sus facultades, disponiendo lo que en derecho corresponda, a efectos que la comercialización y uso del dispositivo Insight y el manejo de datos que de él se obtengan se ajuste estrictamente a la normativa aplicable en la especie y reseñada en esta sentencia. Ello, sin perjuicio que la recurrida deberá eliminar sin más trámite toda la información que se hubiera almacenado en su nube o portales, en relación con el uso del dispositivo por parte del recurrente (47). Regístrese y devuélvase

Redacción a cargo de la ministra señora Ángela Vivanco.

Rol N° 105.065-2023.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y Sra. María Teresa Letelier R. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, la Ministra Sra. Letelier por no encontrarse disponible su dispositivo electrónico de firma(48).

11. Conclusiones

A. Es el Estado el primer obligado de proteger los neuroderechos y determinar las sanciones correspondientes cuando se produzca la violación de los neurodeberes(49)

B. La expresión “Neuroderecho” es la castellanización de la crisis Neurology and

Law; esto es *neurolaw*, anglicismo común en la materia.

C. La expresión, y especialmente su estudio, surge en 1991 cuando se interrelacionan la neurología, el derecho, la neuropsicología y la rehabilitación de los que padecían daños neuropsicológicos(50)

D. Para el autor los neuroderechos son, entonces, derechos humanos, surgidos por el desarrollo de la neurotecnología.

E. La cura del alzheimer, ceguera y otras enfermedades degenerativas del sistema nervioso son los que habilitan la existencia de ciertos dispositivos diseñados por los neurocientíficos.

F. Su regulación si bien es nacional tiende, cada vez más, a internacionalizarse, aunque, en la actualidad se encuentra en sus inicios

G. Hace tiempo que existen dispositivos que, instalados en el cerebro, observan su actividad y la remiten a ordenadores que pueden procesarla

H. La rama Derecho de los Neuroderechos, o simplemente Neuroderechos refieren a bienes jurídicos relacionados con la genética y la bioingeniería, enmarcados en la neuroética.

I. Se tratan de derechos de la 5ta generación que refieren al empoderamiento del ser humano frente a las máquinas y tecnología, protegiendo, especialmente el medio ambiente de sus efectos contaminantes.

J. La Neuro Rights Initiative (NRI) propone cinco neuroderechos a los que, indudablemente, deben agregarse otros. Ellos son Identidad personal, Libre albedrío, Intimidad mental, No discriminación y Acceso equitativo de las mejoras de capacidades cerebrales

K. Por otra parte deben agregarse otros derechos. Así: Neutralidad tecnológica, Identidad mental, Derecho al aumento de la neurocognición.

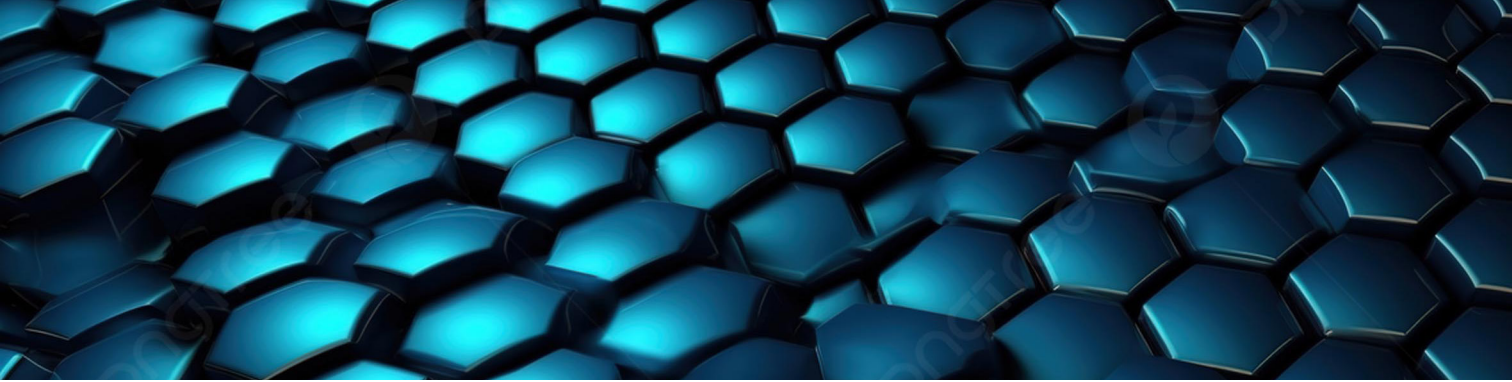
L. Los neurodeberes surgen, elemental-

47- Se hace lugar a la defensa. Subrayado del autor

48- https://drive.google.com/file/d/1wX2fUrBDTl3B1W_IK_DUOCC7neQS6Hhu/view?pli=1

49- Flores Dapkevicius, Rubén: *Neuroderechos & Neurotecnología*, FCU, Mdeo. 2023

50- Flores Dapkevicius, Rubén: *Legaltech y Derecho Digital*, Bde F, Madrid-Buenos Aires, 2024, 2 tomos



mente, por la existencia de los neuroderechos siendo, en general, la otra cara de la moneda de éstos.

M. Los neuroderechos se relacionan con las diferentes ramas del derecho de manera diferente en virtud de las especies que se confrontan. Ella, en general, es de determinante importancia

N. Se discute si mediante los dispositivos se puede hackear nuestra mente

Ñ. Chile incorporó a la Constitución, en su artículo 19 un inciso final en el numeral 1°. Lo realizó con la aprobación de la ley 21.383

O. El inciso señalado en la conclusión que precede expresa: “El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella”.

P. La Carta de Derechos Digitales de España fue aprobada 14 de julio de 2021 y refiere, especialmente, al tema de esta obra (51)

No se trata de una ley sino una declaración

Q. Creemos que resulta necesario regular los neuroderechos, en forma de inteligente o de smart regulation. Así lo es la reforma constitucional chilena

R. Por ejemplo, la ilegalidad de la utilización indebida de los neurodatos, por delincuentes que, por ejemplo, se apoderen hackeando dispositivos implantados en el corazón, es indudable(52).

S. En ese sentido se transcribe, y observa, oportunamente en esta obra, el proyecto de ley modelo de neuroderechos para América Latina y el Caribe

T. El nueve de agosto de dos mil veintitrés se dictó, en Santiago de Chile, la primera sentencia sobre el tema, por lo me-

nos en occidente

U. Entonces, y, en definitiva, la rama del Derecho denominada simplemente Neuroderecho es la que observa el Derecho que surge por el avance de la tecnología y psicología, aplicada al ser humano, teniendo presente, especialmente, su biología, conducta social y ética científica y empresarial

V. Es tarea del neurocientífico trabajar en su ámbito y, del neurojurista realizar su tarea con estudio, dedicación, ética y compromiso(53)

Bibliografía

• Adebayo, Julius (2016). FairML: ToolBox for Diagnosing Bias in Predictive Modeling. Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology.

• Aharoni, Eyal et al. (2013). “Neuroprediction of Future Rearrest”. Proceedings of the National Academy of Sciences. 110(15). Disponible en: <https://doi.org/10.1073/pnas.1219302110>.

• Angwin, Julia (2016). “Machine Bias”. ProPublica. Disponible en: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.

• Asociación Española de Bioética y Ética Clínica (AEBI). (2015). Conclusiones del X Congreso. “Neuroética: yo vulnerable”. Recuperado de:

http://aebioetica.org/images/Congreso_Neuroetica.pdf

• Barona, S. (2022). Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar. Editorial Tirant lo Blanch: Valencia.

• Bellesi, Giulia et al. (2019). “Pediatric Traumatic Brain Injury and Antisocial Behavior: Are They Linked? A Systematic Review”. Brain Injury. 33(10). Inglaterra. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/02699052.2019.1641621>.

• Borbón, Diego y Borbón, Luisa (2021). “A Critical Perspective on NeuroRights: Comments Regarding Ethics and Law”. Frontiers in Human Neuroscience. Disponible en: <https://>

51- Flores Dapkevicius, Rubén: *Legaltech y Derecho Digital, Bde F, Madrid-Buenos Aires, 2024, 2 tomos*

52- Flores Dapkevicius, Rubén: *Legaltech, FCU, Mdeo. 2023*

53- Flores Dapkevicius, Rubén: *Neuroderechos & Neurotecnología, FCU, Mdeo. 2023*

doi.org/10.3389/fnhum.2021.703121.

• Borrajo, Elena (2014). "Desde el malttrato en el principio de la vida hasta las dificultades en el hogar y el aula". En Fernández García, Rosa M. (coord.). *Neuropsicología del abandono y el maltrato infantil*. Barcelona: Hilo Rojo.

• Bublitz, Jan-Christoph (2013). "My Mind is Mine!? Cognitive Liberty as a Legal Concept". En Hildt, Elisabeth y Franke, Andreas (eds.). *Cognitive Enhancement. An Interdisciplinary Perspective*. Dordrecht: Springer.

• Christie, N. (1988). *Los límites del dolor*. México: Fondo de Cultura Económica.

• Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1993). Informe anual "Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos". CIDH. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.v.htm>.

• Coppola, F. (2018). "Mapping the Brain to Predict Antisocial Behaviour: New Frontiers in Neurocriminology, «New» Challenges for Criminal Justice". *UCL Journal of Law and Jurisprudence*. 7(1). Disponible en: <https://doi.org/10.14324/111.2052-1871.099>.

• Cortina, A. (2010): "Neuroética: ¿las bases cerebrales de una ética universal con relevancia política?", en *Isegoría*, nº 42, 129-148.

• Dastin, Jeffrey (2018). "Amazon Scraps Secret AI Recruiting Tool that Showed Bias against Women". *Reuters*. San Francisco. Disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G>.

• De Courson, B. y Nettle, D. (2021). "Why do Inequality and De-

privation Produce High Crime and Low Trust?". *Scientific Reports*. 11 (1937). Disponible en: <https://doi.org/10.1038/s41598-020-80897-8>.

• Delfin, Carl et al. (2019). "Prediction of Recidivism in a Long-Term Follow-Up of Forensic Psychiatric Patients: Incremental Effects of Neuroimaging Data". *PLoS ONE*. 14(5). Disponible en: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0217127>.

• Farah, Martha et al. (2014). "Functional MRI-Based Lie Detection: Scientific and Societal Challenges". *Nature Reviews Neuroscience*. 15 (2). Disponible en: <https://doi.org/10.1038/nrn3665>.

• Flores Dapkevicius, R (2024): *Legaltech y Derecho Digital*, BdeF, Madrid-Buenos Aires

• Flores Dapkevicius, R (2023): *Legaltech*, FCU, Mdeo.

• Flores Dapkevicius, R (2021) : *Derecho Digital*, IJ Editores, Buenos Aires 2021

• Flores Dapkevicius, R (2023): *Prevención de Lavado de Activos, con activos físicos y criptoactivos*, FCU, Mdeo

• Flores Dapkevicius, R. (2021) : *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I y II La Ley Thomson Reuters, Buenos Aires- Montevideo, 2021, 2da edición

• Flores Dapkevicius, R. (2021) : *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I y II La Ley Thomson Reuters, Buenos Aires- Montevideo, 2021, 2da edición

• Flores Dapkevicius, R. (2023) : *Funcionarios Públicos*, La Ley, 3ra edición

• Flores Dapkevicius, R. (2022) : *Derecho Penal Administrativo El Procedimiento Disciplinario*, INCLUYE la prevención de lavado de activos con criptoactivos y activos físicos 6ta. Edición, Carlos Alvarez editor, Mdeo.

• Flores Dapkevicius, R. (2022) y Ordoqui G.: *Responsabilidad del Estado y La acción de nulidad de los actos administrativos*, La Ley, Montevideo- Buenos Aires 2022.

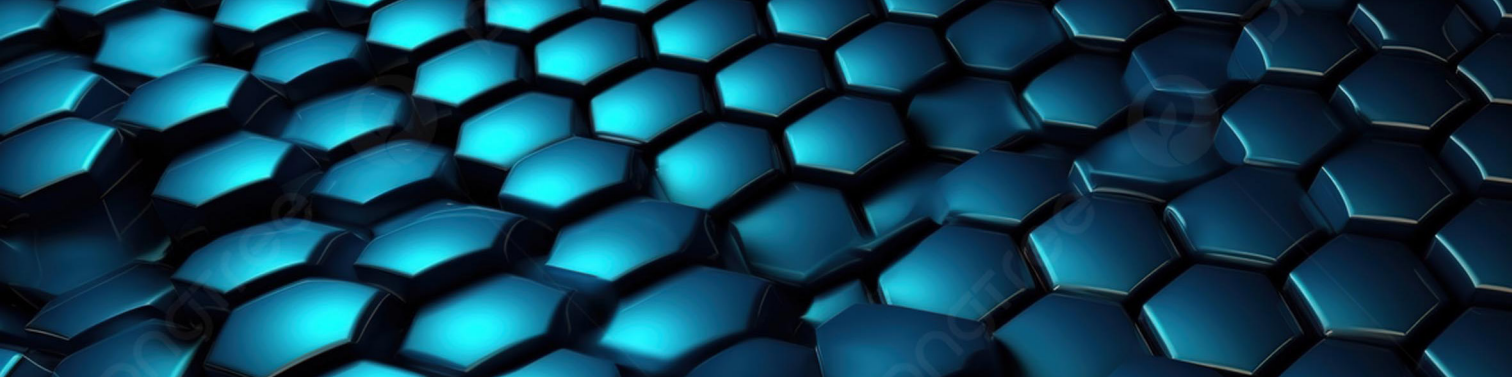
• Fried, I. et al. (2011). "Internally Generated Preactivation of Single Neurons in Human Medial Frontal Cortex Predicts Volition". *Neuron*. 69(3). Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.neuron.2010.11.045>.

• Fukuyama, F. (2002). *Our Posthuman Future Consequences of the Biotechnology Revolution*. New York: Farrar, Straus and Giroux.

• Gaitán-Rossi, P., y Velázquez, C. (2021). "A systematic literature review of the mechanisms linking crime and poverty". *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*. 28. Disponible en: <https://doi.org/10.29101/crcs.v28i0.14685>.

• Goering, Sara et al. (2021). "Recommendations for Responsible Development and Application of Neurotechnologies". *Neuroethics*. 14.

• Gómez, C. (2016). *Introducción al derecho penal constitucional*. Bogotá: NJ edit.



- Greely, Henry (2009). "Law and the Revolution in Neuroscience: An Early Look at the Field", *Akron Law Review*. 42(3). Disponible en: <https://ideaexchange.uakron.edu/akronlawreview/vol42/iss3/2>.
- Greely, Henry e Illes, Judy (2007). "Neuroscience-Based Lie Detection: The Urgent Need for Regulation". *American Journal of Law & Medicine*. 33(2-3). Disponible en: <https://doi.org/10.1177/009885880703300211>.
- Haggard, P. y Eimer, M. (1999). "On the Relation between Brain Potentials and the Awareness of Voluntary Movements". *Experimental Brain Research*. 126. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s002210050722>.
- Harris, Sam (2012). *Free Will*. Estados Unidos de América: Simon & Schuster.
- Ienca, Marcelo (2021). "On Neurorights". *Frontiers in Human Neuroscience*. Disponible en: <https://doi.org/10.3389/fnhum.2021.701258>.
- Ienca, Marcelo y Andorno, Roberto (2017). "Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology". *Life Sciences, Society and Policy*. 13(5). Disponible en: <https://doi.org/10.1186/s40504-017-0050-1>.
- Julià, M. (2019). *Proceso penal y (neuro) ciencia: una interacción desorientada* (tesis doctoral). Barcelona: Universidad de Barcelona.
- Katzin, Samuel et al. (2020). "Exploring Traumatic Brain Injuries and Aggressive Antisocial Behaviors in Young Male Violent Offenders". *Front Psychiatry*. 11. Disponible en: [doi:10.3389/fpsyg.2020.507196](https://doi.org/10.3389/fpsyg.2020.507196).
- Kehl, Danielle et al. (2017). "Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of Risk Assessments in Sentencing". *Responsible Communities Initiative*. Berkman Klein Center for Internet & Society. Harvard Law School. Disponible en: <https://cyber.harvard.edu/publications/2017/07/Algorithms>.
- Kiehl, Kent A. et al. (2018). "Age of Gray Matters: Neuroprediction of Recidivism". *NeuroImage: Clinical*. 19. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.nicl.2018.05.036>.
- Koene, Ansgar (2017). "Algorithmic Bias: Addressing Growing Concerns [Leading Edge]". *IEEE Technology and Society Magazine*. 36(2). Disponible en: <https://doi.org/10.1109/mts.2017.2697080>.
- McKenna, Michael y Pereboom, Derk (2016). *Free Will. A Contemporary Introduction*. Nueva York: Routledge.
- Morse, Stephen (2015). "Neuroprediction: New Technology, Old Problems". *Bioethics Forum*. 8. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2722765>.
- Moz, José M. (2012). "Hacia una sistematización de la relación entre determinismo y libertad". *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*. 56. Disponible en: <https://revistas.um.es/daimon/article/view/141761>.
- Muñoz, José M. (2019). "Chile-Right to Free Will Needs Definition". *Nature*. Disponible en: <https://doi.org/10.1038/d41586-019-03295-9>.
- Nadelhoffer, Thomas y Sinnott-Armstrong, Walter (2012). "Neurolaw and Neuroprediction: Potential Promises and Perils". *Philosophy Compass*. 7(9). Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1747-9991.2012.00494.x>.
- NeuroRights Initiative (2021). "The Five Ethical NeuroRights". Disponible en: <https://nri.ntc.columbia.edu/>.
- Sargent, M. (2008). "Starvation: Crime and Punishment". *Nature*. 451. Disponible en: <https://doi.org/10.1038/451524a>.
- Senado de Chile (2021). *Boletín N° 13.828-19. Sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental, y las neurotecnologías*. Disponible en: https://www.senado.cl/appse|nado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13828-19.
- Soon, C. et al. (2008). "Unconscious Determinants of Free Decisions in the Human Brain". *Nature Neuroscience*. 11(5). Disponible en: <https://doi.org/10.1038/nn.2112>.
- Sweeney, L. (2013). "Discrimination in Online Ad Delivery". *Social Science Research Network*. 14. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2208240>.
- Tortora, Leda et al. (2020). "Neuroprediction and A.I. in Forensic Psychiatry and Criminal Justice: A Neurolaw Perspective". *Frontiers in Psychology*. Disponible en: <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2020.00220>.
- Van Inwagen, Peter (1983). *An Essay on Free Will*. Oxford: Clarendon Press
- Vicianova, M. (2015). "Historical Techniques of Lie Detection". *Europe's Journal of Psychology*. 11(3). Disponible en: <https://doi.org/10.5964/ejop.v11i3.919>.



Por la Mgter. Margarita I. Correa de Payes ⁽¹⁾

“Particularidades del acceso a la revisión judicial de la actividad administrativa de las universidades nacionales. Breves reflexiones”

(a propósito de la interposición de recurso de apelación del art 32 de la ley 24521)

I. INTRODUCCION.

A través de estas breves reflexiones se pretende señalar un aspecto particular relativo al control judicial de la actividad administrativa de las universidades nacionales, específicamente en relación a uno de los presupuestos de admisibilidad, esto es el agotamiento de la vía administrativa.

Dentro del régimen general de impugnación de decisiones administrativas abordaremos aspectos de la especial vía de acceso al control judicial de las decisiones de las universidades, prevista en el “Recurso Directo del artículo 32 de la ley 24521.”⁽²⁾

La particularidad o aspecto especial de tal régimen- a nuestro modo de ver- se encuentra directamente relacionado con el actual estatus jurídico de las universidades luego de la reforma constitucional relativa a la garantía de su autonomía y autarquía.

La importancia de la cuestión en análisis radica en su actualidad práctica, teniendo en cuenta que impacta sobre los presupuestos procesales de acceso a la antes referenciada vía de control judicial de las decisiones de los órganos de gobierno de las universidades, vía que por otra parte constituye un régimen especial y es por su naturaleza, la más utilizada a tales fines.

A fin de abordar la cuestión, en primer lugar, haremos una breve y necesaria referencia caracterizando a las universidades según su naturaleza y posicionamiento institucional, destacando su especialidad derivada de su objeto y finalidad. Luego de

lo cual, avanzaremos sobre las cuestiones relativas al acceso de la revisión judicial de la actuación administrativa para finalmente exponer las conclusiones.

II. Actual posicionamiento institucional de las universidades nacionales. Naturaleza. Objeto y finalidad.

Antes de la reforma constitucional del año 1994, las universidades nacionales se ubicaban institucionalmente dentro del entramado de la organización administrativa como organismos descentralizados y autárquicos., ostentaban personalidad jurídica propia, se regían por el derecho público, se les había asignado atribuciones que pertenecían a la administración descentralizada en base a un criterio técnico o de especialidad y el Poder Ejecutivo ejercía el control de tutela⁽³⁾ propio de su vinculación con tal poder⁽⁴⁾. Sus resoluciones podían ser recurridas administrativamente ante el Ministerio de Educación por vía del Recurso de Alzada. Sus estatutos si bien eran dictados en su ámbito, debían ser formalmente aprobados por el Ministerio citado. Gozaban de autarquía en el marco de la ley 24156.

Luego de la última reforma constitucional, el art. 75 inc. 19 CN garantiza⁽⁵⁾ la autonomía y autarquía de las universidades y como lo ha señalado la Corte Federal, tal garantía constituye un límite a la facultad reglamentaria del Estado.⁽⁶⁾

Asimismo, también se ha señalado y en

1- Abogada, Magister en Derecho Administrativo (Facultad de Derecho-Universidad Austral), Especialista en Derecho Administrativo (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas-UNNE), Especialista en Abogacía Estatal, Local y Federal (PGCABA); Diplomada en Derecho Municipal (Universidad de Mendoza) y Diplomada en Actividad Sustantiva del Estado (AGAE-UBA).

2- La cuestión acerca si se trata de un recurso directo, de apelación o una verdadera acción, no será abordada por exceder el objeto del presente análisis, pero puede consultarse en la obra, Pablo “Recurso directos” (aspectos sustanciales y procesales) de Gallegos Fedriani Ediciones RAP, 1ª edición, 2008; también en <http://www.saij.gov.ar/marcela-molina-recurso-apelacion-articulo-32-ley-n-24521-aportes-para-una-futura-reforma-legislativa-dacf130202-13-07-29/123456789-0abc-defg2020-31fcantircod>

3- IVANEGA Miriam Mabel “Principios de organización administrativa”, Documentación Administrativa/ n° 267-268, septiembre 2003-abril 2004, p200

4- MONTI, Laura “La Jerarquía y la competencia como principios de la organización administrativa”. Documentación Administrativa/ n° 267-268, septiembre 2003-abril 2004 p 116, donde la misma habla de una jerarquía atenuada.

5- QUIROGA LAVIE, Humberto, p 437/440 señala que la alocución “garantizar” significa otorgar la



Mgter. Margarita I. Correa de Payes

máxima tutela que puede brindar el ordenamiento jurídico para la plena vigencia de esa autonomía universitaria, ahora de base constitucional.

6- Fallos 331:1123 Del considerando 11 del voto de mayoría.

7- Fallos 332:842 CSJN.

8- Fallos "M. 399. XXXII. Monges, Analía M. c/ U.B.A. -resol. 2314/95.

9- V. CSJN " Ministerio de Educación de la Nación c/ Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de buenos Aires s/ Rec Directo" fallos 976/2009 (Dictamen MPF al que remite la Corte)

10- Fallos 331:1123 considerando 12.

11- V. CSJN "Universidad de Mar del Plata c/ Banco de la Nación Argentina s/ daños y perjuicios", Fallos: 319: 3148.

12- V. CSJN" Ministerio de Cultura y Educación-Estado Nacional s/art. 34 de la

lo que aquí interesa, que la autonomía se encuentra ligada a los objetivos y fines que la institución cumple en el desarrollo de la sociedad en tanto representa una institución básica de la república, inmersa en el universo de las instituciones públicas.(7)

A mayor abundamiento cabe señalar que para desarrollar la actividad sustantiva que exige el cumplimiento de sus objetivos, se requiere asegurar la libertad necesaria para la generación y transmisión de conocimiento. La autonomía como asignación de competencia, es una herramienta (las competencias lo son) a tal fin (8)

Por tanto, serán sus fines y objeto los que enmarcarán el contenido y alcance de las competencias que el constituyente ha querido asignarles,(9) y por ello debe tenerse presente, como lo señala la Corte,

que el mandato del art. 75, inc. 19 "vincula al legislador respecto de los alcances de la reglamentación en la materia..."(10)

En trascendentes pronunciamientos post reforma, se expone el cambio de estatus jurídico de las universidades nacionales.

La Corte federal (compartiendo el dictamen del Procurador), afirma que el objetivo de la autonomía es desvincular a la universidad de su dependencia del Poder Ejecutivo, mas no de la potestad regulatoria del Legislativo, en la medida en que ella se enmarque en las pautas que fijó el constituyente emanado de la Constitución Nacional (11).

Y respecto de su relación con el Congreso, que la autonomía y autarquía universitaria consagrados en el art. 75, inc. 19, constituyen un límite a la facultad reglamentaria del Estado.(12)

Y por último, no deja de estar engarzada en el ordenamiento jurídico en general, sin que pueda sostenerse que la autonomía universitaria es por sí misma un poder en sentido institucional(13)

Ahora bien, conforme su actual jerarquía constitucional existe distintas posturas respecto de su posicionamiento institucional(14).

Balbín(15) en postura a la que adscribimos, las denomina entes autónomos, a los que caracteriza como aquellos a quien constitucionalmente se le ha otorgado tal carácter debido a la especialidad (por el objeto) o por la participación y ejercen un poder reglamentario con carácter exclusivo desplazando al Poder Ejecutivo.

El poder reglamentario de estos entes autónomos comprende las materias directamente vinculadas con el carácter especial o participativo del ente. En el caso de las universidades nacionales relativos al contenido de su autonomía(16).

Ente autónomo es una denominación introducida por la última reforma consti-



tucional que exige readecuar el tradicional esquema. Y en tal sentido la universidad como tal reúne los siguientes caracteres:

a. Es una persona jurídica sometida al régimen de derecho público.

b. Es una institución pública que pertenece al sistema de educación nacional⁽¹⁷⁾

c. Tiene asignadas competencias de origen constitucional en razón de su especialidad⁽¹⁸⁾, relativos a su organización, gobierno, administración y de orden académico.

d. Se encuentra sujeto a la facultad reglamentaria- normativa del Poder Legislativo la que se encuentra limitada por el principio de autonomía y autarquía atribuida a las universidades por el constituyente⁽¹⁹⁾.

f. Se encuentra desvinculada del control tutelar del Poder Ejecutivo⁽²⁰⁾. Los conflictos con dicho poder u organismos descentralizados, entidades autárquicas, etc. deben dilucidarse en sede judicial⁽²¹⁾.

g. Se encuentra prevista una vía de acceso especial para el control judicial de sus resoluciones definitivas, a través del recurso directo ante la Cámara Federal con asiento en su sede. (art. 32 ley 24521)⁽²²⁾

h. Se encuentra sometida al control del órgano de fiscalización externa del Estado (AGN)⁽²³⁾.

i. Se encuentra garantizado su financiamiento a través de los recursos que se le debe asignar.⁽²⁴⁾

Ahora bien, delineada la naturaleza, fines y especialidad de la universidad nacional dentro del entramado de instituciones públicas, seguidamente analizaremos la cuestión de la vía de control judicial prevista en la ley de educación superior.

III. La especial vía del recurso de apelación previsto en el art. 32 de la ley 24521

Recordemos muy brevemente que conforme el régimen general, en el orden fe-

deral, para accionar judicialmente contra el Estado Nacional, impugnando un acto expreso o eventualmente reclamando ante su inactividad, resulta necesario cumplir con los llamados presupuestos procesales específicos enmarcados en las llamadas prerrogativas públicas, en el caso de tipo procesales,⁽²⁵⁾ entre los cuales se encuentra el agotamiento de la vía administrativa, presupuesto que debe ser cumplido, tanto en caso de la vía impugnatoria como por la vía reclamatoria, a fin de habilitar la instancia judicial.⁽²⁶⁾

Ahora bien, completando el esquema del régimen federal general, también recordemos que el agotamiento de la vía administrativa se conforma con el dictado del acto expreso definitivo en sede administrativa o a través del “silencio”⁽²⁷⁾.

Asimismo, y en lo que aquí interesa, en el caso de las universidades nacionales, la demanda puede interponerse como proceso ordinario ante los jueces de primera instancia o por vía de recurso directo o de apelación ante la Cámara Federal de Apelaciones con asiento correspondiente a la sede del ente autónomo.

Y respecto del recurso directo previsto en el art. 32 de la ley 24521, recordemos que la citada previsión normativa establece:

“Contra las resoluciones definitivas de las instituciones universitarias nacionales impugnadas con fundamento en la interpretación de las leyes de la Nación, los estatutos y demás normas internas, solo podrá interponerse recurso de apelación ante la Cámara Federal de Apelaciones con competencia en el lugar donde tiene su sede principal la institución universitaria”.

Del texto de la norma surge con claridad que a los fines de revisar judicialmente la actuación de la universidad por la vía especial del art. 32 de la ley 24.521, se requiere la obtención de un acto de la máxima autoridad de la institución con competencia para resolver la cuestión planteada.

ley 24521” Fallos: 322:842 13- Idem.

14- V. BIANCHI, ...4 que se trata de un ente descentralizado pero diferenciándose por el autogobierno; GONZALEZ NAVARRO, Augusto “Los concursos docentes en las Universidades Nacionales” - Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 35 opina que se trata de “autoridades administrativas independientes”. La PTN en Dictámenes Tomo 249 Página 74 ha dicho que : La Universidad Nacional no pertenece ni a la Administración Central, ni sus agentes al sector público Nacional, constituyendo un ente jurídico descentralizado. Los principios constitucionales de autonomía y autarquía de las universidades nacionales implican una absoluta y total independencia del Poder Ejecutivo Nacional tanto en el pleno ejercicio de sus funciones, como asimismo en la administración y disposición de sus recursos. Al no pertenecer las universidades nacionales al ámbito de la administración pública, el Poder Ejecutivo debe abstenerse de interferir en la esfera de las mismas”

15- BALBÍN Carlos F. “Tratado de Derecho Administrativo” Ed. La Ley-T. II- 2011, p. 162-212. El autor propone como actual estructura de organización estatal, al Estado Central, Estado descentralizado y dentro de este último al ente autónomo con mayores poderes, en tanto explica que estos no pueden encuadrarse sin distingos en el modelo clásico de organización estatal.

16- En el caso se excluye el poder reglamentario del Poder Ejecutivo en las competencias asignadas constitucionalmente, y así la ley de educación superior n° 24521, dictada en el marco del art. 75, inc 18 y 19, ha sido objeto de reglamentación en cuestiones generales que excedían las propias del ente autónomo universidad, Decretos 499/95; 173/1996; 576/1993 y otros

17- Fallo “Ministerio de Educación c/ Universidad Nacional de la Plata s/ art. 34 ley 24521”. M 976. XXXV. último párrafo punto 10.

18- BALBÍN, Carlos F., 169, a quien seguimos en mayor medida respecto de la ubicación institucional de las universidades entiende que en el caso será en razón del principio de participación

19- Así lo dijo la Corte en: “Ministerio de Cultura y Educación - Estado Nacional s/ art. 34 de la ley 24.521”, 2008.

20- Solo será procedente la intervención por parte del PE en receso del Congreso ad ref del mismo, por un tiempo determinado no superior a seis meses, art. 30 LES.

21- Fallo “Banco de la Nación Argentina c/ Universidad Nacional de Mar del Plata s/ daños y perjuicios” antes citado.

22- GALLEGOS FEDRIANI, Pablo “Recursos directos” (aspectos sustanciales y procesales) Ediciones RAP, 1ª edición ,2008, p. 292-294; CASSAGNE, Juan Carlos “El principio de legalidad y el control judicial de la discrecional administrativa” Ed. Marcial Pons, 1ª edición, 2009, p.104-111

23- Respecto del control interno a cargo de la SIGEN, la Procuración del Tesoro mediante Dictamen que corre en IF-2022-128362119-APN-PTN, del 28 de noviembre de 2022, entendió que “...no resulten aplicables a las universidades nacionales las previsiones que, en materia de control interno, contienen los artículos 100 y concordantes de la LAF”, sin perjuicio de lo cual señaló que la eventual articulación de acuerdos en los que se convalidan tareas encaminadas a promover el fortalecimiento y la mejora de los sistemas de control interno en el ámbito universitario, que presuponen la concurrencia de la voluntad de las autoridades de las altas casas de estudios, no resultarían violatorios de la

Consecuentemente solo en caso de haber recaído acto expreso de autoridad competente que ponga fin administrativamente a la cuestión impugnada, se encuentra configurado el presupuesto de admisibilidad formal de la vía judicial del art. 32 de la ley 24.521.

Tal presupuesto de admisibilidad formal exige advertir varias cuestiones:

a) Debe mediar acto administrativo expreso

b) El acto administrativo debe tener carácter definitivo, es decir debe tratarse de un acto dictado por la máxima autoridad de la institución universitaria, cuestión que exige analizar la organización administrativa de la universidad conforme su estatuto.

c) Congruentemente con los puntos anteriormente señalados, no resulta viable agotar la vía administrativa a través del instituto del silencio⁽²⁸⁾ a los fines de habilitar el acceso al control judicial de las actuaciones administrativas de las universidades nacionales.

Ahora bien, y sin perjuicio de la claridad del texto del citado art. 32 de la ley 24521 respecto que debe existir “resolución definitiva” del máximo órgano universitario, lo cual excluye la posibilidad del agotamiento de la vía por silencio, tal circunstancia se sustenta en que :”... el desconocimiento de los preceptos que regulan los medios de impugnación de los actos administrativos que se dictan en el ámbito universitario a los efectos de acceder a la instancia judicial mediante el recurso previsto por el art. 32 de la ley 24.521, no contribuye al cumplimiento de los objetivos para los cuales fueron creadas las universidades, logro que depende en parte de que sus órganos de gobierno estén habilitados a ejercer plenamente las facultades asignadas por el ordenamiento jurídico...” como lo ha señalado la Procuradora Laura Monti en numerosos dictámenes, a los que se ha remitido la Corte Federal.⁽²⁹⁾

Conectando lo dicho precedentemente

con lo expuesto al momento de delinear la naturaleza, objeto y fines de las universidades nacionales que la dotan de un estatus jurídico especial, también surge del mismo plexo normativo que las rige, que a los fines del cumplimiento de los fines que hacen a su especialidad, se ha dotado a tales entes autónomos de una serie de herramientas que le garantizan cumplir acabadamente con las actividades propias de su objeto. En tal sentido, tal circunstancia ha sido señalado muy claramente por la Corte Federal al remitirse al dictamen de la Procuradora Monti, quien dijo:” como consecuencia de la autonomía consagrada a partir de la reforma constitucional de 1994, las universidades nacionales deben disponer de todas las potestades necesarias para llevar a cabo su gestión, y una de las formas de garantizar que se respete su contenido esencial es permitir a sus órganos de conducción el conocimiento y la decisión de todas aquellas cuestiones que se encuentran bajo su dirección y control...”⁽³⁰⁾.

Consecuentemente, la modulación de las normas y principios del régimen general que rige en jurisdicción federal respecto del agotamiento de la vía a los fines de la habilitación de la instancia, cuando se trata de los entes autónomos conforme la particularidad señalada, se funda en la aplicación de las herramientas que la misma ley ha previsto dentro del sistema de garantías diseñado para permitir a los mismos, cumplir con su objeto y finalidad teniendo en cuenta la relevancia institucional de las actividades sustantivas bajo su responsabilidad y su incidencia dentro del desarrollo de la sociedad en tanto representa una institución básica de la república.

Asimismo, entendemos que la interpretación de las normas relativas al agotamiento de la vía administrativa, conforme lo venimos exponiendo, responde al principio que da cuenta de contar y ejercer en plenitud todas las herramientas otorgadas



legalmente para el debido resguardo de la competencia legalmente atribuida, competencia cuyo ejercicio es obligatorio, irrenunciable e indisponible”⁽³¹⁾

IV. Conclusiones:

a) a los fines de revisar judicialmente la actuación de las universidades nacionales por la vía especial del art. 32 de la ley 24.521, se requiere la obtención de un acto de la máxima autoridad de la institución, con competencia para resolver la cuestión planteada.

b) solo en caso de haber recaído acto expreso de autoridad competente que ponga fin administrativamente a la cuestión impugnada, se encuentra configurado el presupuesto de admisibilidad formal de la vía judicial del art. 32 de la ley 24.521 relativo al agotamiento de la vía administrativa.

d) congruentemente con los puntos anteriormente señalados, no resulta

viable agotar la vía administrativa a través del instituto del silencio a los fines de

habilitar el acceso al control judicial de las actuaciones administrativas de las universidades nacionales.

d) tal circunstancia se sustenta en que el desconocimiento de los preceptos que regulan los medios de impugnación de los actos administrativos que se dictan en el ámbito universitario a los efectos de acceder a la instancia judicial mediante el recurso previsto por el art. 32 de la ley 24.521, no contribuye al cumplimiento de los objetivos para los cuales fueron creadas las universidades, logro que depende, en parte, de que sus órganos de gobierno estén habilitados a ejercer plenamente las facultades asignadas por el ordenamiento jurídico.

e) las universidades nacionales deben disponer de todas las potestades necesarias para llevar a cabo su gestión, y una de las formas de garantizar que se respete su contenido esencial es permitir a sus órganos de conducción el conocimiento y la decisión de todas aquellas cuestiones que se encuentran bajo su dirección y control.

autonomía y autarquía de las mismas.

24- Cfr art. 61 LES

25- COMADIRA Julio Rodolfo - ESCOLA, Jorge Héctor- COMADIRA Julio Pablo “Curso de Derecho Administrativo” T I pgs. 15 y sgtes Reimpresión-Abeledo Perrot (2017).

26- GARCÍA PULLES, F. “Tratado de lo Contencioso Administrativo” T. 1 pg.780 y stes.

27- Hutchinson, Tomás. “Régimen de Procedimientos Administrativos” Astrea , 10 Edición, Buenos Aires, 2017, pgs 214y sgtes. v. juego armonico de los arst. 10, 23 -26 y concordantes de la LPA.

28- Respecto del cual rigen las previsiones del art. 10, 23, 26 y 30 y concordantes de la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19549.

29- V. Dictamen de la Procuradora Laura Monti de fecha 28 de septiembre de 2007 en autos P.1555.XLII. REX, “Pérez de Aguilera Amelia s/impugnación art. 32 de la ley 24.521”, a cuyas consideraciones remitió la Corte Federal; también en “Recurso de Queja N° 1- Fernández Bernabeu y otros C/ Universidad Nacional de Formosa s/recurso directo Ley de Educación Superior Ley 24521-FRE 81449778/2007/1/ RH1. También dictamen en causa : Espindola, Jorge Horacio C/ U.N.N.E. (UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE) s/ recurso directo Ley de Educación Superior Ley 24.521.”- FCT 7653/2015- CS1-CA1.

30- V. sentencia CSJN cit. :” P.1555.XLII.REX, “Pérez de Aguilera Amelia s/impugnación art. 32 de la ley 24.521”.

31- Principio aplicado por la Corte Federal remitiéndose al Dictamen de la Procuradora Laura Monti en FACULTAD DE CIENCIAS MEDICAS U.N.L.P. C/ UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA s/ nulidad actos administrativos - medida cautelar - art. 32 - ley 24521. (RECURSO EXTRAORDINARIO) S.C. F. 787, L. XLII.

Por Maximiliano A. Tavarone.*

“Pérdida de legitimidad en las instituciones democráticas. La transparencia, el acceso a la información y el uso de tecnología en clave de una correcta gestión pública”

Resulta llamativa la aparición constante de fenómenos que promueven o se vinculan con la falta de confianza en el funcionamiento de las instituciones democráticas. El descontento social con la gestión pública, que luce «generalizado» o “viralizado” por la falta de satisfacción de sus destinatarios, obliga a revisar la teoría y repensar su funcionamiento en tiempos actuales⁽¹⁾.

Ante una percepción de constante frustración de los objetivos más elementales para el ser humano, los movimientos que postulan soluciones disruptivas suman voluntades.

En muchos casos, aparecen alternativas cuyo eje propone la supresión de derechos individuales y sociales en un grado que, al menos en el mundo occidental, parecía haber sido una discusión superada.

Desde la perspectiva propuesta, y circunscripto al caso de la República Argentina, el proceso de desintegración institucional se vincula a la desviación de poder, a la corrupción y a la ineficiencia estatal. Lo anterior, potenciado por los recurrentes problemas económicos, termina eclosionando en sucesivas crisis de gobierno con progresiva pérdida de la credibilidad por gran parte de la sociedad.

La corrupción, más allá de las distintas definiciones que se pueden obtener de los tratados⁽²⁾, sistemáticamente se caracteriza por la existencia de un accionar en espacios oscuros y herméticos, fuera de la mirada de la sociedad y donde se esquivan las finalidades legítimas establecidas por la ley. Bajo ese amparo, ciertos actores públicos - y privados - obtienen beneficios económicos u otro tipo de favores de manera ilegal o irregular.

A nivel global, la corrupción es un fenómeno recurrente, registrado en diversas épocas e independiente de la forma institucional que puedan asumir los distintos gobiernos. En este punto resulta llamativo que no abunden normas de rango constitucional que reflejen la necesidad o los principios para resolver uno de los problemas más negativos de los sistemas democráticos⁽³⁾.

Es que la corrupción no sólo genera una contrariedad de índole jurídica que merece ser objeto de punición cuando se presenta una situación particular, sino que tiene un efecto mucho más complejo. Pone en riesgo las bases y la confianza en el sistema, excede al sector público y afecta de manera considerable o grave a la actividad privada⁽⁴⁾.

La República Argentina adhiere

* Abogado UADE, Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral, Especialista en Justicia Constitucional y D.D.H.H., por el IDC - Università di Bologna, Diplomado post magistral en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Docente titular de la cátedra de Finanzas Públicas y Derecho Tributario de la UCES - Sede Ushuaia-. Profesor invitado en distintas carreras de grado y posgrado. Fiscal Adjunto de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Tierra del Fuego desde el año 2011.

1- No es necesario indagar profundamente la cuestión para verificar que hay movimientos que plantean, con distinto grado de intensidad, el “reseteo” de las instituciones tradicionales. Algunos lo promueven a nivel gubernamental, otros, en ámbitos específicos, en cuanto a la gestión ambiental, a los derechos de minorías, a la propiedad privada y el uso de la tierra, etc.

2- Véase por ejemplo la Convención Interamericana contra la Corrupción, que en su artículo VI, la define como cualquier acto de “requerimiento o aceptación” como de “ofrecimiento u otorgamiento”, por el cual de manera directa o indirecta se “de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas...”. -incs. a) y b)-. También se asocia a este fenómeno a distintas conductas como “omitir” o “actuar deliberadamente” dentro del cumplimiento de las funciones para obtener beneficios, el “ocultamiento” de bienes originados en esas conductas, como así también la “instigación”, “encubrimiento”, y “promoción” de ese tipo de actos nocivos -incs. c), d) y e)- (Tratado B - 58).

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción no tiene una definición expresa pero apunta a los mismos fenómenos (ver Resolución 58/4 de la Asamblea General, del 31 de octubre de 2003). Este convenio ha sido ratificado por la Unión Europea, mediante Decisión del Consejo 2008/201/CE, del 25 de septiembre de 2008.

3- Es probable que ello se origine en que la corrupción tiene un carácter que se estudia a partir de la afectación de otros derechos, sean individuales o colectivos (ver más en CARNEVALLI, Raúl, y ARTAZA V., Osvaldo. “La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción”. Desafíos para el Derecho Penal. *Ius Et Praxis*, Talca, año 22, n. 2, p. 55, 2016.) También es

a múltiples tratados para prevenir la corrupción. Entre ellos podemos mencionar la “Convención interamericana contra la corrupción” aprobada por la Ley N° 24.759⁽⁵⁾, la “Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales” aprobada por la Ley N° 25.319⁽⁶⁾ y la “Convención de las naciones unidas contra la corrupción” aprobada por la Ley N° 26.097⁽⁷⁾. En consecuencia, para materializar y cumplir con los compromisos asumidos, se han sancionado diversas leyes intentando satisfacerlos.

En ese camino, se sancionó la ley de “Ética de la función pública”, 25.188⁽⁸⁾, la consecuente creación de la Oficina Anticorrupción por Ley 25.233⁽⁹⁾, como órgano rector de la ley de ética y para “el diseño y la implementación de políticas, programas, normas y acciones de prevención y transparencia, la promoción de la ética pública”, por mencionar algunos.

Completando el esquema anterior, nuestro país también ha adherido a documentos que pretenden apuntalar el diseño, desarrollo e implementación de políticas que fortalezcan la integridad en la función pública como mecanismos de prevención de estos fenómenos, estableciéndose con el tiempo la necesidad de cumplir objetivos mensurables en el avance y cumplimiento de dichas políticas.

Aun así, es necesario señalar que para evitar este tipo de prácticas no basta con la aplicación de los diversos mecanismos jurídicos, punitivos o disciplinarios existentes. Se requieren nuevas herramientas que excedan dicho ámbito.

Perfeccionar los mecanismos de control ciudadano y de transparencia es un paso obligado para dar un sentido de integración social con el funcionamiento institucional y las políticas públicas propuestas.

Con ciertas reformas, y las múltiples posibilidades de aplicación práctica que ofrecen las TICs, sería posible adaptar la gestión democrática a un mundo 4.0, reencauzando las necesidades de la ciudadanía de una manera mancomunada. Hoy es posible, a partir de mecánicas sencillas y eficientes, generar un intercambio informado, transparente y más participativo.

Por el contrario, si se siguen sosteniendo modelos donde abunda un sentimiento de aislamiento y exclusión, es probable que el interés en defender algo que no brinda contención sea escaso y, de persistir en el descontento, inclusive buscará la forma de reemplazarlos⁽¹⁰⁾. Existen sectores ávidos por capitalizar dicho fastidio y es común que no siempre respeten los valores democráticos o republicanos.

Retomando al plano jurídico formal, son varias las normas que predican como objetivo garantizar el control ciudadano, la participación y la transparencia⁽¹¹⁾. Aun así, sus resultados no parecen ser eficientes. El camino por recorrer es largo y menos sencillo de lo que parece; en principio en nuestro esquema federal existen diversas lagunas y no hay un tratamiento homogéneo en todas las jurisdicciones.

Por dar un ejemplo, en Tierra del Fuego no existe una norma específica referente a la ética en la función pública, ni hay un régimen general que determine el universo de situaciones donde se deban

de destacar que en el artículo 83 del Tratado de la Unión Europea, hay un mandato legislativo positivo de regular coordinadamente normas mínimas en “ámbitos delictivos que sean de especial gravedad” donde específicamente se menciona a la “corrupción”. Diario Oficial n° 115 de 09/05/2008 p. 0080 - 0081.

4- Desde la perspectiva económica el fenómeno de la corrupción puede afectar tanto las condiciones del mercado, el libre juego de la oferta y la demanda, como la propia sustentabilidad del sistema. V.g. Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, del 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

5- Ley. 24.759, 04 de Diciembre de 1996, B.O. N°: 28.566, pág. 1, 17 de Enero de 1997.

6- Ley N° 25.319, 7 de Septiembre del 2000, B.O. N° 29.506, pág. 9, 18 de Octubre del 2000.

7- Ley N° 26.097, 10 de Mayo de 2006, B.O. N° 30923, pág. 1, 09 de Junio de 2006.

8- Ley N° 25.188, 29 de Septiembre de 1999, B.O. N° 29.262, pág. 1, 1 de Noviembre de 1999.

9- Ley N° 25.233, 10 de Diciembre de 1999, B.O. N° 29.292, pág. 1, 14 de Diciembre de 1999.

10- Como lo señala GARGARELLA, la participación de la ciudadanía también requiere repensar el sistema de frenos y contrapesos propio del constitucionalismo latinoamericano. En este punto las soluciones “dialogicas” que propone deben comprender también a las relaciones con los distintos sectores de la población, traspasando la frontera del mero dialogo institucional entre poderes y órganos. Ver más en GARGARELLA, Roberto; “El nuevo constitucionalismo dialogico, frente al sistema de los frenos y contrapesos”, en “Novedades dialogicas en el constitucionalismo contemporáneo”; Universidad de Buenos Aires, 2014. Web: <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf> ; revisado febrero 2023.-

11- La Ley 27.275 que regula el Derecho de acceso a la información pública, la Ley 25.188 que regula la Ética en el ejercicio de la función pública, como así también mecanismos de audiencia vinculados en tarifas de servicios públicos o habilitaciones que impliquen riesgo ambiental. El camino por recorrer es más largo y menos sencillo de lo que parece. No hay un tratamiento homogéneo de las cuestiones en todas las jurisdicciones.

12- Al respecto se puede profundizar más respecto de los peligros para el sistema democrático en las referencias hechas respecto al “poder invisible” por ITURBE, Corina, en “Pensar la Democracia: Norberto Bobbio”, Universidad Autónoma de México, México, 2007, pág. 126, donde se hace un profundo estudio de la obra del autor italiano Norberto Bobbio.

13- Ley N° 27.275, 14 de Septiembre de 2016, B.O. N° 33.472. pág. 1, 29 de Septiembre de 2016.

14- Véase por ejemplo la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, del 1/11/22, en autos “B., K. V. c. Estado Nacional - ley 27.275 s/amparo ley 16.986”, por citar alguna reciente entre varias más.

15- Ver más IVANEGA, Miriam; “La transparencia pública y el efecto expansivo de la buena admi-



Dr. Maximiliano A. Tavarone.

efectuar las audiencias públicas. La ley de acceso a la información pública provincial se encuentra desactualizada y no contempla la publicación activa de información, mecánica presente en los modelos modernos para afianzar la transparencia.

Seguramente, si desde cada geografía revisamos los esquemas normativos existentes y su funcionamiento en la actividad, encontraremos que en casi todos los ámbitos hay problemas similares. A estas barreras de diseño jurídico, que pueden ser superadas con un esfuerzo menor, se les debe agregar en muchos casos la notable distancia que puede existir entre el precepto teórico y su aplicación práctica.

Desde esta óptica, el constitucionalismo moderno ha tratado de robustecer el escrutinio público como elemento fundamental para legitimar el proceso democrático y la calidad institucional. Los procedimientos participativos novedosos, las consultas populares y toda una nueva generación de instituciones abiertas a la sociedad dan muestra de ello. No obstante, se verifica un severo grado de reticencia e ineficiencia en la satisfacción de dicha interacción con la sociedad⁽¹²⁾.

No cabe duda que la información pública y la participación son aspectos consustanciales de la esencia democrática y del control republicano. Sin embargo, pueden encontrarse una considerable can-

nistración en el procedimiento administrativo” XIII Jornadas DADI- Pazo de Mariñan, 2022

16- PUERTO, María Isabel y SFERRAZZA, Pietro T., “La sentencia ‘Schrems’ del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: un paso firme en la defensa del derecho a la privacidad en el contexto de la vigilancia masiva transnacional”; allí se expone que “...El rápido desarrollo de las tecnologías digitales de la comunicación ha significado un cambio sin precedentes en la historia de la humanidad. Estas nuevas formas de comunicación han generado nuevos espacios de participación democrática y proporcionado a los defensores de los derechos humanos nuevas herramientas para documentar y denunciar las violaciones a los mismos...”, Revista Derecho del Estado n.º 40, enero-junio de 2018, pp. 209-236. Ver también COTINO HUESO, Lorenzo, “La necesaria actualización de los derechos fundamentales como derechos digitales ante el desarrollo de internet y las nuevas tecnologías”, quien señala “... Hablar del Derecho de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) hoy supone tanto como hablar del Derecho en sí. La vida actual está tan masivamente penetrada por las siempre «nuevas» tecnologías que se hace muy difícil pensar un ámbito que no esté muy imbuido por estas. Baste recordar que, siguiendo www.internetworldstats.com, en junio de 2017 3.885 millones de personas, esto es, un 51,7% de la población mundial usa las TIC habitualmente; un 80,2% de la población de Europa, 40 millones de españoles (87,1%)...” En “España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas”, Tomo III, Benigno Pendás (director) Esther González y Rafael Rubio, (coordinadores) Publicación del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Junio de 2018, págs. 2347/2364.

17- La velocidad de estos acontecimientos, la notable expansión que han tenido y el impacto que han generado a todo nivel indica que estamos ante lo que los especialistas denominan la Cuarta Revolución Industrial, consonante con la Revolución Agrícola y la Revolución Industrial, marcando el comienzo de la Era de la información Véase en [Wikipedia.org, “La Revolución Digital”](https://es.wikipedia.org/wiki/Revoluci%C3%B3n_Digital) - https://es.wikipedia.org/wiki/Revoluci%C3%B3n_Digital; “Tecnologías de la información y la comunicación” - https://es.wikipedia.org/wiki/Tecnolog%C3%ADas_de_la_informaci%C3%B3n_y_la_comunicaci%C3%B3n -

18- En los últimos 50/60 años la humanidad se ha encontrado con la tercera revolución industrial, donde se destaca un aumento exponencial de la capacidad de procesamiento computacional y la creación de la WWW, está transcurriendo la cuarta revolución industrial vinculada al Big Data, a la Inteligencia Artificial y los albores de la computación cuántica entre otros avances; y ya se vislumbra la aparición de una quinta revolución vinculada a una suerte de transhumanismo donde el hombre incorporará la tecnología a nivel biológico para mejorar sus capacidades y la capacidad de los robots para reemplazar las actividades humanas. Es vital entonces un desarrollo tecnológico orientado a evitar las asimetrías y la profundización de las desigualdades. Se puede obtener más información al respecto en los informes de la Organización

tividad de condenas al Estado por negar o retacear respuestas, como por infringir obligaciones que hacen a la publicidad o a la participación.

En algunos supuestos, esto no sólo ocurre en oposición a lo que prescribe la legislación sino que acontece desoyendo a los mismos organismos rectores del sistema. No es la primera vez que, aun cuando la AAIP como órgano de aplicación de la Ley N° 27.275⁽¹³⁾ establece la procedencia de un requerimiento, otra entidad parte de la organización gubernamental sigue incumpliendo con los preceptos que le son impuestos, inclusive sin justificativo alguno⁽¹⁴⁾.

La información ayuda a la transparencia, la falta de celo en su entrega genera desconfianza. Primero en el funcionario, luego en las instituciones. Las leyes de acceso fueron un gran avance, pero no cumplirán su objetivo si la Administración no las aplica de una manera proactiva. Tampoco serán efectivas si no se internaliza el verdadero alcance de su mandato, capacitando a todos los gestores públicos en su aplicación⁽¹⁵⁾.

En línea con lo expuesto en los primeros párrafos, es inevitable incorporar el uso intensivo de las TICs. Se debe asumir de manera sensata que el enfoque tradicional no es suficiente para cubrir los espectros generados por estas nuevas vías y compaginar su uso en diferentes frentes que, ante ciertos derechos individuales, resultan antagonicos. Es que resulta obligado articular la publicidad como principio, con la participación cuando corresponda, pero ello sin dejar de preservar la privacidad y el cuidado en el manejo y uso de datos perso-

nales que también resultan valores protegidos en nuestro sistema⁽¹⁶⁾.

La universalización de elementos dotados de gran portabilidad ha generado una convergencia tecnológica que le permite al ciudadano resolver sin esfuerzo y de manera remota pluralidad de tareas, incluso de manera más eficiente que el propio gobierno⁽¹⁷⁾. Las nuevas tecnologías se caracterizan por una capacidad de penetración en la actividad humana con una versatilidad y multidireccionalidad nunca antes vista⁽¹⁸⁾.

Los ámbitos digitales cuentan con mecanismos que abandonan el intercambio estático de información, aparecen múltiples voces y plataformas para recibir, transmitir y reelaborar contenido con diversos grados de interacción o retroalimentación, sin diferimientos y con la ausencia de un buen número de los intermediarios tradicionales⁽¹⁹⁾.

A la fecha, la gestión pública se ha volcado hacia las redes sociales, a veces de manera confusa, sin reparar si el objetivo es institucional, personal u oficial. Sin embargo ha sido útil.

Twitter, LinkedIn, Instagram, Facebook -por mencionar algunas plataformas- han visto la incorporación entre sus usuarios de instituciones y funcionarios públicos, quienes generan contenido a partir de su actividad y lo difunden con una comunicación que prima facie es mucho más efectiva que las publicaciones en el Boletín Oficial, que las gacetillas de prensa o, inclusive, que los espacios utilizados en los medios de comunicación tradicional⁽²⁰⁾.

En este punto, si bien se hace un

de las Naciones Unidas. Ver más en https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/1918255s_new_technologies.002.pdf.

19- Justamente, ante esa carencia de intermediarios tradicionales, adquieren un particular poder las empresas que administran dichas tecnologías. En satisfacción de intereses propios -o de sus "clientes"-, pueden vetar o difundir información, promover o cancelar personas o movimientos, con la aptitud de generar daños importantes, de manera intencional o inconsciente. La aparición de estos fenómenos, cuando no existen filtros del todo adecuados para prevenir de manera eficiente las actividades ilícitas, o en el caso, la promoción de discursos o movimientos rupturistas, obliga a reflexionar sobre el tema.

20- Es recomendable la lectura del paper "Disrupción tecnológica y democracia en el siglo XXI", donde los autores analizan las tensiones que se producen en los sistemas democráticos actuales por la influencia y la aceleración de la irrupción de la tecnología. AROCENA, F., SANSONE, S. y ALVAREZ, N. (2021). Disrupción tecnológica y democracia en el siglo XXI. *Cuestiones de Sociología*, 25, e125. <https://doi.org/10.24215/23468904e125>.

21- Ver más al respecto en el artículo "Las redes sociales como vehículo de los extremistas en las relaciones internacionales" donde a lo largo de una completa descripción del fenómeno de las redes sociales en la WWW, se destaca el llamado de la Primera Ministro de Nueva Zelanda en la 74ª sesión de la Asamblea General de la ONU, en septiembre de 2019, con respecto a la necesidad de controlar la actividad terrorista en las redes sociales, ante la transmisión en vivo de un atentado en su país. Allí se reclama la necesidad de lograr un control sobre las redes sociales, con la colaboración de todos los países y en equilibrio con los valores democráticos. Publicado por Manuel J. Gazapo Lapayese, en obra colectiva "Comunicación política en el mundo digital: tendencias actuales en propaganda, ideología y sociedad", Dykinson S.L., Madrid, 2021, N° 15 de la colección Conocimiento Contemporáneo, 1ª edición, pp. 739. Respecto de la República Argentina, en el informe del Relator Especial sobre la Libertad de Expresión, se manifiesta en el marco de la pandemia, esta Oficina observó con preocupación las actividades de vigilancia masiva en redes sociales llevadas a cabo por las fuerzas de seguridad nacionales (llamadas coloquialmente de "ciberpatrullaje"), que habría derivado en detenciones y apertura de causas federales por el delito de intimidación pública, por ejemplo, contra personas que publicaban información sobre COVID-19 que difería de la oficial. OEA/Ser.L/V/II Doc. 28, 30 marzo 2021, 65.

22- La pandemia del Covid determinó restricciones a la gestión presencial que, entre otras cosas, acentuó y aceleró tanto el proceso de digitalización de la actividad estatal como la dinámica de su comunicación con la comunidad. Ciertos métodos rituales sufrieron reemplazos tecnológicos que demostraron ser eficientes, a tal punto que difícilmente se pueda retomar el funcionamiento anterior.

23- En la conocida novela distópica "1984",

uso intensivo de las redes sociales para comunicar múltiples contenidos, en muchos casos la falta de un marco, de reglas de buenas prácticas o de lineamientos que amparen el alcance de tales usos, pueden generar problemas. El “community manager” sabe de contenidos más no de responsabilidad del Estado. El uso indebido de datos, la exposición ambigua de información, como así también el reemplazo de canales oficiales puede tener consecuencias no deseadas.

Entonces, con una “actividad” e “identidad” estatal más consolidada en el mundo digital, también comienza a vislumbrarse la necesidad del ejercicio de un control sobre el contenido y el uso que se hace en esos nuevos ámbitos, porque ello resulta propicio para la aparición de conductas indeseables⁽²¹⁾ y de problemas que escapan a la teoría clásica⁽²²⁾.

Bajo ese prisma, se hace imperioso comenzar a estudiar y sistematizar el impacto de las redes sociales en la actividad estatal y reglamentar sus alcances para dar certeza sobre la conducta de la Administración y, al mismo tiempo, dotar de soluciones mucho más eficientes para cumplir con las finalidades públicas, como interesantes para acercar al ciudadano con el Estado.

Con el enfoque adecuado, es posible que cada ciudadano sea el “Gran Hermano”⁽²³⁾ de sus propias instituciones y de sus gobernantes, lo que permitirá promover una mayor robustez y legitimidad de los sistemas democráticos con intercambios más informados, y gestiones más prudentes y cuidadas.

Si bien la teoría se refiere a la

publicidad de los actos de gobierno, el control interno⁽²⁵⁾ y la rendición de cuentas por parte de los funcionarios para un examen social del gobierno democrático, la experiencia indica que en la práctica ese examen únicamente era ejercido por órganos judiciales o administrativos, o por ciertos ciudadanos o sectores calificados⁽²⁶⁾. En este punto, la aplicación tecnológica podría ampliar considerablemente el nivel de control social de manera concreta y palpable⁽²⁷⁾.

A partir de la crisis sanitaria del 2020 se han presentado claras muestras de utilidad práctica de la tecnología para el control remoto de la Administración. En un contexto de fuertes limitaciones a la circulación física, el acceso a la información a través de la tecnología ha permitido el control social de la actividad pública. Es decir, cuando se presentaron hipótesis raras veces vistas en el mundo moderno, la ausencia de “institucionalidad” ha podido ser corregida por los propios ciudadanos difundiendo y trayendo a la luz a los desvíos cometidos por los gobernantes, bajo un control incluso más efectivo que el que hubieran obtenido por las vías tradicionales⁽²⁸⁾.

Muchas de estas situaciones vidriosas, oscuras o marginales, que en otros tiempos probablemente hubieran pasado desapercibidas, en cambio, pueden ser tomadas por las redes sociales, luego por los medios de prensa, generándose reacciones más expeditas de las autoridades, evitando o previniendo o castigando los potenciales desvíos respecto de las finalidades públicas y del bien común⁽²⁹⁾.

Quienes habitualmente inte-

escrita por George Orwell entre los años 1947 y 1948, se presenta al Gran Hermano como una entidad estatal que todo lo ve, todo lo escucha y todo lo sabe y nadie puede actuar en contra de sus designios. La obra describe una hipótesis de vigilancia social masiva y manipulación de la información para la supresión total de la divergencia política y cultural. Este esquema se corresponde en parte con la mirada de Yuval Noah Harari, quien en “21 Lecciones para el Siglo XXI”, plantea una disyuntiva binaria entre la ampliación de las libertades o las dictaduras digitales.

24- A modo de ejemplo, se puede destacar en la doctrina constitucional argentina la idea de un sistema de publicidad e información gubernamental que permita un debate político de calidad y el control sobre los funcionarios, ello sobre la base de las características del modelo republicano. Ver más al respecto en VANOSSI, Jorge Reinaldo A., Estudios de teoría constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie doctrina jurídica, Núm. 70, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2002, 88; BIDART CAMPOS, Germán J., Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Tomo I, EDIAR, Buenos Aires, 1994, 235; SOLA, Juan Vicente, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2009, 116-117, por citar algunos autores.

25- Al respecto Ivanega sostiene que una “...interpretación equilibrada de derechos y facultades -de forma tal que las limitaciones estatales a los derechos individuales se ciñan estrictamente a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática”- obliga a que el control se ubique en un lugar privilegiado, como herramienta para preservar dicha ecuanimidad...”, IVANEGA, Miriam M. en “Gestión pública y control interno”, Publicado en la revista El control de la actividad estatal, Asociación de Docentes UBA, Buenos Aires, 2016, p. 509/521. También se puede ampliar la visión de los Organos de Control y su problemática en el trabajo final presentado por la C.P.N. María Alejandra MAC ALLISTER, para optar al título de Magister en Políticas Públicas de la Universidad Austral, “Aportes al modelo de control externo a fin de generar valor público e información de calidad en el ciclo de políticas públicas”, 2021. Allí se destaca, entre otras cosas, la importancia de la información recabada por los organismos de control, la necesidad de efectuar un control de gestión y la potencialidad que tiene para mejorar la implementación de las políticas públicas.

26- Esta idea no es una mera apreciación particular, sino que también se encuentra plasmada en la doctrina en distintas ponencias. La percepción social sobre los valores y la eficacia de los sistemas democráticos se ha ido deteriorando. V.g. “... la corrupción, que golpea fuertemente a la región y sobre todo a su clase política, facilitando el descrédito del sistema, viene acompañada por una sensación de impunidad, ante la realización de investigaciones y procesos judiciales que rara vez rematan en una asignación de responsabilidad para los implicados cuando estos proceden de las altas esferas políticas y económicas...”; THOMPSON, José, “Participación, democracia y derechos humanos. Un enfoque a partir de los dilemas de

ractuamos o trabajamos con procedimientos administrativos, no desconocemos que la intervención orgánica ante estas prácticas indeseadas en muchos casos resulta tardía y con los daños ya consumados, por lo que, el control ciudadano incorporado a través de la tecnología, puede contribuir con una mejora significativa.

Por otra parte, no se puede negar que las “Fake News” son hoy un peligro real y concreto. La sociedad civil no es la única que cae en su trampa, sino que muchas veces son los propios funcionarios quienes validan algo ficticio y dan curso a acciones en consecuencia. Si bien las propias empresas dominantes de las redes sociales de mayor impacto han incorporado algunas medidas para prevenir el mal uso de sus plataformas y hay otras plataformas de verificación, es constante la presencia de información falsa o inexacta relativa a las instituciones, funciones o fenómenos políticos(30). Se tiene que tomar debida nota de tal cuestión para prevenir a propios y ajenos.

Un sistema de comunicación estatal consistente, con respuestas oportunas y una difusión adecuada a los estándares que el uso de redes impone, será una herramienta útil para disminuir la acción de quienes aprovechan la falta de certeza para promover discursos de odio, movimientos antidemocráticos o provocar agitación(31). La capacitación de los operadores públicos en mecánicas de verificación de la información recibida también.

Por su parte, con las nuevas interacciones el Estado acumulará un volumen ingente de información de sus ciudadanos, sobre la cual debe

garantizar su seguridad, pues es exigible un extremo cuidado sobre los datos privados y sensibles, para que los ciudadanos confíen en estos nuevos procedimientos virtuales. Proteger los sistemas informáticos, la información de particulares y de terceros contenida en las bases de datos, y la capacidad de prevenir y perseguir estas nuevas modalidades de ilícitos, serán ya un componente ineludible del Estado Moderno, que deberá buscar para ese cometido el máximo nivel de colaboración con otros organismos, instituciones y Estados.(32).

Para finalizar el trabajo se puede decir que, desde la perspectiva del control democrático, el uso de la tecnología actual instala una capacidad notablemente superior para planificar, programar, monitorear y evaluar la actividad de cualquier área de la gestión estatal con una inmediatez imposible en una Administración “papelizada”. Los datos públicos, presentados de manera amigable ante la sociedad, ahora pueden ser inmediatamente constatados por quienes tengan intención de hacerlo y, en su caso, acompañar o debatir al respecto.

Entre otros beneficios, también permite el fortalecimiento de la capacidad de gestión, abre numerosas posibilidades respecto de la revisión presupuestaria, como del manejo y dirección de los recursos humanos y del personal(33).

La incorporación de tecnología en el plano administrativo e institucional implica expandir el acceso a la información pública a los medios digitales, en códigos de formato abierto(34), al alcance de la mano y sin intermediación alguna.

Si se suma a lo anterior una im-

América Latina”, Ponencia presentada en la conferencia internacional “Thomas Jefferson, rights and the contemporary world” organizada por el International Center for Jefferson Studies, en Bellagio, Italia, del 3 al 7 de junio de 2002, 99.

27 A modo de ejemplo podemos mencionar la rápida transformación que se dio en el ámbito del Poder Judicial. La necesidad de adecuar procedimientos papelizados de manera urgente para brindar el servicio durante la pandemia mejoró sustancialmente el acceso a la información contenida en los expedientes judiciales. Ya no se necesita de un abogado para conocer el estado y el contenido de las causas en trámite (salvo aquellas que se encuentren en algún supuesto de reserva, como las penales o las de familia de acuerdo a la normativa procedimental), como invitado cualquier ciudadano tiene acceso a los documentos y providencias dictadas durante el trámite. Ver Acuerdo 03/2020, punto 16. Del Superior Tribunal de Corrientes, donde se presenta al sistema de gestión judicial provincial “...con el objetivo de desarrollar una aplicación propia, escalable y centralizada que favorezca la integración con profesionales, como así también, con otros organismos externos y constituya una propuesta para sustituir definitivamente el expediente de soporte papel, por un formato totalmente digital, eficiente y que garantice la transparencia plena de los procesos judiciales...”, Políticas de Estado y fortalecimiento de la gestión de gobierno del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes”, REY VÁZQUEZ, Luis E. y CASARO LODOLI, Guillermo A., publicado en el suplemento Gestión Judicial, 2021 (noviembre), Thompson Reuters - La Ley, cita on line: AR/DOC/3159/2021.

28- Ver al respecto el informe de la Red de Periodistas de América Latina para la Transparencia y Anticorrupción (Red P.A.L.T.A.), sobre “Las compras en la pandemia. Opacidad y falta de competencia”; <https://www.redpalta.org/compras-pandemia/>, revisado en marzo de 2023.

29- En el caso de la República Argentina la circulación de imágenes y videos de funcionarios que vulneraban los protocolos y restricciones impuestas - en algunos casos por ellos mismos -, contribuyó al control legislativo y judicial de las situaciones. Otro tanto, ocurrió con las contrataciones públicas, donde surgió información que permitió prevenir sobreprecios de ciertos intermediarios que especulaban con la realización de ventas de manera directa originada en la necesidad de obtener productos esenciales para atender la emergencia sanitaria.

30- En este punto, hay que decir que la aparición de noticias falsas también generó la aparición de portales cuya finalidad es chequear la información presentada en la web, de una manera que se compatibiliza la libertad de expresión con los derechos del receptor de la misma que ahora cuenta con la posibilidad de determinar si lo que está leyendo es legítimo, ha sido corroborado o es falso, como así también ha aumentado la colaboración de las empresas tecnológicas con organismos y asociaciones especializadas en detectar este tipo de información para evitar o disminuir sus efectos. “Verificar información de internet en tiempos de las ‘fake



pronta proactiva en la presentación de la información, e instancias de razonable participación de la sociedad en canales específicos previo a la toma de decisiones, no sólo se aumentará rápidamente el nivel de transparencia de las instituciones, sino que se verá replicado en una mejor percepción de la que hoy se tiene de los manejos públicos.

Es decir, la auditoría formal sobre lo público se encontraría ahora enmarcada con una interacción inmediata con la sociedad, cuyo análisis se verá potenciado por los estudios motorizados con el uso de la inteligencia artificial y el machine learning. Se detectarán las trabas o la eficiencia de las políticas públicas de manera anticipada.

Estos avances, contemplados desde un pensamiento ortodoxo y considerando su aptitud para someter a la gestión pública a un análisis en tiempo real, pueden parecer desestabilizantes. Este panorama se ve potenciado con la aplicación de herramientas de inteligencia artificial capaces de exponer las trazabilidades, patrones e inconsistencias que antes eran muy difíciles de detectar a través de operadores humanos. Para algunos puede pare-

cer abrumador.

Pero tampoco es menos cierto que, si las políticas y conductas escurtidas son legítimas, ello no debería tener mayores consecuencias que el debate propio de la convivencia en sociedad que el efector político acepta al asumir el cargo.

Un uso eficiente de estos recursos no sólo permitirá combatir la corrupción, sino que mejorará la calidad de vida del ciudadano, pues se podrá utilizar para medir el impacto efectivo de las políticas públicas, anticipar, prever o corregir a partir de los datos estadísticos un sinnúmero de problemas prácticos, dotando también a las autoridades de mayor legitimación para justificar las decisiones gubernamentales⁽³⁵⁾.

Ello adquiere particular relevancia en regiones como Latinoamérica donde, con la misma fuerza que se proclaman los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, se verifica su incumplimiento. Muchas veces como consecuencia de los efectos vinculados a las distintas variantes de la corrupción, a la falta de información y donde también se debe incluir la deficiencia sistémica de la gestión pública.

news': un problema que ni Facebook ni Google van a resolver", artículo de RODRÍGUEZ, Pablo en Xataka, <https://www.xataka.com/legislacion-y-derechos/verificar-informacion-internet-tiempos-fakes-news-problema-que-facebook-google-van-a-resolver>.

31- Un ejemplo claro de ello aconteció con los disturbios producidos por la convocatoria a través de redes sociales de grupos radicalizados el 6 de enero de 2021, luego de las elecciones presidenciales en E.E.U.U. hecho que generó inclusive un fuerte debate sobre el rol de los medios al comunicar estos eventos. Ver artículo de Danielle K Brown, "La insurrección en el Capitolio desafió la forma en que los medios de EE.UU. presentan los disturbios"; <https://theconversation.com/la-insurreccion-en-el-capitolio-desafio-la-forma-en-que-los-medios-de-ee-uu-presentan-los-disturbios-153153>.

32- Es claro que, la capacitación del personal estatal deberá incorporar de manera necesaria y urgente asignaturas como cyber seguridad, gobernanza y protección de datos, pues son habilidades que le serán asiduamente requeridas para poder desempeñar sus funciones.

33- Se puede profundizar más el impacto que implica el uso de las Tics en la Administración en la ponencia de la Dra. Miriam IVANEGA titulada "La transparencia pública y el efecto expansivo de la buena administración dentro del procedimiento administrativo" presentada XIII Jornadas DAD de Pazo de Mariñan del 2022. En dicha oportunidad, la prestigiosa catedrática argentina desarrolló el abanico de posibilidades que presentan las Tics respecto del combate a la corrupción, la transparencia y la información pública.

34- A modo de ejemplo se destaca que los datos abiertos han recibido recepción legislativa en la Ley de Acceso a la Información Pública de la República Argentina, N° 27.275, en su artículo 5° obliga al Estado a entregar la información en formatos electrónicos abiertos. Lo mismo se prescribe en el artículo 32, cuando señala que la información publicada obligatoriamente en los portales de las instituciones para cumplir con la obligación de transparencia activa debe ser presentada en formatos abiertos. Ello es a los fines de que los usuarios puedan procesar libremente la información sin la necesidad de adquirir licencia alguna para hacerlo.

35- Coincidimos con la opinión de Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ respecto que en el Estado moderno el "...el razonamiento público crítico es cada vez más relevante si es que de verdad queremos que las decisiones políticas y económicas sean cada vez más justas y solidarias. Es más, gracias a la emergencia de nuevas formas de reflexión y de pensamiento abierto y crítico orientadas a fortalecer la democracia, instituciones multilaterales del orden internacional han debido ir, poco a poco, modificando alguna de sus políticas económicas, lo que años atrás era, sencillamente, impensable...". Ver "Reflexiones sobre la regeneración democrática en la Administración Pública", en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, Vol. 20 (2016), pp. 396/429; ISSN:2530-6324, ISSN:1138-039X <https://doi.org/10.17979/afudc.2016.20.0.1951>.

“El principio general de la responsabilidad del concesionario de servicios públicos por los daños a los usuarios”

(Nota al fallo “flores, pedro rolando c/tufesa y otro s/ daños y perjuicios”, csjn, 7/11/2023)

El artículo 6° (2) de la Ley Nacional de Responsabilidad del Estado -Ley N° 26.944- (en adelante LNRE) establece como principio general que, frente a los daños que puedan sufrir los usuarios, únicamente es responsable el concesionario del respectivo servicio y no el Estado, ni directa, ni subsidiariamente. Sin embargo, este último también puede ser responsable -en forma concurrente- si se verifican los presupuestos fácticos y jurídicos que hacen a su propia responsabilidad, en lo que aquí interesa, previstos en el artículo 3° LNRE⁽³⁾.

Creemos que esta es la interpretación correcta para la aplicación de dicha ley⁽⁴⁾ ya que ambas disposiciones: los artículos 6° y 3°, son fuente de distinto tipo de responsabilidad.

No es lo mismo la responsabilidad directa del concesionario en el vínculo que establece con el usuario, caracterizado por la relación de consumo y objeto de protección específica por el artículo 42 CN, de la del Estado, que al haber concesionado el servicio sólo guarda respecto del mismo los deberes de dirección, vigilancia y control, que en caso de omitir, claro es, sí lo tornarían responsable. La primera es la responsabilidad en la gestión del servicio (artículo 6°), la segunda es una responsabilidad por la falta de servicio derivada de la acción de dirección del contrato de concesión o de la omisión en el cumplimiento de los mandatos expresos y determinados de control (artículo 3, inc. d).

Para dar sustento a esta interpretación vamos a comentar un reciente pronuncia-

miento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el caso “Flores”⁽⁵⁾, al que si bien no se le aplica la LNRE porque no se encontraba vigente al momento de los hechos, permite analizar la eventual responsabilidad que podría concurrir en estos supuestos -del concesionario y el Estado-, si se dan los presupuestos necesarios.

1. El caso

Cuando Pedro Flores viajaba como pasajero en un tren que iba desde la provincia de Tucumán hasta la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sufrió una lesión a raíz del impacto de una piedra arrojada desde el exterior de la formación. Por eso demandó a la concesionaria TUFESA SA y al Estado nacional, persiguiendo la reparación de los daños y perjuicios padecidos.

En voto mayoritario, la Sala III de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal hizo lugar a la demanda -revocando la sentencia apelada-, y condenó al Estado Nacional a indemnizar el daño por un doble fundamento: su condición de dueño del ferrocarril, en aplicación del entonces vigente artículo 1113 del Código Civil, y por el deber de seguridad derivado del contrato de transporte, en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor y del artículo 42 de la Constitución nacional.

El Estado Nacional apeló planteando los siguientes agravios: a) que a través del Contrato de Concesión de los Servicios Interurbanos de Pasajeros entre la Provincia de Tucumán y la CABA -Decreto PEN

1- Autora del libro “El Estado responsable”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2024, en prensa.

2- “El Estado no debe responder, ni aún en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada”.

3- “Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

4- Ver Mertehtikian, Eduardo “La responsabilidad del Estado por la actuación de concesionarios y contratistas de servicios públicos (acerca del artículo 6° de la Ley 26944)”, en AAVV Ley 26944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético (Rosatti, Horacio (Di-



Dra. Ana Salvatelli

1168/92-, la provincia había asumido la explotación ferroviaria de dicho ramal y en tal carácter, subcontratado y convertido a TUFESA en operador del servicio, deslinando expresamente de responsabilidad al Estado Nacional en los términos del artículo 9° del mismo decreto, que consagra la exclusiva responsabilidad de la empresa transportista por los incumplimientos a su cargo; b) que TUFESA era la empresa concesionaria que operaba el servicio bajo su costo y riesgo y como tal, quien asumió las obligaciones derivadas del contrato de transporte; c) que no existía relación de consumo entre el Estado Nacional y el pasajero; d) inexistencia del sustento probatorio; e) que medió culpa de un tercero por el que no debía responder; f) que no se verificaban los requisitos de procedencia de la responsabilidad del Estado por omisión.

Llegado el caso en queja ante la Corte Suprema, esta se remite a los fundamentos

y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, y consecuentemente, hace lugar y declara procedente el recurso extraordinario presentado por el Estado Nacional, revocando la sentencia apelada.

El argumento central de dicho dictamen es que más allá de un eventual encuadre del caso en la teoría del riesgo o en la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita (artículo 1113, 2da parte, Código Civil, 184 del Código de Comercio y 42 de la Ley 24240 y en el deber de seguridad), lo que no se acreditó en la causa es que concurrieran los presupuestos fácticos y jurídicos que resultaban ineludibles para tornar al Estado responsable, esto es, la existencia de un daño actual y cierto, la relación de causalidad directa entre la participación del Estado y el perjuicio, y la posibilidad de imputarle jurídicamente esos daños. Sostiene que no sólo no se analizó la existencia de tales presu-

rector), Rubinzal Culzoni editores, Santa Fe, 2014, pág. 167 y sig., y nuestros trabajos "Hipótesis de responsabilidad concurrente del Estado y de los concesionarios viales, por accidentes en rutas, derivada de los artículos 3° y 6° de la ley 26.944", AAVV Responsabilidad del Estado: apuntes para el estudio de la Ley N° 26.944, Revista RAP -Año XXXVII - 437, págs. 209 y sig. y también en "Responsabilidad concurrente de los concesionarios y del Estado en la ley 26.944", AAVV, Responsabilidad del Estado: aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944, ed. INFOJUS, 1° Edición, pág. 337. (disponible en SAJ: DACF160148).

CSJN Fallos: 346:1304 "Flores Pedro Rolando c/ TUFESA y otro s/daños y perjuicios", 7/11/2023.

6- CSJN Fallos 345:1025 "Ceballos Estefanía Itatí y otro c/Dirección Nacional de Vialidad y otros s/daños y Perjuicios", 20/9/2022.

7- Ver entre otros Comadira, Julio "Derecho Administrativo. Acto administrativo, Procedimiento administrativo. Otros estudios", Buenos Aires. Lexis Nexis, 2003, 2da ed. actualizada y ampliada, pág. 374, Canosa, Armando, "La responsabilidad del Estado derivada de la prestación de servicios públicos de transporte", en AA.VV. Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, publicación de las Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Bs. As., ed. RAP, 2008, pág. 822 y sig., Caiella, Pascual, "La responsabilidad del concesionario del servicio público privatizado", en AA.VV., Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público...citado pág. 936 y sig.

8- Perrino, Pablo E.,

puestos, sino que tampoco se puntualizó cuál había sido la concreta participación del Estado Nacional en el accidente. También que la sentencia se apartaba del marco conceptual de la causa, al no ponderar la incidencia de los contratos de concesión y sub-concesión -ambos convenidos en el marco del decreto 1168/92 y vigentes al momento del siniestro- en la imputación de la responsabilidad, siendo insuficiente para condenar al Estado la mención del deber de seguridad derivado del artículo 42 de la Constitución nacional, sin que se configuren los recaudos y presupuestos que le dan origen.

En definitiva, entiende la Procuradora General que la sentencia es arbitraria porque se aparta de la solución normativa prevista para el caso, descarta la jurisprudencia inveterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia, y soslaya los argumentos vertidos por el Estado Nacional en relación con el contenido de las cláusulas de los contratos públicos de concesión en juego.

En su voto, el Presidente del Máximo Tribunal, además de compartir también las conclusiones del dictamen ya reseñado, agrega que en casos como éste los tribunales deben no sólo emplear el factor de atribución correcto sino, particularmente, examinar en forma meticulosa la relación de causalidad. Dice que al efecto, deben evaluar si al suprimir la conducta estatal el daño igualmente se hubiese consumado, incluyendo todos los factores que contribuyan a ocasionarlo y sin dejar de considerar los extremos que, total o parcialmente, puedan interrumpir el nexo causal. Señala también, con cita de un precedente (6), que en no pocas ocasiones las hipótesis que colocan al Estado en situación de responsabilidad suelen estar vinculadas a una situación fáctica generada por un particular que hizo posible la ocurrencia del acontecimiento, y que para advertirlo, los jueces deben indagar exhaustivamente en el ciclo más largo de hechos, de modo de asignar la responsabilidad en el evento a

quien realmente lo provocó.

2. El análisis

Según se relató, el daño sufrido por Pedro Flores encuentra por único responsable al concesionario del servicio de transporte de trenes, ya que se exime de dicha responsabilidad al Estado.

Es correcto, de acuerdo al principio general que entendemos recoge el artículo 6° LNRE, que el concesionario responda en forma directa por ese daño desde una triple perspectiva: subjetiva (quién), objetiva (obligaciones y deberes) y finalista (bien jurídico protegido). Pero también es verdad que el Estado podría resultar responsable junto al concesionario, si concurrieran las variables de procedencia de su propia responsabilidad.

Veremos a continuación ambos supuestos.

2.1. Responsabilidad del concesionario

2.1.1. Perspectiva subjetiva:

Los concesionarios son personas jurídicas privadas que no integran los cuadros de la Administración, que no se transforman de modo ordinario en órganos de la administración ni actúan como tales, ya que la misma idea de la concesión responde al deseo de separar de la organización propia de la Administración la atención de algunas necesidades de interés general. En efecto, son particulares que han celebrado un contrato de concesión con la Administración y son ajenos a sus cuadros, es decir, que no integran el sistema organizativo administrativo. El concesionario no es un órgano o ente estatal(7).

Ello así es que, desde una perspectiva subjetiva, la imputación de la responsabilidad por el daño de que se trate se da respecto de dicha persona jurídica privada (concesionario), quién responde en forma directa por los daños que ocasiona en el ejercicio de la función encomendada ya que: a) no se verifica el requisito de impu-

“La Responsabilidad del Estado y de los Concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos”, AAVV Jornadas Nacionales sobre contratos administrativos, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, 12 al 14 de mayo de 1999, Buenos Aires, Ed. Ciencias de la Administración, 2000. Señala este mismo autor “...como lo explicamos al examinar el requisito de la imputabilidad material previsto en el inc. c) del art. 3° de la LRE, el Estado no responde, ni aún en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por sujetos que no están integrados a su estructura organizativa -denominados genéricamente como “colaboradores externos de la administración”- entre los que se encuentran los contratistas y los prestadores de servicios públicos (Perrino, Pablo “La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada”. Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015, pág. 175). Ver asimismo Lozano, Luis, “Responsabilidad del Estado concedente por actos del concesionario”, en AAVV “Responsabilidad del Estado” Rubinzal Culzoni Editores, 2008, Santa Fe, pág. 508 y sus citas.

9- De la exposición del Senador Guinle (Versión Taquigráfica, Período 132°, 10° reunión - 6° sesión ordinaria, Orden del Día N° 214, págs. 85 y 86, disponible en <http://www1.hcdn.gov.ar/sesionesxml/provisorias/131-12.htm>).

10- Seguimos aquí a Mertehikian, Eduardo “La responsabilidad del Estado por la actuación de concesionarios y contratistas de servicios públicos (acerca del artículo 6° de la Ley 26944)”, en AAVV Ley 26944 de Responsabilidad

tación a un órgano que integra la estructura de la Administración Pública, y b) no ha mediado intervención alguna de la autoridad estatal⁽⁸⁾.

Así surge de los argumentos sostenidos en los debates parlamentarios⁽⁹⁾ con respecto a esta previsión de la LNRE, en los que se afirmó “Más allá de las distintas posturas doctrinarias y jurisprudenciales, la solución que adopta el proyecto es la que tiene mayor cantidad de adeptos: Comadira, Laura Monti, Pérez Hualde, Gordillo, Perrino, los españoles García de Enterría, Muñoz Machado, Beladiez Rojo. Esta postura se funda en que el concesionario no es un órgano estatal y tampoco un dependiente del Estado sino una persona jurídica distinta que actúa a su cuenta y riesgo. Y dentro de los riesgos que asume el concesionario, se encuentran los eventuales resarcimientos por los perjuicios que cauce la ejecución del servicio. (...) El fundamento central de la exclusión de responsabilidad es que ningún órgano del Estado tuvo injerencia en la producción del daño, ya que este no se produjo por acción u omisión de un órgano estatal”.

2.1.2. Perspectiva objetiva

En segundo lugar, desde una perspectiva objetiva, que pone el foco en las obligaciones y deberes asumidos por el concesionario en el marco de la concesión, es útil diferenciar tres vínculos (10) : a) el que se establece entre el Estado y los prestadores de los servicios cuya actividad o gestión haya sido privatizada; b) el de estos últimos y los usuarios y, c) el de los prestadores y los terceros con quienes aquéllos contratan la ejecución de obras, provisión de bienes o la prestación de servicios⁽¹¹⁾.

2.1.2.1. Vínculo Estado-concesionario

Este primer vínculo es de naturaleza contractual y está sometido al régimen jurídico de derecho público propio del servi-

cio público, sus reglas y principios.

En lo que incumbe a un caso como el que estamos analizando, debe tenerse presente que el resarcimiento de los perjuicios que se producen en ejecución de la función encomendada integra los riesgos propios de la concesión (12), porque a través del contrato no sólo se traslada la gestión de la actividad sino también los costos que deben sufragarse por los daños derivados de la prestación de esta última. Así coincide la doctrina, al señalar que a través de los contratos de concesión el concesionario asume la obligación de sustituir al Estado concedente en cualquier planteo de responsabilidad que pudiere hacerse por el ejercicio de la concesión⁽¹³⁾; más aún que el fin por el cual el Estado delega, en particulares, la operación del servicio público, es el de evitar todo déficit que de éste se pudiera llegar a derivar, incluida la responsabilidad que pudiera resultar del funcionamiento irregular o defectuoso de la actividad respectiva⁽¹⁴⁾.

Desde esta perspectiva entonces, la regla general es que el que presta el servicio —el concesionario— es responsable por los daños causados a terceros, o a sus bienes, por la ejecución de un servicio público, por el incumplimiento de las obligaciones que tiene a su cargo y por todo aquello que haga a la ejecución del contrato celebrado con el cedente —el Estado—, pues para ello se fija el marco de la relación contractual y legal a la que se sujeta la prestación a su cargo.

Luego, al establecer el principio de responsabilidad del concesionario o prestador de servicios públicos en su artículo 6º, la LNRE viene a recordar la vigencia del riesgo y ventura que está en cabeza de aquellos, los cuales —libre y voluntariamente— se comprometen a la realización de un negocio privado con fines de lucro, en el marco del “core” propio de su actividad empresarial, que redundará, asimismo, en la satisfacción de una necesidad pública, y por la cual el Estado exige que la misma

del Estado. Análisis crítico y exegetico (Rosatti, Horacio (Director), Rubinzal Culzoni editores, Santa Fe, 2014, pág. 167 y sig.

11- Mertehikian, Eduardo, “La regulación de los servicios públicos privatizados”, RAP N° 197, p. 10.

12- En palabras de Marienhoff, “...La explotación del servicio público la hace el concesionario por su propia costa y riesgo (...) Ello significa que toda la responsabilidad que derive de hechos que concreten el “ejercicio” de la concesión, le corresponde al concesionario” (Marienhoff, Miguel Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, T. III-B, pág. 581). También señalaba Bielsa “...como en la prestación del servicio el concesionario obra en su nombre y por cuenta propia, es él quien está obligado a indemnizar los daños y perjuicios que la gestión del servicio cause (...)” (Bielsa, Rafael, Derecho Administrativo, 4ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1947, pág. 435.

13- Gordillo, Agustín, “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”, Tomo 2, La defensa del usuario y del administrado, 10ª ed., ahora como 1ª ed. del Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Buenos Aires, F.D.A., 2014, Cap. XX-12 / 720. Ver la opinión favorable al artículo 6º de la Ley N° 26.944 de Salgán Ruiz, Leandro “La responsabilidad patrimonial estatal como principio del Estado constitucional y social de derecho. Nuevas consideraciones sobre el Proyecto de Ley”, “Derecho Público” Año III, Número 8, Infojus, Buenos Aires, 2014, pág. 265.

14- Monti, Laura, “Responsabilidad del Estado por los actos, hechos y omisiones de las empresas prestadoras de obras

se realice de conformidad a las reglas establecidas en el contrato⁽¹⁵⁾.

Por otro lado, debemos destacar, este primer vínculo no se agota en el existente entre el prestador y el Estado concedente, sino que incluye también el que se entabla entre el prestador y el ente regulador del respectivo servicio, cuya esencial misión es la vigilancia de la correcta prestación del servicio público o de la actividad regulada, en aras de la protección de sus destinatarios, los usuarios⁽¹⁶⁾.

Hasta aquí entonces, dentro de la dinámica de este primer vínculo, la única responsabilidad que se analiza es de tipo contractual entre el Estado y aquél a quien le concesionó la obra o servicio, sobre la base del deber de protección del concesionario en la ejecución de su contrato, y extracontractual por las funciones de vigilancia y control por parte del ente regulador del servicio u obra de que se trate.

2.1.2.2. Vínculo concesionario-usuario

Este segundo vínculo importa especialmente para estas reflexiones, porque las relaciones entre prestadores y usuarios en el marco del servicio público, están sometidas a idéntico régimen de derecho público, no siendo libre la actividad de aquéllos por cuanto estará estrictamente ceñida a las reglas y principios de este tipo de servicios, es decir, igualdad, uniformidad, regularidad, universalidad⁽¹⁷⁾.

En ese contexto, algunos de los plexos normativos de las respectivas concesiones, aunque limitada o escasamente, establecen la responsabilidad directa del prestador o contienen previsiones sobre el deber de reparación de los perjuicios que pueden sufrir los usuarios (19), configurando una primera fuente objetiva de responsabilidad de los concesionarios.

Así sucede en el ámbito del transporte ferroviario de pasajeros, por ejemplo, que nos ocupa en estas líneas, porque existen

obligaciones concretas derivadas del contrato de transporte, más allá de si éste es de gestión pública o privada. Por eso es doctrina inveterada de la Corte Suprema⁽²⁰⁾ que en virtud de lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 2873, es obligación del transportista proveer a sus empleados de las instrucciones y medios necesarios a fin que el servicio se haga con regularidad, sin tropiezos ni peligros de accidentes, y que ello incluye que su personal adopte las diligencias necesarias para evitar que los pasajeros se ubiquen en lugares peligrosos o que las puertas no estén cerradas una vez que el tren está en marcha. También que los daños sufridos por el viajero comprenden tanto el traslado como el ascenso y descenso del tren, que en aplicación del entonces artículo 184 del Código de Comercio y del artículo 1113 del CC, importan una responsabilidad objetiva del porteador o dueño de la cosa riesgosa respecto de la cual la culpa de la víctima⁽²¹⁾, con aptitud para cortar totalmente el nexo causal, debe aparecer como la única causa del daño, además de revestir características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor, siendo a cargo de la empresa que la alega, demostrar esa culpa exclusiva para poder exonerarse⁽²²⁾.

También en este marco encuentra aplicación específica el “deber de seguridad”, ya que el transportista asume una verdadera obligación de seguridad que consiste en llevar sano y salvo al pasajero hasta su lugar de destino, por lo que cualquier inconveniente que este sufra, configuraría, en principio, un incumplimiento de la debida prestación del transportador y daría nacimiento a su responsabilidad, a menos que demuestre alguno de los señalados eximentes⁽²³⁾, pues ese deber no puede conducir hasta la exigencia que los transportistas se constituyan en guardianes del orden social a fin de reprimir aquellas conductas de los viajeros que llegan a configurar delitos⁽²⁴⁾.

Esta doctrina se viene reiterando hasta

y servicios públicos” AAVV Servicio Público, Policía y Fomento, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, 7, 8 y 9 de mayo de 2003, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2004.

15- Minnicelli, Alessandra y Stortoni, Gabriela A. “Responsabilidad del Estado y del prestador de los servicios públicos”, AAVV Responsabilidad del Estado: aportes doctrinarios para el estudio sistemático de la ley 26.944, INFOJUS, 1° edición pág. 285 (Id SAIJ: DACF160142).

16- Bianchi, Alberto B. “La Responsabilidad de los Entes Reguladores” en la obra colectiva Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, AAVV Publicación de las Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ed. Ciencias de la Administración, 2001, ps. 149/169.

17- Nos enrolamos así, en la opinión que califica de naturaleza pública, este vínculo entre prestadores y usuarios. Ver al respecto, Perrino, ob. citada.

18- Por ejemplo en materia de distribución y comercialización de energía eléctrica, la cláusula 24 del contrato de concesión prevé que el concesionario es responsable por los daños causados a terceros o a sus bienes por la ejecución de un servicio público, por el incumplimiento de las obligaciones que tiene a su cargo y por todo aquello que haga a la ejecución de su contrato; en lo que respecta al transporte y distribución del gas natural se establece que el concesionario deberá mantener indemne al concedente por todo reclamo de terceros, a raíz de daños provocados u ocasionados con o por la operación de los llamados activos esenciales o por la

el presente.

Así, en el caso “Uriarte Martínez”⁽²⁵⁾, la Corte Suprema si bien sostiene que un hecho delictivo de terceros en un tren puede resultar imprevisible para el prestador del servicio ferroviario, ya que no cabe exigirle que se constituya en un guardián del orden social a fin de reprimir inconductas de los viajeros⁽²⁶⁾, ello no quita que aquél arbitre, cuanto menos, las mínimas medidas de seguridad a su alcance para evitar daños previsibles o evitables. Más aún cuando -como señala el fallo- se está en presencia de una empresa que explota una actividad riesgosa y, en tanto presta un servicio público, debe cumplir con sus obligaciones de buena fe que, en el caso, exige un comportamiento que proteja las expectativas razonables que se crean en la otra parte, entre las cuales está la de adoptar los mecanismos mínimos que impidan sucesos infortunados como el ocurrido en el caso.

Sobre estos argumentos revoca la decisión de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que había rechazado la demanda deducida contra Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y Search Organización de Seguridad S.A., por la indemnización de los daños y perjuicios que sufrió el hijo de los demandantes, menor de edad a la fecha del hecho, quien se encontraba en uno de los furgones del tren, que estaba en movimiento, cuando dos sujetos desconocidos se aproximaron a él, lo intimaron con una navaja y le sus trajeron una campera. Luego lo agredieron y lo arrojaron fuera de la formación, cayendo al costado de las vías a raíz de lo cual sufrió serias lesiones: politraumatismos, hematomas, escoriaciones y equimosis múltiples en todo el cuerpo, pérdida de piezas dentarias y lesiones varias según surge de la historia clínica, quedando en estado de inconciencia y siendo retirado del lugar por los bomberos.

Para la Corte Suprema la sentencia de la Cámara es arbitraria, porque al mismo

tiempo que sostiene que hay un deber de seguridad a cargo del transportista (con cita del artículo 184 del Código de Comercio⁽²⁷⁾), luego lo relativiza al considerar que los hechos delictivos son una causa ajena al transporte, encuadrables en un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor que produce la ruptura del nexo causal, todo ello contra la evidencia de que el convoy en el que sucedió el evento circulaba sin personal de seguridad y no todos los trenes lo llevaban.

Otro precedente de interés es el caso “Montaña”⁽²⁸⁾, que se inicia cuando la hija de los actores, siendo menor de edad, fue herida en la pierna derecha por un disparo de un arma de fuego, el 15 de diciembre de 2003, en oportunidad de descender del tren en la estación Santos Lugares de la línea de ferrocarriles explotada por Transportes Metropolitanos General San Martín. La causa penal por lesiones había sido archivada, con sustento en la falta de individualización del autor del hecho ilícito, no obstante que de un testimonio surgía una descripción de la vestimenta de la persona y la manifestación de que “parecía ser policía”.

Sobre la base de esta última evidencia, la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil rechazó la demanda porque entendió que mediaba culpa de un tercero por quien la demandada no debía responder, en tanto operaba como eximente de la responsabilidad objetiva del concesionario. Había concluido así que, por un lado, no era razonable prever el daño causado por un agente policial o por una persona uniformada como tal, sin que se haya invocado la intervención de dependientes o de cosas de la demandada, y, por otro, que no resultaba aplicable lo dispuesto por el artículo 35 de la Ley N° 2873, por cuanto la empresa demandada no podía impedir a los policías la portación de armas de fuego.

El dictamen de la Procuración Fiscal ante la Corte propicia la apertura del re-

operación de los bienes (Decreto 2295/92). Similares disposiciones fueron contempladas oportunamente al momento de concesionarse los servicios de agua potable y desagües fluviales; el sistema nacional de aeropuertos (ver la reseña que efectúa Caiella, ob. citada, pág. 939y 940).

19- Ver la enunciación de Perrino, Pablo “La Responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada”. Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015, pág. 188.

20- CSJN, Fallos 316:2774 “Viera, Mario Rafael y otro c/Empresa Ferrocarriles Argentinos”, 5/7/1994 y Fallos 327:5082, “Salcedo, Alberto c/Transportes Metropolitanos General Roca SA”, 16/11/2004.

21- Sumamos aquí que con similares alcances, la Cámara Federal de La Plata (ver voto del juez Vallefín) resuelve un caso muy interesante, referido a la responsabilidad de EDESUR, en cuanto su responsabilidad emana del carácter de propietaria de las instalaciones y la obligación de supervisión que es propia de su actividad, sobre la base que la electricidad presenta una condición esencialmente riesgosa que somete a quienes la utilizan como dueños o guardianes las consecuencias legales previstas para ello. El caso trataba de dos niños que fallecieron por electrocución cuando tocaron una cerca de chapa que estaban en contacto con una conexión eléctrica supuestamente clandestina realizada por un vecino. La prestadora -no así el Municipio de Lomas de Zamora que también había sido demandado- resultó responsable por no haber ejercido el mencionado

curso deducido contra dicha decisión, lo cual es compartido por el Máximo Tribunal. Funda ello en que era menester precisar en qué medida las circunstancias que determinaron el accidente pudieron ser evitadas si se hubiese observado la conducta apropiada, pues la responsabilidad sólo podía surgir de la adecuada valoración del reproche de las conductas en orden a la previsibilidad de sus consecuencias, frente a lo cual la mera invocación del hecho del tercero resultaba ineficaz para lograr la exención de responsabilidad contemplada en el artículo 184 del Código de Comercio, si no se configuran los extremos propios del caso fortuito que atañen a la imprevisibilidad e inevitabilidad del hecho. No bastaba, para el dictamen, la sola afirmación efectuada por los jueces en orden a que no era dable exigirle “al personal empleado por la transportista para resguardar la seguridad” prohibir o restringir la circulación o impedir la portación de armas al victimario, teniendo en cuenta que, más allá de lo expuesto en cuanto a la falta de prueba concluyente para la identificación del autor del ilícito, no consta acreditado por Transportes Metropolitanos General San Martín S.A. su imposibilidad de evitar el hecho dañoso, en el marco de lo dispuesto por los artículos 11 y 35 de la ley N° 2873, que imponen la obligación de proveer a sus empleados de las instrucciones y medios necesarios a fin de que el servicio se haga con regularidad, sin tropiezos, ni peligro de accidentes. Estas cuestiones de relevancia y conducentes para la solución del caso, debieron obtener adecuado tratamiento en el pronunciamiento del tribunal.

Pero además de la aplicación del marco jurídico específico del servicio público de que se trate, y por encima de él, la fuente objetiva de responsabilidad de los concesionarios viene de la mano de la protección constitucional expresa de que goza el usuario a partir del artículo 42 de la Constitución nacional, que importa la calificación del vínculo entre usuario y

prestador como vínculo de consumo y que conlleva una serie de deberes concretos en cabeza de aquellos⁽²⁹⁾, entre los cuales se encuentra el de seguridad, que hemos visto aplicado en el caso en comentario, expresamente.

En tal sentido, tanto en el caso “Montaña” citado más arriba, como en el precedente “Montoya”⁽³⁰⁾, entre otros, se destaca entre los argumentos de la Corte Suprema que “(...) la interpretación de la obligación de seguridad que tiene causa en el contrato de transporte de pasajeros, debe ser efectuada con sustento en el derecho la seguridad previsto para los consumidores usuarios en el arto 42 de la Constitución Nacional. (...) la incorporación del vocablo seguridad en la Carta Magna, es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso: la vida la salud de los habitantes, ricos pobres, poderosos débiles, ancianos adolescentes, expertos profanos, extremo que se ha omitido considerar en la decisión en crisis”.

Como se advierte por lo expuesto hasta aquí, en lo que hace al vínculo prestador-usuario, la responsabilidad directa del primero, con carácter de principio general, se funda en la protección derivada de la Constitución nacional (artículo 42), sus normas reglamentarias, las previsiones expresas de los marcos regulatorios de los servicios públicos de que se trate y en la LNRE.

2.1.2.3. Vínculo concesionario-terceros

Finalmente, el vínculo prestador-terceros, es el que el concesionario entabla con quienes no son usuarios del servicio: podría ser su propio personal que sufre un daño, u otros con quienes contrata, en donde la relación jurídica está regida por el derecho común, más allá de estar incidiendo fuertemente por la regulación y control estatales si la prestación obligacional

deber de supervisión en el lugar donde había una torre de alta tensión y un asentamiento precario de viviendas con conexiones clandestinas, todo fácilmente detectable. Ello no obstante la culpa de la víctima que concurre para eximir parcialmente de responsabilidad a aquella (CFLa Plata, “A, P. F. y otro C/ Empresa Distribuidora Sur SA (Edesur SA) y otros s/daños y perjuicios”, 27/4/2021).

22- CSJN Fallos 321:1462 “Sosa, Tomás c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos y otros”, 12/5/1998. También Fallos 316:2774 “Harris, Alberto c/ Ferrocarriles Argentinos s/daños y perjuicios”, 9/12/1993.

23- CSJN Fallos 323:2930 “Chaves, Fabián Mario c/ Tucumán, Provincia de s/daños y perjuicios”, 10/10/2000

24- CSJN Fallos 322:139, “Bulacio, Luis Alberto y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otra s/daños y perjuicios”, 16/2/1999. Este caso trataba de un tiroteo en un vagón, en la estación Munro, donde resultó alcanzado por una bala el hijo del actor, con quien viajaba. En el caso se descarta la legitimación pasiva de la policía porque no había tenido intervención en el hecho ya que llegó después, y respecto de la empresa prestadora del servicio (Ferrocarriles Argentinos) tras hacer mérito que estaba probado que el enfrentamiento era entre un policía en franco de servicio y un delincuente, se entendió que la empresa no debía responder por el hecho imprevisible e inevitable de terceros. La demanda es consecuentemente rechazada.

25- CSJN Fallos 333:203 (9/3/2010).

26- Con cita de Fallos 322:139 “Bulacio, Luis Alberto y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otra

que constituya el objeto de tales contratos se deba incorporar al servicio público cuya gestión se ha encomendado al particular.

Esto es particularmente así en el caso del servicio de transporte ferroviario, por tratarse de “concesiones integrales” en las que la responsabilidad del concesionario se extiende a la conservación de los edificios, obras e instalaciones complementarias, en cuyos ámbitos puede también tener lugar un daño del que luego el concesionario resulte responsable⁽³¹⁾.

Lo cierto es que la diferenciación de los vínculos jurídicos generados a partir de un contrato de concesión, que venimos de reseñar, reviste suma importancia para poder focalizar el alcance del principio general que establece el artículo 6° de la LNRE.

En efecto, no importa a esta última el vínculo contractual que une al Estado con el prestador o a este con terceros con quienes ha acordado la provisión de bienes o servicios, sino que nos interesa el vínculo prestador - usuario o tercero -ajeno a la prestación, pero con quien no tiene un vínculo contractual-, víctimas del daño. Es respecto de estos últimos que la norma consagra la responsabilidad del concesionario cuando, en ejercicio de la función encomendada, por acción u omisión, produzca un daño.

2.1.3. Perfectiva finalista

Por último, si nos centramos en analizar por qué responde el concesionario desde una perspectiva finalista, debemos remitirnos inequívocamente a la garantía constitucional de protección de usuarios y consumidores, prevista en el artículo 42 de la Constitución Nacional⁽³²⁾. La vida, integridad física, seguridad, entre los derechos de los usuarios, son el bien jurídico protegido por esta disposición constitucional. Y en tal sentido, su mandato de protección es indistinto respecto de quien es el prestador, porque se centra en el sujeto beneficiario -consumidor o usuario- independientemente de quien brinde la pres-

tación de que se trate ⁽³³⁾.

Sobre el punto, viene al caso recordar el precedente “Maules”⁽³⁴⁾, cuyos hechos son similares al que estamos comentando, ya que la actora sufrió una lesión en su ojo izquierdo mientras viajaba en una formación cuya prestación estaba a cargo de la UGOFE SA⁽³⁵⁾, en razón del impacto de una piedra lanzada por un individuo desde fuera del tren, cerca de la estación Villa Astolfi. Para la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala G) la demanda debía ser rechazada por caso fortuito o fuerza mayor, como causal exculpatoria, al tratarse de un hecho extraordinario - fuera de lo común y corriente- y externo a la actividad. Señaló en tal sentido que era una injusticia responsabilizar a la empresa de transporte por los daños que pudieran sufrir las personas transportadas por el hecho de terceros, aun cuando se hubiera alegado la frecuencia con la que tales conductas se verificaban.

Sin embargo, la Corte Suprema revoca ese pronunciamiento en el entendimiento de que los daños sufridos por un viajero a los efectos de la eximición de responsabilidad del transportista, exigían de este la demostración del eximente para poder interrumpir el nexo causal y exonerarse de responsabilidad, ya que por la obligación de seguridad que le compete debía trasladar al pasajero sano y salvo al lugar de destino, como derecho previsto en la Carta Magna para los consumidores y usuarios. En tal sentido, consideró que la Cámara omitió ponderar que la demandada había tenido a su alcance la posibilidad de evitar la producción del hecho mediante la adopción de algún tipo de medida de prevención a fin de que el servicio se hiciera con regularidad, sin tropiezos ni peligros, teniendo en cuenta que el ciudadano común que accede a un vagón tiene una confianza fundada en que el organizador del transporte se ha ocupado razonablemente de su seguridad.

Esta obligación de seguridad, refiere el Máximo Tribunal, debe ser efectuada

s/ daños y perjuicios”, 16/02/1999, arriba citado.

27- Recordemos que esta disposición establecía “En caso de muerte o lesión de un viajero, acaecida durante el transporte en ferrocarril, la empresa estará obligada al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios, no obstante cualquier pacto en contrario, a menos que pruebe que el accidente provino de fuerza mayor o sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable”.

28- CSJN Fallos: 335:527, “Montaña Jorge Luis c/ Transportes Metropolitanos General San Martín s/Daños y perjuicios”, 03/05/2012.

29- Deberes de protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

30- CSJN, Fallos 336:298 “Montoya, Mauricio Javier c/Transportes Metropolitanos General San Martín SA y otros s/daños y perjuicios”, 26/3/2013.

31- Ver CNACAF, Sala I, “C.C. y otro c/EN-M° Economía-Secretaría de Transporte y otros s/daños y perjuicios”, Causa N° 38.028/2005, 5/11/2020.

32- Esta norma ha producido un profundo cambio de legitimidad en el sistema servicial y concesional administrativo, al introducir, como sujeto determinante, al usuario (Salomoni, Jorge Luis “Teoría General de los Servicios Públicos” Buenos Aires, ad hoc, 1999, pág. 398).

33- Mertehtikian, Eduardo, “El artículo 42 de la Constitución Nacional en la última década. Sus mandatos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la

con sustento en el derecho a la seguridad previsto para los consumidores y usuarios en el artículo 42 de la Constitución Nacional, ya que la incorporación del vocablo seguridad en esta última es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso: la vida y la salud de los habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos, extremo que se omitió considerar en la decisión en crisis, al prescindir de evaluar el criterio regulador previsto normativamente que exige al transportista extremar las previsiones para el estricto cumplimiento de las leyes y reglamentos dictados al amparo de las posibles víctimas, para quienes, de lo contrario, el resarcimiento resultaría ilusorio en la mayoría de los casos.

Confirma de este modo, y con cita expresa, la doctrina ya sentada en “Uriarte Martínez” y “Montaña” que reseñamos más arriba, y sin distinguir, en la atribución de la responsabilidad, que el concesionario en el caso era una sociedad anónima estatal puesta a prestar el servicio, es decir que a estas últimas le cabe la aplicación del principio general de responsabilidad que ya analizamos, en su carácter de concesionaria del servicio.

2.2. Responsabilidad del Estado

La responsabilidad del concesionario justificada hasta aquí con carácter de principio general no obsta a que el Estado también responda por el mismo daño, pero para ello la imputación tiene que estar referida a una acción u omisión del propio Estado, de sus órganos, de modo que dicho daño se vincule causalmente a una falta de servicio (artículo 3° LNRE). En esto último consiste verificar si procede o no la responsabilidad estatal.

Y si bien es cierto que, en el marco de la ley, la redacción del artículo 6° parece no dejar resquicio a ningún tipo de atri-

bución de responsabilidad distinta de la del concesionario (“El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria...”), no menos cierto es que no prohíbe ni limita el reconocimiento de una responsabilidad concurrente del concesionario y del Estado, frente al mismo hecho dañoso, con fundamento en los artículos 6° y 3°, respectivamente.

Sucede que a la luz del sistema legal consagrado, la responsabilidad estatal -directa y objetiva (artículo 1°)- existirá en tanto se configuren los requisitos taxativamente previstos en el artículo 3° (actuación estatal ilegítima, en particular, la falta de servicio por omisión del mandato expreso y determinado de control), y en paralelo, entendemos, el artículo 6° consagra un tipo de responsabilidad especial, distinta de la estatal pero eventualmente concurrente con ella, basada en las garantías previstas en el artículo 42 de la Constitución Nacional para protección de usuarios y consumidores. Tal conclusión resulta de la jurisprudencia que referimos en el punto anterior, a partir de la cual se justifican los alcances de la responsabilidad consagrada en la ley en su artículo 6° sin que ello obste que pueda responsabilizarse al Estado por omisión en sus deberes de control o en ejercicio de sus facultades de ordenación y control sobre el servicio u obra concesionados, con fundamento en el artículo 3° de la LNRE.

Se ha señalado⁽³⁶⁾, con tal alcance, que el Estado podría ser responsable cuando: a) el daño fuere producido por el concesionario con motivo de una cláusula impuesta por la Administración dentro del contrato y fuese de ineludible cumplimiento; b) el daño fuese causado por el particular a causa de una orden emanada de la Administración como consecuencia de la ejecución del contrato; c) por la omisión de controles propios de la Administración con relación a la prestación de servicios públicos; d) por el deficiente estado de los bienes del dominio público afectados a las concesiones o que sean utilizados de manera ge-

Nación”, Revista de Derecho Público 2013-1 “Diez años de Derecho Público en la Argentina - I”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 196

34- CSJN Fallos 337:1431 “Maules, Cecilia Valeria c/Unidad de Gestión Operativa de Emergencias SA s/daños y perjuicios”, 11/12/2014.

35- La UGOFE es una Unidad de Gestión Operativa Ferroviaria de Emergencia constituida a partir de las facultades atribuidas a la Secretaría de Transporte en ocasión de la rescisión del contrato de concesión original, para que asuma la operación de emergencia correspondiente al servicio, hasta tanto su posesión se entregue a la empresa que resulte adjudicataria del proceso licitatorio respectivo (ver reseña en Cám. Fed. La Plata “Miño, Héctor Fabián c/Transporte Metropolitano Línea Gral. Roca SA y otros s/daños y perjuicios”, Expte. N° FLP 50016584/2008 CA1, 15/5/2018, disponible en www.cij.gov.ar). En este fallo, en posición que coincidimos, se sostiene que la denominación de “operador” o “gerenciador” del servicio ferroviario, utilizada en el Acuerdo Operativo de Emergencia para designar a UGOFE SA, no importa borrar su condición de prestador del servicio o transportista, con todas las obligaciones, responsabilidades y riesgos que ello implica conforme la normativa vigente.

36- Canosa, Armando, “La responsabilidad del Estado derivada de la prestación de servicios públicos de transporte”, en AA.VV., Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, p. 822 y 823. Ver también Perrino, Pablo “Responsabilidad por actividad estatal legítima.

neral incluidos los prestadores de servicios públicos; e) se compruebe que de manera manifiesta la Administración seleccionó deficientemente al concesionario.

En efecto, descartado que el Estado responda por el concesionario, no siendo éste último un órgano estatal, cobra importancia la omisión, básicamente en el ejercicio de las funciones de control de aquél, a cargo del Estado, si de ellas deriva la producción del daño. Pero si este fuera el caso, la omisión de control y fiscalización, que no tiene cabida en el artículo 6° de la LNRE, sí está comprendida en el artículo 3° de la misma ley, en cuanto establece los requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima y expresamente contempla, (inciso d), la “Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”. Con este último fundamento, basado también en la misma LNRE, el Estado sí responde por la omisión de control que resulta en un daño a los usuarios o terceros con los que no existe un vínculo contractual⁽³⁷⁾, lo mismo que si el daño se origina es el ejercicio de sus propias funciones al dirigir el contrato.

Bajo esta interpretación entonces, frente a un daño por el que responde en forma directa el concesionario en los términos del artículo 6°, la responsabilidad estatal no está excluida, si se verifican los requisitos del artículo 3°⁽³⁸⁾, o en otras palabras, la limitación de la responsabilidad estatal contenida en el artículo 6° de la Ley N° 26.944, en nada impide que el Estado responda, en forma directa, si se configuran los requisitos del artículo 3° de la misma ley.

Por lo expuesto hasta aquí es que no dudamos en afirmar que procede la responsabilidad extracontractual del Estado por los daños ocasionados a un usuario -o un tercero- con motivo o en ocasión de la prestación de servicios públicos concesionados,

si media una acción u omisión de un órgano en ejercicio de la función estatal, vinculada a la regulación o el control de dichos servicios, esto es, como consecuencia de la intervención administrativa que importa una concesión de este tipo. En efecto, los entes reguladores son responsables frente al usuario por el daño derivado del incumplimiento de los deberes que le imponen las normas vigentes. La responsabilidad es extracontractual y, en su caso, con la del prestador del servicio⁽³⁹⁾.

Un interesante fallo⁽⁴⁰⁾ abona esta conclusión sobre la base de diferenciar la responsabilidad que le cabe al Estado concedente, derivada de las potestades de control que se reserva y que no lo exime de responsabilidad, aun cuando también resulte responsable el ente regulador: “(...) dado este marco jurídico, en el que el Estado concedente se reservaba un amplio poder de control (...) la asignación a la CNRT (...) de la actividad de control del cumplimiento del contrato de concesión (...) no pudo significar la exclusión de las potestades -recién examinadas- que se hallaban explícitamente previstas a cargo de la autoridad concedente en las normas que componían el marco regulatorio de la concesión”.

Vale decir que si hablamos de omisión de mandatos expresos de control y vigilancia, a la respuesta clara de que dicho mandato recae sobre los entes reguladores o de control, porque atañe a su propia finalidad, a la razón de su creación, en cuanto a que su misión es, en síntesis, vigilar que el servicio o la actividad a cargo de sus regulados, sea prestada en las condiciones que fijan las normas contractuales, reglamentarias y legales aplicables⁽⁴¹⁾, se suma la posibilidad de responsabilizar también el Estado concedente, por el incumplimiento de los deberes jurídicos de obrar, basados en las obligaciones preexistentes en el propio marco de la concesión.

También viene al caso citar el precedente “Fournier”, en el que los padres de Alejandro Fournier demandaron a Trans-

Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos” La Ley 18/6/2014, y sus citas.

37- Un importante ejemplo de omisión de control y responsabilidad la encontramos en el fallo “Cots, Libia Elda c/Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s/daños y perjuicios”, CNACom., Sala D, 30/09/2004 (ver Caputi, Claudia, “Responsabilidad del Estado. Síntesis y sistematización jurisprudencial.” ediciones RAP, 2007, p. 215 y sig., y también en Revista del Régimen de Administración Pública RAP (314), pág. 153, con comentario de Pirota, José H y Pirota, Valeria L. “Novedosa condena al estado por deficiencia en la aplicación del Poder de policía. Omisión de las diligencias de control del seguro obligatorio en el transporte público”.

38- Aún antes de la sanción de la ley, esta posición es postulada por Perrino, Pablo E “La responsabilidad patrimonial de los entes reguladores por incumplimiento de las funciones de vigilancia”. AA.VV., Servicio público, policía y fomento, publicación de las Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Bs. As., ed. RAP, 2003). Ver luego Dictamen PGN, Causa “Martínez, Marcelo Alejandro c/UGOFE SA y otros s/daños y perjuicios” (CSJ 584/2013), 20/4/2015

39- Conclusiones de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Santa Fe, en septiembre de 1999, citadas por Mosset Iturraspe, Jorge, “Visión iusprivatista de la Responsabilidad del Estado”, AAVV Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, Stiglitz, Gabriel (Director), Rubinzal Culzoni editores,

portes Metropolitanos General Roca SA y al Estado nacional, por los daños y perjuicios derivados de la muerte de su hijo, ocurrida en un accidente ferroviario. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala G) confirmó la decisión de primera instancia en cuanto condenó a la concesionaria y a la empresa aseguradora citada en garantía, pero la revocó en lo relativo a la atribución de responsabilidad al Estado nacional.

El agravio que motivó la apertura del recurso de queja ante la Corte Suprema fue ésta última exoneración, porque la condena del juez de primera instancia se había fundado en la omisión estatal de fiscalizar el seguro de responsabilidad civil contratado por la concesionaria, para que se ajustara a los requerimientos establecidos en el contrato de concesión, toda vez que, indebidamente, se había pactado bajo la vigencia de una franquicia que desnaturalizaba su función y sobre esta cuestión la representación estatal no había expresado agravios, por lo que se violaba el principio de congruencia en la decisión de segunda instancia.

La Corte Suprema destacó que la demandada Estado nacional no había hecho referencia alguna, al expresar agravios, respecto de las deficiencias que se le atribuyeron en la fiscalización de las condiciones de contratación de la cobertura de seguro, sino que sólo se limitó a controvertir la mecánica del hecho dañoso “y a postular la aplicación del principio general de responsabilidad directa del concesionario por los perjuicios reclamados”, y consecuentemente, hace lugar a la queja, con fundamento en la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias y deja sin efecto la que era materia de agravio, mandando a dictar un nuevo fallo.

Otro ejemplo que concurre es el citado en un fallo de la Cámara Federal de la Plata (Sala II)⁽⁴³⁾: “(...) con la constitucionalización de la tutela de los consumidores y usuarios y, por tanto, de la consideración

constitucional de la responsabilidad de los dañadores, no puede mantenerse el enfoque que limitaba la responsabilidad del concesionario, liberando de ella al Estado concedente. Está claro ahora que los perjuicios se originan a través de la violación de un deber que compromete el orden público, que viola la seguridad o el respeto de la dignidad de las personas víctimas; violación cometida por un concesionario de un servicio público -en el caso, el de transporte ferroviario- pero que trasunta o evidencia la falta de contralor, de vigilancia, de seguimiento por parte del Estado concedente. De ahí que frente a los daños causados por las concesionarias de los servicios públicos, a título principal o comitente, cabe imputar al Estado, de manera objetiva, las omisiones en el cuidado, vigilancia o seguimiento de tales servicios, conforme lo normado por el artículo 1074 del Código Civil (Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge “Transporte Ferroviario. Responsabilidad de la empresa concesionaria y del estado concedente. Las obligaciones de contralor y vigilancia. El artículo 42 de la Constitución Nacional”, Revista de Derecho de Daños 2012-1: Daños en el transporte-I, Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 9/22). El Estado tiene, pues, una responsabilidad directa objetiva, fundada en la falta de servicio o en el ejercicio irregular, que es conjunta con la del ente regulador y el concesionario. Se trata, en definitiva, de una obligación de seguridad que sitúa a los usuarios de los servicios públicos en el epicentro indiscutido de la protección que brinda el derecho del consumidor. Y en caso de afrontar la indemnización que corresponda, puede el Estado repetir contra el autor o responsable, en la medida de su actuar. En efecto, las previsiones por las cuales el concedente traslada la responsabilidad al concesionario resultan inoponibles a los damnificados, ajenos a dicha relación contractual (...)”.

Estas conclusiones relativas a la imposibilidad de que el Estado se exima de toda responsabilidad por los daños sucedi-

2003, pág. 27.

40- CNACAF, Sala I, “C.C. y otro c/EN-M° Economía-Secretaría de Transporte y otros s/daños y perjuicios”, Causa N° 38.028/2005, 5/11/2020, voto del Dr. Facio. Ver en sentido contrario, por el deber genérico de seguridad, con cita del artículo 6° de la LNRE, CNACAF, Sala IV, “Ienni Horacio Alfredo C/EN-M° Planificación - Secretaría de Transportes y otros s/daños y perjuicios”, Causa N° 37.386/2004, 12/12/2017.

41- Bianchi, Alberto B “La responsabilidad de los entes reguladores”, citado.

42- CSJN Fallos 341:218, “Fournier, Vicente C. y otros c/Transportes Metropolitanos Gral. Roca SA y otros s/daños y perjuicios (acc. Tráns. c/les. o muerte)”, 6/3/2018.

43- Cám. Fed. La Plata, Sala II, “Medyk, Mirta Liliana c/Transportes Metropolitanos Gral. Roca SA y otros s/daños y perjuicios”, Expte. N° 230426000/2005, 13/7/2017 (disponible en www.cij.gov.ar). Sigue esta jurisprudencia también la Sala I, en “López, Miguel c/Unión de Gestión Operativa de Emergencia UGOFE SA Línea Gral. Roca y otro s/daños y perjuicios”, 27/12/2019, ED-CMXI-971, y en “Rosso, Zulma Florencia c/Unión Gestión Operativa de Emergencia (UGOFE SA Línea Roca) y otro s/daños y perjuicios”, 25/3/2021 (disponible en www.cij.gov.ar).

44- Ver la enunciación de Pérez Hualde, Alejandro “Omisión del Estado y servicios Públicos” AA.VV., Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, publicación de las Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Bs. As., ed. RAP, 2008, pág. 1008

dos en el marco de la prestación de servicios u obras públicas, se refuerzan por los compromisos por él asumidos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (44), toda vez que los bienes jurídicos en juego, según el caso, activan los mandatos de protección que obligan a los Estados y comprometen su responsabilidad en el plano internacional.

En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente “Ximenes Lopes c/Brasil” (45), si bien falla en el contexto de un caso referido al derecho a la salud y el servicio público organizado alrededor de su garantía, señaló que la falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional, en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas, que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. Agregó específicamente que “la prestación de los servicios públicos implica la protección de bienes públicos, la cual es una de las finalidades de los Estados. Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios exige, como elemento fundamental, la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios sean provistos a la colectividad, sin cualquier tipo de discriminación y de la forma más efectiva posible”. Creemos que, siempre teniendo en mira los bienes jurídicos tutelados, son trasladables estas conclusiones a la materia que nos ocupa.

Finalmente, cabe aclarar, el Estado

también responde en forma principal y directa en el marco del servicio público cuando presta el servicio directamente y de modo irregular, por acción u omisión, ante lo cual corresponde remitirnos a la teoría general de la responsabilidad y en lo que respecta a la LNRE, a los requisitos de procedencia establecidos en el artículo 3° (46).

Resta agregar que esta interpretación integradora de la norma, es la solución que se propicia en diferentes provincias que legislaron distinto sobre la cuestión, respecto de la LNRE.

El primer caso es el de la provincia de Santa Cruz (Ley N° 3396), que sólo exceptuó de su adhesión a la ley nacional, formulada en el artículo 1°, justamente la materia en estudio, al establecer en el artículo 2° que: “El Estado Provincial será responsable por los daños ocasionados por los Concesionarios de Servicios Públicos o Contratistas del Estado, cuando fuesen consecuencia directa del ejercicio irregular del poder de ordenación, regulación o control sobre el servicio”. Es decir, incluye en forma expresa con relación a esta materia, la responsabilidad estatal que comentamos en el acápite anterior.

Por su parte, en la provincia de Entre Ríos, la LRE (Ley N° 10.636) establece en su artículo 10: “El Estado provincial no será responsable por los daños ocasionados por los concesionarios de servicios públicos o contratistas del Estado, salvo cuando fuesen consecuencia directa del ejercicio irregular del poder de ordenación, regulación o control sobre el servicio”.

La Ley de la provincia de Mendoza (Ley N° 8968) establece entre los Supuestos Especiales de Responsabilidad (Capítulo III), el de “Daños ocasionados por concesionarios o contratistas” (artículo 13), con el siguiente alcance: “El Estado no responde por los daños ocasionados por los concesionarios de servicios públicos o contratistas del Estado a los cuales se les atribuyan o encomienden un cometido estatal, salvo

y 1009.

45- CIDH “Ximenes Lopes c/Brasil”, 4/7/2006, acáp. 96, publicado en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf.

46-Balbín, Carlos F.. Tratado de Derecho Administrativo, 2da ed. actualizada y ampliada, T. IV, Buenos Aires, 2015, Thomson Reuters La Ley, pág. 493 y, del mismo autor, “Sobre los otros factores de imputación de la responsabilidad estatal”, Errejus, Temas de Derecho Administrativo, Octubre, 2018 (cita digital IUSDC286159A).

47- A estos efectos, ténase en cuenta el alcance de la aplicación subjetiva de la ley de responsabilidad, delimitado en el artículo 1°.

48- Crítica esta exclusión Perrino, Pablo “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos”, p. 87 y siguientes; Galdós, Jorge M. “La responsabilidad del Estado en la ley 26.944 por el daño causado por las cosas de su propiedad”, la Ley RCS, 2014-XII-20. Ver la diferente solución de la LRE de Mendoza.

49- Salvatelli, Ana, “Perspectivas actuales de la responsabilidad del Estado por omisión”, RAP, n° 465, p. 7

50- Mertehtikian, Eduardo, La responsabilidad pública, p. 122 y ss.; Sammartino, Patricio, “La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado”, en AA.VV., Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público, p. 431 y del mismo autor, Responsabilidad de los poderes públicos en el Estado constitucional social de derecho, “Derecho Público”, n° 2, 2012, p. 229 y sig. Afirma este autor que “(...) desde el plano jurídico, el nexo de causalidad se presenta como un elemento

que se acredite que la acción u omisión ilegítima le sea imputable directamente a un funcionario o agente del Estado”. Por otra parte, en el artículo 15, bajo el título “Responsabilidad por la prestación directa de servicios públicos”, prevé la norma: “Cuando el Estado preste algún servicio público, en forma directa o a través de una persona jurídica estatal, el ente prestador debe responder ante el daño sufrido por los usuarios, en los términos del Capítulo I del Título II de la presente ley”(47).

Finalmente, la Ley N° 6325, de CABA, dispone en su artículo 6°: “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires no debe responder, ni aún en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por el contratista o concesionario de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada. Sólo generan responsabilidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires los 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. Lo estipulado no obsta a la procedencia de la responsabilidad de los contratistas o concesionarios en forma concurrente con la responsabilidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

3. La conclusión

En el caso “Flores”, como sostiene la Procuradora General en su dictamen y comparte la Corte Suprema, no alcanza con invocar el carácter de dueño del ferrocarril (artículo 1113 del ex Código Civil) o un genérico deber de seguridad para responsabilizar al Estado, porque en concreto no se demuestra que se encuentren reunidos los requisitos que, antes la jurisprudencia (daño cierto, relación de causalidad directa, imputación al órgano en ejercicio de la función) y ahora la ley (artículo 3°

LNRE) exigen de modo insoslayable para su configuración.

Adviértase también que el riesgo, como factor de atribución, no ha sido recogido por la LNRE como requisito propio de este ámbito del responder(48); y asimismo que, frente al incumplimiento de un deber genérico de seguridad estatal, tampoco habría responsabilidad porque la omisión sólo la genera si se viola un mandato expreso y determinado de actuación (artículo 3 inc. d) LNRE)(49).

Por otro lado, la relación de causalidad exigida es la “adecuada”(50) (artículo 3 inc. c) LNRE), de donde, en el caso, lo único que aparece en el lazo fáctico como actuación estatal concreta es que celebró un contrato para la concesión del servicio, sin que ningún hecho posterior a éste conecte su actuación -u omisión- con el daño sufrido por el actor.

Tampoco puede soslayarse la configuración o no de una falta de servicio, esto es, la violación o anormalidad de las obligaciones del servicio regular. En el caso, esta no aparece siquiera insinuada, menos aún a partir de las cuatro pautas que la Corte Suprema viene reiterando, hacen a su demostración, es decir, la naturaleza de la actividad, el lazo que une a la víctima con el servicio, los medios puestos a disposición del servicio y el grado de previsibilidad del daño(51).

Desde ninguna perspectiva aparece demostrado en el caso que hubiese mediado una falta de servicio estatal, y es este y no otro, el factor de atribución que rige en los supuestos de actuación estatal ilegítima, como la que se imputa.

En definitiva, en el caso el daño tiene lugar en el ámbito concreto del contrato de transporte que, enmarcado en el régimen de servicio público que lo gobierna, y habiendo asumido el concesionario los riesgos propios del contrato que celebró al efecto, hacen que este último sea el único responsable, ya que ningún órgano estatal tuvo parte(52) ni contribuyó a su producción.

esencial del supuesto de hecho que origina la responsabilidad estatal, por conducto del cual un resultado considerado jurídicamente dañoso (daño injusto), que el damnificado no tiene ni el deber ni la obligación de soportar, se conecta y anuda con una actuación estatal antecedente -ora jurídica, ora material-, subsumible en alguno de los factores de atribución reconocidos como tales por la jurisprudencia. Así, la causación es un elemento sustantivo; no se confunde ni subsume en la imputabilidad ni en el daño”.

51- Ver CSJN, 6/3/2007, “Mosca, Hugo A. c/provincia de Buenos Aires y otros”, Fallos, 330:563, e id., 20/10/2009, “Parisi de Frezzini, Francisca c/Laboratorios Huilén y otros s/daños y perjuicios”, Fallos, 332:2328, que siguen la doctrina de CSJN, 28/4/1998, “Zacarias, Claudio H. c/ Córdoba, provincia de, y otros s/sumario”, Fallos, 321:1124.

52- Se ha interpretado que el significado de “tuvo parte”, referido a una conducta omisiva -no comisiva-, implica no haber adoptado medidas suficientes para evitar el daño cuando existe un deber de hacerlo, pero justamente ante deberes genéricos que abarcan desde la tradicional seguridad física de las personas hasta el bienestar general de los ciudadanos, es necesario distinguir los distintos niveles de exigibilidad: solo habría responsabilidad por daños si se verifica una omisión de una obligación jurídica; es decir, de un mandato expreso de actuación (ver Lorenzetti, Ricardo, “La Corte federal fija su posición en la responsabilidad por accidentes de tránsito ocurridos por colisión con animales en rutas”, La Ley RCS, 2000-289).

Por Gustavo Santiago Leguizamon. Especialista en Derecho Administrativo.

Nulidad del Acto estable por Conocimiento del Vicio.

Tratamiento normativo en el nordeste. Referencia del procedimiento chaqueño.

El acto administrativo como acto jurídico con efectos directos e individuales, goza de estabilidad y presunción de legitimidad; sea el acto regular -anulable, con vicios de nulidad relativa-, es irrevocable en sede administrativa cuando ya ha sido notificado y generado derechos subjetivos o aun en el caso del acto irregular o ilegítimo - con vicios de nulidad absoluta-, si del mismo surgen derechos subjetivos que se están cumpliendo de forma efectiva, sigue la misma suerte. De esta manera el acto Regular o Irregular firme en sede administrativa, su revocación o nulidad solo será posible ante la sede judicial, sea por acción de nulidad o ilegitimidad o por acción de lesividad.⁽¹⁾

La regla es la estabilidad del acto; la administración no podrá revocar sus propias resoluciones una vez notificadas y que confieran derechos a los particulares. La intención de la norma de prohibir la revocación en sede administrativa del acto, es garantizar el ejercicio normal de sus derechos por el particular hasta tanto una sentencia judicial resuelva lo contrario. -

Así, tanto en la Ley 19549 art. 15 y 17, como en la Ley de Procedimiento Administrativo de Formosa, (decreto-ley 971 año 19080) art. 45, 48; Código de Procedimiento Administrativo de Corrientes Ley 3460, art. 183, 184, en Misiones Ley 80 del 2009, de Procedimiento Administrativo, Art. 25 y 27 y en la Provincia del Chaco, Código de Procedimiento Administrativo, Ley 179 A, art. 127 y 128, se exige la vía judicial para su anulación o nulidad. -

Pero, esa presunción de estabilidad queda de lado, se debilita o se quiebra cuando se dan algunas de las condiciones previstas en la

ley como excepción a dicho principio y podría entonces el acto ser revocado en sede administrativa, tal el caso de que sea necesario su revocación o anulación en beneficio del administrado, así también si el acto a revocarse o anularse se ha dictado a título "precario", o bien como el caso que aquí nos convoca el cual es ante El Conocimiento del Vicio por el Interesado, léase interesado el administrado particular que resulta beneficiario del acto deficiente o viciado.

El ordenamiento en análisis es coincidente en que, si en el dictado del acto se hubiere incurrido en algún vicio que no afecte la presencia total de alguno de sus elementos esenciales, pero ya fue notificado, o si la irregularidad lo viciara gravemente pero el acto generó derechos subjetivos que se están efectivizando, la nulidad podrá efectuarse por la propia administración si el vicio hubiera sido o fuera conocido por el interesado.

La CSJN en "Almagro" ⁽²⁾ sostuvo que "... las excepciones a la regla de la estabilidad en sede administrativa del acto regular previstas en el art. 18 -entre ellas, el conocimiento del vicio por el interesado- son igualmente aplicables al supuesto contemplado en el art. 17..."

También, la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que el acto administrativo afectado de nulidad absoluta debe ser revocado, pues la potestad que emerge del artículo 17 de la Ley N° 19.549 no es excepcional, sino la expresión de un principio que constriñe a la Administración, frente a actos irregulares, a disponer la revocación⁽³⁾, ello en virtud de los principios de legalidad objetiva y de verdad material que deben imperar en el procedimiento administrativo⁽⁴⁾.

1- Nota del autor: La acción de lesividad como procedimiento que en el ordenamiento del Chaco se encuentra expresamente regulado, sin perjuicio de que en el ámbito nacional así también se lo ha exigido cuando la ley, sin embargo, no lo prevé. "..."la Acción de Lesividad es un proceso especial de carácter administrativo judicial y a través del cual la Administración como parte actora impugna sus propios actos considerados ilegítimos, por lo que declara lesivo el acto cuestionado en sede administrativa, el cual no puede anular por sí misma en razón de estar produciendo efectos jurídicos en favor del administrado, y demanda luego pretendiendo de los Tribunales la declaración de nulidad total o parcial de dicho acto", Cfr. TAWIL, Guido Santiago en "Derecho Procesal Administrativo", 1ra. Ed. Abeledo Perrot- Buenos Aires 2011, p.

Es así que se comprende que, ante la presencia del conocimiento del vicio por el particular, ello autoriza a la administración a revocar el acto en sede administrativa, tanto se trate de un acto regular o de un acto irregular.

A su vez la LPAN autoriza la revocación oficiosa del acto anulable (regular) cuando el administrado conoce el vicio, igual situación corresponde acerca del acto nulo, de nulidad Absoluta (irregular), y como hemos visto, tanto la doctrina como la jurisprudencia y la PTN, así también lo han aceptado, pues de lo contrario gozaría de más estabilidad el acto regular, es decir, el menos gravemente viciado, que el irregular; lo cual es igualmente aplicable a los procedimientos provinciales en estudio.

Gordillo por su parte ha expresado que “El art. 18 establece excepciones a la regla de la estabilidad, que, si bien trata dentro de la estabilidad del acto regular, se aplican con mayor razón al acto nulo cuando éste tiene estabilidad (art. 17, 2ª parte)”.⁽⁵⁾

En el mismo sentido, Julio R. Comadira⁽⁶⁾ quien también expresa que las causales autorizadoras de la anulación oficiosa del acto regular son igualmente aplicables a la anulación de oficio del acto irregular y, con mayor razón por que de no ser así, habría mayor rigor para revocar un acto nulo que uno regular⁽⁷⁾.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal –Sala IV-, 08/04/1998 en “Villalonga Furlong SA c. Comisión Nacional de Correos y Telégrafos”: “... si bien en virtud del art. 17 de la ley 19.549 la adjudicación del contrato resultaba irrevocable en sede administrativa, al haber generado a favor del adjudicatario derechos subjetivos que se estaban cumpliendo, el art. 18 de la misma norma establece la posibilidad de que la Administración revoque un acto administrativo regular cuando –entre otras circunstancias- el interesado hubiera conocido el vicio. Si la Administración cuenta con esta facultad –afirmó- aun tratándose de un vicio leve, con mayor razón podrá hacerlo cuando se trata de un acto irregular, pues de lo contrario, “se reconocería mayor estabilidad al acto administrativo nulo de nulidad absoluta e insanable que al acto anulable que sólo presenta un vicio de mínima gravedad”.

En consecuencia, ante tales postulados, igual tratamiento debe tenerse en el orden local o provincial respecto de extender o trasladar la condición o presupuesto del conocimiento del vicio por el particular como habilitación de la administración para revocar de oficio en sede administrativa, sea el acto regular como irregular.-

Del Vicio:

Este Vicio del que hablamos, como defecto o patología -al decir del Dr. Juan Carlos Casagne- debe afectar la legitimidad del acto, presentándose en los elementos esenciales del mismo, sea que perjudique parcial o totalmente alguno de ellos. Debe tratarse de un saber consiente de su presencia por el sujeto beneficiado del acto nulo o anulable, lo cual no exige un tecnicismo jurídico al respecto, pero en caso de que se tratara de un particular con cierta espertís o trayectoria sí es posible imputar el conocimiento cuando el particular debió haber conocido el mismo de haber puesto de debido cuidado o la diligencia necesaria. Resulta aplicable aquello del obrar con la debida prudencia y el conocimiento de las cosas.

Se tiene dicho que la posibilidad de que la administración revoque su propio acto ante el conocimiento del vicio por el particular, es como sanción a su mala fe⁽⁸⁾, o ante cierta connivencia dolosa por parte del particular y el funcionario Público actuante. Que no basta con el mero conocimiento ⁽⁹⁾.

Así Hutchinson, “pese a afectarse derechos subjetivos, corresponde revocar el acto nulo de nulidad absoluta cuando el particular conocía el vicio, situación en la que la revocación opera como una sanción a la mala fe del particular ⁽¹⁰⁾, aunque la PTN también dictaminó respecto de que no necesariamente debe haber mala fe del administrado ⁽¹¹⁾.

En cuanto a la “mala fe” del particular, el profesor Gordillo destaca que la PTN ha dado un vuelco en la jurisprudencia administrativa por lo que el mismo órgano dijo que “Si bien esta Procuración del Tesoro de la Nación sostuvo en Dictámenes 234: 588 que la mala fe se presume, al entender que los beneficiarios de un acto administrativo viciado de nulidad al momento de dictarse la medida en análisis, tenían pleno conocimiento del vicio, o de-

918.- LEGUIZAMON Gustavo S. “LESIVIDAD en la Provincia del Chaco”, Ed. Contexto, Resistencia-Chaco, año 2022. Pag. 15 y sgtes.-

2- CSJN Fallos: 321:169.

3- PTN Dictámenes 183:275 y 221:124.

4- PTN conf. Dict. 207:517; 215:189.

5- Gordillo, Agustín - ESTABILIDAD E IMPUGNABILIDAD, Capítulo VI ; VI-18, pto. 10.1 https://www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo6.pdf

6- Ver Comadira, Julio R. Procedimientos administrativos, Buenos Aires, La Ley, 2003, comentario a los arts. 17 y 18, pág. 363 y sigs.

7- Comadira, J. R. Curso de Derecho Administrativo; T. I , 1ra. Ed. 2da. reimp. Abeledo Perrot, Bs. As. 2018; pag. 531.-

8- PTN (Dictámenes 200:133, 191:96, entre otros).-

9- Cfr. GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, FDA, Buenos Aires, 2009, Tomo II

10- ver. Hutchinson, Tomás; Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Tº 1, pág. 373.-

11- PTN conocimiento del vicio sin necesidad de mala fe (Dictámenes 249:447,



Dr. Gustavo Santiago Leguizamón.

bieron tenerlo; con posterioridad a ello revisó ese criterio y sostuvo en Dictámenes 245: 280 que este conocimiento del vicio -además de que debe ser fehacientemente acreditado-, no puede jamás derivarse de la presunción civilista y genérica del conocimiento del derecho, o de la existencia del vicio de violación de la ley (v. art. 14 inc. b), LNP), ni colegirse de aquella la conclusión de que la mera existencia del vicio de derecho haga presumir su conocimiento por parte del particular beneficiado ... Tamaña conclusión se encuentra sin duda en contradicción con la presunción de inocencia de rango constitucional (v. art. 18, C.N.), la que no debe ser limitada al campo del derecho penal sino que se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico.”⁽¹²⁾

Para el caso de que el particular actuare de mala fe, ya sea porque supiera de la existencia del vicio y no lo comunicara “falta de comunicación de este a la Administración⁽¹³⁾, o por ser imputable a este la introducción del

vicio⁽¹⁴⁾ , la nulidad del acto será ante la presencia de dolo, fraude, simulación lo cual lleva a la Nulidad Absoluta. No obstante, ello, si previo procedimiento debido y derecho de defensa garantizado, la administración no probare efectivamente el conocimiento del vicio, se deberá estar en favor del particular por el beneficio de la duda y recurrir entonces a la vía judicial.

Con lo antes dicho se conecta el caso de la connivencia dolosa, que por ejemplo en materia civil, el dolo puede compensarse cuando hay dolo de ambas partes, así exige para la nulidad del acto jurídico que “no haya habido dolo por ambas partes”.(ver CCyC. art. 272.) Pero en el orden administrativo el acto será nulo de nulidad absoluta, aunque haya habido dolo recíproco, o engaño mutuo o connivencia entre el funcionario estatal y el agente o persona, particular interesada, ya que está en juego el interés público. Por ello aunque haya dolo de ambas partes o que el daño no sea im-

237:512, entre otros);

12- PTN (v. Dictámenes 153:213; 172:424; 175: 143; 179: 35; 180:125; 195:49) también Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2, VI-18 ap. 10.1.1.-

13- PTN (Dictámenes 200:133, 191:96, entre otros);

14- CASSAGNE, Juan Carlos, El Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos de Santiago del Estero, El Derecho, págs. 211-818.”...que el vicio le sea imputable al particular”.-

15- Ver Comadira Fernando G., Ob. Cit. - pag.

16- Nielsen Enemark, Carlos A. - El Derecho Administrativo, [2018] - (01/12/2017, nro 14.320) cit. Comadira, Julio R., Procedimientos administrativos, cit., pág. 367. también en Curso de Derecho Administrativo, ob. Cit. pag. 532.-

17- CSJN, 2015, “Kek Sergio Leonardo”, Fallos: 338:212.-

18- “KEK” O EL PRINCIPIO DE LA ESTABILIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO IRREGULAR - Enrique M. Alonso Rigueira Director del Instituto de Derecho Público de la Asociación de Docentes de la Facultad de

portante, el acto estará viciado.

Por su parte dice Fernando Comadira “se debe presumir la buena fe del particular”; y estarse por el principio de la presunción de legitimidad del acto como “garantía”⁽¹⁵⁾.

La Procuración del Tesoro de la Nación, también ha dicho que “la anulación oficiosa de los actos irregulares procede cuando existe un mero y simple conocimiento del vicio por el administrado, o la exigencia razonable de ese conocimiento, sin que sea menester que ese vicio haya sido causado por el administrado; ello, como consecuencia negativa de su deber de colaborar con la Administración, ya que la buena fe estaría en juego tanto por la omisión maliciosa o improcedente como por la acción dolosa efectiva que agregue un plus de inmoralidad a la omisión.”⁽¹⁶⁾

En “Kek”⁽¹⁷⁾ donde el hecho se corresponde con la anulación del pase a la planta permanente del Municipio de Coronel Du Graty de la Provincia del Chaco, se había revocado el acto de designación por entender que era violatorio del ordenamiento jurídico el no haberse realizado el concurso previo de oposición y antecedentes que debía ser reglamentado por el Concejo Municipal tal lo ordenado por la Constitución Provincial y la Ley Orgánica Municipal. Allí la CSJN entre otros puntos entendió que la ausencia de esta reglamentación y el ingreso de personal sin concurso no podía ser directamente imputable a los particulares; que debía primar la Estabilidad del primer Acto, el cual otorgaba un derecho subjetivo, un derecho de propiedad, seguridad jurídica; ello en atención a la especial situación de los interesados, trabajadores municipales, con una vinculación contractual de larga data, con un grado de expectativa y la clara intención del municipio al inicio de cumplir con el art. 14 bis de la CN sobre la estabilidad del empleado. Que el principio a respetarse era el de la estabilidad del acto antes que restablecer sin dilación la juridicidad⁽¹⁸⁾, contestando así la posición del STJ de Chaco que había aceptado la revocación del acto por considerar aplicable éste principio. “Lo expuesto implica que la excepción -la facultad revocatoria de la administración ante la existencia de ‘un error grave de derecho’- debe interpretarse en forma restrictiva. De

otro modo, se frustraría la finalidad de la regla, cual es la de proteger la propiedad y la seguridad jurídica (Fallos: 175:368 y 327:5356)”

Entonces aquí, en razón de los antecedentes del caso, entiendo que no hubiera sido viable la anulación del acto de designación de planta permanente por conocimiento del vicio ante la especial situación de los trabajadores municipales y la configuración del hecho. Esa especial configuración de la exigencia en la expertis o conocimiento especial de las cosas debe tratarse restrictivamente.

De esta manera, “debe exigirse un conocimiento del particular con cierta expertis” con una alta especialización⁽¹⁹⁾. En tal sentido, desde un punto de vista ético, no resultaría equitativo requerir dicha exigencia de parte de trabajadores transitorios sin un tecnicismo especial en la materia para cargarle la responsabilidad de la validez o nulidad del acto en un municipio del interior provincial, ello en desmedro de la presunción de validez del acto y los derechos subjetivos allí nacidos, con un irregular proceder de la propia administración municipal.

La doctrina mayoritaria entiende que el conocimiento... puede darse por acción u omisión dolosa del particular, o bien por saber del vicio ante un error de la administración o cuando el particular debió haber conocido el vicio ante su especialidad o expertis. Ello debe relacionarse con el tratamiento legislativo, cuando y como la norma local lo contempla.

Se ha dicho que “La exigencia de la connivencia dolosa entre el funcionario y el administrado se aparta del claro texto legal, que sólo exige el conocimiento del vicio, e importa incorporar, a efectos de que proceda la anulación del acto, un recaudo que no está expresamente contemplado en la norma. De adoptarse este criterio, la posibilidad de que la Administración revoque ante sí sus actos se vería acotada a escasos supuestos y la norma carecería prácticamente de aplicación. Por ende, la existencia de connivencia dolosa, sin dudas, también puede dar lugar a la anulación, pero su ausencia no implica, necesariamente, que la revocación no proceda.

Sobre la base de la ficción de que el ordenamiento jurídico se presume conocido, ante

Derecho, Universidad de Buenos Aires.”...no resulta plausible sostener que, como principio, la Administración se encuentre constreñida a restablecer administrativamente la juridicidad del acto descuidando el derecho de defensa del administrado que, precisamente, es protegido por el ordenamiento con la estabilidad de dicho acto”. (<http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal-ii/cae2-alonso-regueira.pdf>)

19- PTN (Dictámenes 259:11, 245:280, entre otros). Tb. COMADIRA Fernando Gabriel, La Acción de Lesividad - Astrea ediciones RAP, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre; 2019;

20- Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario. Causa Nro.: 664-0. Autos: “MARTINEZ Y DE LA FUENTE S.A. c/ G.C.B.A.” Sala I. Del voto de Dr. Horacio G. Corti con adhesión de Dr. Carlos F. Balbín. 31-05-2004. Sentencia Nro. 45.

21- PTN Dictámenes 237:512.

22- Saiach, Samuel N. “La Acción de Lesividad en la ley 3460...” ob.cit.

cualquier inobservancia legal, se podría sostener que el administrado conocía o debía conocer el vicio del acto, y de esta forma se consagraría, lisa y llanamente, la potestad de la Administración de revocar, en todos los casos, los actos viciados...se desvirtuaría el instituto administrativo de la revocación”.-⁽²⁰⁾

Así también, ha dicho la PTN “No puede ser impedimento para la revocación de la resolución ministerial que ella hubiere generado derechos subjetivos a favor de los administrados, ya que quienes resultaron beneficiarios al momento de dictarse la medida, tenían pleno conocimiento del vicio, o debieron tenerlo.”; y que “No empecé lo precedentemente señalado, la circunstancia de que el interesado pudo no haber obrado de mala fe, ya que sólo basta para revocar el acto administrativo que el beneficiario hubiera tenido conocimiento del vicio”. ⁽²¹⁾

Para el profesor Samuel Saiach es necesario “...que -el interesado- hubiera colaborado en la producción del vicio” o como lo afirma Revidatti “cuando el particular provoca el vicio”. ⁽²²⁾

En un hecho ocurrido por ante la Administración Central de Chaco, por un Decreto que designaba como director del Centro del Liberado a un agente que no contaba con los requisitos exigidos por ley, se resolvió formular la nulidad del decreto por conocimiento del vicio.

Al respecto, la Ley N.º 2033-A, establece en su Art. 6 que: “El Centro de Liberados del Chaco, estará a cargo de un director general..., quien ... deberá acreditar Título de abogado y demostrar conocimientos en materia de problemática criminológica y penitenciaria y en política de reinserción social”. y a su vez el Art. 7 establece que, “...será designado por el Poder Ejecutivo, previo concurso de antecedentes y oposición...”. En el caso, faltaron los requisitos de concurso previo, y la posesión de título de abogado.

Siendo reconocido por el particular la falta de tal exigencia legal, hechos argumentados en su recurso administrativo, la Fiscalía de Investigaciones Administrativas de la Provincia, en Dictamen N.º 057/21 emitido en Expte. N.º 3857/20, expresó que “a efectos de proceder

a anularse el acto anterior de designación el cual ya se encontraba firme y consentido, y había generado derecho subjetivo que se estaban cumpliendo; ante el conocimiento del vicios por el particular, el acto era pasible de ser anulado en sede administrativa, pero que como requisito sine quanon debía contarse con el dictamen de la asesoría jurídica y la intervención previa de la Fiscalía de Estado, garantizando el debido proceso y la defensa del particular dándose al efecto la participación pertinente. De no cumplirse con tales pasos, la anulación del acto viciado podría también pecar de irregular”.

Ahora bien, corresponde aclarar que en Chaco, se establece el procedimiento para tal revocación, por lo que estando debidamente reglado, aún sin la necesidad de formular la declaración de lesividad y consecuentemente sin tener que recurrir a la vía judicial, corresponde que si el vicio hubiere sido conocido por el interesado, según el art. 127 - ley 179 A- se podrá proceder a su anulación de oficio en sede administrativa, en la forma en que se indica en el artículo 128, por lo que requiere previo dictamen jurídico y la intervención y conformidad de Fiscalía de Estado como requisito de validez del acto anulatorio.

La hermenéutica aplicada a los artículos citados, en referencia al conocimiento del vicio del interesado, como presupuesto para la revocación de oficio en sede administrativa es comprensible ya que ante el dictamen previo por el órgano competente para revocar, o bien con la intervención de la Asesoría General de Gobierno con la emisión del dictamen jurídico, y la intervención y conformidad de la Fiscalía de Estado se darán las condiciones para anular en sede administrativa; y que si no pudiese determinarse que hubiera un conocimiento del vicio por el interesado, sea necesario entonces la declaración de lesividad y la posterior demanda judicial.

¿Alcanza con el Mero Conocimiento? El Profesor Agustín Gordillo dice que “la administración puede revocar aún el acto estable cuando ha mediado dolo del particular, o aún simplemente conocimiento del vicio del acto que lo beneficia.” ⁽²³⁾

No obstante, el autor expuso, además, que

pag. 174.-

23- https://www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo11.pdf Capítulo XI SISTEMA DE NULIDADES DEL ACTO ADMINISTRATIVO. -

24- Ver Gordillo, Agustín, Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, FDA, 2009, t. II; también Carrillo, Santiago R., ¿Legalidad vs. Seguridad Jurídica? El conocimiento del vicio como fundamento de la anulación del acto, LL, 2004-A, 324; PTN, Dictamen 285/06, publicado en LL, Sup. Adm., 2007 (mayo), 70-6, punto II.2; con nota de Enrique M. Alonso Regueira, “¿Debe presumirse el conocimiento del vicio?”.-

25- Cfr. Agustín Gordillo (director) - Mabel Daniele, Osvaldo Siseles, Diego Sarciat, Mario Retjman Farrah, Gregorio Flax, Rosaura Cerdeiras y colaboradores, en “Procedimiento Administrativo”, Buenos Aires, Lexis Nexis - Depalma, 2003, p. 211 26- PTN, Dictámenes 172:424.

27- Comadira, Julio R. Cuso de Derecho Administrativo, Ob. Cit. pág. 532.-

28- (cfr. Raymundo Salvat, Tratado de derecho civil argentino. Parte General, Librería

“Debe entenderse, pues, que no basta el mero conocimiento que el particular tenga del vicio del acto para que éste carezca de estabilidad; se requiere específicamente connivencia dolosa entre el funcionario y el particular, con relación a la emisión del acto de cuya revocación se trata. En definitiva, debe existir colusión, corrupción, connivencia dolosa, en vez de mero conocimiento”.⁽²⁴⁾

Se ha dicho también que para que el requisito del conocimiento del vicio por el interesado pueda considerarse cumplido, es imprescindible su participación dolosa o maliciosa en la formación del vicio, no bastando cualquier conocimiento o noticia, ...que el interesado haya provocado o participado en su formación, pues la ley lo impone como castigo o sanción a su mala fe ⁽²⁵⁾. En contra Carillo, Santiago R., para quien “se deberá demostrar que el administrado estuvo en condiciones de valorar la legalidad del obrar de la Administración y entonces dependerá de cuestiones de hecho que deberán ser alegadas y probadas por la administración”, comparto así, en que debe apreciarse cada caso en especial en atención a las condiciones del administrado beneficiario y será la administración la encargada de demostrarlo.

En el año 1985, la Procuración entendió que era necesaria la existencia de una connivencia dolosa entre el funcionario y el particular para hacer caer la estabilidad del acto administrativo... se ha entendido en doctrina que no basta el mero conocimiento que el particular tenga del vicio para que este carezca de estabilidad, requiriéndose específicamente connivencia dolosa entre el funcionario y el particular, con relación al acto de cuya revocación se trata.⁽²⁶⁾

Por su parte Julio R. Comadira dijo “... creemos que es suficiente ... el mero y simple conocimiento del vicio por el administrado - o la exigencia razonable de ese conocimiento- sin que sea menester que aquel haya sido causado por éste.” ⁽²⁷⁾

Una actitud hermenéutica prudente torna necesario, alejarse de las interpretaciones extremas que podrían postularse sobre los artículos 17 y 18 de la Ley de Procedimientos Administrativos. Por un lado, aquellas que re-

quieran la connivencia dolosa y, en el extremo opuesto, las que tienen por satisfechos los recaudos legales a partir del genérico conocimiento del derecho, basado en la ficción de que este último se presume conocido. - ⁽²⁸⁾

Luego Balbín “el caso específico de los vicios por violación de la ley aplicable, sólo puede presumirse que el particular conoció el vicio de acuerdo a las circunstancias del caso y en particular, las condiciones subjetivas de éste”.⁽²⁹⁾

Cito a Julio Pablo Comadira, en que “... resulta incongruente establecer la presunción de que el interesado conoce el vicio con el solo fundamento de que no se puede alegar la ignorancia del derecho... la presunción de legitimidad que ostentan los actos administrativos, viene a anular la presunción del conocimiento del vicio por el particular... el principio general es que se presume la buena fe”, lo que lleva a suponer que “el particular no conocía el vicio pues, de lo contrario, se lo hubiera comunicado a la Administración”.⁽³⁰⁾

Entonces, será necesario establecer un grado de imputación al interesado, o al menos una demostración del conocimiento o de que debió haberlo conocido, sea por su pericia, profesionalidad o antecedentes técnicos, al decir de la PTN el conocimiento del vicio podría inferirse de la alta especialización técnica de los particulares⁽³¹⁾, tener en cuenta la “especial versación técnica y jurídica⁽³²⁾”, y además que omitió u ocultó tal situación de vicio a la administración, no resultando suficiente con la sola presunción de que “pudo haber conocido el vicio”. Deberá razonablemente fundamentarse en el acto anulatorio la calidad del particular y las circunstancias del caso, de hecho y de derecho.

Comparto el análisis de Julio Rodolfo Comadira, que si el conocimiento del vicio era una excepción a la estabilidad del acto irregular, debían extremarse los cuidados para su calificación como tal (ya que, de otra forma, se abriría la puerta a la arbitrariedad de tildar cualquier vicio como conocido), debiendo este superar distintos análisis para que se le pueda conferir el carácter de un vicio conocido con dictamen jurídico previo donde se analice la competencia, la audiencia previa a la anula-

y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1928, pág. 966 y ss.).

29- Balbín, Carlos F. Tratado de Derecho Administrativo. 2ª edición actualizada y ampliada (2015). Tomo III. LA LEY. Página 141.-

30- Comadira, Julio P., ¿Cuándo el particular “conoce el vicio” del acto administrativo? A propósito del art. 18 de la LNPA, en elDial.com, DC20C.

31- Dictámenes: 268:172.

32- CSJN “C a d i p s a”, (16/05/2000) Fallos 323:1146.

33- El conocimiento del vicio y su incidencia sobre la estabilidad del acto administrativo irregular - Por Nielsen Enemark, Carlos A. - El Derecho Administrativo, [2018] - (01/12/2017, nro 14.320). -

34- PTN Dictamen 79/2007 - Tomo: 261, Página: 26.-

35- PTN Dictámenes 233:329; ver Comadira J.R. “Curso de Derecho Administrativo”, pag 532.- T. I, 1ra. Ed. 2da. reimp. Abeledo Perrot, Bs. As. 2018

36- CS, “Stamei S.R.L. c. Universidad Nacional de Buenos Aires”, Fallos: 310:2278 (1987)

37- ver Nielsen Enemark, Carlos A. - El Derecho

ción, que se trate de un acto extinguido, dentro del plazo idóneo para la pretensión anuladora, ello, en mérito a las circunstancias que rodean a cada acto y al particular. (33)

Respeto del conocimiento especial y la expertis del particular, en el caso “Tele Cable Color”, en el que el Comité Federal de Radiodifusión (COMFER) había sancionado a la empresa por emisiones clandestinas, se refirió al: “... pleno conocimiento que la actora tenía o debía tener de la ilegalidad de su conducta...”

“Procede en sede administrativa la revocación por ilegitimidad del Decreto N° 998/04... - ya que- no contiene uno de los elementos esenciales de todo acto administrativo, esto es, que su objeto sea cierto y jurídicamente posible... el error se refiere, en el caso, a la apreciación del derecho aplicable para su dictado y constituye, por lo tanto, un vicio en el objeto del acto ... Consecuentemente... corresponde declarar nulo de nulidad absoluta e insanable el acto por el cual se otorgó la autorización a la UCASE a instalar y operar un sistema de Televisión Abierto en la ciudad de Santiago del Estero... En cuanto al otro presupuesto establecido en el artículo 17 de la Ley N° 19.549 -que se hayan generado derechos subjetivos en vías de cumplimiento- aun cuando se hubiese configurado, no impide la procedencia de su revocación, cuando el beneficiario del acto tuvo conocimiento del vicio que lo afectaba... ya que de la confrontación del acto con el orden jurídico surge la invalidez.” (34)

En este sentido la PTN ha pronunciado que cuando la omisión de la licitación pública en la celebración de un contrato administrativo adquiere la condición de evidente y por tanto de insoslayable conocimiento por el contratista en atención a la actuación de este en el procedimiento, el acuerdo resulta nulo de nulidad absoluta y manifiesta, siendo el vicio determinante encuadrable en el art. 18 de la ley aplicable por extensión a los supuestos de revocación del acto irregular, toda vez que, en tales situaciones no resulta admisible la invocación por parte del particular del desconocimiento de los vicios que afectan el acto, dada la improcedencia de alegar la propia torpeza y la propia falta de inteligencia. (35)

En el caso “Stamei”, en cuanto al reclamo indemnizatorio formulado por el adjudicatario de una obra pública, al obviarse la licitación pública durante la contratación, la CSJN expuso que “la empresa asumió conscientemente el riesgo de la posterior declaración de nulidad ‘pues concurrió sin reserva alguna y sin que su voluntad estuviera afectada por vicio alguno a la formalización del acto, con pleno conocimiento, mucho más allá del que establece la presunción legal por razones de su especialización en la materia, de las normas que rigen tales contrataciones’.- (36)

En esto se puede observar que, al existir un deber de conocer la normativa, los riesgos le son imputables al particular: el conocimiento que pueda haber del vicio, cuando este debía ser conocido, sus consecuencias no son sino aplicables sobre quien debía conocerlo.

La PTN en otra circunstancia, referida a la percepción de un adicional por título de un agente que había dejado de prestar servicios en el año 1979, ello mediante la incorrecta aplicación retroactiva del decreto 361/90, se determinó que no hubo elementos que fehacientemente acreditaran el conocimiento del vicio por parte del particular, por lo que, si bien se dio una ilegitimidad en la solución adoptada en el ámbito ministerial, debía promoverse la acción de lesividad. (37)

Por ello, en garantía del interesado contra una posible anulación arbitraria, resulta necesario el dictamen jurídico previo donde se analicen las distintas circunstancias del caso, con audiencia previa a la anulación del interesado, con la intervención y conformidad de la Fiscalía de Estado, tal y como lo exige el CPA del Chaco.

En virtud de lo analizado en este punto sobre conocimiento del vicio, y en relación a lo expuesto sobre la validez de los contratos, el procedimiento licitatorio, la capacidad técnica del particular, y la potestad revocatoria de la administración sin afectar derechos de terceros, resulta oportuno mencionar también que en su oportunidad la CSJN en “Talleres Navales Dársena Norte S.A.C.I. y N. s/ concurso preventivo”, (21/11/2018) referido a la privatización de TANDANOR, que el 90% de las acciones fueron adjudicadas en 1991 a IN-

Administrativo, “El conocimiento del vicio y su incidencia sobre la estabilidad del acto administrativo irregular”. [2018] - (01/12/2017, nro 14.320)

38- CSJN Fallos: 250:491, considerando 6° y sus citas; 302:545; 304:898; 314:322.

39- CSJN Fallos: 321:169.-

40- CSJN: “En los contratos de la administración se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación y entre éstos, se encuentra la licitación pública, que se caracteriza como aquél mediante el cual el ente público invita a los interesados para que, de acuerdo con las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas entre las que se seleccionará la más conveniente”. (In re: “Hotel Internacional Iguazú, S.A. c/ Gobierno Nacional”, de fecha 22-04-86, La Ley 1986-D-397)

41- CSJN, “Pradera del Sol...” y Fallos: 314:322; 316:3157; 319:1899. También la PTN “La revocación en sede administrativa de los

DARSA, - en quiebra desde julio de 1999- mediante el llamado a licitación pública por decreto 1957/1990, y concretándose la venta por resolución MD 931/1991 y decreto 2281/1991, los cuales fueron anulado por Dto. 315/2007.

Contra este último, el síndico de la quiebra planteó su invalidez constitucional por haber dispuesto del único activo de la fallida, sin intervención judicial previa, conculcando derechos adquiridos y afectando el derecho de propiedad sin la consecuente indemnización, contrariando el artículo 17 de la CN, y que “existe perjuicio para los acreedores de la deudora y del concurso”.

En “primera instancia” se rechazó el acuse de inconstitucionalidad por cuanto la prerrogativa anulatoria del Estado, “su ejercicio resulta válido respecto de un acto administrativo afectado de nulidad absoluta cuando el interesado hubiera conocido el vicio que lo afectaba.”

La Cámara revoca la sentencia de primera instancia, declara la inconstitucionalidad del decreto, señalando que “al momento de su dictado existían derechos subjetivos que ya habían sido ejecutados...Que “[s]i bien la doctrina le concede a la Administración” la facultad de revocar actos que estuvieran firmes y consentidos y que hubieran generado derechos subjetivos que se estuvieran cumpliendo cuando el interesado conociera el vicio dicha potestad podía ejercerse siempre que no causare perjuicios a terceros, ... que “el Poder Ejecutivo no se encontraba habilitado para revocar de oficio, que debió haber requerido la correspondiente intervención judicial a fin de salvaguardar los derechos y garantías de aquellos que se vieron afectados por ese decreto, que se había conculcado la garantía del debido proceso, y que debió asegurarse el ejercicio del derecho de defensa de la quiebra.

La Corte reconoció la obligación de la Administración Pública de revocar en sede administrativa sus actos irregulares, salvo que el acto se encontrara “firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo”, supuesto en el cual “sólo se podrá impedir su subsistencia y la de sus efectos aún pendientes mediante declaración

judicial de nulidad...la irregularidad del acto por conllevar un vicio que determina su nulidad absoluta, ...resulta en principio legítima la actividad revocatoria...potestad de ejercicio inexcusable (que) encuentra suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad, ... la existencia de un acto afectado de nulidad absoluta carece de la estabilidad propia de los actos regulares y no puede generar válidamente derechos subjetivos de los particulares frente al orden público comprometido⁽³⁸⁾.

Dijo que “El facultado para solicitar la declaración de nulidad de un acto revocatorio de un beneficio es, exclusivamente, el destinatario del acto revocado que, por lo mismo, sería el sujeto legitimado para ser demandado en una eventual acción de lesividad, (pero) que, al haber conocido el vicio que afectaba al acto irregular, hace renacer la facultad extintiva en la Administración ⁽³⁹⁾.

En síntesis, se destaca que la nulidad absoluta de la privatización se da por ilegitimidad ante el incumplimiento de lo establecido en el pliego (40) ; “la obligación de la Administración de revocar en sede administrativa sus actos irregulares” y “la necesidad de restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad”⁽⁴¹⁾ . Y traslada “el conocimiento del vicio” del art. 18 de la 19549 a la aplicación del art. 17, reiterando la postura de que los presupuestos del art. 18 referido al acto regular también aplican para el acto irregular ⁽⁴²⁾.

En conclusión:

Resulta oportuno destacar entonces que en referencia a las previsiones nacionales y del nordeste se ha postulado que el conocimiento del vicio por el interesado juega tanto para la revocación del acto regular como del acto irregular, bajo el principio de que “El conocimiento del vicio se proyecta por igual sobre los actos nulos de nulidad absoluta como sobre los actos anulables”.

Será necesario imputarle ese conocimiento al beneficiario del acto anulable o nulo, correspondiendo un procedimiento de investigación debido con la garantías de defensa, el dictamen previo sea por el Departamento Jurídico

actos nulos de nulidad absoluta tiene suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones la juridicidad comprometida por ese tipo de actos que, por esa razón, carecen de la estabilidad propia de los actos regulares y no pueden válidamente generar derechos subjetivos frente al orden público y a la necesidad de vigencia de la legalidad” Dictamen 79/2007 - Tomo: 261, Pág. 26.-

42- CSJN, 17-2-1998, “Almagro, Gabriela y otra”, Fallos: 321:169. más reciente, en CSJN, 30-9-2003, “El Rincón de los Artistas c/ Htal. Nac. Profesor Alejandro Posadas s/ ordinario”, Fallos: 326:3700.-

43- Ver PTN “El conocimiento del vicio -además de que debe ser fehacientemente acreditado-, no puede jamás derivarse de la presunción civilista y genérica del conocimiento del derecho...” Dictámenes 285/2006 - Tomo: 259, Página: 11 (conf. Dict. 245:280). Citado.-

44- PTN 15/11/2000 Dictámenes 233:329 “cuando, se omite la licitación pública, dicho vicio adquiere el carácter de

y oportunamente la intervención de la Fiscalía de Estado, en su caso con vista de la Asesoría General de Gobierno, a fin de determinar la posibilidad de que la Administración haga uso de su facultad revocatoria. En el caso no se pudiera comprobar o demostrar algún supuesto sea hecho o de derecho por acción u omisión como carga del administrado, deberá la Administración instar la acción judicial y según el procedimiento, previa declaración de Lesividad. - (43)

En Nación y Corrientes la ley exige que el particular “hubiere” o “hubiese” conocido el vicio” ; en Misiones, la ley prevé la anulación en sede administrativa si el acto fuera dictado a título precario, pero no hace alusión al conocimiento del vicio; en Formosa dice la ley en su ART. 44.- Los vicios de la voluntad no sólo pueden relacionarse con la que expresa la Administración Pública, sino también con la voluntad del administrado, si el acto fuere bilateral.”; pero luego expresa que ART. 47.- La circunstancia de que la sanción de nulidad no esté expresamente contemplada por el derecho objetivo, no excluye la posible declaración de invalidez del acto administrativo. Al efecto, la ley formoseña expresa de manera concreta la revocación del acto “si con ello favorece al administrado y no causa perjuicios a terceros” art. 59.-

En Chaco con la Ley 179 A Código de Procedimiento Administrativo, de la lectura de los arts. 128 sgtes y ctes surge que el Conocimiento del Vicio por el interesado afecta la estabilidad del acto y este sea regular o irregular podrá ser anulado en sede administrativa, pero necesariamente debe intervenir la Asesoría Letrada y la Fiscalía de Estado a fin de poder determinar si - previo cumplimiento del debido proceso y derecho de defensa del administrado- es posible esta nulidad o si en su caso deberá la administración proceder a la acción de lesividad, o sea dictando el acto declarativo de lesividad para así luego interponer la demanda en sede judicial.

Será recurrente la dificultad probatoria respecto del conocimiento del vicio del interesado según los casos, por ejemplo, cuando por la situación del particular este debió conocer o pudo haber conocido el vicio, o que el

mismo sea patente o manifiesto, como puede ser cuestiones de simulación absoluta, o dolo, casos en los cuales ya el vicio será de nulidad absoluta y no relativa, como sería también en los casos que hubiere connivencia del particular con el funcionario público. Así también en caso de error esencial por la administración y el particular actuara con omisión o silencio sobre el mismo aprovechándose de ello.

Si bien pueden presentarse situaciones en donde sea obvio que el administrado debió haber conocido el vicio (44) , la administración debe fundamentar el conocimiento del vicio por el interesado, primando el principio de presunción de inocencia de rango constitucional(45), y la buena fe.(46)

La PTN dijo también que, “...corresponde revocar el acto nulo de nulidad absoluta cuando el particular conocía el vicio, situación en la que la revocación opera como una sanción a la mala fe del particular.(47)

En cuanto a la regla de que la buena fe se presume y la mala fe hay que probarla, en el orden administrativo actúan de manera especial y en la concreta referencia del tema en análisis no le hace falta a la administración demostrar la mala fe del particular, sino demostrar que éste conocía, o debió haber conocido el vicio.

Por último, la ley chaqueña, que prevé la anulación del acto en sede administrativa por conocimiento del vicio, nada expresa respecto del “título precario” ni de la revocación “en favor del administrado”; Misiones expresa sobre la revocación del acto otorgado a título precario; Formosa trata de la revocación del derecho a título precario y cuando fuera a favor del administrado sin causar perjuicio a tercero. Por su parte Corrientes de manera expresa establece la nulidad en sede administrativa si “El particular interesado hubiese conocido el vicio”.

Compartiendo lo expuesto por la Corte respecto de la aplicación de los presupuestos mencionados del art. 18 al art. 17 de la ley nacional, considero viable que en paridad de criterio, los tres presupuestos aplicarían tanto para el acto regular como para el irregular respecto de los demás procedimientos provinciales citados. -

evidente y por lo tanto de insoslayable conocimiento por parte del administrado o contratista”.

45- PTN: “Si bien esta Procuración sostuvo en Dictámenes 23234:588 que la mala fe se presume, ... con posterioridad a ello revisó ese criterio y sostuvo en Dictámenes 245: 280 que este conocimiento del vicio -además de que debe ser fehacientemente acreditado-, no puede jamás derivarse de la presunción civilista y genérica del conocimiento del derecho, ... ni que la mera existencia del vicio de derecho haga presumir su conocimiento por parte del particular beneficiado”.- (v. Dictámenes 153:213; 172: 424; 175: 143; 179: 35; 180: 125; 195:49;”

46- Comadira Julio Pablo, ¿Cuándo el particular “conoce el vicio” del acto administrativo? A propósito del artículo 18 de la LNPA. (<http://biblioteca.camdp.org.ar/docu/comadira.pdf>)

47- PTN (Dictámenes 233:240; 235:326).

Autor: Gabriel M. Astarloa (#)

La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y su equiparación al resto de las provincias argentinas

Hay quienes todavía señalan que el status institucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sería de alguna manera inferior al correspondiente a las provincias. Sin embargo, es forzoso concluir que tras la última reforma constitucional del año 1994, y de la posterior jurisprudencia al respecto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la CABA se encuentra plenamente equiparada a las restantes provincias, más allá de no poseer dicha calificación dada su diferente génesis histórica y constitucional. Conviene pues para fundamentar esta aseveración realizar un breve recorrido sobre las cuestiones relacionadas al desarrollo histórico e institucional de la ciudad de Buenos Aires y al proceso de construcción de su autonomía que se encuentra aún visiblemente demorado.

I. Buenos Aires y la cuestión capital

Como sabemos, la Ciudad de Buenos Aires fue fundada inicialmente por Don Pedro de Mendoza en 1536 y en forma definitiva por Don Juan de Garay en 1580 con el nombre de “Ciudad de la Santísima Trinidad”, y su puerto con el de “Santa María de los Buenos Aires”. Esta última denominación fue la que prevaleció con el transcurso del tiempo.

Desde sus orígenes el puerto fue concebido estratégicamente como lugar de entrada y salida de un vasto territorio, lo cual terminó con

el tiempo y a lo largo de la historia constituyendo una razón de los desequilibrios que padecemos en nuestro país.

Buenos Aires era paso obligado para Chile y el Alto Perú, por lo que en 1617 fue designada sede de la Gobernación del Río de la Plata, dando así inició el destino que tendría como ciudad capital, que se reitera con la creación del Virreinato del Río de la Plata en 1776.

Los sucesos de las invasiones inglesas y la formación del primer gobierno patrio de 1810 consolidaron su rol de “hermana mayor” de las otras ciudades. Pero está claro que dicho centralismo fue originando reacciones en el interior alentando el surgimiento y fortalecimiento de corrientes federales.

Vienen los años de la secesión nacional. Tras más de tres décadas de enfrentamientos, llega la Organización Nacional. La Constitución sancionada en 1853 establece en su artículo 3 que “las autoridades que ejercen el gobierno federal residen en la ciudad de Buenos Aires, que se declara Capital de la Confederación por una ley especial”.

Ante la negativa porteña, la capital se establece en la ciudad de Paraná, hasta que luego de la Batalla de Cepeda y el Pacto de San José de Flores finalmente Buenos Aires se termina de incorporar a la Confederación. Las autoridades nacionales están en Buenos Aires como

“huéspedes” mediante la sanción de leyes de compromiso ya que faltaba la cesión por parte de la Legislatura bonaerense.

La cuestión de la Capital se define definitivamente en 1880 tras los enfrentamientos armados entre las fuerzas nacionales del presidente Avellaneda y el gobernador de la provincia de Buenos Aires, Carlos Tejedor. La Ley 1.029 sancionada el 21 de septiembre de 1880 declaró como capital de la República al Municipio de la Ciudad de Buenos Aires.

El gran debate sobre esta cuestión tiene lugar en la Legislatura bonaerense entre dos personalidades relevantes. Leandro N. Alem se opuso a la federalización de Buenos Aires advirtiendo sobre los riesgos de la centralización y reclamando seguir el ejemplo de los EE.UU en la cuestión capital. Por el contrario José Hernández sostuvo que la tradición histórica reservaba a Buenos Aires el destino de ser la ciudad capital, y que para construir una Nación poderosa era preciso contar con un cerebro y corazón que solo Buenos Aires podía proporcionar.

Así el 26 de noviembre de 1880 la Legislatura prestó consentimiento a la cesión del territorio y la Ciudad de Buenos Aires quedó consagrada como Capital Federal. Como lo señala acertadamente el Dr. Antonio M. Hernández, se diferencia así “lo porteño” de lo “bonaerense”, pero el proceso de concentración de po-



Dr. Gabriel M. Astarloa

der político, económico, financiero, militar y social en Buenos Aires se terminó consolidando de manera cesante.

II. El status de la Ciudad de Buenos Aires previo a la última reforma constitucional

Hasta la reforma constitucional de 1994, el Municipio de la Ciudad de Buenos Aires (MCBA) se encontraba sometido a un régimen jurídico que lo diferenciaba del resto de los municipios del país. El gobierno de la MCBA correspondía directamente a la autoridad nacional: el intendente era un delegado del Presidente de la Nación mientras que el Concejo Deliberante era un órgano de crea-

ción legislativa, sujeto a las competencias también delegadas por el Congreso.

El MCBA estaba directamente regido por el Gobierno Federal. Así, de acuerdo con el viejo art. 86, inc. 3, el Presidente de la Nación era “el jefe local e inmediato de la Capital de la Nación” y designaba, por sí, al intendente municipal, mientras que el Congreso Nacional era el encargado de legislar en el territorio de la Capital de la Nación (anterior art. 67, inc. 27, hoy vigente como art. 75, inc. 30), sin perjuicio de la existencia de un órgano -creado por el Congreso y no por la Constitución- deliberativo y representativo -Consejo Deliberante- con competencia estrictamente local y según el alcance con que ésta le fuese confiada o, mejor, delegada por el Congreso Nacional. A la vez, la función judi-

cial sobre las causas originadas en el ejercicio de la competencia municipal se encontraba también atribuida a los jueces nacionales, por expresa decisión del Congreso en las diferentes leyes orgánicas de la MCBA que sancionó a partir de 1853.

En consecuencia, aún con anterioridad a la reforma constitucional, la MCBA tenía una situación jurídico-institucional especial, regida directamente por el texto constitucional.

En 1972, se sancionó la “Ley Orgánica de la Ciudad de Buenos Aires” - N° 19.987- que reconoció a la MCBA como persona jurídica pública estatal, para ejercer el gobierno y administración de la ciudad de Buenos Aires. A su vez, creó los Consejos Vecinales, a quienes otorgó limitadas competencias barriales, y determinó que el nombramiento del Intendente continuaría dependiendo del Presidente de la Nación, aunque sin acuerdo del Senado. El Concejo Deliberante fue reinstituído, y reconocido en el art. 3 de la citada ley como órgano institucional del gobierno municipal, con una composición de 60 miembros.

III. El reconocimiento constitucional de la autonomía de la Ciudad

En el año 1994, la Reforma Constitucional consagró expresamente la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires en su art. 129, otorgando un nuevo status a la Ciudad y contribuyendo así a la descentralización territorial y al fortalecimiento del sistema federal de nuestro país.

El art. 129 reza: “La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional mientras la

ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación. En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el estatuto organizativo de sus instituciones”.

Así, de la letra de la Constitución Nacional surge la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, la cual implica poderes de: a) administración, b) legislación, c) jurisdicción, y d) poder constituyente.

Aún teniendo presente estos parámetros en la letra de la Constitución, la Corte Suprema en reiteradas oportunidades ha acuñado una acepción particular, sosteniendo que la Ciudad de Buenos Aires es una “ciudad constitucional federada”.

Al reconocerle el antedicho status, la reforma de 1994 entendió que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debía ser considerada prioritariamente como “ciudad constitucional” y solo subsidiaria y excepcionalmente, en cuanto se comprometieran los intereses federales, como territorio sujeto a normas y jurisdicción de ese tipo. La “capitalidad” -y por extensión la federalización- de la Ciudad de Buenos Aires es la excepción; la regla es la prevalencia del ejercicio regular de sus competencias locales.

Por ello la Ciudad Autónoma de Buenos Aires integra de modo directo la federación argentina, surgiendo sus competencias no por la intermediación de los poderes nacionales -como antes de la reforma constitucional de 1994-, sino del propio texto de la Constitución Nacional (cfr. art. 129 Constitución Nacional) y de las normas dictadas en su consecuencia.

Ante las implicancias sobrevinientes del nuevo status de la Ciudad, a fines del año 1995, el Congreso de la Nación sancionó la Ley 24.588, conocida como “Ley Cafiero”. Esta nor-

ma, que velaba por la garantía de intereses del Estado nacional mientras la Ciudad de Buenos Aires sea capital de la República, restringió la plena autonomía de la CABA, consagrada por la Constitución Nacional.

Entre las limitaciones fijadas por aquella ley podemos mencionar las siguientes:

- Artículo 2: Establece que las facultades residuales pertenecen al Gobierno federal y no a la Ciudad Autónoma.

- Artículo 7: Determina que el Gobierno Nacional seguirá ejerciendo en la ciudad de Buenos Aires, su competencia en materia de seguridad y protección de las personas y bienes.

- Artículo 8: Dispone que la Justicia Nacional Ordinaria de la Ciudad mantendrá su jurisdicción y competencia estando a cargo del Poder Judicial de la Nación, teniendo la Ciudad únicamente facultades de jurisdicción en las materias de ve-cindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributarias locales.

- Artículo 10: Fija que el Registro de la Propiedad Inmueble y la Inspección General de Justicia continuarán en la jurisdicción del Estado nacional.

Entendemos claramente que bajo el argumento de proteger los intereses del Estado Nacional, esta norma vulneró el normal desempeño de la autonomía, y legitimó las injerencias del Gobierno Nacional en el accionar de la Ciudad de Buenos Aires.

IV. La primera Constitución de la CABA

Como fruto de lo establecido en la Constitución Nacional, el 2 de agosto de 1996 se reúne la Convención Constituyente, quien en rechazo a la Ley Cafiero entendió conveniente expresar en su Resolución N°

2, que dicha Asamblea Constituyente no conocía otros límites para su labor que no sean los que surgen de la Constitución Nacional, (Art. 129 y concordantes). Asimismo, rechazó por inconstitucionales las limitaciones impuestas a la plena autonomía de la ciudad de Buenos Aires por las leyes 24.588 y 24.620 en cuanto impongan restricciones al régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción establecidas en la Constitución Nacional. También, requirió al Congreso de la Nación la urgente modificación de la Ley 24.588 —de garantía de los intereses del Estado nacional— a fin de garantizar a la ciudad de Buenos Aires la plena autonomía que establece el Art. 129 de la Constitución Nacional.

El 1 de octubre de 1996 culminaron las sesiones de la Convención Constituyente, resultando sancionada la primera Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

Cabe consignar adicionalmente que, en relación a la defensa de la autonomía, en el propio texto de la Constitución de la Ciudad (Art.6) se establece una manda categórica al señalar que “las autoridades constituidas tienen mandato expreso, permanente e irrenunciable del Pueblo de la Ciudad, para que en su nombre y representación agoten en derecho las instancias políticas y judiciales para preservar la autonomía y para cuestionar cualquier norma que limite la establecida en los artículos 129 y concordantes de la Constitución Nacional”. También en el Art. 7 se establece que el Puerto de Buenos Aires es del dominio público de la Ciudad, que ejerce el control de sus instalaciones, se encuentren o no concesionadas.

V. Nuevas competencias y atribuciones. Las primeras transferencias



Como ya se ha señalado, la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires es el resultado de un largo y arduo proceso histórico, político y jurídico. Esta autonomía se refleja en la sanción de su primer Constitución, la elección de las propias autoridades, la sanción de leyes, la administración de sus recursos, y por el hecho de contar con un sistema de justicia propio, así como también con una policía y plan de seguridad de la Ciudad.

Estamos próximos a cumplir precisamente los primeros 28 años desde la sanción de la Constitución de la CABA, como así también de la elección popular de su primer Jefe de Gobierno.

Con posterioridad a dichos hitos fue en 1998 que se creó el Poder Judicial de la Ciudad, por lo cual se elige a los jueces que decidirán en las causas en los Fueros Contenciosos, Administrativos y de Faltas.

Luego de ello, se dio inicio a un proceso que aún no ha finalizado por el cual varias competencias comenzaron a ser transferidas, habiendo sido algunas plenamente efectivizadas y encontrándose otras todavía pendientes.

Entre las primeras transferencias realizadas podemos citar la transferencia de la Justicia Nacional Penal. El 1° Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la CABA (7/12/2000) fue aprobado por el Congreso Nacional (Ley 25.752) y por la Legislatura de la CABA (Ley 597). Dicho Convenio transfirió el juzgamiento de las causas de tenencia de armas de uso civil, su suministro indebido y su portación en la vía pública.

Luego, a través del 2° Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la CABA (1/06/2004) que ha sido

aprobado por el Congreso Nacional (Ley 26.357) y por la Legislatura de la CABA (Ley 2.257), se transfirió el juzgamiento de ciertos delitos como las lesiones en riña, abandono de personas, omisión de auxilio, exhibiciones obscenas, matrimonios ilegales, amenazas, violación de domicilio, usurpación, daños, ejercicio ilegal de la medicina, entre otros.

Finalmente, podemos citar el 3° Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la CABA (7/9/2011). El mencionado Convenio fue aprobado por el Congreso Nacional (Ley 26.702) y por la CABA (Ley 5.935) en diciembre de 2017. Se dispuso por dicha Ley transferir a la Ciudad (Ministerio Público Fiscal y jueces competentes) la competencia para investigar y juzgar los delitos y contravenciones cometidos en el territorio de la CABA, con excepción de la materia federal. Entre ellos se encuentran: lesiones (artículos 89 al 94, Código Penal); Duelo (artículos 97 al 103, Código Penal); abuso de armas (artículos 104 y 105, Código Penal); violación de domicilio (Título V, Capítulo II, artículos 150 al 152, Código Penal); incendio y otros estragos (artículos 186 al 189, Código Penal); tenencia, portación y provisión de armas de guerra de uso civil condicional, previstos en el artículo 189 bis, acápites 2 y 4, Código Penal, con excepción de los casos en que el delito aparezca cometido por un funcionario público federal o sea conexo con un delito federal; impedimento u obstrucción de contacto, tipificado por Ley 24.270; penalización de Actos Discriminatorios, conforme lo dispuesto en la Ley 23.592; delitos y Contravenciones en el Deporte y en Espectáculos Deportivos, conforme lo dispuesto en las leyes 20.655 y 23.184 y sus modificatorias, en los aspectos que resulten aplicables a la jurisdicción local y delitos contra la Administración Pública,

ocurridos exclusivamente en el ámbito de la CABA, cuando se tratare de actos cometidos por sus funcionarios públicos, o contra sus funcionarios públicos, que atenten contra el funcionamiento de sus poderes públicos u ocurran en el marco de un proceso judicial que tramite ante los tribunales locales.

Continuando con otras transferencias ya efectuadas, cabe consignar también la de los servicios de Transporte Subterráneo y Premetro. El 3 de enero de 2012 se suscribió el Acta Acuerdo de Transferencia de los Servicios de Transporte Subterráneo y Premetro, entre el Estado Nacional y la CABA. Por Ley 4.472 de la CABA, sancionada el 19 de diciembre de 2012. Por esta Acta Acuerdo se dispuso expresamente la asunción por parte de la CABA del servicio público del SUBTE que se encuentre exclusivamente en jurisdicción de la CABA y las líneas nuevas o expansiones de las líneas existentes que se construyan en el futuro.

VI. La jurisprudencia de la Corte Suprema en pos de la autonomía

Después de casi veinte años de reconocimiento de la autonomía, y dada la demora en el proceso de construcción y concreción la misma, vale destacar la sostenida jurisprudencia que la Corte Suprema fue elaborando en pos de urgir su reconocimiento pleno. En los casos “Corrales” y “Nisman”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que la Constitución Nacional, a partir de la reforma de 1994, le reconoce autonomía a la Ciudad de Buenos Aires y que, en tal sentido, el carácter nacional de los tribunales ordinarios de CABA es meramente transitorio.

Posteriormente, modificando su anterior criterio, la Corte deci-

dió en el caso “Bazán”, que será el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el competente para decidir en los conflictos de competencia entre un tribunal nacional de CABA y un tribunal local de CABA. Por otra parte, en el caso “GCBA c/Prov. Córdoba”, a contrario del criterio establecido en el caso “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Tierra del Fuego, Provincia de s/ cumplimiento de contrato y cobro de pesos” decidió que las disputas entre CABA y una provincia corresponden a la competencia originaria de la Corte Suprema.

a) Corrales, Guillermo Gustavo y otro s/ hábeas corpus • 03/06/2015

Se suscita una contienda negativa de competencia entre la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional y la Cámara Federal de Casación Penal, que tiene como origen el hábeas corpus colectivo interpuesto en favor de todas las personas mayores de 70 años que permanecen detenidas en unidades carcelarias federales como imputados, procesados y/o condenados por los delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar.

Voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda

1- En atención a que la Constitución federal le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires su autonomía no puede sino concluirse que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio y su continuidad se encuentra supeditada a que tengan lugar los convenios de transferencia de competencias antes aludidos.

En efecto, si bien el carácter na-

cional de los tribunales de la Capital Federal pudo tener sustento en el particular status que esta tenía con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, lo cierto es que, producida esta modificación fundamental, las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria, que vale reiterar, no son federales, deben ser transferidas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De esta forma, al igual que lo que ocurre en las jurisdicciones provinciales, estos asuntos deben ser resueltos por la justicia local.

2- Transcurridos ya más de veinte años de la reforma constitucional de 1994, resulta imperioso exhortar a las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias a los efectos de garantizarle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional.

b) N.N. y otros s/ averiguación de delito - Damnificado: Nisman, Alberto y otros • 20/09/2016

La justicia federal debe entender en la investigación de la muerte de un fiscal federal que tenía a su cargo una causa sobre un atentado a una mutual, pues si bien no es posible descartar la posibilidad de que su fallecimiento hubiera sido el fruto de su propia decisión libre y voluntaria, sin ninguna intervención de terceros, la evidente incidencia en el normal desarrollo de investigaciones federales, como las desarrolladas por aquel y las presuntas motivaciones del hecho imponen que sea el fuero de excepción el que continúe conociendo en el sumario.

Voto de la mayoría

1- Conforme lo sostenido por

esta Corte Suprema en la causa “Corrales, Guillermo Gustavo y otro s/ hábeas corpus”, (Fallos: 338:1517) “... a los efectos de dirimir cuestiones de competencia, no corresponde equiparar a los tribunales nacionales ordinarios con los federales” (de acuerdo a los considerandos 5° y 10).

En efecto, en dicha oportunidad y frente a un conflicto de competencia en materia penal entre jueces federales y nacionales, el Tribunal señaló que “... en atención a que la Constitución federal le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires su autonomía no puede sino concluirse que el carácter nacional de los Tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio...”.

2- Es doctrina inveterada de este Tribunal la competencia federal con relación al juzgamiento de delitos comunes cometidos contra o por funcionarios federales en ejercicio de sus tareas. Por lo tanto, se declara la competencia de la justicia federal con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para que entienda en la causa.

c) Bazán, Fernando s/ amenazas • 04/04/2019

La contienda que se produce entre magistrados con competencia no federal que ejercen su jurisdicción en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debe ser resuelta por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires; pues, reconocida la autonomía porteña por la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994, las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria deben ser transferidas al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Voto de la mayoría

1- Frente al escaso -casi nulo-



acatamiento del texto constitucional en punto al reconocimiento jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el año 2015 este Tribunal advirtió que "... transcurridos ya más de veinte años de la reforma constitucional de 1994, resulta imperioso exhortar a las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias a los efectos de garantizarle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional" (Fallos: 338:1517 "Corrales", voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda, considerando 9°).

2- A cuatro años de la mencionada exhortación, a veintitrés de la sanción de la constitución porteña y a veinticinco de la reforma de la Constitución Nacional, el panorama actual muestra que el Gobierno Nacional y el Gobierno de la Ciudad han avanzado mínimamente en las gestiones tendientes a concretar de manera íntegra y definitiva la transferencia de la justicia nacional ordinaria al ámbito que constitucionalmente le corresponde. La Ciudad permanece por esa razón con sus instituciones inconclusas; detenta un poder ejecutivo y una legislatura propios en pleno funcionamiento, pero no tiene aún en marcha un poder judicial completo.

3- Esta omisión no solamente constituye un incumplimiento literal de la Constitución Nacional con el consiguiente debilitamiento de la fuerza normativa de su texto. Impacta, además, en la distribución de los recursos públicos en la medida en que -como consecuencia de dicha omisión- las veintitrés provincias argentinas se hacen cargo de financiar los gastos que demanda el servicio de administración de justicia del restante distrito.

4- Tras un cuarto de siglo de "inmovilismo" en la concreción de

un mandato constitucional y desoída la exhortación efectuada en los términos citados en la causa "Corrales", esta Corte Suprema ejercerá una de las atribuciones que le confiere el decreto-ley 1285/58 a la luz del claro mandato constituyente de conformar una Ciudad de Buenos Aires con autonomía jurisdiccional plena. En consecuencia, se establece que, de ahora en más, será el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el órgano encargado de conocer en los conflictos de competencia que se susciten -como en el caso- entre dos órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad.

5- Se acuña el término de ciudad constitucional federada: "Es ciudad, por sus características demográficas. Es ciudad constitucional, porque es la única designada expresamente por su nombre y con atributos específicos de derecho público en la Constitución Nacional, a diferencia de las otras ciudades que son aludidas genéricamente al tratar los municipios de provincia. Y es ciudad constitucional federada, porque integra de modo directo el sistema federal argentino conjuntamente con los restantes sujetos políticos que lo componen, tanto los de "existencia necesaria" o "inexorables", cuya identificación y regulación -o la previsión de su regulación- obra en la propia Ley Fundamental (el Estado Nacional, las provincias, los municipios de provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), como los de "existencia posible" o "eventuales", aquellos cuya existencia depende de la voluntad de los sujetos inexorables (tal el caso de las regiones)." ("Bazán, Fernando s/ amenazas").

Voto en disidencia de Rosenkrantz

1- La continuidad del carácter

nacional de los magistrados de la justicia nacional con competencia ordinaria con asiento en la Ciudad de Buenos Aires se encuentra supeeditada, como esta Corte ha señalado en diversas ocasiones, a la celebración de los correspondientes convenios de transferencias de competencias del Estado Nacional a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Este proceso político se encuentra en marcha, tal como lo evidencia la celebración de diversos convenios por los cuales se han ido transfiriendo competencias parciales de la justicia nacional ordinaria a la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2- Si el conflicto de competencia involucra a un tribunal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a un tribunal de la justicia nacional con competencia ordinaria con asiento en la ella, en tanto estos tribunales carecen de un órgano superior jerárquico común que deba dirimir el conflicto, corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolver sobre la competencia, según lo dispuesto por el art. 24 inc. 7 del decreto-ley 1285/58.

Voto en disidencia de Highton de Nolasco

1- De acuerdo con el principio de separación de poderes, no es competencia de los jueces determinar el modo de realización de los fines de una determinada institución jurídica, ya que esta atribución es propia de los poderes políticos.

2- Teniendo en cuenta que la transferencia debe ser el resultado de una decisión política consensuada, el Poder Judicial no debe adoptar medidas que puedan impactar en la forma y oportunidad en que los poderes que tienen la atribución y responsabilidad para ello decidan organizar el traspaso de competen-

cias. La adopción de decisiones judiciales en este ámbito —reservado legalmente a los poderes políticos— podría comprometer valores fundamentales como el acceso a la justicia y la seguridad jurídica.

d) Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. Provincia de Córdoba s/ Ejecución fiscal • 04/04/2019

En un juicio ejecutivo entre la Provincia de Córdoba y la Ciudad de Buenos Aires se discutió el ‘status’ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para establecer qué jueces debían entender en la causa. La Corte Suprema de Justicia de la Nación determinó que la causa correspondía a su competencia originaria.

Voto de la mayoría:

1 - Corresponde por el presente revisar la doctrina que negó en su momento el acceso a la instancia originaria a la Ciudad de Buenos Aires. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene el mismo puesto que las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —arts. 116, 117 y 129 de la Constitución Nacional y art. 1, inc. 1° de la Ley 48 y art. 24, inc. 1 del decreto ley 1285/58, ratificado por Ley 14.467—.

2 - La reforma de 1994 no solamente introduce a la Ciudad como un actor autónomo del sistema federal sino que al hacerlo modifica radicalmente la histórica premisa según la cual la unión nacional requería suspender la participación de la ciudad como sujeto autónomo. En efecto, “el art. 129 de la Constitución Nacional reconoce a la Ciudad de Buenos Aires el status de “ciudad constitucional federada”: es ciudad, por sus características demográficas; es ciudad constitucional, por-

que es la única designada expresamente por su nombre y con atributos específicos de derecho público, a diferencia de las otras ciudades que son aludidas genéricamente al tratar los municipios de provincia; y es ciudad constitucional federada, porque integra de modo directo el sistema federal argentino juntamente con los restantes sujetos políticos que lo componen”.

3- La reforma constitucional de 1994 dota a la ciudad de autonomía “de legislación y jurisdicción”, y por esta vía la incluye en el diálogo federal. La Constitución modificada, por ejemplo, prevé la distribución de recursos de la coparticipación impositiva con la ciudad (art. 75, inc. 2 de la Constitución Nacional) o la posibilidad de la intervención federal en su territorio para garantizar la forma republicana de gobierno (art. 75, inc. 31). Esa reforma le reconoce la fundamental atribución de dictarse un “estatuto organizativo de sus instituciones” (art. 129 de la Constitución Nacional) que cumple la función de una Constitución, tal como sería posteriormente denominada por la Convención Constituyente de la Ciudad. De esa manera, la Constitución Nacional de 1994 transforma radicalmente la naturaleza política y jurídica de la ciudad de Buenos Aires que pasa a gobernarse por una Legislatura y un Jefe de Gobierno elegido directamente por el propio pueblo de la ciudad. A partir de esa trascendente decisión comienza el proceso de institucionalización de sus mandatos constitucionales.

Voto de Rosenkrantz (por su voto):

1- Es constitucionalmente inadmisibles equiparar la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a un vecino de provincia a efectos de denegarle el derecho a la competencia originaria de la Corte Suprema, pues tiene

atributos de un Estado miembro de la federación que no son captados por este concepto ni por las reglas que rigen su acceso a la jurisdicción federal, por lo tanto, no queda otra posibilidad que la de reconocerle el mismo lugar que los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional prevén para las provincias.

2- A partir de 1994, al ser dotada por la Constitución Nacional de autonomía política, la Ciudad de Buenos Aires se convirtió en un sujeto activo del federalismo argentino y, como tal, no puede en modo alguno ser considerada como una entidad política subordinada ni al Estado Nacional ni a ninguna de las provincias.

Voto en disidencia de Highton de Nolasco:

1- La Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en tanto no es una provincia argentina, no le corresponde la instancia originaria de la CSJN conforme a los Art. 116 y 117 de la Constitución Nacional.

2- El Art. 129 de la Constitución Nacional establece una limitación a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, al encomendar al Congreso garantizar por ley los intereses del Estado Nacional, mientras la capital de la Nación mantenga allí su asiento, y de esto se concluye que los constituyentes no concibieron a la Ciudad como una provincia ni a su autonomía con el mismo alcance que la de aquellas.

VII. Nuevas transferencias

Bajo el mandato del presidente Macri, a partir del año 2016 el proceso de construcción de la autonomía cobró un nuevo impulso. Así podemos citar las transferencias realizadas en materia de Seguridad, para lo cual el 5 de enero de 2016 se suscribió un Convenio entre el Estado Nacio-



nal y la CABA, para la “Transferencia progresiva de facultades y funciones de seguridad en todas las materias no federales ejercidas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. Por el mismo, operó la transferencia parcial de la Policía Federal a la CABA (transferencia de 19.058 agentes). El traspaso se materializó en el mes de enero de 2017, creándose la Policía de la Ciudad, compuesta por efectivos de la Policía Federal transferidos y agentes que pertenecían antes a la Policía Metropolitana.

También debe destacarse la transferencia realizada en materia de Juegos de Azar. Así es que en el año 2016, por el Decreto PEN 743/2016 y la Ley 5.785 de la CABA, sancionada el 15 de diciembre de 2016, operó la transferencia de competencias en materia de juegos de azar a la CABA.

Cabe señalar también otras transferencias cuyo proceso se ha iniciado pero que aún no han finalizado. En relación a la Justicia Nacional Penal, podemos citar el Convenio Interjurisdiccional para la Transferencia Progresiva de la Justicia Nacional Ordinaria Penal (19/01/2017), ratificado por la Legislatura de la CABA con fecha 5/4/17. Sin embargo, el Congreso Nacional no lo ha aprobado por lo que el Convenio nunca estuvo vigente. En el mismo se preveía el traspaso de delitos en materia penal no federal para ser juzgados por la CABA, y la transferencia de Juzgados, Cámaras y Tribunales Orales vacantes.

En materia de Consumo, en el año 2017 se suscribió un Convenio Interjurisdiccional entre la Nación y la CABA con el objeto de transferir la competencia ordinaria en los conflictos de las relaciones de consumo y de los distintos organismos y entidades encargados de llevarla adelante. No obstante, se previó que su entrada en vigencia se produzca una vez habilitados los órganos que integran la justicia en las relaciones

de consumo y de su aprobación por parte del Congreso Nacional y de la Legislatura de la Ciudad. Si bien la CABA ha aprobado el Convenio, aún no lo ha hecho el Congreso Nacional.

Sin perjuicio de ello, la Legislatura de la CABA sancionó la Ley 6.286 que modificó la Ley 7 Orgánica del Poder Judicial y dispuso que, hasta tanto se complete la transferencia de la Justicia del Consumo los jueces en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, intervendrán en materia de consumo. Para ello, el Consejo de la Magistratura de la CABA designó 6 juzgados con esa competencia.

En cumplimiento de dicha manda, el Consejo determinó los pares de juzgados de 1° instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario que asumieron la competencia en materia de consumo de forma semestral y alternada.

Con fecha 19 de enero de 2017, el Presidente de la Nación y el Jefe de Gobierno de la CABA firmaron Convenios para la transferencia a la Ciudad del Registro de la Propiedad Inmueble y de la Inspección de Sociedades Jurídicas. Fueron aprobados por Resoluciones N° 25/2017 y N° 27/2017 de la Legislatura, quedando pendiente aún su aprobación por el Congreso Nacional.

Finalmente, debemos mencionar que se encuentran pendientes la efectiva concreción de otras transferencias para completar el proceso de autonomía de la CABA. Entre ellas la justicia nacional de otros fueros (civil, comercial, laboral), el poder de policía en materia sanitaria, y el Puerto.

VIII. Nuevas cuestiones ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Durante la grave situación de emergencia que atravesamos debido a la pandemia se plantearon dos conflictos a raíz de decisiones adoptadas por el Estado Nacional que obligaron al Gobierno de la Ciudad a recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en jurisdicción originaria para hacer valer sus derechos y atribuciones como jurisdicción autónoma.

1. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad • 04/05/2021

Con fecha 16/04/2021 el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires presentó ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación una Acción Declarativa de Inconstitucionalidad contra el Estado Nacional, solicitando la declaración de inconstitucionalidad del art. 2 del DNU 241/2021 del Poder Ejecutivo, que había dispuesto la suspensión de clases presenciales en el ámbito del Área Metropolitana de Buenos Aires entre el 19 y el 30 de abril. La CABA señaló la violación de los arts. 5 y 129 de la Ley Suprema de la Nación, que garantizan la autonomía de las provincias y su función educativa y de la CABA, respectivamente. Afirmó, además, que dicho decreto fue discriminatorio, ya que mientras allí y en el resto del Área Metropolitana se prohibieron esas clases, no ocurrió lo mismo para el resto de las provincias, traicionando al federalismo.

Voto de la mayoría:

Como se expresa en los considerandos del voto mayoritario, no se trata sólo de ponderar una decisión temporaria y circunstancial, sino de dejar establecido un criterio rector de máxima relevancia institucional en el marco del federalismo argentino

La decisión emana de cuatro de los cinco integrantes de la Corte Suprema que se pronuncian a favor de la Ciudad de Buenos Aires entendiendo que, en el caso, la Nación violó su autonomía al ejercer facultades concurrentes en materia sanitaria invadiendo atribuciones locales en materia de educación sin la debida justificación competencial.

1. La demanda corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional.

2. 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.

3. Pone de resalto la consolidación, a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como sujeto del federalismo argentino en tanto “ciudad constitucional federada”.

4. La reforma de 1994 entendió que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debía ser considerada prioritariamente como “ciudad constitucional” y sólo subsidiaria y excepcionalmente, en cuanto se comprometieran los intereses federales, como territorio sujeto a normas y jurisdicción de ese tipo. La “capitalidad” -y por extensión la federalización- de la Ciudad de Buenos Aires es la excepción; la regla es la prevalencia del ejercicio regular de sus competencias locales.

5. Se indica con claridad cuál es el criterio que debe tenerse en el deslinde de competencias entre Go-

bierno Federal y los otros órdenes en materias concurrentes. Y como aquel solo tiene las que fueron delegadas por las provincias, mientras que estas conservan poderes originarios más amplios, debe interpretarse con criterio estricto y restrictivo las competencias del Gobierno Federal, tal como lo sostuvo Juan Bautista Alberdi, especialmente citado. Y se afirma que para que se cumpla el federalismo constitucional y no pierda realidad, ese criterio restrictivo debe impedir que el Gobierno Federal regule en base a su concurrencia de competencias, “... todo aspecto relacionado en forma vaga e injustificada con las competencias que la Constitución le asigna”, excluyendo a las provincias. Y aquí se cita a Clodomiro Zavallía que en 1929 advertía sobre el riesgo de considerar que todo progreso o bienestar podía provenir solo de las autoridades federales en detrimento de las provinciales.

Voto de Rosenkrantz **(por su voto)**

1. Tiene dicho este Tribunal que “[...] los poderes de emergencia nacen exclusivamente de la Constitución, la que los conforma y delimita, por lo que todo avance más allá de ese marco conceptual desborda la legitimidad, tornándose en arbitrariedad y exceso de poder” (“Antinori”, Fallos: 321:2288).

2. Como señaló con acierto el juez Petracchi, y de un modo especialmente relevante para este caso, “La emergencia no crea el poder, ni aumenta el poder concedido, ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido, o reservado [...]” (Fallos: 322:2817, disidencia del juez Petracchi, considerando 5°).

3. El federalismo argentino, desde 1994, tiene un nuevo estado

participante bajo la forma de una ciudad constitucional federada que ejerce su autonomía política de manera coordinada con el resto de las unidades que integran la federación y la Nación. Tal ha sido la inteligencia del art. 129 de la Constitución que ha dado fundamento a la decisión de esta Corte registrada en Fallos 342:533.

Voto de Lorenzetti **(por su voto)**

Los precedentes de esta Corte establecen que el ejercicio de los derechos puede ser restringido parcialmente y durante un tiempo limitado cuando es una medida razonable y proporcional en una situación de una emergencia justificada.

1. El principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional (Fallos: 316:3104; 328:566; 337:1464; 340:1480).

2. Defensa de los principios constitucionales del federalismo fiscal

La coparticipación es un mecanismo que sirve para modular la política tributaria entre múltiples niveles de gobierno. Se trata de una herramienta que conjuga funciones compartidas por el gobierno federal y los provinciales por medio de un acto de coordinación que se plasma normativamente en un régimen contractual o convencional. El gobierno federal crea normativamente el tributo y se compromete a distribuir la recaudación entre él mismo y los gobiernos provinciales. Asimismo, los entes locales, para armonizar el ejercicio compartido de los poderes tributarios, quedan obligados a no



establecer esos mismos tributos.

En el año 1994 la coparticipación federal de impuestos fue constitucionalizada y elegida por el constituyente como sistema de coordinación por excelencia para armonizar el ejercicio concurrente de facultades tributarias por la Nación, las provincias y la flamante Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los arts. 75, inc. 2, y 129 (este último por perfilar su autonomía política). Es decir que cualquier tipo de negociación y coordinación tributaria que afecte a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires requiere de su participación y voluntad.

Ahora bien, es sabido que en el largo camino recorrido por el sistema de coparticipación federal, a pesar de haber transitado períodos pacíficos, muchas veces ha prevalecido la discrecionalidad y la ambición del gobierno federal de dominar todos los niveles de gobierno y de utilizar el régimen fiscal para castigar o someter a las jurisdicciones locales.

Los distintos coeficientes asignados a la CABA fueron siempre establecidos mediante el inevitable acuerdo de la CABA con el Estado Nacional, y gozaron además de ratificación legislativa. Esta concertación entre la Nación y la CABA se vio interrumpida con el Decreto 735/PEN/2020 mediante el cual el Poder Ejecutivo Nacional, de manera unilateral, en forma manifiestamente arbitraria e inconstitucional, dispuso reducir el coeficiente de coparticipación de la CABA, y lo redujo más aún a partir de la aprobación de la Ley 27.606, lo que ha significado un nuevo giro hacia el unitarismo fiscal.

El decreto desconoce la naturaleza convencional del régimen de coparticipación impositiva. En este sentido, el gobierno federal no ha negociado ni cuenta con el acuerdo del gobierno porteño para decidir una eventual modificación en el ni-

vel de participación de la Ciudad.

A su vez, la Ley 27.606 modifica la transferencia de facultades y funciones de seguridad en todas las materias no federales, así como el coeficiente de coparticipación que corresponde a la CABA, en clara violación al texto de la Constitución Nacional.

Recibir los fondos asignados en virtud de la coparticipación necesarios para cumplir las nuevas competencias transferidas, hace a la esencia misma de la autonomía; si esos fondos son arbitrariamente reducidos y se transfieren competencias sin la conformidad de la jurisdicción receptora respecto a los recursos necesarios para cumplirlos, sin consideración a las necesidades públicas, vulnerando los acuerdos previos, cambiando la forma y tiempo de su remesa, esa autonomía reconocida en nuestra Constitución Nacional no podrá ser ejercida de modo pleno.

Si al federalismo se lo despoja de la concertación entonces deja de ser federalismo en términos constitucionales, y ello es lo que ha acontecido con el dictado del Decreto 735/PEN/2020 y de la Ley 27.606. Ambas normas se encuentran impugnadas judicialmente en trámite en instancia originaria ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y se encuentran en trámite.

Cabe también recordar que con fecha 21 de diciembre de 2022 la Corte Suprema dictó una sentencia cautelar en dichas actuaciones favorable a la CABA que, a la fecha, se encuentra todavía incumplida por el Estado Nacional.

IX. Conclusión

Tal como hemos procurado reseñar en estas líneas, la autonomía de la CABA ha sido expresamente reconocida a partir de la última reforma constitucional, encontrándose a los

finés prácticos equiparada al status de las provincias.

En cumplimiento de ello varias competencias y atribuciones le han sido ya transferidas, pero debe también mencionarse que otras se encuentran pendientes, en un proceso largamente postergado sin razones sustanciales que lo justifiquen.

Esta demora ya advertida por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación menoscaba las atribuciones de la CABA, provocando de modo creciente una situación de inconstitucionalidad que corresponde hacerse cesar.

Esta postergación genera conflictos y fricciones e inclusive el surgimiento de iniciativas que procuran sortear, aunque a veces en forma que algunos puedan entender heterodoxa, la inadmisibles parálisis en la construcción plena de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires.

Con la mayor firmeza y capacidad de diálogo, la CABA viene reclamando avanzar en este demorado proceso en resguardo de la Constitución, el federalismo y los derechos de quienes viven, transitan y trabajan en la ciudad de Buenos Aires.

(#) Ex Procurador General de la CABA desde 2015 a 2023

