



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS  
UNPSJB

# Revista Patagónica de Derecho

---

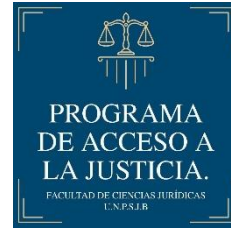
Publicaciones jurídicas de la Facultad  
de Ciencias Jurídicas de la  
Universidad Nacional de la Patagonia  
San Juan Bosco.

**Número V**  
[www.fcj.unp.edu.ar](http://www.fcj.unp.edu.ar)





FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS **UNPSJB**



**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PATAGONIA  
SAN JUAN BOSCO**

**NÚMERO V AÑO 2026**

***ISSN 3008-9247***



# **DIRECTOR DE LA REVISTA**

*Dr. Leonardo Andrés Behm*

Revista creada y avalada académicamente por Resolución 37/2023 (04/07/2023) del  
Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la  
Patagonia San Juan Bosco



# **AUTORIDADES FCJ-UNPSJB**

## **DECANO**

*Dr. José Francisco C. Schiavone*

## **VICE DECANO**

*Dr. Juan Carlos Morando*

## **SECRETARIA ACADEMICA**

*Dra. Sonia E. Armando*

## **SECRETARIA ADMINISTRATIVA**

*Dra. Paola Cirión*

## **SECRETARIA DE INVESTIGACIÓN Y POSGRADO**

*Dra. Camila Velasco*

## **SECRETARIO DE EXTENSIÓN Y BIENESTAR ESTUDIANTIL**

*Dr. Facundo Castro*



## *SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR*

*Se deja expresa constancia que las manifestaciones vertidas en los artículos doctrinarios de esta Revista lo son bajo la exclusiva responsabilidad de sus autores, quienes han declarado expresamente que lo elaborado por ellos es de su completa autoría y que no viola derechos de propiedad intelectual de terceros.*



# ÍNDICE

*Palabras iniciales a cargo del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Dr. José Francisco Cruz Schiavone* (p. 15).

## OPINIÓN

*Jueces, ideología y realidad. La necesidad de tener calle. Por Javier Leal de Ibarra* (p. 17)

## ARTÍCULOS POR ÁREA

### *Derecho Ambiental*

*Desafíos para la implementación del Acuerdo de Escazú en la Provincia del Neuquén. Por Martín Cabrera Mirassou y Lucía De Bernardin* (p. 21)

### *Derecho Procesal Constitucional*

*Derecho Ambiental y Derecho del Consumidor en clave colectiva. Su aseguramiento, mediante el proceso de amparo en la Provincia del Chubut. Por Francisco López Simpson* (p. 39)

### *Historia Constitucional*

*El juicio por jurados y la cuestión galesa en Chubut: un análisis del acceso a la justicia regional y su legado al derecho argentino. Por José Francisco Cruz Schiavone y Carlos Pérez* (p. 49)

### *Derecho Procesal Penal*

*El plazo razonable determinado en el proceso penal de la provincia de Chubut. Por Emanuel Campos* (p. 55)

### *Derecho Societario*

*El fideicomiso sobre participaciones societarias. Por Leonardo J. Barzini* (p. 67)

### *Derecho Civil*

*El ocaso de la teoría general del acto jurídico ;El acto jurídico voluntario ya no goza de buena salud!* **Por Fernando Shina** (p. 79)

### ***Derecho Administrativo***

*La competencia contencioso administrativa en la provincia del Chubut según la Ley I N° 836.* **Por Guillermo Walter** (p. 89)

*La habilitación de instancia en la Ley I N° 836. El antes y el después de este hito normativo.* **Por Leonardo A. Behm** (p. 105)

### ***Derecho Penal***

*Política criminal como política pública y derecho penal como sistema de garantías: una reconstrucción crítica desde Binder.* **Por Nicanor Barrios** (p. 115)

### ***Derecho a la Salud***

*El rol de la Defensa Técnica en el Acceso a la Salud de las Infancias sin cuidados parentales en Chubut.* **Por Christian Aprosoff** (p. 153)

### ***Derecho de las Infancias***

*Los fundamentos jurídicos de la autonomía progresiva.* **Por Morena García Pazos y Carolina March** (p. 163)

### ***Derecho Constitucional***

*El procedimiento administrativo de acceso a la información pública: perspectiva comparada entre el régimen nacional y el de la provincia del Chubut.* **Por Juan I. Sueldo** (p. 179)

### ***Derecho de Daños***

*La Reparación del daño moral y su cuantificación. Jurisprudencia nacional, internacional y de la Provincia del Chubut.* **Por Patricio Cosentino** (p. 193)

### ***Derechos Humanos***

*El control de convencionalidad a 20 años del Caso Almonacid Arellano de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Análisis sobre su impacto y los debates que se vienen en un escenario regional complejo). Por Cecilia I. Vallejos (p. 235)*

*Antecedentes académicos y profesionales de los autores (p. 263)*



***Palabras Iniciales – Quinta Edición***  
***Revista Patagónica de Derecho***  
***Facultad de Ciencias Jurídicas – UNPSJB***

*\*Dr. José Francisco Cruz Schiavone, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas, UNPSJB*

La publicación de la quinta edición de la Revista Patagónica de Derecho representa la consolidación de un proyecto académico que, desde su nacimiento, fue concebido como un espacio de reflexión, producción y difusión del pensamiento jurídico desde la Patagonia hacia el resto del país y la comunidad académica internacional.

Aquella iniciativa que en sus inicios constituyó un desafío institucional, hoy se presenta como una realidad consolidada, sostenida por el compromiso permanente de docentes, investigadores, graduados y estudiantes que, edición tras edición, contribuyen al fortalecimiento del debate jurídico y al crecimiento de nuestra Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco.

Esta quinta edición no sólo reafirma la continuidad de la Revista, sino que también evidencia la madurez académica alcanzada. La producción científica, el análisis crítico y la pluralidad de enfoques que caracterizan a sus páginas permiten consolidar un espacio de pensamiento abierto, democrático y profundamente comprometido con los desafíos jurídicos contemporáneos, especialmente aquellos vinculados a nuestra región patagónica.

La universidad pública, y particularmente las Facultades de Derecho, tienen la responsabilidad de generar conocimiento, promover el debate y contribuir a la construcción de una sociedad más justa. En este sentido, la Revista Patagónica de Derecho constituye una herramienta fundamental para la difusión del saber jurídico, fortaleciendo la investigación y promoviendo la participación de todos los claustros universitarios.

Asimismo, resulta importante destacar que esta publicación no sólo proyecta la producción científica de nuestra Unidad Académica, sino que también fortalece los vínculos con otras instituciones, investigadores y profesionales del derecho, consolidando una red de intercambio que enriquece el desarrollo científico y académico de nuestra Facultad.

En esta oportunidad, deseo expresar un especial agradecimiento y reconocimiento al Director de la Revista Patagónica de Derecho, Dr. Leonardo Andrés Behm, cuya

dedicación, compromiso y permanente impulso han sido determinantes para el crecimiento y consolidación de este proyecto editorial. Su labor sostenida, junto al equipo de trabajo que lo acompaña, ha permitido que la Revista alcance un nivel académico de excelencia, convirtiéndose en un espacio de referencia para la producción jurídica regional y nacional.

Quiero también expresar mi profundo reconocimiento a quienes hacen posible esta quinta edición: al equipo editorial, a los autores, a los evaluadores y a todos aquellos que, con su trabajo y dedicación, sostienen este espacio de producción académica. Su compromiso refleja el espíritu de una Facultad joven, dinámica y comprometida con la excelencia académica.

Como Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, recibo con orgullo esta nueva edición de la Revista Patagónica de Derecho, convencido de que su continuidad fortalece nuestra identidad institucional y reafirma el camino de crecimiento académico que venimos transitando.

La consolidación de este proyecto nos invita a seguir trabajando con el mismo entusiasmo de sus inicios, proyectando nuevas metas y fortaleciendo el compromiso con la enseñanza, la investigación y la extensión universitaria.

Con gran satisfacción, presentamos este quinto número, reafirmando nuestro convencimiento de que el conocimiento jurídico, cuando se comparte y se debate, contribuye al desarrollo institucional y al fortalecimiento democrático de nuestra sociedad.

***Dr. José Francisco Cruz Schiavone***

*Decano*

*Facultad de Ciencias Jurídicas*

*Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco*

## *Jueces, ideología y realidad. La necesidad de tener calle*

*\*Por Javier Leal de Ibarra*

Desde que tengo memoria escucho la misma pregunta en todo ámbito cercano a la universidad, a la cátedra o la judicatura. ¿Los jueces tienen ideología?

También, y con la misma frecuencia, escuché respuestas a ese interrogante, pudiendo distinguir entre aquellas “políticamente correctas” y otras calificadas como “honestas”. A la primera se responde sistemáticamente “...no señor. El juez aplica la ley...” y, a la segunda, tal vez con menos ahínco “...Si, claro. Como todo ser humano...”.

Durante mucho tiempo se imaginó y diseñó al Juez como una suerte de “monje tibetano”, impermeable a la política, a la economía, a la historia y por cierto hasta ajeno a los pequeños placeres mundanos. Una suerte de ser superior que decide solo guiado por la ley, la jurisprudencia y, en el mejor de los casos por la rimbombante “sana crítica racional”, al punto que esos seres solo podían pronunciarse a través de sus sentencias sin contacto de ninguna índole con aquellos a quienes están dirigidas sus decisiones.

Ahora bien, como en casi todos los aspectos de la vida, el tiempo hizo su trabajo, y aquel concepto de “ascetismo judicial” fue lentamente dejándose de lado para comprender hoy que el juez es un ser humano más que, como sabiamente lo refirió Ernesto Sábato en “La Resistencia”, piensa, siente, ríe y quiere.

Esa humanidad a la que aludía Sábato, trae consigo, sin ninguna duda, la para muchos “temida ideología”, la que tengo para mí que se nutre de experiencias, alegrías, decepciones, entusiasmos y realidades vividas, circunstancias que pretender dejar de lado al ejercer cualquier tipo de actividad -incluyendo obviamente la jurisdiccional- es cuanto menos irreal.

Lejos de aquel ser superior de antaño, los jueces no son máquinas de aplicar leyes decretos o resoluciones sin pasado ni historia, son personas que deciden con instrumentos jurídicos y con todas esas circunstancias que han ido formando su personalidad y su visión del mundo a la que llamamos ideología.

Muy humildemente pienso que todo ser humano tiene un conjunto de creencias que lo llevan a mirar al universo de una determinada manera, la que en el caso del Juez no lo debilita ni menoscaba a la hora de juzgar, sino por el contrario lo convierte en más honesto y responsable, pues no abrigo dudas en que la imparcialidad no reposa en no tener ideología sino en que ella no se convierta en quien gobierna la decisión.

A esa resolución honesta y responsable a la que me acabo de referir, y también recurriendo al tiempo como instrumento sanador de formalidades vetustas, debo decir que la realidad siempre tiene que estar presente en una sentencia dictada por un Juez a quien la Constitución Nacional le brinda ni más ni menos que el poder de decidir sobre vidas y patrimonios de las personas.

Es a esa realidad a la que me voy a dedicar a continuación y a la que titulé en este trabajo con la palabra “calle”.

En muchos ámbitos se destacan de manera loable a aquellos que conocen al mundo fuera de los textos o de las doctrinas, o que entienden la verdadera naturaleza de las personas, o que saben distinguir lo formal de lo esencial como personas que “tienen calle”. En síntesis saben cómo funciona la vida real.

Es a partir del orden de pensamiento que vengo expresando que la enorme responsabilidad que tiene un magistrado al momento de decidir tiene que tener como fundamento esencial además del necesario conocimiento enciclopédico la comprensión de la realidad.

La tarea de resolver conflictos que llegan a un tribunal no es una operación de laboratorio ni una ecuación matemática que no nace, ni en tertulias vespertinas ni en elucubraciones fácticas imaginarias, sino que se originan en tragedias concretas, en complejidades cotidianas y en relaciones desiguales.

Sin que suene ni demagógico ni populista -lejos de ello- tengo para mí que el Juez debe tener una clara comprensión de la realidad sobre la que tiene que pronunciarse, tiene que tener “calle”, sin que ello signifique ninguna prebenda sentimental ni idealismo ingenuo.

Esa realidad se integra en saber cómo se vive, como se trabaja, como se habla y como se siente fuera de lo escrito en los viejos expedientes en papel o se refleja en la fría pantalla de la computadora.

La calle, la comprensión de la realidad o como se lo quiera llamar brinda al magistrado una enseñanza que no se aprende ni en la facultad ni en los posgrados, cual es que la justicia se aplica sobre personas reales, sobre aquellos que -volviendo al maestro Sábado- piensan sienten ríen y quieren.

Lo que he expresado, no implica “decidir con el corazón” o improvisar soluciones simpáticas o sentimentales que se alejen de la ley. De lo que se trata es de resolver un conflicto aplicando e interpretando la ley con los pies sobre la tierra.

Para concluir, me permitiré señalar que desconocer que los jueces tengan ideología a la hora de sentenciar es como pretender tapar el cielo con las manos, el problema es fingir que no la tienen y que, el derecho no pierde autoridad cuando mira la realidad, la pierde cuando simula que no la ve.



## *Desafíos para la implementación del Acuerdo de Escazú en la Provincia del Neuquén*

*\*Por Martín Cabrera Mirassou y Lucía De Bernardin*

### **I. Introducción**

El 22 de abril de 2021 entró en vigor el Acuerdo Regional sobre Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú).<sup>1</sup> Este instrumento constituye el primer tratado ambiental de derechos humanos para la región, de naturaleza jurídicamente vinculante, derivado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20) con relación a los derechos de acceso.

El objetivo rector del Acuerdo consiste en garantizar la implementación plena y efectiva, en América Latina y el Caribe, de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones y acceso a la justicia en materia ambiental. Asimismo, a través de sus disposiciones, se impulsa la creación y el fortalecimiento de capacidades nacionales, junto con el fomento de la cooperación regional, buscando asegurar que el progreso económico se produzca en armonía con la naturaleza y no a costa de ella. En última instancia, este tratado contribuye sustantivamente a la protección del derecho humano de cada persona, tanto de las generaciones presentes como futuras, a vivir en un medio ambiente sano y a la efectiva consecución de un desarrollo sostenible.

El presente estudio tiene por objeto examinar el Acuerdo de Escazú y su implementación en la República Argentina, con especial énfasis en la realidad normativa e institucional de la Provincia del Neuquén. En vistas de ello, se propone determinar, mediante un abordaje cualitativo y un análisis documental de fuentes primarias y secundarias, el alcance del Acuerdo y su relación con las normas vigentes en la jurisdicción local. A tal fin, se describen inicialmente sus principios y características distintivas. Luego, se exponen las leyes nacionales de presupuestos mínimos y la legislación complementaria neuquina vigentes sobre la materia. El análisis se estructura sobre los tres ejes rectores de la democracia ambiental: acceso a la información ambiental, la participación ciudadana en procesos de toma de decisiones ambientales, y una tutela judicial efectiva en asuntos ambientales.

---

<sup>1</sup> La República Argentina aprobó el tratado por ley 27.566 el 24 de septiembre de 2020, y lo ratificó el 22 de enero de 2021. Al 28 de febrero de 2026, el tratado cuenta con 19 Estados parte.

## II. El Acuerdo de Escazú

El Acuerdo de Escazú busca dar concreción y cumplimiento a los estándares del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992. Dicho precepto establece que el mejor modo de abordar las cuestiones ambientales implica la participación de todos los ciudadanos interesados. Además, según este principio, toda persona debe tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente del que dispongan las autoridades públicas, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deben entonces, facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población, y proporcionar acceso efectivo a procedimientos tanto judiciales como administrativos imparciales (tutela judicial efectiva).

Una revisión bibliográfica del tema muestra que el Acuerdo de Escazú ha sido objeto de estudio en cuanto a sus antecedentes, su contexto regional, sus procesos de negociación, y su contenido sustantivo. Al respecto, Tognoli<sup>2</sup> ha examinado los desafíos inherentes al tratado, aun cuando su entrada en vigor no se había producido. Por su parte Lovón Cueva<sup>3</sup>, analiza la implementación del Acuerdo en el Estado de Perú, relatando la promoción del instrumento en cuestión, y examinando las ventajas centrales que favorecen a dicho país. Su investigación concluyó en que el Acuerdo es útil desde un plano tanto multilateral como nacional. Por su parte, Médici Colombo<sup>4</sup> realiza una presentación detallada e integral del Acuerdo en la cual no sólo analiza el contenido del instrumento, sino que además contextualiza el origen de los derechos de acceso, el camino que se ha recorrido para lograr su consagración y su vinculación con el Convenio de Aarhus. Finalmente, en nuestro país Prieur, Sozzo y Nápoli<sup>5</sup> editan el texto más completo sobre el Acuerdo, pero si bien analizan el marco nacional, no abordan la casuística de las jurisdicciones provinciales.

A nivel subnacional, aún resultan escasos los estudios enfocados en la aplicación efectiva del Acuerdo. En uno de esos trabajos, un autor propone un análisis de los

---

<sup>2</sup> TOGNOLI, J. A. “Desafíos de la democracia ambiental en el marco de la firma del Acuerdo de Escazú” en Anuario en Relaciones Internacionales, IRI, Universidad Nacional de La Plata, 2018.

<sup>3</sup> LOVÓN CUEVA, M. A. “El multilateralismo ambiental y el Acuerdo de Escazú: un mecanismo vinculante necesario para el Perú” en IUS INTER GENTES - Revista de Derecho y Relaciones Internacionales, (1), 2020, 81-99.

<sup>4</sup> MÉDICICOLOMBO, G. “El Acuerdo Escazú: la implementación del Principio 10 de Río en América Latina y el Caribe” en Revista Catalana de Dret Ambiental, 9 (1), 2018, 1-66.

<sup>5</sup> PRIEUR, M., SOZZO, G., & NÁPOLI, A. (Eds.) “Acuerdo de Escazú: hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe”. Ediciones UNL, Santa Fe, 2020.

conflictos socio ambientales en Río Negro y las políticas públicas.<sup>6</sup> Por su parte, Sánchez Más y Neris<sup>7</sup> hacen hincapié en la provincia de San Juan a fin de comparar la normativa ambiental. De esta manera, se advierte la ausencia de investigaciones específicas que examinen el proceso de implementación del Acuerdo en la Provincia del Neuquén.

Desde la perspectiva del derecho internacional, el Acuerdo es un tratado internacional, regional, multilateral y abierto. Dada su naturaleza jurídica, requiere que cada jurisdicción lo internalice, a través de la sanción, reforma normativa y creación de instituciones y mecanismos, programas y políticas públicas con un enfoque de derechos humanos. Es por ello, que el texto del Acuerdo incorpora recurrentemente cláusulas de remisión a la legislación interna de los Estados, utilizando frases como: “Cada Parte asegurará en el marco de su legislación ambiental”, “Cada Parte, de acuerdo con sus posibilidades y de conformidad con sus prioridades nacionales” y “Cada Estado en el marco de sus regulaciones internas” (Acuerdo de Escazú, art. 4.3). De acuerdo con Berros,<sup>8</sup> Argentina cuenta con normas ambientales que poseen cierta sintonía con el contenido de Escazú, sin embargo, existe un problema de efectividad e implementación del derecho ambiental. Además, el Acuerdo introduce la protección imperativa de los defensores ambientales, cuya regulación específica continúa pendiente en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

Desde una perspectiva técnico-jurídica, el Acuerdo de Escazú se configura como un instrumento que abarca normas de *hard law* como también de *soft law*, factor que incide en el vigor de las obligaciones asumidas por los Estados parte. Resulta significativo señalar que en tal sentido, el corpus normativo emplea verbos rectores, de naturaleza imperativa, que imponen compromisos jurídicos de carácter rígido y vinculante, tales como “garantizar”, “fortalecer” o “asegurar”. Por el contrario, existen otros términos que conceden un mayor margen de flexibilidad para su cumplimiento entre los que destacan “avanzar”, “promover”, “alentar”, “incentivar”, “facilitar” y “procurar”. La adaptabilidad del tratado se refuerza mediante el uso de cláusulas de modulación o reserva tales como “en la medida de los recursos disponibles”, “según sus posibilidades y capacidades”, “en forma progresiva” o “bajo el marco de sus prioridades nacionales”, permitiendo una

---

<sup>6</sup> INTI AZERRAT, J. M. “El Acuerdo Escazú y la accesibilidad a derechos ambientales en la Provincia de Río Negro, Argentina: un paso hacia el desarrollo sostenible” en Revista RED pensar, 7 (2), 2018, 1-15.

<sup>7</sup> SÁNCHEZ MAS, C., & NERIS, G. “El Acuerdo de Escazú y su inserción en el derecho argentino: una visión desde la provincia de San Juan” en Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo, 3(3), 2020, 95-111.

<sup>8</sup> BERROS, M. V. “Argentina y el Acuerdo de Escazú” en Informe Ambiental 2020. Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), Buenos Aires, 2020, 261-262.

implementación armónica tanto con las realidades como con las legislaciones locales de cada Estado parte.

En cuanto al contenido del Acuerdo, se establece en el artículo 2 una delimitación precisa del concepto de autoridad competente para la efectiva operatividad de los derechos de acceso, generación y divulgación de información ambiental. En ese sentido, se entiende por autoridad competente a toda institución pública que ejerza las potestades y funciones administrativas, incluyendo organismos autónomos e independientes bajo control estatal o cuya facultad emane del orden constitucional o legal. El tratado, además, extiende esta responsabilidad a las organizaciones privadas en el supuesto que perciban fondos o beneficios públicos –de forma directa o indirecta- o desempeñen servicios de interés público. Cabe mencionar que se realiza una acotación jurisdiccional determinando que la obligatoriedad para estos entes privados se circunscribe estrictamente a la gestión de dichos recursos o a las funciones públicas específicamente delegadas. Esta definición tiene como propósito evitar que la descentralización de funciones o el uso de capitales públicos en la esfera privada, se traduzca en una opacidad que menoscabe el derecho ciudadano a la transparencia ambiental.

En virtud del mismo artículo 2, se establecen definiciones sustantivas para la interpretación y aplicación del tratado, a saber:

a) Información ambiental: comprende cualquier información en soporte escrito, visual, sonoro, electrónico o registrado en cualquier otro formato, relativa al medio ambiente y sus elementos, así como a los recursos naturales. Esta noción extensiva incluye datos sobre riesgos ambientales y posibles impactos adversos que afecten o puedan afectar tanto al ecosistema como a la salud humana, además de lo vinculado a la protección y gestión del entorno.

b) Público: se define como una o varias personas físicas o jurídicas, así como las asociaciones, organizaciones o grupos constituidos por estas, que posean la nacionalidad del Estado parte o que se encuentren sujetos a su jurisdicción nacional. Es relevante destacar que, bajo este estándar, una sola persona es suficiente para satisfacer el concepto de público sin requerir una pluralidad de participantes.

c) Personas o grupos en situación de vulnerabilidad: aquellos sujetos que enfrentan dificultades específicas para ejercer de manera plena los derechos de acceso reconocidos en el Acuerdo. La determinación de esta condición depende de las circunstancias del contexto nacional de cada parte y debe realizarse en estricta observancia de sus obligaciones internacionales.

Como se ha expuesto, el Acuerdo aborda tres ejes fundamentales, siendo estos los pilares de la democracia ambiental. El primero de ellos es el correspondiente al acceso a la información ambiental, precepto bajo el cual cada Estado asume la obligación de garantizar el derecho del público de acceder a la información ambiental que se encuentra en su poder, bajo su control o custodia. Este derecho se rige imperativamente por el principio de máxima publicidad, el cual establece una presunción de transparencia sobre toda información estatal, permitiendo únicamente un sistema restringido de excepciones que deben ser interpretadas de forma restrictiva y fundamentada (art. 5).

El segundo eje regula la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales, lo que impone a los Estados el deber de asegurar que la intervención ciudadana sea abierta e inclusiva. Para que esta prerrogativa sea efectiva, las partes se comprometen a implementar mecanismos participativos desde las etapas iniciales del proceso decisorio, asegurando que las observaciones del público sean debidamente ponderadas y contribuyan sustantivamente a la legitimidad de la decisión final (art. 7).

Por último, el acceso a la justicia en asuntos ambientales (art. 8) tiene por objeto garantizar la tutela judicial efectiva de conformidad con las garantías mínimas del debido proceso. A tal fin, cada parte debe asegurar, en el marco de su ordenamiento interno, el acceso a instancias judiciales y administrativas para impugnar y recurrir, tanto en cuestiones de fondo como de procedimiento: a) cualquier decisión, actuación u omisión vinculada con el acceso a la información ambiental o a la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales; y b) cualquier otro acto u omisión que afecte o posea la potencialidad de afectar, de manera adversa al medio ambiente o que contravenga las normas jurídicas relacionadas con la protección del entorno y los recursos naturales.

En aras de operativizar la tutela judicial efectiva en la esfera ambiental, el Acuerdo de Escazú impone a los Estados la obligación de internalizar un complejo de garantías procesales consagradas en su artículo 8.3. Este andamiaje institucional requiere, en primer lugar, la consolidación de órganos jurisdiccionales especializados dotados de pericia técnica y científica, lo que permite que el juzgador aborde con solvencia la complejidad intrínseca de los ecosistemas, resolviendo también el problema de asimetría técnica. Asimismo, se exige el diseño de procedimientos regidos por principios de transparencia e imparcialidad, garantizando que los costos procesales no resulten prohibitivos, eliminando así las barreras económicas que históricamente han disuadido la búsqueda de justicia.

Un pilar fundamental de este régimen es la legitimación activa amplia, la cual faculta a personas, colectivos y organizaciones civiles para accionar en defensa de intereses difusos y derechos de incidencia colectiva, sin las restricciones del derecho civil tradicional. Complementariamente, el sistema se robustece mediante la facultad de dictar medidas cautelares de carácter preventivo y urgente orientadas a evitar daños irreversibles o a recomponer el entorno afectado. En la faz probatoria, el Acuerdo introduce la carga dinámica de la prueba, un instituto innovador que traslada el deber de aportar evidencia técnica a la parte que se encuentra en mejores condiciones de generarla, corrigiendo las asimetrías entre ciudadanos y agentes contaminantes. Finalmente, la eficacia del sistema se garantiza a través de mecanismos de ejecución oportuna y un régimen de reparación integral que prioriza la restauración al estado anterior, la compensación y las garantías de no repetición.

El Acuerdo de Escazú continúa imponiendo a los Estados obligaciones proactivas destinadas a remover los obstáculos estructurales que impiden el ejercicio de los derechos ambientales. Según el artículo 8.4, cada parte debe establecer medidas para reducir o eliminar barreras al acceso a la justicia, lo que implica abordar impedimentos de índole económica, procesal, geográfica y cultural. Esto incluye la creación de medios de divulgación efectivos sobre los procedimientos legales disponibles y el establecimiento de mecanismos de sistematización y difusión de las decisiones judiciales y administrativas, asegurando que la jurisprudencia ambiental sea pública y accesible. Asimismo, el tratado exige atender las necesidades de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad, proporcionándoles asistencia técnica y jurídica gratuita para que la falta de recursos no sea un impedimento para litigar.

Con el fin de evitar una judicialización innecesaria y buscar soluciones consensuadas, el artículo 8.7 estipula que los Estados deben promover mecanismos alternativos de solución de controversias, tales como la mediación y la conciliación. Estos institutos permiten prevenir o resolver conflictos ambientales de manera temprana, independiente y expedita.

Especial referencia se realiza a los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales (art. 9). Este artículo se encuentra dedicado exclusivamente a la protección de ellos. Se trata del primer tratado vinculante en el mundo que incorpora disposiciones específicas para salvaguardar a las personas, grupos y organizaciones que promuevan y defiendan los derechos humanos. Dada la dramática situación en América Latina,

calificada como la región más peligrosa para el activismo ambiental, el tratado impone tres niveles de obligaciones estatales.

Por un lado, el entorno propicio (art. 9.1), que exige garantizar un ambiente seguro donde los defensores puedan actuar sin amenazas, restricciones ni inseguridad. Luego también el reconocimiento y promoción (art. 9.2), referido a la obligación de tomar medidas adecuadas para proteger todos sus derechos fundamentales, incluyendo la vida, integridad personal, libertad de expresión, derecho de reunión y asociación pacífica, y el derecho a circular libremente. Por último, la protección reactiva y preventiva (art. 9.3) consistiendo en un mandato imperativo de tomar medidas eficaces y oportunas para prevenir, investigar y sancionar cualquier ataque, amenaza o intimidación que sufran en el ejercicio de sus derechos.

La efectividad del Acuerdo depende sustancialmente de que estas garantías se apliquen, asegurando que quienes lideran el ejercicio de los derechos de acceso y a un medio ambiente sano, no se conviertan en víctimas de violencia. En este sentido, proporciona una importante base sobre la cual partir para proteger los derechos de las personas a través de su implementación en nuestro ordenamiento interno.

### **III. Desafíos de su implementación en el ordenamiento interno**

En el ordenamiento jurídico argentino, la Constitución Nacional consagra en su artículo 41 el derecho de todos los habitantes a gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, imponiendo además el deber de preservarlo. Por su parte, las autoridades proveerán a la información y educación ambientales. Su párrafo tercero, establece un sistema de reparto de competencias en el que corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales; y a las provincias, las necesarias para complementarlas. Justamente, dada nuestra naturaleza de Estado federal y el hecho de que las provincias poseen el dominio originario de los recursos naturales (federalismo de concertación) conforme al artículo 124 de la Carta Magna, se genera una arquitectura jurídica de elevada complejidad al momento de regular las cuestiones ambientales y armonizar la normativa ambiental.

Como pieza fundamental de este esquema, en el año 2002 se sancionó la Ley General del Ambiente 25.675, la cual establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y apropiada del ambiente, la preservación y protección de la

diversidad biológica, y la implementación efectiva del desarrollo sustentable. Esta norma se constituye como una ley marco de validez federal. Su texto congrega los aspectos básicos de la política ambiental nacional, por lo cual, debe ser utilizada como parámetro de interpretación al momento de aplicar la legislación específica. En virtud de su artículo 3, la norma es de orden público y sus cláusulas poseen carácter operativo, lo que obliga a las autoridades a organizar e integrar la información ambiental asegurando su libre acceso. En ese sentido resulta importante destacar que, según su artículo 2º, la ley establece como objetivos rectores de la política nacional, la organización e integración de la información ambiental, así como el fomento de la participación social en la toma de decisiones, principios que hoy deben leerse en clave de la Agenda 2030 y el Acuerdo de Escazú para fortalecer la gobernanza. Por otro lado, se reconoce a la educación ambiental y al sistema de diagnóstico e información ambiental como instrumentos de la política y gestión del ambiente.

Con respecto a la regulación de la información ambiental, la ley en su artículo 16 impone una obligación de legitimación amplia. Esto implica que cualquier persona puede obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada, sin necesidad de acreditar un interés determinado. Esta obligación incluso es extendida a personas tanto físicas como privadas. Todos ellos deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan. No obstante, el Acuerdo de Escazú refuerza este precepto al exigir que las excepciones a este derecho sean de interpretación restrictiva y se basen en el principio de máxima publicidad, superando el concepto de máxima divulgación de la normativa nacional previamente mencionada.

Por otro lado, a través de sus artículos 17 y 18 se operativiza la transparencia activa. Básicamente, se exige a la autoridad de aplicación desarrollar un sistema nacional integrado de información que administre los datos significativos y relevantes del ambiente, y evalúe la información ambiental disponible. Además, deberá proyectar y mantener un sistema de toma de datos sobre los parámetros ambientales básicos. Igualmente, las autoridades serán responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre él puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas (art. 18). En este sentido la ley reconoce a la educación ambiental como un instrumento estratégico (art. 8) para transformar los valores sociales hacia la sostenibilidad. A pesar de esta manda legal, las fuentes identifican un déficit de efectividad, destacando que Argentina carece de un Registro de Emisiones y

Transferencia de Contaminantes (RETC) plenamente operativo, una herramienta técnica que Escazú considera esencial para que la información sea sistemática, proactiva y accesible.

En cuanto al derecho de participación ciudadana, se consagra como un instrumento de gestión operativa, estableciendo el artículo 19 de la ley 25.675 que toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente. En su artículo 20, dispone que las autoridades deberán institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente. Específicamente, conforme el artículo 21 de la misma norma, la participación ciudadana deberá asegurarse en los procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio. Bajo los estándares del Acuerdo de Escazú, este derecho se expande hacia una participación temprana, que debe ocurrir desde las etapas iniciales de formación del proyecto cuando aún es posible influir en la decisión final.

En lo referente al derecho de acceso a la justicia, su tratamiento en la ley es escaso. La Ley General del Ambiente dispone en su artículo 32 que el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie, delegando en las normas procesales la regulación de este derecho. Este principio de tutela judicial efectiva faculta al magistrado para ordenar de oficio medidas para probar hechos dañosos y proteger el interés general. Sin embargo, la implementación efectiva enfrenta barreras estructurales debido a la escasez de órganos especializados y la omisión en el funcionamiento de instituciones clave como la Defensoría del Pueblo en diversas jurisdicciones.

Por otro lado, el 26 de noviembre de 2003 fue sancionada la ley 25.831 de Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental, la cual establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para garantizar el derecho de acceso a la información ambiental en poder del Estado, tanto en el ámbito nacional como provincial, municipal y de la Ciudad de Buenos Aires. De acuerdo con su artículo 1, la obligación de informar se extiende también a los entes autárquicos y a las empresas prestadoras de servicios públicos, independientemente de si su naturaleza jurídica es pública, privada o mixta.

Respecto a las condiciones de ejercicio, el artículo 3 garantiza que el acceso a la información ambiental será libre y gratuito, a excepción de aquellos costos derivados de la reproducción o envío de la información solicitada. Consagra además su artículo 3, una

legitimación amplia dado que cualquier persona –física o jurídica- puede solicitar información sin necesidad de acreditar un interés legítimo. Por su parte, los sujetos obligados identificados en el artículo 4, comprenden a las autoridades competentes de los organismos públicos, y a los titulares de las empresas prestadoras de servicios públicos, sean éstas públicas, privadas o mixtas.

Con relación a la ley 27.275 sobre Derecho de Acceso a la Información Pública, la misma fue sancionada el 14 de septiembre de 2016, y tiene por objeto garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y fomentar la transparencia de la gestión pública. En ella se define el derecho de acceso a la información pública como la facultad de buscar, acceder, solicitar, recibir, copiar, analizar, reprocesar, reutilizar y redistribuir libremente la información bajo custodia de los sujetos obligados, con las únicas limitaciones y excepciones que establece la misma norma. Se basa en 15 principios rectores entre los que destacan la presunción de publicidad, la máxima divulgación, la gratuidad, la buena fe y el principio *in dubio pro petitor*.

En cuanto a la legitimación activa para solicitar y recibir información pública, toda persona humana o jurídica, pública o privada, tiene este derecho, no pudiendo exigirse que se acredite derecho subjetivo o interés legítimo o que cuente con patrocinio letrado, consagrándose así una legitimación activa sumamente amplia. Con respecto a los sujetos obligados a cumplir este derecho, el artículo 7 recepta una vasta cantidad de entidades obligadas a entregar la información requerida, que incluye entre otros, a cualquier organismo estatal o entidad que reciba fondos públicos.

A través de su artículo 19 se crea la Agencia de Acceso a la Información Pública, un ente autárquico con autonomía funcional dentro del Poder Ejecutivo Nacional. Esta agencia tiene la misión de velar por el cumplimiento de los principios y procedimientos establecidos en la ley, resolver reclamos administrativos por incumplimientos y promover medidas de transparencia activa.

Al existir una ley de presupuestos mínimos que regula el derecho de acceso a la información ambiental, las provincias no pueden regular este derecho en forma más restrictiva de lo que establece esta ley, pero sí pueden dictar normas y establecer medidas más protectoras. La ley 25.831, al ser una ley de presupuestos mínimos, tiene potestad sobre autoridades de todo el país, sean nacionales, provinciales o municipales. Mientras que la ley de acceso a la información pública no cuenta con ese alcance.

Como se advierte, existe en la República Argentina una arquitectura normativa dual respecto del acceso a la información pública ambiental a nivel nacional. Se encuentra integrada por la Ley 25.831 (específica) y la Ley 27.275 (general), las cuales coexisten y se complementan sin excluirse recíprocamente. Estos dos sistemas se diferencian en términos de acceso a la información. Por ello, los derechos de las personas y las obligaciones de los sujetos obligados van a depender, en principio, del sistema que resulte aplicable a cada caso concreto. La Ley 25.831 por un lado, reviste el carácter de norma de presupuestos mínimos de protección ambiental lo que le otorga imperatividad sobre todas las jurisdicciones —nacional, provincial y municipal— e inhibe a los estados locales de sancionar regulaciones más restrictivas que este piso uniforme, aunque los faculta para dictar leyes más protectorias.

Por el contrario, la Ley 27.275, al ser una norma de transparencia general, limita su alcance obligatorio al ámbito de la Administración Pública Nacional, careciendo de la automaticidad federal y la vigencia territorial directa que poseen las leyes ambientales de presupuestos mínimos en las provincias. Esta falta de armonización menoscaba la seguridad jurídica de los sujetos obligados, quienes enfrentan dificultades para aplicar de manera coherente las disposiciones de un sistema sin comprometer los estándares del otro, afectando especialmente los plazos y regímenes de excepciones. Asimismo, la carencia de congruencia técnica impone barreras a los operadores jurídicos, limitando su capacidad para hacer cumplir las normas con la celeridad que la materia requiere. En consecuencia, los desafíos identificados en el acceso a la información no derivan de una carencia legislativa, sino de las disimetrías cualitativas entre ambos marcos legales y de la complejidad de su despliegue en el nivel subnacional, donde la aplicación suele ser fragmentada.<sup>9</sup>

En particular en lo que refiere a la Provincia del Neuquén, su Constitución establece en el artículo 54 que toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas o de cualquier índole, satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, así como el deber de preservarlo. Todo habitante de la Provincia tiene derecho, a solo pedido, a recibir libremente información sobre el impacto que causen o pudieren causar sobre el ambiente actividades públicas o privadas. A su vez, el Estado

---

<sup>9</sup> Sobre la coexistencia de estos dos sistemas de acceso a la información, véase ANDÍA, M. G., MARTOS, P. H., & COLOMBATO, I. “Desafíos en el acceso a la información ambiental: hacia una coordinación con el sistema de acceso a la información pública” en *Revista Jurídica Austral*, 3 (2), 2022, 613-658.

atiende en forma prioritaria e integrada las causas y las fuentes de los problemas ambientales (art. 90), correspondiendo a la Provincia el dictado de normas ambientales complementarias de las nacionales y de protección ambiental (art. 92).

#### **IV. Acceso a la información ambiental**

En ejercicio de su autonomía normativa, la Provincia del Neuquén no ha adherido a la ley nacional de acceso a la información pública, optando en su lugar por sancionar la ley 3044.<sup>10</sup> La misma regula los mecanismos de acceso a la información pública en la provincia. Sin embargo, se advierte una vacancia legislativa específica, dado que Neuquén, junto con Santa Cruz, se posiciona como una de las dos provincias argentinas que carecen de una ley de acceso a la información ambiental propiamente dicha.

La ley 3044 establece en su artículo 1° un marco general para el desenvolvimiento de los mecanismos de acceso, sin perjuicio de las normas específicas que pudieran existir en la materia. De acuerdo con su artículo 2°, los sujetos obligados a brindar información pública son: a) los tres Poderes del Estado provincial. b) los órganos pertenecientes a la Administración central, descentralizada, empresas y sociedades del Estado. c) El Consejo de la Magistratura, los órganos de defensa de los intereses del Estado y de Contralor, a saber: Fiscalía de Estado, Contaduría General y Tesorería, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo.

El artículo 3° estatuye los principios rectores que deben guiar la gestión de la información pública, a saber: a) publicidad de los actos de gobierno; b) máxima apertura y divulgación de la información; c) igualdad; d) publicidad; e) accesibilidad; f) informalidad; g) gratuidad; h) celeridad; i) eficacia. A su vez, en su artículo 4° la ley consagra una legitimación activa plena que faculta a cualquier persona, ya sea de existencia física o jurídica, a requerir y percibir información que cumpla con los caracteres de integridad, veracidad y oportunidad. Este ejercicio se fundamenta en el principio de publicidad de los actos de gobierno, el cual obliga a la administración pública a transparentar su gestión frente a los administrados.

Por otro lado, la normativa define como información pública a todo tipo de dato contenido “(...) en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato que haya sido creado u obtenido por el órgano requerido, que se encuentre en su posesión y bajo su control (...)” (art. 5). Este concepto

---

<sup>10</sup> Publicada: 06-01-2017, sancionada: 13-12-2016, promulgada: 26-12-2016.

abarca también los antecedentes documentales que sirvan de sustento a la formación de actos y contratos administrativos, así como las minutas de reuniones de carácter oficial.

La norma establece también un régimen de excepciones al deber de informar. Los principales límites en el acceso a la información pública están previstos en su artículo 6, donde se establece que no se suministrará información que la Administración haya obtenido confidencialmente de terceros o cuya publicidad pueda revelar la estrategia a adoptarse en la defensa o tramitación de una causa judicial, o cualquier otro tipo de información protegida por el secreto profesional. No obstante, de acuerdo a los estándares de la democracia ambiental y el principio de máxima publicidad, estas causales de reserva deben ser de interpretación restrictiva. El Acuerdo de Escazú refuerza esta noción al exigir que la autoridad pondere el interés de retener la información frente al beneficio público de su difusión, basándose en criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

En cuanto al *iter* procedimental, las solicitudes de información deben ser satisfechas en un plazo perentorio no mayor a quince días hábiles (art. 9). Resulta relevante destacar que este plazo provincial es más exigente que el estándar regional de treinta días hábiles previsto en el Acuerdo de Escazú. Por su parte, si la información solicitada se encuentra disponible en cualquier medio de fácil disponibilidad o acceso, se le hará saber al interesado la fuente, el lugar y la forma cómo puede obtenerla. De esta manera, se entenderá que se ha cumplido con la obligación de informar (art. 10). Por último, si una vez cumplido el plazo, la demanda de información no se hubiera satisfecho, se considerará que existe negativa a brindarla, debiendo el interesado requerir un pronunciamiento expreso de la autoridad requerida por escrito con petición de pronto despacho. Si vencido el plazo de diez días hábiles de recibida la interpelación, la autoridad requerida tampoco se pronuncia, quedará habilitada la vía judicial, sin más trámite (art. 11).

## **V. Participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales**

En la Provincia del Neuquén, el derecho a la participación ciudadana emana de un sólido bloque de constitucionalidad local. El artículo 308 de la Constitución Provincial establece que la Legislatura, el Poder Ejecutivo y los municipios pueden convocar a audiencia pública para debatir asuntos concernientes al interés público y al bienestar general. Este mandato se operativiza de forma específica en su artículo 93. El mismo dispone que todo emprendimiento público o privado que se pretenda realizar en el territorio de la Provincia y que pueda producir alteraciones significativas en el ambiente, deberá ser sometido a una evaluación previa de impacto ambiental conforme al

procedimiento que la ley determine, la que, además, contemplará mecanismos de participación ciudadana.

En el plano legislativo, la ley 1875 (Régimen de Preservación, Conservación y Mejoramiento del Ambiente) regula en su artículo 31 la facultad de la autoridad de aplicación para convocar a la comunidad a consultas previas sobre proyectos que, por su escala o características, requieran un Estudio de Impacto Ambiental. Si bien los resultados de estas audiencias poseen un carácter no vinculante, el ordenamiento jurídico exige que las opiniones de la ciudadanía sean consideradas en el acto administrativo final. A la luz del Acuerdo de Escazú, existe el desafío de transitar desde una participación meramente formal hacia una participación temprana y significativa, que ocurra desde las fases iniciales del diseño de las políticas y proyectos ambientales.

Un hito reciente en la tutela de derechos colectivos lo constituye la sanción de la ley 3401 en noviembre de 2023, que aprueba el Procedimiento de Consulta Libre, Previa e Informada Aplicable a las Comunidades Indígenas con Personería Jurídica Reconocida. Según su artículo 4, esta salvaguarda procedimental debe instarse con carácter previo a la autorización de programas de prospección o explotación de recursos naturales en territorios indígenas. Esta norma se alinea con el estándar de interculturalidad del Acuerdo de Escazú (Art. 7.15) y el Convenio 169 de la OIT, reconociendo la relación especial de estos pueblos con su hábitat y garantizando que las decisiones ambientales respeten sus formas propias de vida y desarrollo. Sin embargo, la falta de finalización del relevamiento territorial e inscripción de comunidades originarias puede dificultar la aplicación efectiva de esta norma.

## **VI. Acceso a la justicia en asuntos ambientales**

El andamiaje jurídico argentino para la tutela judicial efectiva en materia ambiental se sostiene en el bloque de constitucionalidad federal. Particularmente, la Constitución Nacional en su artículo 43 instituye la acción de amparo como una vía expedita e idónea para prevenir o recomponer lesiones, alteraciones o amenazas sobre derechos de incidencia colectiva. Este estándar convencional se ve potenciado por el artículo 8 del Acuerdo de Escazú, que interpela al Estado a garantizar el acceso a la justicia bajo las garantías del debido proceso ambiental, incluyendo el acceso a instancias judiciales y administrativas para impugnar cualquier acto u omisión que afecte negativamente al entorno.

En la jurisdicción local, la Constitución Provincial del Neuquén guarda sintonía con estos preceptos en su artículo 59, el cual establece que toda persona afectada puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo que garantice una tutela judicial efectiva, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos en la Constitución de la Provincia, las leyes que en su consecuencia se dicten y la Constitución Nacional. Podrán también interponer esta acción en lo relativo a los derechos colectivos, cualquier persona, el Defensor del Pueblo y las personas jurídicas que propendan a esos fines. Asimismo, el ordenamiento provincial recepta la acción de inconstitucionalidad como un mecanismo de control para resolver la validez de leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas y reglamentos que estatuyan sobre materia regulada por la carta magna provincial.

Específicamente, a nivel administrativo, la ley 1284 de procedimiento administrativo permite interponer impugnaciones administrativas por quienes aleguen un derecho subjetivo público, bajo los principios de gratuidad e informalismo.

No obstante, se advierte un déficit institucional significativo. Si bien la Constitución Provincial también prevé la creación de la Defensoría del Pueblo, a la fecha no fue puesta en funcionamiento. Se constituye como un órgano independiente instituido en el ámbito del Poder Legislativo, que actúa con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad y con autarquía financiera. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución, en las leyes que en su consecuencia se dicten y en la Constitución Nacional ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de toda función administrativa pública. Tiene legitimación procesal amplia. Puede actuar ante la Administración y accionar judicialmente frente a todo acto u omisión de autoridad pública que agreda, actual o potencialmente, algún derecho subjetivo público (art. 265).

Finalmente, a pesar del mandato del Acuerdo de Escazú que insta a los Estados a contar con órganos jurisdiccionales especializados, la provincia no cuenta con un fuero ambiental específico si bien dentro de la estructura del Ministerio Público Fiscal, existe una Unidad Fiscal de Delitos Ambientales y leyes especiales. Por su parte, también se identifica una vacancia normativa respecto a la protección de las personas defensoras de los derechos humanos en asuntos ambientales, quienes no se encuentran contemplados explícitamente en la normativa. Bajo el estándar del artículo 9 de Escazú, el Estado

neuquino debe transitar hacia la creación de entornos seguros y propicios que reconozcan y salvaguarden la labor de estos activistas, garantizando su integridad frente a amenazas o medidas de criminalización.

## VII. Conclusiones

En la Provincia del Neuquén, la complejidad de su matriz productiva genera tensiones estructurales con la preservación del entorno natural, lo que deriva en una creciente conflictividad socioambiental. Ante este escenario, la operatividad de la democracia ambiental no es una opción reglamentaria, sino un imperativo para garantizar la paz social y la sostenibilidad. Como lo ha ratificado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Giustiniani"<sup>11</sup>, la transparencia en las actividades de alto impacto ambiental es una carga pública ineludible, incluso para entidades con participación privada, cuando se encuentran en juego bienes colectivos.

El Acuerdo de Escazú busca garantizar que la sociedad civil cuente con herramientas que permitan no sólo su participación en decisiones ambientales sino también en la defensa del medio ambiente. En particular, si bien la provincia cuenta con cierta normativa y práctica relativa a la temática, se advierten limitaciones que inciden en dar efectivo cumplimiento al Acuerdo, evidenciando la brecha crítica que presenta Neuquén. Posiblemente, la principal deuda institucional radica en la vacancia normativa de una ley específica de acceso a la información ambiental conforme los estándares previstos en el Acuerdo.

La ley provincial 3044 se presenta como más acotada que la normativa nacional en cuanto a su alcance y derechos que otorga a la sociedad civil. No se trata de una norma específica para la materia ambiental, y tampoco surge que fuera reglamentada aún. No se regula el derecho de acceso a la información, sino sólo los mecanismos de acceso. El resto de los derechos previstos en el Acuerdo de Escazú no están contemplados. Este déficit se manifiesta en una legitimación pasiva restringida, que no alcanza plenamente a todos los sujetos obligados que el tratado internacional exige, y en la carencia de mecanismos de transparencia activa y proactiva lo cual puede implicar que el Estado provincial se beneficie de la ambigüedad procedimental para dilatar sus respuestas.

En materia de tutela judicial, Neuquén cuenta con los remedios del amparo y la acción de inconstitucionalidad, pero persisten barreras económicas y procesales que

---

<sup>11</sup> CSJN, "Giustiniani, Rubén Héctor c/ Y.P.F. S.A. s/ amparo por mora", Sentencia del 10 de noviembre de 2015.

limitan el acceso efectivo de grupos vulnerables. La omisión en la puesta en funcionamiento de la Defensoría del Pueblo configura una mora constitucional que priva a la ciudadanía de un órgano de defensa con legitimación procesal amplia. Igualmente, resulta imperativo formalizar institutos como el *amicus curiae* y la carga dinámica de la prueba (art. 8.3.e del Acuerdo de Escazú) para equilibrar las asimetrías técnicas en los litigios de interés público.

Finalmente, aunque la reciente sanción de la Ley 3401 sobre consulta previa a comunidades indígenas representa un avance en materia de participación temprana, la provincia debe transitar hacia una revisión de sus normas para armonizar su sistema interno con los principios de máxima publicidad y no regresión. Sólo mediante la convergencia entre la normativa local y los estándares que surgen del Acuerdo de Escazú se podrá garantizar de forma plena y efectiva el derecho de las generaciones presentes y futuras a un ambiente sano y al desarrollo sostenible.



# ***Derecho Ambiental y Derecho del Consumidor en clave colectiva. Su aseguramiento, mediante el proceso de amparo en la Provincia del Chubut***

*\*Por Francisco López Simpson*

## **I. Introducción**

Por medio del presente trabajo nos proponemos analizar la regulación normativa de dos derechos constitucionales de trascendencia institucional y comunitaria como son el derecho ambiental y el derecho del consumidor. Señalaremos algunos aspectos salientes haciendo foco en las categorías de derechos, la legitimación colectiva, y la articulación del proceso de amparo con las leyes especiales.

Para ello indagaremos en las normas que dan sustento para la protección de estos derechos en su faz colectiva, teniendo siempre como norte del estudio, el aseguramiento de la tutela judicial efectiva (Art. 18 Constitución Nacional, Art. 8 Contención Americana de los Derechos Humanos).

## **II. Derechos de incidencia colectiva y derechos difusos. Necesario esclarecimiento terminológico en torno al tema**

En primer lugar, y a modo de disparador podríamos arrojar una primera pregunta básica al respecto: ¿Son lo mismo?, y en caso de que no lo sean ¿dónde radica su diferenciación?, para, por último, interrogarnos acerca de si se justifica un tratamiento diferenciado.

Las normas que analizaremos: Constitución Provincial (Artículos 33, 57 y 11), Ley Provincial de Amparo V N° 84 (Artículo 20 y siguientes), Ley XI N° 35 (Artículo 155 y siguientes) y ley VII N° 22 (Artículo 9 y siguientes) parecen hacer un uso indiscriminado de ambos vocablos; si no se lee con prudente detenimiento puede parecer que “difuso” y “colectivo” es lo mismo, casi una enumeración ejemplificativa del legislador, cuando en realidad se refiere y legisla sobre dos supuestos distintos.

El carácter urgente de la tutela de este tipo de derechos mediante el proceso de amparo es, en nuestro entender, el fundamento basal que impone la necesaria claridad terminológica que debe evidenciarse, puesto que por la naturaleza misma de los derechos en juego es de vital importancia que no haya vaguedades al momento del encuadramiento del caso, que puedan confundir el objeto de la acción, el bien colectivo tutelado o incluso la clase que se intenta representar derivando en pantanos procesales que atentarán contra la salvaguarda de estos derechos.

De muy poca ayuda resulta el ya no más “nuevo” (puesto que cuenta con más de diez años de vigencia) pero si actualizado Código Civil y Comercial de la Nación, toda vez que se limita a reconocer dos tipos de derechos: 1) derechos individuales y 2) derechos de incidencia colectiva<sup>1</sup>, realizando apenas una modulación en cuanto a los límites del ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes, que según establece el codificador debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva<sup>2</sup>, debe, a su vez, conformarse con las normas de derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, conforme ley especial.

En tal marco, y teniendo en miras que la clasificación de derechos, sus implicancias y delimitaciones desbordan por mucho el objeto del presente, nos limitaremos a traer a colación la clasificación -e interpretación - que hace la Corte Suprema de los derechos para desde ahí, clarificar los alcances de uno y otro tipo.

Es sabido el contexto en el cual la Corte Suprema dictó el fallo “Halabi”<sup>3</sup> en el año 2009, *leading case* en materia de derechos de incidencia colectiva y su consecuente legitimación. Imperaba entonces una manifiesta omisión inconstitucional por parte del poder legislativo -que penosamente aún se mantiene- y es por ello que el máximo tribunal del país tomó la palabra para “reglamentar” el Art. 43 de la Constitucional Nacional.

Allí estableció tres categorías de derechos: a) individuales, b) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y c) de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

Explicó que el primer párrafo del Art. 43 CN se refiere a los derechos sobre bienes jurídicos individuales, que son ejercidos por su titular (individuales), mientras que en el segundo párrafo se encuentran los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (también llamados derechos difusos) y finalmente los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

Para caracterizar la segunda y tercera categoría -de nuestro interés para este trabajo- determinó que:

- a) Segunda categoría (derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos o difusos): En estos supuestos existen dos elementos de calificación que

---

<sup>1</sup> Art. 14 CCCN.

<sup>2</sup> Art. 240 CCCMN.

<sup>3</sup> CSJN, Fallos 332:111.

resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna, y la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho.

- b) Tercera categoría (derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos): Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea.

Giannini<sup>4</sup>, lo explica del siguiente modo, permitiéndose cierta simplificación de la aludida clasificación, destaca que la nota fundamental que permite distinguir ambas categorías es la divisibilidad o indivisibilidad de la pretensión deducida. En los “derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos” (o, como también se los ha denominado: “derechos difusos”), cada uno de los miembros del grupo son titulares indivisibles del derecho invocado, siendo imposible concebir una solución material distinta para cada uno de ellos al cierre del pleito (por ej., la remediación de un curso de agua degradado por vertidos contaminantes, la remoción de una publicidad engañosa, etc.). En cambio, en los “derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos”, se busca tutelar colectivamente derechos de naturaleza individual, que permitirían, en caso de no accederse a una respuesta concentrada, una solución material distinta para cada uno de los afectados, lo que pone en evidencia la divisibilidad de su objeto (vg., siguiendo los ejemplos anteriores, el resarcimiento de los perjuicios sufridos en su persona o en sus bienes por los vecinos ribereños al curso de agua contaminado, la anulación de las cláusulas contractuales aceptadas por cada consumidor al amparo de la publicidad ilícitas y/o la reparación de los daños y perjuicios correspondientes).

Ahora bien, una vez aclarada la cuestión terminológica y a modo de resumen podemos apuntar, de modo simplificado a los efectos de este artículo, que actualmente tenemos tres clases de derechos:

- a) Individuales;
- b) De incidencia colectiva sobre bienes colectivos (Derechos Difusos):

---

<sup>4</sup> GIANNINI, L., J., XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Salvador de Jujuy, 10 a 12 de Septiembre de 2015, ponencia “La Necesidad de una reforma integral de la justicia colectiva”.

c) De incidencia colectiva sobre intereses individuales homogéneos.

Para responder - afirmativamente - a la pregunta que nos hiciéramos al principio respecto de si es necesaria la distinción o no de ambas, categorías resaltamos que: al visualizar la señalada clasificación podemos afirmar que B y C resultan la “especie”, del género “derechos de incidencia colectiva”, y es por ello que no debe, en nuestro entender, hablarse en forma indistinta de derechos difusos y derechos colectivos puesto que los primeros están contenidos en los segundos y constituyen una categoría distinta respecto de los de incidencia colectiva sobre intereses individuales homogéneos.

### III. Legitimación colectiva

De la mano con la caracterización y definición del alcance de estos derechos, debe estudiarse la legitimación colectiva, es decir quién o quienes se encuentran legitimados para iniciar acciones de amparo en pos de estos derechos.

La nota distintiva en la legitimación colectiva está dada por la circunstancia de que quien ostenta la legitimación para obrar no es (necesariamente) el titular de la relación jurídica sustancial, sino que su legitimación para actuar en juicio surge de la norma. A estos legitimados se los denomina especiales o anómalos.

Como ya lo hemos referido, existe todavía un vacío normativo que regule en forma completa y suficiente la materia de acciones colectivas, y es por ello que, debemos guiarnos por los lineamientos fijados por la Corte Suprema en el referido *leading case* “Halabi”, que determinó los requisitos de admisibilidad en uno u otro caso, partiendo de la base de que los legitimados especiales (los que pueden instar la acción por la clase).

Así determino que: para ambas categorías de derechos tienen legitimación especial el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado, particularizando respecto de los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (o Difusos): dos presupuestos necesarios: 1) que la tutela debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular (la tutela tiene que tener por objeto un bien colectivo), y 2) la pretensión debe estar orientada a la incidencia colectiva del derecho; y respecto de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos: especificó que deberá haber: 1) una “causa homogénea”, esto es una “hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales”, 2) la concentración de la pretensión en los efectos comunes y no

en lo que cada individuo pueda peticionar, y 3) la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado, afectando el acceso a la justicia.

Además de los requisitos de admisibilidad deben observarse cuestiones formales señaladas también por la Corte Suprema como son la identificación - lo más precisa posible - del grupo afectado y la previsión de mecanismos de notificación/publicidad que garanticen el “*opt out*” (derecho de autoexclusión).

Por último, no huelga recordar que quien invoque la legitimidad colectiva para iniciar una acción en los términos del art. 43 CN también deberá poder demostrar la existencia de un “caso” judicial en los términos del 116 CN; así fue puesto de manifiesto en forma expresa por la Corte.

En el orden local no contamos aún con un precedente que al estilo del caso “López”, en la provincia de Buenos Aires, que sistematice los requisitos de admisibilidad en materia de derechos colectivos (incorporando para ello a “Halabi”), no obstante, haciendo uso de los lineamientos de la Corte Nacional la tutela de estos derechos se encuentra plenamente garantizada.

#### **IV. El amparo ambiental**

El proceso de amparo ambiental se encuentra regulado en el título 12, Capítulo 2 de la Ley XI N° 35 (Código ambiental de la provincia del Chubut) y abarca desde el Art. 155 hasta el Art. 159 inclusive.

El artículo 155 comienza estableciendo que para la protección de los derechos e intereses de incidencia colectiva en general y el amparo ambiental previstos en la Constitución Provincial rigen las normas de la acción de amparo - regulada en el Título II de la Ley V N° 84 - que se integra con las del capítulo de la ley ambiental.

Realizada la aclaración terminológica del apartado precedente, debemos ahora echar luz a la norma en concreto por cuanto habla de derechos de incidencia colectiva en general y amparo ambiental en forma discriminada, tomando como base el artículo 57 de la Constitución Provincial, que habla de la legitimación de los “derechos difusos reconocidos por la Constitución” y el artículo 111 que se refiere especialmente al amparo ambiental.

Como adelantáramos al comienzo del presente, aquí los conceptos se mezclan y en una lectura ligera se puede identificar que “derechos difusos” y “derechos de incidencia colectiva en general” son lo mismo, pero conforme ya hemos explicitado debemos entender que la norma está tratando de englobar ambos presupuestos contenidos en la

Constitución provincial, esto es derechos difusos, entendiendo aquellos como la segunda categoría de “Halabi”, donde pueden entrar afectaciones al ambiente, retomando el ejemplo dado por Giannini, la remediación de un curso de agua degradado por vertidos contaminantes, donde se aplicará de plano artículo 155 bajo análisis, así como la remoción de una publicidad engañosa, que al no estar afectado el ambiente, deberá aplicársele la ley de amparo y la ley especial de consumidor, como veremos en un próximo apartado.

Al mismo tiempo regula la acción de “amparo ambiental” que establece el Art. 111 de la Constitución debiendo aplicarse el Art. 155 y por su intermedio la ley V N° 48 de amparo provincial.

Es decir, más allá de la terminología utilizada, debemos entender que el artículo 155 regula ambos supuestos constitucionales (el del artículo 57 y el del artículo 111).

Por otro lado, la norma establece una legitimación amplia, lo cual resulta siempre un aspecto positivo, poniéndola en cabeza del Estado provincial, los municipios y las comunas, el Ministerio Público Fiscal, el Ministerio Público Pupilar, el Defensor del Pueblo, las entidades legalmente constituidas para la defensa de los derechos difusos “o colectivos”, y cualquier persona jurídica o de existencia visible que accione en nombre de un interés colectivo.

Nuevamente se impone afinar la sintonía en torno a los conceptos, ahora respecto de la legitimación, puesto que si bien resulta provechoso, en nuestro entender, la cantidad de legitimados colectivos (legitimación amplia) que establece la norma, resulta de dificultosa interpretación en qué casos se tornaría operativa, puesto que comienza enumerando una cantidad de legitimados especiales para la defensa de intereses difusos o colectivos (aquí pareciera que los vocablos están utilizados como sinónimo) donde menciona a las “entidades legalmente constituidas para la defensa de los intereses difusos o colectivos” y luego también otorga legitimación especial a “cualquier persona Jurídica o de existencia visible que accione en nombre de un interés colectivo”.

Esto quiere decir que no solamente una ONG cuyo objeto sea la protección del ambiente, ejemplo por antonomasia de “entidad legalmente constituidas para la defensa de los intereses difusos o colectivos” estaría legitimada sino también una persona Jurídica cuyo objeto social nada tenga que ver con la preservación del ambiente, afectando así la representación adecuada para el beneficio de la clase por la cual se accione, y si bien se advierte el fin noble del legislador, la situación descripta no es la ideal, por ende es el operador jurídico quien deberá calibrar acertadamente su pretensión para que finalmente el juez verifique los requisitos de admisibilidad de la acción.

A su turno, el artículo 157 establece claramente los presupuestos de procedencia de la acción de amparo ambiental: a) Protección y defensa del ambiente y el equilibrio ecológico con relación a hechos producidos o previsibles que impliquen su deterioro; b) Protección y defensa ante cualquier hecho u omisión arbitraria e ilegal que genere lesión o amenace el patrimonio cultural, comprendiendo los bienes históricos, urbanísticos, arquitectónicos, artísticos, paisajísticos y arqueológicos; c) Protección y defensa ante cualquier forma de discriminación o ante cualquier hecho u omisión arbitraria e ilegal que genere lesión, privación, perturbación o amenaza a los derechos que protegen la competencia, al usuario y al consumidor y en general en el goce de intereses colectivos - derechos difusos, de cualquier especie reconocidos por la Constitución Nacional, Constitución Provincial, un Tratado o una ley.

Respecto de los primeros dos incisos no hay mucho que agregar pues se explican por sí mismos, pero respecto del tercer inciso el “c”, llama la atención que se otorgue una acción de amparo ambiental para proteger la afectación de derechos de incidencia colectiva de usuarios o consumidores, pero como la norma cierra diciendo “ en el goce de intereses colectivos - derechos difusos” pareciera que el legislador quiso dejar este artículo como válvula de escape en caso de que los presupuestos anteriores no fueren suficientes, además debe señalarse que su fuente indubitable es el Art. 22 de la Ley V N° 84 a la cual recupera en forma íntegra.

Luego, se enumeran las acciones de prevención que podrán contener los amparos que se dicten (Art. 157), para finalmente delimitar la legitimación pasiva de la acción que se regula, recuperando íntegramente también los artículos 23 y 24 de la Ley de Amparo provincial.

En cuanto al trámite, sumarísimo, se encuentra regulado por el título II de la ley de Amparo provincial al cual remitimos en honor a la brevedad.

## **V. El amparo colectivo de usuarios y consumidores**

La ley V N° 48 prevé expresamente en su título IV “De los Derechos Difusos y del Amparo Ambiental” su aplicación para la defensa de los derechos los usuarios y consumidores, reglamentando, de algún modo el mandato constitucional establecido en el artículo 33.

En primer lugar, y a riesgo de ser reiterativos, señalamos que el título IV debe leerse con el alcance que hemos establecido en el apartado primero. Esto es, como contemplativo de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos que puede

contener derechos de naturaleza ambiental, como así también de usuarios y consumidores.

En tal línea, debemos señalar, a su vez, que la acción de amparo que prevista por la norma referida no incluiría -si siguiéramos a pie juntillas la clasificación y clarificación terminológica que hemos realizado- a los derechos de incidencia colectiva sobre intereses homogéneos individuales, que son generalmente de contenido patrimonial, y donde mayor desarrollo ha tenido la jurisprudencia de la Corte Nacional así como de los tribunales locales, por eso es que creemos que aquí, una vez más, el legislador ha optado por hablar de derechos difusos como sinónimo de derechos colectivos.

Prueba de ello encontramos que el inc. c) que establece la procedencia de la acción para el dictado de medidas preventivas o reparatorias para consumidores y usuarios reza: “protección y defensa ante cualquier forma de discriminación o ante cualquier hecho u omisión arbitraria e ilegal que genera lesión, privación, perturbación o amenaza a los derechos que protegen la competencia, al usuario y al consumidor y en general en el goce de los intereses colectivos - derechos difusos de cualquier especie reconocidos por la Constitución Nacional, Constitucionalismo Provincial , un Tratado o una ley”.

Realizada la aclaración terminológica y de alcance de los derechos en tutela, vemos que existe legitimación amplia - idéntica a la expresada para accionar en pos del derecho ambiental- y en su articulado se delimitan tanto las medidas preventivas como reparatorias que pueden ser ordenadas en función de la acción de amparo llevada a cabo (incisos “b”, “c” y “d” del Art. 23).

Desde luego que además de las cuestiones señaladas en el apartado anterior, en torno a la legitimación colectiva - requisitos de admisibilidad -, debe existir un caso judicial y probarse que no existe un remedio judicial más idóneo tal cual lo manda el artículo primero de la ley. En el caso, los esfuerzos del legitimado procesal que intente un amparo colectivo en miras de proteger derechos de usuarios y consumidores deberá justificar porque no resulta conducente el inicio de una acción ordinaria de defensa del consumidor, debiendo resaltar que en la provincia del Chubut rige la ley especial VII N° 22 de Defensa del Consumidor, que en lo sustancial adhiere a los términos de la Ley Nacional N° 24.240 al tiempo que regula cuestiones locales de procedimiento, proceso y constitución de asociaciones de defensa del consumidor.

A la hora de elegir si se utiliza la acción colectiva de defensa del consumidor - prevista en el art. 52 de la Ley N° 24.240 - de plena aplicación por vía de la Ley VII N° 22, deberán sopesarse aspectos como: el tipo de derecho en juego, el alcance de la

sentencia que se persigue y la legitimación que ostente quien insta el proceso puesto que la acción de amparo posee una legitimación más amplia que la establecida en la Ley N° 24.240, no obstante será más estricto el control de admisibilidad de la acción, puesto que como quedó dicho, deberá justificarse la ausencia de un vía más idónea, para la elección de la vía de amparo.

Otra cuestión que deberá analizarse es el tipo de trámite que se le imprimirá al proceso, toda vez que si bien la ley especial, retomando la ley nacional, determina que el proceso se regirá por las reglas del proceso sumarísimo, es lo cierto que en numerosas ocasiones un proceso tan abreviado no termina redundando en buenos resultados para el consumidor, toda vez que se necesita de un mayor despliegue probatorio que permita alcanzar una sentencia definitiva con alcances suficientes para reparar el derecho conculcado, máxime cuando se realiza ostentando la representación colectiva de un grupo de usuarios o consumidores afectados.

## **VI. Conclusiones**

- a) En materia de amparo colectivo provincial, la legitimación es realmente amplia, circunstancia que es provechosa para la comunidad.
- b) En cuanto a los requisitos de procedencia, además de un caso judicial, deberán operarse los requisitos de procedencia de la ley amparo y los de la ley especial - reglamentaria de los artículos 57 y 111 de la Constitución Provincial-, debiendo tenerse especial consideración para impulsar la acción al momento de precisar el objeto en cumplimiento del artículo 6 de la Ley de amparo, la diferenciación de los derechos difusos (de incidencia colectiva sobre bienes colectivos) de los derechos de incidencia colectiva sobre intereses individuales homogéneos toda vez que al ser dos categorías de derechos diferentes deberán acreditar la legitimación de forma diferenciada en uno y otro caso.
- c) El conocimiento por parte de los operadores jurídicos del alcance de los derechos de incidencia colectiva, sus categorías, legitimación, y requisitos de procedencia, junto con el debido escrutinio judicial operarán a favor de la aplicación de la ley especial, así como el aseguramiento de estos derechos de indiscutible valor para la comunidad garantizando la tutela judicial efectiva.
- d) Si bien la defensa colectiva de los derechos del consumidor está prevista en la ley especial, otorgándole legitimación anómala o especial al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de

aplicación y al ministerio público, vemos que la legitimación colectiva reconocida en la ley de amparo es más amplia, lo cual es ventajoso en sí mismo, pero deberá tenerse precaución a la hora de elegir una u otra vía puesto que el trámite brevísimo del amparo y el supuesto de procedencia -en torno a demostrar que no existe otra vía más idónea - no siempre redundará en una mejor y más pronta respuesta ante las violaciones de los derechos del consumidor.

*El juicio por jurados y la cuestión galesa en Chubut: un análisis del acceso a la justicia regional y su legado al derecho argentino*

*\*Por Francisco Schiavone y Carlos Pérez*

**I. Introducción: Un Mandato Histórico y la Mirada Regional de la Justicia**

La Constitución Nacional Argentina establece, desde 1853, la obligatoriedad de que el Congreso promueva el establecimiento del **juicio por jurados** para los juicios criminales (Arts. 24, 75 inc. 12 y 118 CN). Este mandato ha sido históricamente incumplido, resultando en una desobediencia institucional<sup>1</sup>. Sin embargo, la última década ha presenciado una revitalización de este instituto en el ámbito provincial, un fenómeno conocido como la "fiebre juradista"<sup>2</sup>.

En este contexto de reformas, resulta fundamental analizar los antecedentes históricos de la participación ciudadana en la administración de justicia en la Argentina, especialmente aquellos que surgieron en el ámbito regional y que demuestran la viabilidad de modelos adversariales. Uno de los precedentes más significativos es la experiencia de la colonia galesa en la provincia de Chubut durante la segunda mitad del siglo XIX<sup>3</sup>.

Este artículo se propone analizar el acceso a la justicia que se concretó en la colonia galesa, prestando especial atención a la figura de Lewis Jones, a quien se reconoce como el fundador de Trelew. Se examinará la estructura del sistema judicial implementado por los colonos y la visión regional que representó, para finalmente ponderar el aporte duradero de esta experiencia al Derecho argentino, particularmente en el avance hacia la democratización y el modelo adversarial<sup>4</sup>.

**II. La Colonia Galesa en Chubut: Un Laboratorio Regional de Justicia Adversarial**

**2.1 El Contexto Histórico y Político de Lewis Jones**

---

<sup>1</sup> DÍAZ, C. A., *Apostillas sobre el Juicio por Jurados*, Derecho Penal, 2012, pp. 83-89.

<sup>2</sup> VITOR, E., *Reseña historia y el caso de los Gales en la Argentina*, 2009.

<sup>3</sup> PINTOS, D. L., *El juicio por jurados en la colonia galesa de la provincia del Chubut: ¿Parte de la historia o avanzada de las más modernas tendencias procesales del siglo XXI?* DERECHO PENAL, 2012, p. 197-204.

<sup>4</sup> CONTI GOMEZ, M.E., y TOLEDO, A., *El Juicio por Jurados como Democratización de Acceso a la Justicia*, 2012, Derecho Penal.

Lewis Jones fue una figura central en la colonización galesa en el Valle Inferior del Chubut, reconocido como el fundador de Trelew. Jones, quien se desempeñó como representante de la Sociedad de Inmigración de Gales, desempeñó un papel activo en la toma de decisiones políticas y administrativas iniciales de la comunidad.

La colonia galesa de la Patagonia (Rawson) fue promovida en 1863 por el presidente Bartolomé Mitre, y a los colonos se les garantizó el respeto de su religión, idioma y la aplicación de sus propias leyes<sup>5</sup>. Esta autonomía legal sentó las bases para el desarrollo de un sistema de justicia peculiar.

## **2.2 La Arquitectura Jurídica Galesa: Reglamentos y la Ley de Administración de la Justicia**

Desde el inicio, en 1865, antes de partir de Liverpool, se concibió que la mejor forma de organizar la Colonia sería a través de una Comisión de doce miembros que actuaría como una prolongación de la Comisión Colonizadora, y cuyo presidente sería considerado el Gobernador. Lewis Jones fue presidente del senado de los doce, firmando la sanción de la Ley de Administración de la Justicia<sup>6</sup>.

En 1871 se publicó el "Primer Reglamento Constitucional del Chubut", que proclamaba el propósito de "establecer el orden, asegurar la paz y promover el progreso general". Este instrumento legal estableció en su Capítulo III, Art. 1, que "Todas las causas judiciales de la Colonia serán tratadas en un Tribunal de Justicia, ante el juez y un jurado de doce miembros".

Posteriormente, la Ley de Administración de la Justicia fue sancionada el 18 de octubre de 1872 y promulgada el 24 de octubre, reglamentando estas cláusulas constitucionales con una técnica legislativa propia del *Commonwealth*. El juez permanente era elegido individualmente por sufragio universal, al igual que el gobernador<sup>7</sup>.

## **2.3. Características Clave del Juicio por Jurados Galés**

El sistema gales en Chubut era notablemente avanzado para su época y contexto regional, siguiendo los lineamientos del tradicional juicio ante el Tribunal de la Corona de Inglaterra y Gales.

---

<sup>5</sup> VITOR, E., op. cit.

<sup>6</sup> VIRGILIO, Z., Chubut siglo XIX: Una Década de Juicios por Jurados. "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", 2012, p. 13.

<sup>7</sup> PINTOS, D. L., op. cit.

a) Modelo Adversarial: El Art. 19 de la reglamentación preveía la estructura de litigación oral. El acusador (personalmente o por defensor) relataría el litigio, interrogaría a los testigos y se dirigiría al jurado. El acusado (personalmente o por defensor) haría lo propio al final, incluyendo explicaciones e interrogatorio de testigos. Esta práctica incluía elementos de la actual "teoría del caso", como el "alegato de apertura" (opening speech)<sup>8</sup>.

b) Veredicto por Mayoría: A diferencia del requisito de unanimidad que rigió en Inglaterra por siglos, el Art. 16 del reglamento gales exigía que "los dos tercios del jurado deberán estar acordes" en el resultado de la deliberación. Esta disposición se anticipó al país de origen, que recién derogó el requisito de unanimidad con la criminal justice act de 1967. Los juicios llevados a cabo entre 1873 y 1879 documentaron si el veredicto fue unánime o por mayoría.

c) Rol del Juez Técnico: El juez oíría la acusación y la defensa y pronunciaría la sentencia. El juez resolvía las cuestiones de forma y procedimiento, y debía dar explicaciones legales necesarias. Lewis Jones, en sus escritos, destacaba la superioridad de la justicia del jurado, prefiriendo la intuición y el sentido común del hombre medio (hunch y palpito) sobre la "ciencia del rábula", que consideraba incompatible con el buen sentido<sup>9</sup>

### **III. Acceso a la Justicia y Mirada Regional en la Patagonia del Siglo XIX**

#### **3.1. Un Sistema de Justicia de Base Democrática y Comunitaria**

El sistema de jurados en Chubut representó una forma temprana y efectiva de acceso a la justicia en la región, garantizando el derecho del individuo a ser juzgado por sus pares. Lewis Jones y la Comisión Colonizadora, en el Acta de Fundación de Rawson de 1865, ya se había asegurado de contar con el apoyo de la autoridad nacional para su establecimiento. Lewis Jones mismo había expresado la importancia de la administración local de justicia para el bienestar de la Colonia, especialmente si el Gobierno Federal se demoraba en implementar la manda constitucional en todo el país<sup>10</sup>.

Este sistema no solo era democrático en su composición (voto universal, elección de juez y gobernador), sino también en su alcance. El registro de actas de 1873 a 1879 muestra que la jurisdicción abarcaba a colonos, descendientes, habitantes de otras

---

<sup>8</sup> PINTOS, D. L., op. cit

<sup>9</sup> JONES, L., Una nueva Gales en Sudamérica, 1954.

<sup>10</sup> JONES, L., op. cit.

procedencias e incluso a los indios<sup>11</sup>. Esto cobra especial relevancia en el contexto de la Patagonia del siglo XIX, considerando que Lewis Jones había previamente instado al Gobierno (1853) a procurar el respeto a los derechos y el bienestar de los "verdaderos dueños del territorio del Chubut" y a "cultivar más que nunca la amistad de los naturales"<sup>12</sup>.

La lectura de las actas de este Tribunal permite sostener que esta administración constituyó una experiencia humanamente valiosa y un antecedente jurídico significativo para afianzar la justicia. El jurado era visto como un elemento indispensable para realizar el juicio público y acercar la justicia a la "inteligibilidad de los ciudadanos no 'expertos'".

### **3.2. La Paradoja Histórica: del Modelo Adversarial a la Inquisición**

La experiencia del juicio por jurados en Chubut llegó a su fin debido a la consolidación de las instituciones federales en la Patagonia y la consecuente aplicación del Código de Procedimientos en lo Criminal, más conocido como "código Obarrio", a partir de la década de 1880.

Este cambio de rumbo es calificado de paradójico. La colonia galesa había aplicado instrumentos de litigación muy similares a la moderna "teoría del caso" y al sistema adversarial. Sin embargo, este sistema fue abandonado para adoptar el procedimiento inquisitivo del Código Obarrio, inspirado en la legislación española que conservaba los fundamentos de la Inquisición. Esto implicó proscribir la inmediatez y la publicidad, y mantener un proceso escrito y secreto.

### **3.3. El Resurgimiento Moderno: Chubut como Precedente de Litigación Avanzada**

A pesar de haber sido dejado de lado, aquel precedente histórico en Chubut no debe valorarse como una simple anécdota. Por el contrario, las tendencias más modernas en técnicas de litigación y enjuiciamiento penal adversarial se estructuran básicamente en la misma línea de aquel modelo del siglo XIX<sup>13</sup>.

En la actualidad, en la provincia del Chubut, la normativa procesal penal, aunque incumple la manda constitucional del juzgamiento por Tribunales de jurado, igualmente rige la obligación de que el fiscal y el querellante expliquen sus pretensiones al abrir el

---

<sup>11</sup> VIRGILIO, Z. op. cit.

<sup>12</sup> CAVIGLIA, S., 150 años de Rawson. La primera colonia permanente del Estado Nacional en el Chubut.

<sup>13</sup> PINTOS, D., L., op. cit.

debate (Art. 320 CPP), que el Defensor explique su defensa (Art. 321), y que se conceda la palabra para los alegatos finales (Art. 327). Estas prácticas, que incluyen el "alegato de apertura", son valoradas hoy como esenciales para el sistema acusatorio.

#### **IV. La Contribución al Derecho: Democratización y Legitimidad**

##### **4.1. El Juicio por Jurados como Mandato Republicano y Crítica a la Justicia Profesional**

La implementación del juicio por jurados, como se vio en el modelo galés, se alinea con las bases del modelo republicano y democrático de gobierno. Es un atributo de la soberanía popular y un resguardo frente a cualquier castigo.

Lewis Jones se adhirió a una crítica histórica de la justicia profesional que se remonta a la Ilustración<sup>14</sup>. Autores como Cayetano Filangieri (1780) cuestionaban el confiar la facultad de juzgar a un Senado permanente, cuyos miembros carecen de la confianza del juzgado y pueden endurecerse por efecto de sus errores. Asimismo, la Ilustración prohijaba el regreso al juicio público y al tribunal integrado por ciudadanos (jurados) (Castelli, 2012).

El jurado es crucial porque:

- a) Garantiza la participación de los ciudadanos en el único poder del Estado en el que generalmente están ausentes.
- b) Contribuye a la democratización en la administración de los conflictos.
- c) Asegura un sistema más transparente.
- d) Fortalece la imparcialidad de los jueces, ya que los miembros son transitorios y no viven de ingresos pagados por el Poder Judicial, lo que los hace menos susceptibles a las presiones del poder político.

##### **4.2. El Aporte Regional a la Consolidación del Modelo Adversarial**

El desarrollo del juicio por jurados en la Colonia Galesa en Chubut y su estructura procesal, que enfatizaba la oralidad y la confrontación de partes (adversarialidad), se convirtió en un precedente invaluable para el Derecho procesal penal argentino.

La experiencia galesa validó en el territorio argentino la estructura del litigio basada en la "lucha entre partes", donde la defensa y la acusación construyen su "teoría del caso" ante un juzgador (el jurado) que desconoce los componentes fácticos y probatorios

---

<sup>14</sup> BINDER, A., Crítica a la Justicia Profesional. Derecho Penal, 2012.

previamente. Esta estructura, que prioriza la prueba producida en el debate oral, es esencial para abandonar la "cultura del expediente" propia del sistema inquisitivo o mixto<sup>15</sup>.

La importancia de este antecedente regional es palpable en las provincias que hoy han adoptado o están por adoptar el jurado clásico (como Neuquén y Buenos Aires), o el jurado escabinado (como Córdoba), ya que la discusión se centra ahora en superar las objeciones históricas para cumplir con la manda constitucional.

### **V. Conclusiones: sobre el Legado Jurídico de la Experiencia Galesa**

Lewis Jones y los colonos galeses, en el desierto patagónico del siglo XIX, implementaron un sistema de justicia que, aunque efímero, encarnó los principios más puros de la tradición jurídica liberal y republicana. Esta experiencia demostró que un sistema penal basado en la publicidad, la oralidad, la participación ciudadana y las garantías procesales era viable, incluso en condiciones marginales.

El legado de Lewis Jones y la Colonia Galesa reside en la prueba empírica de que la participación ciudadana puede coexistir con la administración de justicia de manera eficaz y legítima, y de que las prácticas de litigación adversarial, lejos de ser novedades importadas tardíamente, tienen raíces históricas en el ejercicio del Derecho en las regiones argentinas.

El mayor aporte de esta mirada regional al Derecho argentino es la confirmación de que la democratización de la justicia no es una utopía, sino un imperativo constitucional con antecedentes concretos que sirven de faro para las reformas actuales que buscan abandonar el modelo inquisitivo en favor del acusatorio. El juicio por jurados, tal como lo visionaron Lewis Jones y sus pares, es un acto esencial para la democracia y representa el puente necesario para restablecer la confianza ciudadana en un Poder Judicial que históricamente ha luchado con su legitimidad.

Podemos decir, que la experiencia galesa en Chubut actúa como una cápsula del tiempo jurídico en la Patagonia, recordándonos que las mejores prácticas de acceso a la justicia y los principios republicanos de control del poder no son innovaciones exóticas, sino tradiciones históricas olvidadas que hoy luchan por su reivindicación, demostrando que la semilla de la justicia democrática fue sembrada en el sur argentino mucho antes de lo que solemos recordar.

---

<sup>15</sup> ALMEDIDA, V., y BAKROKAR, D., Una alternativa posible para contrarrestar las prácticas inquisitivas: el juicio por jurados. Derecho Penal, 2012.

## *El plazo razonable determinado en el proceso penal de la provincia de Chubut*

*\*Por Emanuel Campos*

### **I. Introducción**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.S.J.N.), órgano supremo del Poder Judicial y encargado en delinear la política que ha de llevarse en nuestra República, como poder del Estado, sistemáticamente viene marcando un camino hacia un sistema procesal acusatorio, tanto en la faz civil como penal. En ésta última materia, lo podemos apreciar por fallos que han marcado precedentes, que resultan obligatorios para aquellos tribunales que se encuentran por debajo del cimero cuerpo.

El fallo “Tarifeño”<sup>1</sup>-año 1989- (por cuanto la Corte estima que son exigencias de las garantías del debido proceso y defensa en juicio, la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia por parte de jueces naturales) fue génesis y un disparador en el tema; más cerca de nuestros tiempos encontramos al fallo “Quiroga”<sup>2</sup>-2004- (proclamó la Corte que según nuestro régimen constitucional, los jueces conocen o examinan, lo que los fiscales les requieren, para luego decidir. En consecuencia, les está vedado a los jueces actuar si previamente los fiscales no promueven su intervención). En “Llerena”<sup>3</sup>-2005-, sentenció que la imparcialidad del juzgador puede ser definida como la ausencia de prejuicio o interés de éste frente al caso que debe decidir, tanto en relación con las partes como con la materia, y que esa ajenidad del juez a los intereses contrapuestos es la base del sistema adversaria penal, que ahora se postula como bandera del moderno enjuiciamiento penal.

Esta línea de política judicial hacia un sistema acusatorio adversarial, ha tenido recepción mediante la modificación de numerosos sistemas procesales provinciales en nuestra República, en sintonía con un proceso reformista que se viene discutiendo y materializándose en Latinoamérica toda.

La provincia de Chubut no ha sido ajena, y mediante un pacto de estado firmado por los tres poderes de gobierno, resultó ser la pionera y a partir del año 2006 comenzó a

---

<sup>1</sup> CSJN, Fallos: 325:2019.

<sup>2</sup> CSJN, Q. 162. XXXVIII. Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302.

<sup>3</sup> CSJN, L. 486. XXXVI. RECURSO DE HECHO Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 del Código Penal

regir en su territorio un nuevo ordenamiento procesal penal de corte adversarial acusatorio (Ley XV-9, antes Ley nro. 5478)<sup>4</sup>.

En materia jurisdiccional, la modificación más importante fue la adopción de un sistema de audiencias orales para todas las etapas del proceso penal, a fin de tomar en el marco de ellas las decisiones, en reemplazo de los escritos cosidos en los expedientes. Mediante éste sistema, básicamente, las partes presentan al juez –tercero imparcial- sus pretensiones y fundamentos, quien resuelve en el contexto del mismo acto procesal. En materia de gestión, la transformación se operó en la separación de las funciones jurisdiccionales respecto de las administrativas, quedando éstas últimas a cargo de una Oficina Judicial, con una adecuada gestión de los recursos humanos a fin de organizar las audiencias, y garantizar la presencia de los actores esenciales: jueces, fiscales, defensores, imputados y damnificados, como así también personal para el registro de las audiencias y tramitación de las carpetas judiciales.

Y en el marco de éste novedoso procedimiento, encontramos una especial particularidad: la *reglamentación* de un principio fundamental del proceso penal moderno, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable (art. 146 CPPCh)<sup>5</sup>.

La cuestión, intensamente tratada dentro del ámbito del sistema internacional de protección de los derechos humanos, muestra una paulatina evolución que va desde la teoría del “no plazo”, según la cual no puede precisarse con certeza cuándo la duración es razonable o no, tarea librada a la discrecionalidad judicial, hasta los nuevos pronunciamientos en los que los organismos internacionales se pronuncian a favor de que los Estados establezcan pautas objetivas a través de la fijación de plazos legales, es decir, establecidos de antemano por el legislador. En nuestro país la jurisprudencia, ha ido delineando el contenido y alcance de la garantía, aunque, en general, manteniendo el criterio de la discrecionalidad judicial, lo cual implica que la decisión acerca de cuándo el proceso es intolerablemente prolongado se toma en concreto, vale decir, caso por caso.

Cabe mencionar que el primer fallo dictado en la materia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación: el caso “Mattei”<sup>6</sup>, resuelto el 29 de noviembre de 1968 (cfr. Fallos

<sup>4</sup> Código Procesal Penal provincia del Chubut: Ley XV N° 9 (antes Ley 5478) <https://digesto.legislaturadelchubut.gob.ar/public/rama/15>.

<sup>5</sup> Artículo 146. DURACIÓN MAXIMA. Todo procedimiento tendrá una duración máxima de tres (3) años improrrogables contados desde la audiencia de apertura de la investigación hasta la sentencia del Tribunal de Juicio, salvo que se trate del procedimiento para asuntos complejos. No se computará el tiempo necesario para resolver los recursos extraordinarios, local y federal. La fuga del imputado interrumpirá el plazo de duración del procedimiento. Cuando comparezca o sea capturado se reiniciará el plazo (Texto según Ley XV N° 39 B.O. 6/6/24 N° 14391).

<sup>6</sup> CSJN, Fallos: 272:188.

272:188). La noción brindada, ya entonces, por la CSJN respecto del derecho a un juicio rápido, involucra los más caros principios constitucionales de corte liberal, tales como los de seguridad jurídica, justicia rápida, progresividad y preclusión, y que "obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal". Con ello afirmó, que " debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener - luego de un juicio tramitado en legal forma- un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal".

Si bien el mentado precedente es uno de los más trascendentes de los dictados por el Alto Tribunal, en materia de garantías individuales dentro del proceso penal, no deja de ser un relevamiento histórico del desarrollo de la garantía, puesto que en nuestra Provincia, por expreso mandato del legislador, la cuestión ha quedado definitivamente zanjada a partir de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento procesal (Ley XV-9, antes Ley nro. 5478).

Así, si en el sistema anterior la regla era la imprecisión acerca del momento en que la duración del proceso superaba el plazo razonable, hoy nos encontramos con la certeza que establece una regulación legal específica. El nuevo ordenamiento procesal provincial prevé una pauta objetiva que determina ese tiempo, así como las consecuencias jurídicas que corresponden en caso de cumplimiento de tal límite máximo, estableciendo como plazo improrrogable de duración del proceso el de tres años en los procedimientos comunes, o de cinco años en los procedimientos que hayan sido declarados "complejos" (art. 358 inc. 1° C.P.P.), término que corre a partir de la apertura de la investigación, conforme lo establece el art. 146, primera parte.

En "Fariña"<sup>7</sup> la Corte señaló que el instituto de la prescripción de la acción penal tiene una estrecha vinculación con el derecho del imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve, a la situación de incertidumbre y de restricción de la libertad que comporta el

---

<sup>7</sup> CSJN, Fallos: 342:2344.

enjuiciamiento penal, y esto obedece además al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial que es el respeto debido a la dignidad del hombre, el cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona de liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito.

En Fallos: 327:327 la Corte expresó -con remisión a la disidencia del precedente - que los principios de progresividad y preclusión obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito. Agregó que afirmar que los jueces no pueden fijar con precisión matemática cuál es el plazo razonable de duración de un proceso, no equivale a eximirlos de profundizar y extender los argumentos de su decisión, a fin de que la valoración pueda ser examinada críticamente y de evitar que se convierta en la expresión de una pura subjetividad. Continuó expresando que si la duración del proceso, por la magnitud del tiempo transcurrido resulta, en sí, violatoria de la defensa en juicio y el debido proceso, corresponde declarar prescripta la acción penal, pues esta medida constituye la vía jurídica idónea para determinar la cesación de la potestad punitiva estatal por el transcurso del tiempo y salvaguardar de este modo el derecho constitucional a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones indebidas.

Más reciente, en el precedente “Nuñez, Oscar”<sup>8</sup>, sentencia del 20 de abril de 2023, la Corte manifestó que el encausado no es el responsable de velar por la celeridad y diligencia de la actuación de las autoridades en el desarrollo del proceso penal, razón por la cual no se le puede exigir que soporte la carga del retardo en la administración de justicia, pues ello traería como resultado el menoscabo de los derechos que le confiere la ley.

En “Espíndola”<sup>9</sup> expresamente dejó por sentado que en su rol de custodio último de los derechos y garantías constitucionales, no puede permanecer impasible ante la demora irrazonable que se advierte por no otorgar eficacia a un derecho. Ello es así, por cuanto ese derecho se encuentra consagrado no solo en nuestra Ley Fundamental sino también expresamente en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad (art. 75, inc. 22 CN) y conlleva ínsita la capacidad de irrogar responsabilidad, ante su incumplimiento, por parte del Estado argentino.

---

<sup>8</sup> CSJN, Fallos: 330:3640.

<sup>9</sup> CSJN, Fallos: 342:584.

Aparte de “Price”, llegó a la CSJN otro antecedente de una causa oriunda de la provincia de Chubut, también referida a una cuestión de plazo razonable del proceso. Pero, en éste caso, más específicamente, al de su máxima duración en procesos ordinarios.

Y fue en autos: “Seccional Cuarta s/ investigación s/ impugnación”<sup>10</sup>, sentencia de fecha del 6 de agosto de 2024, donde en remisión a la causa “Price, Brian Alan” (Fallos: 344:1952), resolvió nuestro Máximo Tribunal hacer lugar al recurso extraordinario, declarar la inconstitucionalidad de los artículos 146 y 147 del Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut y revocar la sentencia apelada; fulminando de ésta manera –para el caso- el instituto aplicado.

Entendió la Corte, que la cuestión a dirimir consiste en determinar si la garantía del plazo razonable para juzgar un delito tiene naturaleza sustantiva o procesal, pues de ello dependerá la jurisdicción que se encuentra constitucionalmente facultada para regularla y, en consecuencia, la suerte de las normas cuestionadas.

El problema de investigación, surge aquí.

Conforme a los principios que serán parte del desarrollo en el presente trabajo, y en consideración a las facultades reservadas como propias y delegadas de las provincias a la Nación, y de la incumbencia de las normas de fondo y de forma; encontramos argumentos más que válidos para sostener que -respetando nuestra tradición e historia constitucional- en lo atinente a plazos, forma y sanciones por incumplimiento del plazo razonable del debido proceso, sobre cómo llevar adelante el procedimiento penal y la aplicación de las normas sustantivas de fondo, ello resulta ser resorte de los códigos procesales de cada provincia del país.

En cuanto antecedentes, podemos citar numerosos, a saber por ejemplo el Dr. Raúl Heredia, quien nos enseña que en su mayoría del antecedente “Price” –podemos interpretar al voto del Sr. Ministro Lorenzetti como una disidencia parcial-, la Corte interpreta que la “atribución de códigos” contenida en el inciso 12 del art. 75, C. N. comporta una delegación comprensiva de la facultad de legislar sobre la extinción de la acción penal, prohibida entonces a las provincias<sup>11</sup>.

Y en el análisis de “Price”, puede advertirse una confusión entre institutos, como lo son la prescripción y la caducidad, uno de orden penal y el otro procesal.

---

<sup>10</sup> CSJN, Fallos: 347:905.

<sup>11</sup>([www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/09/A\\_PROPOSITO\\_VFINAL.pdf](http://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/09/A_PROPOSITO_VFINAL.pdf)).

La distinción entre Derecho penal y Derecho procesal penal ha sido fruto de una larga evolución y desarrollo, en la cual la especialización y separación se muestra como el principal objetivo<sup>12</sup>.

En materia de doctrina se nos ha señalado: “...otros han instalado el derecho a la celeridad del proceso jurisdiccional entre los terrenos abonados por la evolución de los derechos humanos, y en esa categoría, se convierte en un derecho fundamental que supone dos obligaciones inmediatas: a) reconocer el carácter de garantía procesal interna para asegurar un proceso rápido, eficaz y expedito, y b) admitir que se tiene un compromiso internacional al haber incorporado (art. 75 inciso 22, Constitución Nacional) los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos que, expresamente, contienen este derecho fundamental. Obviamente, este emplazamiento conduce a evidenciar responsabilidades por la demora inusual, de manera tal que el derecho a evitar un proceso con dilaciones indebidas, supone también encontrar responsables que indemnicen al perjudicado por la rémora judicial”<sup>13</sup>.

Mucho se ha escrito sobre la celeridad de los procedimientos penal, a fin de echar una luz de justicia sobre las víctimas; pero también para dar certeza a los procesos y finalizar la etapa de incertidumbre de las personas que son arrimadas a proceso. Y las provincias han sido pioneras en su construcción legislativa. Por ello, no son pocos los reconocidos juristas que en el veredicto que emitiera la Corte, reaccionaran intempestivamente contra la sentencia.

Ha sido trabajosa y lenta la construcción de un enjuiciamiento penal adecuado a las reglas fundamentales del país —lo es todavía-; hemos reseñado los cinco modelos de enjuiciamiento penal que en el tiempo se conocieron en Chubut, que en sí mismos permiten mostrar esa trabajosa evolución con el afán de alcanzar el proceso penal constitucional que deliberadamente inscribió en su texto la Constitución provincial de 1994-; 48 reglas recibidas y aun incrementadas a veces, en términos de garantías, en el derecho constitucional provincial que podrían sufrir un golpe casi letal con la decisión que hemos analizado <sup>14</sup>.

Un maestro del Derecho Procesal Penal, el Dr. Alberto Binder, precursor de las grandes reformas procesales penal en parte de Latinoamérica toda, con meridiana claridad

---

<sup>12</sup> <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v44n3/0718-3437-rchilder-44-03-00831.pdf>.

<sup>13</sup> GOZAÍN, O. A., Introducción al derecho procesal constitucional.

<sup>14</sup> HEREDIA, R., El devenir del enjuiciamiento penal – del modelo histórico a un novísimo proceso penal en la Patagonia, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

nos ha enseñado: "...En la medida que las provincias van adoptando sistemas acusatorios que le dan al Ministerio Público un papel preponderante en la organización de la investigación y en la persecución penal se va haciendo más notorio que carece de sentido que sea el Congreso federal quien establezca las prioridades (principio de oportunidad) de esa persecución penal cuando esas prioridades están íntimamente vinculadas a las realidades locales... de cada provincia"<sup>15</sup>.

Decía otro maestro, cordobés, Núñez, que: "...La palabra ley contenida en el art. 18, C. N., debe entenderse como norma emanada únicamente del Congreso de la Nación. El contraste se evidencia cuando se advierte que la palabra juicio contenida en el art. 18, C.N., remite al procedimiento para aplicar la ley penal..."<sup>16</sup>.

Y conforme lo ha dicho la propia Corte, el plazo razonable integra esta garantía del debido proceso: "Debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener -luego de un juicio tramitado en legal forma- un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre que comporta el enjuiciamiento penal"<sup>17</sup>.

Por lo dicho, se concluye que el plazo razonable del debido proceso, que tiene su basamento tanto en la C.N., como en los Tratados de DDHH, para que dicha garantía se torne operativa y logre eficacia jurídica, debe encontrarse determinado en un plazo temporal cierto y su incumplimiento por mora judicial, acarrear consecuencias; razón por la cual es correcto que los Códigos Procesales Penales fijen un plazo de caducidad, transcurrido el cual el órgano acusador pierda su facultad de persecución.

Así las cosas, se demostrará que el artículo 282 y 146 del CPPCh es constitucional y no incumple con las atribuciones prescriptas en el artículo 75 inciso 12 C.N., resultando una facultad reservada por las provincias legislar en materia de caducidad del procedimiento ordinario en el campo procesal penal, ante la mora en la investigación por parte de los órganos del Estado encargados de la persecución penal.

## II. El caso

---

<sup>15</sup> BINDER, Alberto, Introducción al derecho procesal penal, Ad Hoc, Buenos Aires, 2009.

<sup>16</sup> NUÑEZ, R., "Tratado de Derecho Penal", 4ta. ed., Ed. Lozada, Bs. As. 1977, Tomo II, págs. 382/383.

<sup>17</sup> ESPÍNDOLA, Juan Gabriel s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de 9 de abril de 2019 - Fallos: 342:584-.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fecha 12 de agosto del año 2021, sustanció un recurso extraordinario federal presentado por la querrela en una causa oriunda de la provincia del Chubut -“Price, Brian Alan” (Fallos: 344:1952)-, y coincidiendo con el dictamen de la Procuración Gral. de la Nación, declaró la inconstitucionalidad de una norma del código Procesal Penal de la Provincia de mentas, en la legisló un plazo perentorio y determinado de duración de la investigación penal preparatoria; vencido el cual si el Ministerio Público Fiscal no formuló acusación, se debía sobreseer al acusado <sup>18</sup>.

Tiempo después, la CSJN en otra causa de la misma provincia de Chubut, “Seccional Cuarta s/ investigación s/ impugnación”, sentencia de fecha del 6 de agosto de 2024, con remisión a los fundamentos dados en la causa “Price”, resolvió hacer lugar al recurso extraordinario, declarar la inconstitucionalidad de los artículos 146 y 147 del Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut y revocar la sentencia apelada; echando por tierra el plazo razonable de duración del procedimiento penal determinado en tres años por el legislador provincial (Fallos: 347:905) <sup>19</sup>.

En ambos fallos, se entendió que las facultades del artículo 75 inc. 12 de la Constitución Nacional impiden a las provincias legislar en materia de extinción de la acción penal; sin tener en cuenta los nuevos sistemas procesales acusatorios adversariales que la misma Corte viene avalando mediante sus propias directrices y fallos.

Ello evidencia a las claras, una franca contradicción en su política judicial, propiciando por un lado la implementación de sistemas procesales que ponen en cabeza del fiscal la investigación judicial, cambio de paradigma que significó para las provincias transitar de un sistema mixto a uno acusatorio; y por otro, vedar la posibilidad legislativa de las provincias de sancionar la inacción del órgano acusador.

El criterio adoptado por la CSJN avanza peligrosamente por sobre las autonomías provinciales, en un sentido centralizador, impropio de nuestro orden jurídico básico (régimen federal). Interessantemente lo advierte Heredia “...ese criterio también avanza, por repercusión directa -carácter transitivo-, sobre el control centralizado que la CSJN

---

<sup>18</sup> C.P.P.CH. Artículo 282. DURACIÓN. La etapa preparatoria tendrá una duración máxima de seis (6) meses contados desde la realización de la audiencia de apertura de la investigación. Transcurrido ese plazo el defensor podrá requerir al Juez que intime al fiscal a que formule la acusación en un término de 10 días [artículo 168 2do. párrafo Constitución Provincial]. Vencido el plazo de intimación si el Fiscal no presentó la acusación deberá dictarse el sobreseimiento. (texto según Ley XV N° 15 – B.O. 21/09/10 N° 11069).

<sup>19</sup> C.P.P.CH. Artículo 146. DURACIÓN MAXIMA. Todo procedimiento tendrá una duración máxima de tres años improrrogables contados desde la apertura de la investigación salvo que el término de la prescripción sea menor o que se trate del procedimiento para asuntos complejos [artículos 357 y siguientes]. No se computará el tiempo necesario para resolver los recursos extraordinarios, local y federal.

ejerce sobre las administraciones de justicia locales a través del llamado recurso extraordinario (Ley N° 48, art. 14), pues se arroga la interpretación de la legislación común, poder que las provincias, expresamente, negaron al judicialio nacional —salvo cuando las cosas o las personas caigan bajo su jurisdicción— y se reservaron como propio al tiempo de delegar su sanción en los órganos nacionales, regla que sí está contenida, precisamente, en el texto del art. 75, inc. 12...”.<sup>20</sup>

En “Price”, la sentencia de la Corte bajo examen, tiene fecha 12 de agosto de 2021, esto es, han transcurrido más de cinco años desde el dictamen del Procurador, casi siete años desde que el Superior rechazó en Chubut la impugnación extraordinaria del querellante convalidando el sobreseimiento (esta decisión de fecha 5 de septiembre de 2014), nueve años desde la fecha en que dictó el sobreseimiento (sentencia del 8 de agosto de 2012), más de diez años desde la fecha en que se declaró nulo el primer juicio (mayo de 2011) —anulado por cuestiones relativas a la ponderación de la prueba— y más de catorce años desde el hecho imputado (10 de febrero de 2007).

En breve reseña, los imputados fueron sometidos a un primer juicio por un hecho acaecido en el año 2007 en el que fueron absueltos —téngase esto presente—. Posteriormente, en vía recursiva, la Corte Provincial ordenó la realización de otro juicio en el que resultaron sobreseídos. La Procuración General de la provincia no apeló; y el recurso del acusador particular (querellante) fue concedido por el Superior del Chubut en fecha 28 de noviembre de 2014. El dictamen del Procurador ante la CSJN tiene fecha 19 de abril de 2016, en el que se pronuncia por la declaración de inconstitucionalidad del art. 292 del CPPCh —plazo de duración de la investigación penal preparatoria del Fiscal— y el reenvío de la causa para recomenzar un tercer intento de condena.

Y el nuevo Tribunal de juicio de reenvío constituido al efecto, tras la celebración de un nuevo debate, en fecha 07 de febrero del año 2022, terminó absolviendo a los tres imputados.

Como se puede advertir a simple vista, se observa el período temporal transcurrido entre el comienzo de la investigación penal preparatoria en manos del Fiscal, y la resolución final recaída en el proceso.

Catorce años después del primer juicio, por entonces jóvenes que promediaban los 17 años de edad y que en todo momento del proceso permanecieron sujetos a derecho,

---

<sup>20</sup> C.N. art. 75, inc. 12: ‘... sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones...’.

debieron comparecer a un nuevo debate de juicio oral casi 15 años después; vale decir hombres mayores de treinta años con un proyecto de vida, resultando éste nuevo episodio una afronta contra la seguridad jurídica del debido proceso, como así también una falsa esperanza para la familia de la víctima, toda vez que es sabido que los procesos no resueltos con inmediatez, difícilmente puedan echar luz con una nueva verdad.

### III. Un poco de historia

En cuanto a nuestra historia constitucional, la Constitución argentina toma el federalismo del texto norteamericano. Lo preconiza Alberdi, no porque lo considere el mejor, sino porque entiende, desde su historicismo moderado, que es el único posible para lograr la organización nacional. El recorrido de cuarenta años de enfrentamientos lo demostraba.

Explica el Juez Maqueda en su voto de “Price” “...La idea de que ese fuera un ‘derecho común’ a las provincias se mantuvo incluso luego de la reforma de 1860 en la que, después del fundacional pacto del 11 de noviembre de 1859 de San José de Flores, y a partir de las reformas propuestas por la Provincia de Buenos Aires, la Convención Constituyente ad hoc modificó esa cláusula únicamente para preservar la jurisdicción de los tribunales provinciales en la materia. Así, en el informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal —luego aprobado— se reconoció el buen espíritu de la facultad del Congreso Nacional de dictar los códigos de fondo ‘por cuanto ella tiende a la uniformidad de la legislación’ (Informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal, “Reforma Constitucional de 1860. Textos y documentos fundamentales”, Universidad Nacional de La Plata, 1961, apartado IV, pág. 128). A partir de estos antecedentes, esa particular unidad legislativa aparece como instrumental a la mancomunidad política...”<sup>21</sup>

Ahora bien, en cuanto a la organización de la justicia, cabe recordar que desde la etapa colonial la primera instancia estaba en manos de los cabildos, situados, casi todos ellos, en las ciudades que luego serían capitales de las provincias, mientras que las instancias posteriores se centralizaban en las audiencias (Charcas y Buenos Aires, en nuestro virreinato), y por último en el Consejo de Indias, con sede en Sevilla. Los cabildos continúan luego de 1810, y la Audiencia de Buenos Aires se transforma en Cámara de

---

<sup>21</sup> CSJN, fallos: 344:1952, Voto del Dr. Maqueda.

Apelaciones. En la década siguiente, disueltos los cabildos, comienzan a dictarse las constituciones provinciales, que prevén poderes judiciales propios.

Y el propio artículo 121 de la C.N., establece como principio general para todos los temas, la competencia local, y solo como excepción la federal: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”. Y la Constitución en ningún precepto atribuye el dictado de los códigos de procedimiento al Congreso nacional. Por ende, están en manos de las legislaturas locales.

Quiroga Lavié, en su Constitución comentada, explica los alcances del art. mentado, y nos enseña que de acuerdo con nuestra Constitución las atribuciones de las provincias pueden ser exclusivas, concurrentes o de cooperación federal. Y que la Corte, ha dicho que las provincias tienen todos los poderes que poseían antes de dictarse la Constitución, a menos que una disposición de ésta restrinja o prohíba su ejercicio (caso Yateman, F. 15: 17). A partir de ésta síntesis, podemos indicar el siguiente cuadro de atribuciones de las provincias...Ap. IV. Legislativas: a) dicta su derecho interno en materia organizacional y administrativa; b) dictar sus códigos de procedimientos, para poder aplicar el derecho común (art. 75 inc. 12 CN)<sup>22</sup>.

Señala el Dr. Eugenio L. Palazzo que “...Un dato que no puede soslayarse es la producción constitucional y legislativa de las provincias a partir de la creación de sus legislaturas provinciales, anterior a la codificación nacional del derecho de fondo, la cual incluyó numerosas normas penales y procesales. Sus tribunales funcionaban en base a ellas y a las heredadas de España. En el campo de las ideas prevalecían las de la ilustración, que mitigaban las penas y juridizaban el proceso, pero ellas se volcaron poco en las legislaciones, y sí más en las constituciones. Las primeras aparecen “en respuesta, casi siempre, a momentos de recrudecimiento de los delitos, en especial robos y homicidios. De allí que estas normas solieran revestir un carácter excepcional, así por confiar el juzgamiento de las causas a tribunales especiales, como por prever penas más severas que las ordinarias. Otra característica del período fue la ausencia total de reformas integrales del derecho penal. Los intentos más ambiciosos que se hicieron en este ámbito —y para cuyo propósito unas provincias copiaban lo hecho por otras— consistieron en reglamentos de policía (con disposiciones sobre vagancia, abuso de armas, ebriedad, juegos prohibidos) y reformas a las leyes de procedimiento criminal, motivadas por la

---

<sup>22</sup> QUIROGA LAVIÉ, H., Constitución argentina comentada, art. 121, 1996, Zavalía, pp. 699/700.

necesidad de agilizar el trámite de los expedientes para aplicar, en el menor tiempo posible, eficaces castigos”.<sup>23</sup>

#### IV. Conclusiones

Si bien existen distintos posicionamientos históricos y doctrinarios, entiendo que el avance de los códigos procesales acusatorios en las provincias, avalados por la propia CSJN, encuentran respaldo histórico para que entre sus facultades reservadas, puedan apegarse a los estándares internacionales que propician el acortamiento en la duración de los procedimientos penales; y en fe de ello, legislar en materia de plazo razonable de duración de su propio procedimiento penal, como así también la posibilidad sancionatoria de castigar la inactividad judicial por parte del Estado provincial (art. 147 del CPPCh)<sup>24</sup>.

La existencia de un plazo determinado, obliga a las autoridades competentes aunar esfuerzos por la pronta resolución de los casos sometidos a la órbita judicial.

En parangón, de viejos tiempos ya lo enseñó Edmod Locard “...El tiempo que pasa es la verdad que huye...”.

---

<sup>23</sup> [https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/Dr.\\_Eugenio\\_Luis\\_Palazzo\\_-\\_El\\_Caso\\_Price\\_8-9\\_v2.pdf](https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/Dr._Eugenio_Luis_Palazzo_-_El_Caso_Price_8-9_v2.pdf)

<sup>24</sup> Artículo 147. EFECTOS. Vencido el plazo previsto en el Artículo anterior, el juez o tribunal, de oficio o a petición de parte, declarará que se ha superado el término razonable de duración del proceso [Artículo 44, IV, C.Ch.], dictará el sobreseimiento del acusado por esta causa, en su caso, y archivará las actuaciones. Cuando se declare la extinción por morosidad judicial, la víctima deberá ser indemnizada por el Estado conforme las reglas de la ley específica en la materia. Son responsables los funcionarios que hubieran provocado, por sí o en concurrencia, la morosidad judicial y en tal caso se procederá de conformidad con lo previsto en el Artículo 69 de la Constitución Provincial. No se entenderá que media morosidad si los hechos han escapado al dominio personal de los funcionarios actuantes.

## **I. Introducción**

Si bien en sus orígenes ha estado fuertemente ligado al desarrollo y realización de proyectos inmobiliarios, el contrato de fideicomiso ha tenido una marcada evolución tanto práctica como normativa, constituyendo una alternativa excelente para dar respuesta a distintas necesidades al servir de estructura jurídica para llevar a cabo diversos emprendimientos económicos.

Su versatilidad, seguridad en cuanto permite la constitución un derecho real sobre los bienes fideicomitados, y la amplitud de objetos sobre los que puede recaer, nos conducen a la posibilidad de celebrar un fideicomiso sobre participaciones societarias. Llegamos, de este modo, a lo que se conoce como “fideicomiso societario”.

Lo que me propongo en estas líneas, es repasar brevemente las particularidades de este negocio, y puntualizar algunas situaciones problemáticas que pueden presentarse en oportunidad de llevarlo adelante.

## **II. Caracterización del contrato de fideicomiso**

Los antecedentes del contrato de fideicomiso se remontan al derecho romano y anglosajón<sup>1</sup>, cuyos institutos fueron, posteriormente, legislados en Latinoamérica a partir del siglo XX. En nuestro país, el Código Civil de Vélez Sarsfield incorporó la figura en el art. 2662, hasta el posterior dictado de la ley 24.441. Finalmente, con la unificación del C.C.C.N., se incluyó dentro de los contratos en particular, incorporando nuevas disposiciones.

Este contrato, comparte una característica con otros, con los que conforma el grupo denominado “contratos fiduciarios”, ya que están basados en la confianza<sup>2</sup>, y alineados con el deber de obrar con lealtad, pericia e idoneidad<sup>3</sup>. En la práctica, exhibe una

---

<sup>1</sup> CARREGAL, M., A., “Fideicomiso. Teoría y aplicación a los negocios”, Heliasta, Buenos Aires, 2008, 37-40.

<sup>2</sup> Dentro de este grupo de contratos basados en la confianza, es posible incluir también al mandato, al depósito, la agencia, la concesión, la prenda con desplazamiento, entre otros. Cfr. CSJN, “Automóviles Saavedra c/ Fiat s/ Ordinario”, 04/08/1988. Cfr. CARREGAL, op. cit., 61-63.

<sup>3</sup> GASPARINI, J., A., y PERALTA MARISCAL, F., “La constitución de fideicomiso como propuesta en el concurso preventivo”, La Ley Online, TR LALEY AR/DOC/1367/2024.

estructura estandarizada de términos y condiciones<sup>4</sup>, siendo requisito indispensable, su inscripción en el Registro Público con fines de publicidad, de modo que quienes pretendan negociar con el fiduciario, conozcan el objeto del fideicomiso, los bienes que lo componen, y, especialmente, los límites de la actuación del fiduciario<sup>5</sup>.

En el C.C.C.N., el contrato de fideicomiso se encuentra regulado a partir del art. 1666, encargándose las normas de aportar su definición, elementos y de identificar cuáles son las partes intervinientes, entre las que podemos mencionar, además de los contratantes inmediatos -fiduciante y fiduciario-, las figuras del beneficiario y el fideicomisario.

Entre todos ellos, destaca el fiduciario, que es el protagonista en este contrato<sup>6</sup> al ser la persona a la que, en virtud de la confianza que se le confiere, se le encomiendan los bienes fideicomitados para que los administre, cumpliendo con las disposiciones y condiciones del fideicomiso.

### III. El dominio fiduciario

Es de señalar que dentro de los bienes que pueden ser objeto del fideicomiso, pueden incluirse todos los bienes que se encuentren en el comercio<sup>7</sup>, esto incluye bienes muebles, inmuebles y créditos<sup>8</sup>, circunstancia esta, que habilita la constitución de fideicomisos sobre participaciones societarias, que es el tema que nos ocupa.

Asimismo, el C.C.C.N., señala que sobre los bienes fideicomitados se constituye una propiedad fiduciaria<sup>9</sup>, lo que implica la constitución de un derecho real de dominio - el dominio fiduciario-, el cual, al estar sujeto a un plazo o condición, será imperfecto en los términos del art. 1946 del mismo cuerpo legal, pues durará hasta la extinción del fideicomiso<sup>10</sup>. No obstante, en el ejercicio de sus funciones, el titular del dominio fiduciario tiene las facultades del dueño perfecto, en tanto los actos jurídicos que realiza se ajusten al fin del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas<sup>11</sup>.

Es importante aclarar que, tratándose de bienes registrables, en el respectivo registro debe hacerse constar el carácter de fideicomitados de los bienes<sup>12</sup>. De igual

<sup>4</sup> Cfr. PAPA, Rodolfo G., “Aspectos jurídicos, contractuales y regulatorios de actualidad en el tratamiento del fideicomiso societario”, La Ley, 2023, AR/DOC/2647/2023.

<sup>5</sup> Art. 1669, CCCN.

<sup>6</sup> HERRERA, M.; CAMELO, G.; y PICASSO, S.; directores, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Infojus, Buenos Aires, 2015, III, 371.

<sup>7</sup> Con la excepción contenida en el art. 1670, CCCN.

<sup>8</sup> Estos últimos deberán ser incorporados por cesión.

<sup>9</sup> Art. 1682, CCCN (Cfr. art. 11, Ley 24.441).

<sup>10</sup> Art. 1701, CCCN.

<sup>11</sup> Ver art. 1704, CCCN.

<sup>12</sup> Ver art. 1684, primer párrafo, CCCN.

manera, deben ser registrados contablemente por el fiduciario en modo separado<sup>13</sup>, lo que le ha valido la caracterización de “ente contable”<sup>14</sup>. Así las cosas, en caso en que el fiduciario sea comerciante, o una sociedad comercial, no corresponde que incorpore contablemente a sus cuentas patrimoniales los bienes recibidos en propiedad fiduciaria, sino que deberá registrarlos en cuentas de orden<sup>15</sup>. Y, para el caso de que la misma persona hubiese celebrado distintos fideicomisos, cada uno de ellos merecerá ser registrado contablemente en forma separada<sup>16</sup>.

El efecto principal generado por la separación de patrimonios, encontrándose inscripto el fideicomiso, es la imposibilidad de ser atacado ni por acreedores del fiduciante, ni por acreedores del fiduciario<sup>17</sup>. Señala Carregal que esta “...constituye la principal característica del fideicomiso, ya que permite aislar los bienes fideicomitados de los riesgos y contingencias propios de otros emprendimientos que pueden encarar por su cuenta tanto el fiduciante como el fiduciario (...)”. El autor sostiene que podría representarse el patrimonio integrante del fideicomiso como protegido por una campana de cristal, en la que los bienes se ven, pero repelen cualquier acción externa, especialmente las de los acreedores del fiduciante y del fiduciario<sup>18</sup>.

En idéntico sentido, se ha dicho que “el patrimonio fideicomitado está totalmente separado del patrimonio del fiduciario, y en los estados contables de éste, los bienes constituirán una simple cuenta de orden y no deberán confundirse con otros bienes del fiduciario, ni con bienes de otros fideicomisos. El fiduciario se comporta como un simple soporte jurídico de la propiedad, pero no es el dueño de la riqueza que ellos representan”<sup>19</sup>.

Con relación a este punto, la sala C, de la Cámara Nacional en lo Comercial, en un fallo del 2023, resolvió que las obligaciones contraídas por la fallida en su condición de fiduciaria, no pueden ser satisfechas con su patrimonio personal, sino que deben serlo con los bienes fideicomitados por aplicación del art. 1687 del C.C.C.N.<sup>20</sup>.

---

<sup>13</sup> CARREGAL, op. cit., p. 214.

<sup>14</sup> PAPA, Rodolfo G., op. cit.

<sup>15</sup> Cfr. CARREGAL, op. cit., pp. 91 y 299.

<sup>16</sup> Id., p. 216.

<sup>17</sup> Ver art. 1686, y art. 1687, primera parte, CCCN.

<sup>18</sup> Cfr. CARREGAL, op. cit., p. 217. Quedan exceptuadas las acciones por fraude e ineficacia contractual (art. 1686, C.C.C.N.)

<sup>19</sup> RIVERA, J., C., y MEDINA, G., “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, La Ley, Buenos Aires, 2016, IV.

<sup>20</sup> CNCom. Sala C, “Pignataro, Fernando Augusto, Pignataro Sandra s/ incidente de revisión de crédito”, 26/04/2023, publicado en La Ley AR/JUR/48374/2023.

Es de destacar que, aunque a través de este tipo contractual, se conforma un patrimonio separado, los fideicomisos no tienen personalidad jurídica, ni por medio de ellos se crea un sujeto de derecho. No obstante, sí son sujetos pasibles de determinados tributos, circunstancia que ha conducido a señalar que el fideicomiso no tiene personalidad jurídica, pero sí tiene “personalidad tributaria”<sup>21</sup>, por lo que deben ser declarados ante el fisco<sup>22</sup>. Dentro de los conceptos más representativos que deben tributar los fideicomisos se encuentra el impuesto a las ganancias, el impuesto de sellos, y el impuesto a las transferencias de bienes inmuebles<sup>23</sup>.

De este modo, podemos apreciar que, aunque carece de personalidad jurídica, el fideicomiso debe ser inscripto en el Registro Público, debe estar registrado contablemente de modo ordenado por el fiduciario, y, además, resultará sujeto pasivo de determinados tributos.

#### **IV. Tipos de fideicomisos**

Dejando de lado el fideicomiso clásico, es decir, el “de administración”, en el cual el fiduciario ejerce la propiedad de los bienes fideicomitidos, administrándolos en provecho del beneficiario, y transfiriéndolos al cumplimiento del plazo o condición al fideicomisario, existen diferentes tipos de fideicomisos.

Algunos de ellos aparecen reglados en el C.C.C.N., tales como el fideicomiso en garantía (art. 1680), el fideicomiso financiero (arts. 1690 a 1696) o el fideicomiso testamentario (arts. 1699 a 1700), pero esta enumeración no resulta taxativa, existiendo otras posibilidades no mencionadas en el código, como ser el fideicomiso inmobiliario (Ley 24.441), el de entidades deportivas (Ley 25.284), o el societario, que abordaremos en los párrafos que siguen.

#### **V. Instituto jurídico polivalente**

Como puede apreciarse, se trata de una figura que puede amoldarse a distintas situaciones, y da lugar a diversas relaciones jurídicas y económicas, por ello es quizás, por lo que la doctrina ha dicho que se trata éste de “un negocio complejo” pues confluyen

<sup>21</sup> PEDRAZA, M., A., “Tratamiento impositivo del Fideicomiso”, presentación en las XXXI Jornadas Nacionales de Administración Financiera, 2011, disponible en <https://economicas.unsa.edu.ar/>.

<sup>22</sup> A partir de la Ley 25.063, los fideicomisos comenzaron a tributar ganancias. En igual sentido, LISOPRAWSKI, S., V. y KIPER, C., M., “Vicios que pueden afectar al contrato de fideicomiso. Remedios legales cuando se emplea el fideicomiso para burlar la ley”, La Ley, 2017, AR/DOC/1461/2017.

<sup>23</sup> COTO, A., P., “Aspectos impositivos del fideicomiso”, publicado en la revista del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, disponible en <https://www.colegio-escribanos.org.ar/>.

aquí dos tipos de relaciones jurídicas diferenciadas; por un lado, un derecho de carácter personal en virtud del cual el fiduciario debe llevar a cabo el encargo encomendado por el fiduciante, en los términos dispuestos; y, por otro, uno real, que supone la transmisión del dominio fiduciario de los bienes para su resguardo y administración<sup>24</sup>.

A poco de comenzar el estudio de este particular instituto, y analizar las aplicaciones y posibilidades que presenta, surge como una calidad a destacar, su flexibilidad, motivo por el cual ha sido empleado para todo tipo de negocios, cumpliendo funciones de administración y conservación de bienes, inversiones financieras e inmobiliarias, de garantía, de ahorro e inversión, de planificación sucesoria, entre otras, lo que ha propiciado que su uso haya ido en aumento<sup>25</sup>.

En relación a ello, la excepción al plazo máximo legal prevista en el art. 1688 del C.C.C.N., fundada en la protección jurídica de personas con algún tipo de discapacidad, permiten el empleo del fideicomiso como una herramienta de planificación sucesoria, permitiendo tanto la protección de la persona como la conservación de la empresa<sup>26</sup>.

En suma, es posible instrumentar, con esta herramienta jurídica una amplia gama de negocios del más diverso objeto.

## **VI. El denominado fideicomiso societario**

En función del principio de libertad contractual (art. 958, C.C.C.N.) las partes están facultadas para determinar el contenido del contrato con el único límite en la ley y el orden público. De este modo, aunque el fideicomiso societario constituya una tipología que no está prevista expresamente en la ley (el dinamismo del derecho comercial desaconseja pretender tipificar todos los tipos o modalidades contractuales), resulta una posibilidad, y su análisis académico deviene valioso en atención a las implicancias prácticas que presenta.

A efectos de clarificar el concepto, vale mencionar que el fideicomiso societario es el celebrado sobre las partes en que se divide y representa el capital de una sociedad, y se lo ha definido como “aquel contrato o disposición de última voluntad por el cual una persona (fiduciante) dispone la transmisión fiduciaria de las acciones, cuotas o partes de interés o de ciertos derechos que derivan de ellos que integran el capital social de una

---

<sup>24</sup> VÍTOLO, D., R., “Manual de Derecho Comercial”, 2da Edición, Editorial Estudio, Buenos Aires, 2017, 540.

<sup>25</sup> HERRERA, CAMELO y PICASSO, op. cit., IV, p. 363.

<sup>26</sup> MARTÍNEZ ALCORTA, J., A. y RÍES CENTENO, F., “El contrato de fideicomiso de administración con previsiones post mortem a favor de un hijo con discapacidad”, La Ley, 2023, AR/DOC/593/2023.

sociedad comercial, a otra persona (fiduciario), con la finalidad de ejercer los derechos políticos y/o patrimoniales que ellos otorgan, en beneficio de un tercero designado en el contrato o testamento (beneficiario), y a transmitirlo a la finalización del plazo o condición a otro, denominado fideicomisario, rol este último que puede asumir el fiduciante, el beneficiario, o bien, un tercero...”<sup>27</sup>.

Es decir que se trata de un contrato de fideicomiso en el cual la propiedad fiduciaria recae sobre un paquete de participaciones societarias, de modo que el titular fiduciario, asume la posición de administrador de dichas participaciones, existiendo la posibilidad de que ejerza los derechos patrimoniales y políticos que de tal condición emanan.

Destaca la doctrina que, en este tipo de fideicomiso, el fiduciario adquiere la calidad de accionista de un modo “derivado”, constituyendo un vehículo útil para canalizar acuerdos de sindicación de acciones, administrar inversiones, solucionar conflictos societarios, atender a la satisfacción de protocolos de familia, garantizar operaciones financieras, entre otras<sup>28</sup>.

Tal como mencioné, el fiduciario es el protagonista en este contrato, pues es quien administrará los bienes, acotando su actuación a diversos límites establecidos por la ley, por el contrato en sí, y, en este caso, además, por el estatuto social y los intereses de la sociedad. Por ello, el fiduciario es pasible de distintos grados y tipos de responsabilidad en su accionar, lo que podrá conducirlo, frente a determinadas situaciones, al deber de priorizar los intereses sociales, o abstenerse de participar en el gobierno de la sociedad.

Relacionado con esto, Carregal señala que puede darse el caso de una transferencia de acciones, con el encargo a cumplir por el fiduciario de votar en las asambleas que se celebren de acuerdo a las instrucciones impartidas por el fiduciante quien será el beneficiario. En este caso, el fideicomiso tendrá por objeto el resguardo de la propiedad de las acciones puesto que el fiduciante busca sustituir, transitoriamente, su calidad de socio por la actuación del fiduciario”<sup>29</sup>. Aquí, no existiría el negocio subyacente entre los contratantes, que sí podría aparecer, de verificarse, por ejemplo, que uno de los socios, en virtud de un negocio particular e independiente celebrado con un tercero, contraiga una deuda, y como garantía de ella, celebre un contrato de fideicomiso sobre las cuotas o acciones de las que es titular en una sociedad.

---

<sup>27</sup> PAPA, R., G., con cita a PULIAPITO, Gladys J. y MAURY, Beatriz A., op. cit.

<sup>28</sup> AICEGA, M., V., “El accionista fiduciario, el fiduciario con derechos de accionista y la sociedad como fiduciaria”, La Ley, 2022, AR/DOC/1471/2022.

<sup>29</sup> CARREGAL, op. cit., pp. 65, 73-74.

La doctrina ha destacado las ventajas que posee el fideicomiso societario con fines de garantía, entre las que destacan: evita la tramitación de un proceso judicial de ejecución; se excluye de la órbita concursal o la quiebra del deudor garantizado, como principio general; es una garantía autoliquidable por excelencia; facilita la sindicación de los acreedores respecto de los bienes fideicomitados; permite realizar la garantía a valores de mercado, por medio de un procedimiento ágil y extrajudicial; y, el acreedor garantizado se favorece de una robustecida seguridad en su crédito<sup>30</sup>.

Sin embargo, a pesar de estas ventajas apuntadas, en cualquiera de los dos casos mencionados más arriba -exista negocio subyacente o no-, se suceden una serie de interrogantes con relación a la calidad de socio y derechos y obligaciones que se establecen alrededor de las figuras de fiduciante y fiduciario.

Vale la pena recordar que el estado de socio, consistente en la situación que genera el vínculo que une a una persona que es parte de una sociedad con la sociedad misma<sup>31</sup>, pone en cabeza del titular una serie de derechos, los que tradicionalmente se han clasificado en derechos económicos (principalmente el derecho al dividendo y a la cuota liquidatoria,) y derechos políticos (derecho de voto, de información, de receso, etc.).

Parecería ser que, en el supuesto del fideicomiso en garantía (es decir, existiendo un negocio subyacente), lo relevante a efectos de la garantía de la deuda, son los derechos económicos o patrimoniales, fundamentalmente la percepción de los beneficios, que pueden ser aplicados al pago de la deuda, y las acciones mismas, en caso de que el deudor no cumpla con sus obligaciones. No obstante, los mayores problemas aparecen si en el contrato de fideicomiso se ha pactado que el derecho al voto también se transmite junto con la propiedad fiduciaria de las cuotas o acciones. En estos casos, podríamos preguntarnos si el socio original sigue manteniendo su estado de socio, o si es reemplazado por el acreedor-fiduciario.

## **VII. El acreedor-fiduciario y los derechos políticos**

La situación presentada precedentemente, acarrea una problemática seria, puesto que, de transferirse el derecho de voto, la pregunta que emerge es: ¿con qué interés votará el acreedor-fiduciario en el gobierno de la sociedad? sin que pueda sorprender a nadie, que el acreedor vote en el sentido que más lo favorezca a él individualmente, en tanto su accionar estará condicionado por el aseguramiento de su crédito, extremo que, sin dudas,

---

<sup>30</sup> PAPA, R., G., con cita a KIPER, Claudio, op. cit.

<sup>31</sup> VÍTOLO, op. cit., p. 171.

podría conducir a un perjuicio de la sociedad, poniéndose en crisis el principio de *affectio societatis*.

Esto ha llevado a que muchos autores consideren que el voto del acreedor-fiduciario en el seno social siempre es contrario a los intereses sociales, casi convirtiéndose en una presunción, *iure et de iure*. En este sentido, Favier Dubois<sup>32</sup>, ha señalado que: “(...) cuando el fiduciario ha sido puesto por el acreedor y responde a sus instrucciones de cómo votar en cada caso, se configura un supuesto permanente de conflicto de intereses entre los del acreedor y el interés social, lo que impide el cómputo de su voto y, además, afecta la estructura de las decisiones sociales cuando las acciones fideicomitidas comprenden al paquete de control”.

En este punto, considero que no corresponde presumir, *ab initio*, que cualquier intervención del fiduciario-accionista será perjudicial para la sociedad, sino de deberá evaluarse en el caso particular. Además, vale considerar, que nada obstaría a que el socio original votara en el mismo sentido que aquí se cuestiona, y que, en caso en que efectivamente se verifique una contraposición de intereses claros y manifiestos entre el interés social y el particular del acreedor-fiduciario, se tornaría operativo el art. 248, LGS, norma que impone el deber al accionista o su representante a abstenerse de votar en una operación determinada si tiene un interés contrario al de la sociedad.

En la misma línea de pensamiento, para el caso de que se hubiera pactado el traspaso del derecho al voto, el fiduciario deberá honrar, no solamente el contenido del contrato de fideicomiso (donde se podrán establecer limitaciones o condiciones al ejercicio de este derecho político), sino también la ley, el estatuto, el reglamento y el interés social. A efectos de dejar a salvo su responsabilidad frente al fiduciante y el resto de los socios, será menester que observe dichas disposiciones, y, a todo evento, la solución será la misma que se expuso en el párrafo precedente, es decir, deberá abstenerse de votar en las decisiones sociales, si ello implica ir en contra de los intereses societarios.

Existiendo la posibilidad de que se susciten estos entramados, será valioso precisar de antemano cuáles serán los derechos políticos que pasarán al fiduciario, y cuáles son las decisiones sobre las que podrá expedirse en el órgano de gobierno de la sociedad. Por esta misma razón, se ha propuesto la solución de llevar adelante un convenio de

---

<sup>32</sup> DUBOIS, P., E. y DUBOIS (H), E., M., F., “Fideicomiso accionario en garantía de una obligación social: el interés social vs. el voto del fiduciario”, disponible en <https://favierduboisspagnolo.com>.

accionistas, donde se determinen con precisión los derechos y obligaciones del fiduciario<sup>33</sup>.

En suma, existen los instrumentos legales para salvar los posibles conflictos de intereses, por lo que nada obsta a que se lleve a cabo este negocio sobre participaciones sociales, existiendo en la ley los mecanismos pertinentes e idóneos para salvaguardar al ente colectivo de cualquier tipo de perjuicio latente ante intereses encontrados.

### **VIII. Fideicomiso en garantía de acciones y concurso**

Mención aparte merece la situación de que se produzca el concurso preventivo de la sociedad cuyas participaciones sociales son objeto de fideicomiso, pues allí, nuevamente nos encontramos con el dilema del doble carácter de acreedor y socio que presenta el fiduciario, circunstancia que también puede conducir a un conflicto de intereses al momento de formar la voluntad social para realizar las categorizaciones y propuestas a los acreedores durante el período de exclusividad. En este punto, comparto la posición de Dubois, que señala que corresponde la abstención, y eventualmente, resulta procedente una medida cautelar ante el juez del concurso que impida el voto<sup>34</sup>.

Es decir, podría darse la situación de que el acreedor-fiduciario de acciones, sea a la vez acreedor y votante en los acuerdos preventivos a celebrar con otros acreedores, produciéndose un claro conflicto de intereses.

Al respecto, resulta válido recordar el contrapunto suscitado entre los fallos “Trenes de Buenos Aires” y “Feroanco S.A.” en torno al carácter del crédito del fiduciario en el concurso<sup>35</sup>, tema que podrá ser materia de otro trabajo, pues, lo destacable en este apartado es poner de manifiesto la contradicción que se presenta al revestir el fiduciario aquél doble carácter de acreedor y socio.

### **IX. Conclusiones**

En virtud de lo mencionado en los apartados precedentes, es posible afirmar que el contrato de fideicomiso, si bien en un primer momento estuvo especialmente vinculado con el desarrollo inmobiliario, considerando actualmente todas sus variantes, se presenta como un instrumento que brinda respuestas jurídicas a variadas necesidades, pudiendo

---

<sup>33</sup> RIES CENTENO, F., “El Fideicomiso en garantía en el Código Civil y Comercial de la Nación (¿Y de Administración también?)”, *El Dial*, DC2F49, 2022.

<sup>34</sup> DUBOIS, op. cit.

<sup>35</sup> Ver CNCom. Sala D, “Trenes de Buenos Aires s/ Concurso preventivo”, 2008 y CNCom. Sala E, “Feroanco SA s. Concurso Preventivo (Incidente de Verificación de Sinsbur S.A.)”, 2010.

resultar útil tanto para empresas y comerciantes, en la realización de distintos negocios, proyectos de obra, inversiones, pactos sobre participaciones societarias, así como también, para la planificación sucesoria mediante el fideicomiso testamentario, entre muchas otras alternativas.

El hecho de que los bienes fideicomitidos constituyan un patrimonio separado de los del fiduciante y fiduciario, otorga mayor confianza y seguridad respecto de su integridad patrimonial, especialmente para quienes contratan con el fiduciario sobre los bienes fideicomitidos.

Si bien a través del contrato de fideicomiso no se constituye una persona jurídica, es indispensable que el fiduciario lleve adelante una adecuada contabilidad, se inscriba en el Registro Público, y se prevea el pago de los tributos correspondientes, los que deberán ser declarados por él, ante el fisco.

En tanto el principio general es que todos los bienes que están en el comercio puedan ser objeto del contrato de fideicomiso, no existe ningún impedimento para que las partes en que se divide el capital de una sociedad lo sean (art. 1670, C.C.C.N.), en cuyo caso, deberán anotarse en el libro de registro de acciones, la calidad de acciones fideicomitidas (art. 213, LGS). Ello no implica, *per se*, un cambio en el estado de socio, no obstante, corresponderá delinear con precisión, en estos casos, cuáles son los derechos y obligaciones de cada contratante (convenio de accionistas), y si se transmite el derecho de voto, de producirse algún conflicto de intereses entre la sociedad y el fiduciario-acreedor, deberá este último, abstenerse de votar (art. 248, LGS).

Considero que el contrato de fideicomiso ha tenido un impacto en el mundo de los negocios muy importante sobre todo a partir de la Ley 24.441, y que ha ido creciendo, en los últimos años, con la entrada en vigencia del C.C.C.N., contando con un gran potencial para cubrir numerosas necesidades de los comerciantes por lo que, sin dudas, seguirá siendo una herramienta útil para que las empresas puedan llevar adelante y concretar distintos tipos de proyectos de envergadura, sobre todo en lo atinente a su empleo tanto en el sector inmobiliario y financiero.

Existen, sin embargo, y tal como fue expuesto en estas líneas, algunas áreas grises que permanecen sin definición, por lo que es esperable que a través de la jurisprudencia se vayan asentando criterios que seguramente serán materia, eventualmente, de una modificación legislativa, lo que afirma el dinamismo del derecho comercial, y de este complejo negocio en particular, respecto del cual, es esperable que continúe

evolucionando, y dando respuesta a las necesidades de empresas y comerciantes para la realización de todo tipo de negocios.



*El ocaso de la teoría general del acto jurídico ;El acto jurídico voluntario ya no goza de buena salud!*

*\*Por Fernando Shina*

### **I. In mente concepta**

Antes de comenzar a desarrollar las ideas que contiene este trabajo, conviene hacer una breve revista acerca del origen de esas ideas. Me atrevo a decir —y creo no exagerar— que son pensamientos que reposan en mi conciencia desde hace cuatro décadas.

El carrusel de las anécdotas arranca en 1987; por entonces ya era abogado, pero todavía no era docente ni tampoco había escrito un libro. Siempre quise dejar de ser abogado para dar clases y escribir. Ya más cerca del final del recorrido, debo admitir que no cumplí ninguna de estas metas: no pude dejar de ser abogado y mucho menos convertirme en escritor. El tiempo, sin embargo, suele producir resultados notables y, una vez atenuadas las pretensiones juveniles, terminé siendo un discreto profesor que escribe textos indiscretos. Además, sé que los trabajos que por ahora llevo escritos tampoco son del todo desechables.

Volvamos a 1987. La generosidad del profesor Carlos Ghersi me abrió las puertas a la docencia, invitándome a integrar su nutrido plantel. Fue también Carlos quien me acercó a Waldo Sobrino, que a lo largo de estas cuatro décadas se convirtió en un fantasma hamletiano: un eco crítico y amable de las ideas que compartimos sin estar del todo de acuerdo. Por entonces, él ya era profesor en las cátedras que Carlos tenía en la Universidad del Salvador. Una tarde de finales de verano asistí a una reunión de profesores y, al concluirla, ya era el flamante docente de obligaciones del grupo que dirigía Waldo. Desde entonces, seguimos dando clases juntos y cultivando una amistad entrañable que dura toda la vida.

### **II. Prima fictio**

La primera clase que di, cómo no recordarla, trataba sobre actos jurídicos, y eso me llevó a leer, por primera vez como docente, el art. 897 del viejo código velezano. Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad. Leí ese texto varias veces. Las palabras que repetía durante la lectura silenciosa me resultaban incómodas, como si fueran construyendo una idea deforme. No podía entender cómo la libertad, que es el

máximo atributo de la condición humana, quedaba atrapada dentro del pequeño universo abogadil de los actos jurídicos. Por entonces pensaba (y sigo pensando) que ese orden de prelación es absurdo, puesto que la autodeterminación humana no puede limitarse a integrar un acto jurídico.

Nuestro derecho privado concibe a la autonomía de la voluntad como un complemento vitamínico que mejora el funcionamiento del acto jurídico o, mejor dicho, el de la Teoría General del Acto Jurídico. Esta incoherencia fue la primera ficción jurídica que descubrí dentro de nuestro ordenamiento normativo; no es la única, pero sí la más grave, profunda y errónea.

Al profundizar en el estudio de estas cuestiones, advertí que, para el Derecho, la autodeterminación del sujeto no es un valor en sí mismo, sino una condición necesaria para la seguridad jurídica y la transacción mercantil. No debe olvidarse que el contrato —aun dentro de los actuales entornos digitales— sigue siendo la herramienta de tráfico de riqueza por excelencia: todo intercambio de bienes y servicios requiere que las obligaciones sean exigibles, los contratos resulten coercitivos y los sujetos sean libres para asumir las consecuencias de los eventuales incumplimientos. *Pacta sunt servanda*, decían los romanos, y el eco de esa regla universal sigue retumbando con la misma nitidez que hace más de dos mil años. Ese grito romano, sin embargo, esconde el murmullo de una profecía oscura: los contratos injustos también son coercitivos y exigibles.

Cuando elaboré y defendí mi tesis doctoral (UCA, 2019), pude examinar con mayor detenimiento estos temas tan dilemáticos. Allí sostuve —seguramente con más desparpajo que originalidad— que la autonomía de la voluntad funciona como una regla contrafáctica. Se presenta como un enunciado de la libertad individual que, sin embargo, casi siempre contiene una forma de renuncia o restricción de derechos individuales. La mayoría de las veces, la regla de la autonomía de la voluntad justifica que se paguen precios elevados, intereses que ofenderían el pudor del mismísimo Shylock, y seguros contaminados de cláusulas leoninas. Es como si fuéramos libres para convalidar contratos injustos, o renunciar a lo que no queremos renunciar y, resignadamente, aceptar lo que no tenemos más remedio que aceptar. En la geografía de la autonomía de la voluntad, prevalece la seguridad jurídica y escasea la equidad.

Para bien o mal así funcionan los contratos desde siempre; es poco probable que esa dinámica de asimetrías vaya a cambiar. No existen, si es que alguna vez existieron, los acuerdos entre voluntades autónomas: el contrato actual es un protocolo de ofertas inflexibles y consentimientos resignados. Por esa razón, hace tiempo que vengo

sosteniendo que el art. 957 del CCCN constituye el certificado de defunción del contrato clásico. Es que, cuando se lee detenidamente esa norma, se advierte que allí no se describen voluntades que se encuentran, sino métodos de prestar el consentimiento.

La Teoría General del Contrato, entonces, constituye la segunda ficción importante del derecho. En ella se mezclan conceptos tan disímiles como la libertad de contratar y coercibilidad de los contratos. Evitemos las confusiones: los contratos son mucho más exigibles que libres. De esta forma —vaya paradoja— la libertad se convierte en el presupuesto necesario para restringirla: se es libre para someterse al cumplimiento de un contrato que puede ser, en simultáneo, injusto y exigible.

### **III. Relative liberi, plene responsables**

Las críticas precedentes podrían dar la impresión de que el cuestionamiento a la teoría voluntarista del acto jurídico conduce a posiciones deterministas incompatibles con la responsabilidad jurídica. Sin embargo, los avances de las neurociencias muestran lo contrario: aun cuando numerosos procesos decisionales operan de manera automática e inconsciente, ello no impide sostener —sobre bases empíricas más sólidas— la imputabilidad jurídica de las personas.

Michael Gazzaniga (1939, Los Ángeles, EE.UU.) es un neurocientífico estadounidense considerado uno de los fundadores de la neurociencia cognitiva. A los efectos de este trabajo, y dada la importancia que Gazzaniga tiene en el mundo académico y en el desarrollo de las ciencias del comportamiento, nos parece relevante señalar que este autor postula, en coincidencia con lo que decíamos en el tópico anterior, que las investigaciones de las neurociencias relacionadas con los sesgos y las heurísticas no eliminan la responsabilidad humana ni obligan a adoptar una postura siquiera comparable a un determinismo radical ni —mucho menos— alientan el quiebre de los sistemas legales coercitivos.

Por el contrario, sus investigaciones sugieren que, aunque muchos procesos cerebrales operan de manera automática e inconsciente, la responsabilidad y la noción relativa de libertad (¿libre albedrío relativo?) deben entenderse como nociones complementarias y no excluyentes. En ese orden de ideas, Gazzaniga sostiene que “no existe una razón científica suficiente para abandonar la idea de que las personas son legalmente responsables por sus acciones”. En esta última reflexión centramos nuestra posición doctrinaria y la principal disidencia que nos separa de la doctrina mayoritaria. Para nosotros, el Derecho no necesita establecer artificialmente la existencia de hombres

libres ni idealizar la noción de autonomía de la voluntad; solo requiere que el sujeto tenga un umbral mínimo de autonomía que le permita ser centro de imputación normativa.

Todo esto viene a cuento para poner un poco de claridad en la doctrina. Algunos de nuestros colegas advierten, algo atemorizados, que los continuos avances de las neurociencias (que son inevitables) pueden poner en peligro las bases del sistema legal, quitándole obligatoriedad o deprimiendo su método esencialmente dispositivo. Creemos, modestamente, que esta interpretación contiene un error esencial: confundir la voluntad del sujeto con su responsabilidad; es decir, su libertad con su imputabilidad. En esa línea de pensamiento, nuestro distinguido colega Chamatropulos considera necesario explicar que la teoría general del acto jurídico goza de buena salud y está a salvo de nuestras críticas.<sup>1</sup>

Debe señalarse que esta posición, diametralmente opuesta a la nuestra, es mayoritaria en la escuela nacional. Prueba de ello es que, en el marco de las XXX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Corrientes, septiembre de 2025), la Comisión 1 de ese congreso, integrada por destacados juristas, concluyó, sin medias tintas, que: 1) La teoría general del acto voluntario mantiene plena vigencia; 2) Las nuevas tecnologías obligan a aplicar nuevos parámetros hermenéuticos a la teoría del acto voluntario; 3) Los vicios de la voluntad que están regulados en el régimen vigente son suficientes para abordar los problemas que generan las nuevas tecnologías. Esto significa que, muy a pesar nuestro, la escuela nacional persistirá en el grave error de considerar que actuamos, mayoritariamente, con discernimiento, intención y libertad.

Esta defensa acérrima de una concepción voluntarista del acto jurídico lleva a Chamatropulos —en línea con buena parte de la doctrina— a sostener una reflexión que, a nuestro modo de ver, no es errónea, pero sí confundida: “Una primera y rápida aclaración resulta oportuna, pues a primera vista y luego de tantos estudios e investigaciones citadas, muchos podrían poner en duda la existencia misma de voluntariedad en la conducta humana y, a partir de dicha negación, quitarle todo sostén a la idea de la responsabilidad jurídica, de los actos jurídicos y de los contratos.”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> CHAMATROPULOS, D., A., El deber de información frente a las decisiones No Racionales del consumidor, CABA, La Ley, 2024, p. 725. Allí, con el sugerente título: “El Acto Voluntario está a salvo”, el autor advierte sobre los peligros que acarrearán las posiciones doctrinarias que, demasiado cercanas a los descubrimientos de las neurociencias, cuestionan la voluntad como el motor del comportamiento humano. (Ver. P. 726). Disentimos, desde luego, con ese planteo y tampoco postulamos que la voluntad no exista o sea irrelevante. Solo decimos que el tratamiento que nuestro sistema normativa hace de esa noción es equivocado y obsoleto.

<sup>2</sup> CHAMATROPULOS, D., A., op. cit., p. 726

Chamatropulos mezcla -según nos parece- la voluntariedad del sujeto con su imputabilidad.

Nosotros sostenemos lo opuesto desde hace mucho tiempo.<sup>3</sup> Pensamos que la voluntad del sujeto no responde al modelo de racionalidad plena que le atribuye el sistema legal y que, al mismo tiempo, es plenamente responsable de asumir las consecuencias legales que el sistema le pueda reprochar.

Las neurociencias no ponen en jaque a los sistemas legales, pero sí evidencian que la teoría general del acto jurídico, utilizada por nuestro ordenamiento desde 1871, ya no sirve porque ha sido científicamente refutada. Ni más ni menos.

#### **IV. Portus exitus**

Una tesis doctoral no es el final de un camino académico, sino todo lo contrario: es el verdadero punto de partida de la investigación. El doctorando, ya investido del título, se libera de los formalismos que ponen a prueba su paciencia y conserva, quizás para siempre, el método investigativo que aprendió. Como observó Umberto Eco, después de haber realizado una tesis doctoral no se investiga nunca más del mismo modo. Ese método interrogativo y desafiante nos acompañará toda la vida.

En mi caso, esa regla se cumplió a rajatabla. Al obtener el título de doctor, solo había enunciado el ocaso de la autonomía de la voluntad y esbozado, como idea central, que la autonomía de la voluntad operaba como una regla contrafáctica. Me faltaba algo. En realidad, me faltaba mucho.

No pasó demasiado tiempo antes de que comenzara a completar ese vacío. Las investigaciones sobre psicología cognitiva y economía del comportamiento, y luego las neurociencias, dieron a las ideas de mi tesis un relieve que antes no tenían. Reconozco, tardía y pudorosamente, que al concluir mi doctorado ni siquiera había oído hablar de los trabajos de Kahneman y Tversky ni de autores como Thaler, Sunstein, Ariely, Cialdini, Mullainathan, Shafir y tantos otros. Había encontrado, finalmente, un nuevo punto de partida. Ya no iría tras el ocaso de la voluntad, sino tras el entendimiento de la estructura psíquica del sujeto y, más precisamente, tras el diseño de su arquitectura cognitiva. Estaba

---

<sup>3</sup> Ver, entre otros trabajos publicados: SHINA, Fernando E., *Las neurociencias en la actuación profesional*, Buenos Aires, Hammurabi, 2020; SHINA, Fernando E., *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 2024; SHINA, Fernando E., *Ley de Defensa del Consumidor Comentada, Actualizada*, Buenos Aires, Hammurabi, 2024; SHINA, Fernando E., *Una nueva teoría general de los contratos*, Publicado en SAIJ, 5 de Abril de 2019, Citar: Id SAIJ: DACF 190067; SHINA, Fernando, *La regla pacta sunt servanda. Los pormenores de un principio sobrevalorado en el Derecho*, Buenos Aires, elDial, 28/11/2017, Citar: DC 2549.

listo para iniciar una crítica definitiva y sin concesiones a la Teoría General del Acto Jurídico vigente desde 1871.

### V. *Theoria mortua*

La Teoría General del Acto Jurídico, no se agotó por el mero paso del tiempo, sino por la evidencia científica disponible. No es un diseño teórico viejo, sino equivocado. Es falso que actuemos mayoritariamente con discernimiento, intención y libertad. Al contrario: raramente usamos esos atributos de la racionalidad para tomar las decisiones cotidianas. Las ciencias sociales —principalmente la economía, la política y las ciencias jurídicas— parten de una equivocación persistente: la creencia de que actuamos, casi siempre, racionalmente. En realidad, ocurre lo opuesto: nuestro comportamiento rara vez es plenamente racional.

Daniel Kahneman, al desarrollar junto a Amos Tversky sus investigaciones sobre heurísticas y sesgos, explica el origen de ese error: “los científicos sociales de la década de 1970 aceptaban generalmente dos ideas acerca de la naturaleza humana. La primera es que la gente es generalmente racional y su pensamiento normalmente sano. La segunda, que las emociones como el miedo, el afecto y el odio explican la mayoría de las situaciones en las que la gente se aleja de la racionalidad. Nuestro artículo desafiaba a estas dos suposiciones. Documentamos de manera sistemática errores en el pensamiento de gente normal y buscamos el origen de dichos errores en el diseño de la maquinaria de la cognición más que en la alteración del pensamiento por la emoción”.

Este hiper-racionalismo del derecho, a nuestro modo de ver, solo puede explicarse de dos modos. El primero se vincula con el optimismo ingenuo de creer que somos más libres de lo que en realidad somos. El segundo es menos condescendiente: describe un utilitarismo cínico que impone al sujeto una voluntad, tan racional como ilusoria, a fin de que consienta estipulaciones que no le convienen.

Este diseño teórico defectuoso es el comienzo de un dominó de yerros que se proyecta, primero, sobre la teoría general del contrato y, luego, sobre la responsabilidad, hasta convertirse en un alud de escombros conceptuales.

Nuestro sistema normativo descansa sobre un entramado de premisas fallidas que parten de un error esencial: considerar que la voluntad es el epicentro de la conducta humana.<sup>4</sup> En efecto, el sistema parte de la siguiente secuencia normativa: el acto jurídico

---

<sup>4</sup> “La voluntariedad del acto es el centro de gravedad y, al mismo tiempo, el mínimo denominador común de la categoría, a tal punto que -afirma la doctrina nacional- si falta este elemento se disuelve la noción

es un acto voluntario cuya finalidad es la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas (art. 259 del CCCN); la voluntad es definida como una noción integrada por el discernimiento, la intención y la libertad (art. 260 del CCCN); luego, el acto involuntario es el realizado por el sujeto privado de razón o por personas limitadas por su inmadurez cognitiva para comprender lo que estaban haciendo (art. 261 del CCCN).

Este esquema, que pondera una racionalidad imaginaria, se completa cuando el Código trata los vicios del consentimiento. Allí, solo se reconocen tres factores que desquician la voluntad del sujeto: el error, el dolo y la violencia (arts. 265–278 del CCCN). Esto significa —lisa y llanamente— que los vicios del consentimiento no son inherentes al sujeto, sino externalidades que afectan su sistema racional.

La construcción dogmática descripta está en las antípodas de la ciencia. Mientras Kahneman y Tversky advierten que la mayoría de los errores, malas decisiones y conductas equivocadas provienen de personas cuya voluntad no está jurídicamente viciada, el derecho afirma exactamente lo contrario. Y lo hace de manera dogmática: de espaldas a la ciencia y rendido en el altar del más oscuro anacronismo.

## VI. *Iter novum*

Nuestra escuela jurídica se asemeja a un centro de arqueólogos que busca, con altas dosis de entusiasmo y melancolía, los restos fósiles de un sujeto racional que ya no existe y que probablemente nunca haya existido. Perdidos en la memoria de la historia, permanecemos refugiados en el laberinto de la nostalgia. Mientras la ciencia nos habla de las personas reales que realizan actos voluntarios sesgados, el derecho identifica el consentimiento con la voluntad, como si consentir algo fuera lo mismo que desearlo.

Existe una paradoja difícil de soslayar. Nuestros doctrinarios, sobre todo los más jóvenes, que consienten con automática docilidad las ofertas algorítmicas de Netflix, Amazon y Spotify —impensables para sus abuelos—, son quienes están más aferrados a una teoría decimonónica. Pocas veces se ha visto tanta complacencia generacional.

Pese a la confusión doctrinaria generalizada, debe reiterarse que los sesgos no son un vicio de la voluntad, sino un rasgo estructural de la condición humana; lejos de ser una anomalía patológica, constituyen una ventaja evolutiva: sin comportamientos sesgados, la especie humana habría desaparecido hace millones de años. Confundir un vicio de la

---

misma de negocio jurídico.”(De Lorenzo, Miguel Federico, *El negocio jurídico*, Buenos Aires, AD-Hoc, 2024, p. 104).

conciencia con un talento superior de la especie muestra hasta qué punto está invertida nuestra doctrina.

## VII. Homo irrationalis

Nuestro derecho no llega a comprender que la voluntad es una abstracción inasible integrada por escasos componentes racionales y por abundantes corrientes oceánicas que provienen del inconsciente. En ese marco, suele confundirse la noción de vicios del consentimiento con fenómenos de conducta sistemáticamente sesgada. Esa confusión lleva a algunos autores a sostener que la manipulación del comportamiento es una novedad propia y excluyente de la revolución tecnológica, como si antes de los algoritmos no existieran ni el inconsciente ni las decisiones desviadas.<sup>5</sup> Sin embargo, pese al asombro que provocan las novedades, la ciencia advierte desde hace casi un siglo que nuestras conductas son previsiblemente sesgadas. Como dice Dan Ariely, no solo somos bastante irracionales, sino previsiblemente irracionales.<sup>6</sup>

Lo que Ariely quiere decir es que la manipulación del comportamiento humano no requiere necesariamente de un engaño; alcanza con conocer los patrones sistemáticos (*previsibles*) de la conducta frente a determinados estímulos. Ese conocimiento es ampliamente utilizado por los principales actores del mercado, pero permanece ajeno al debate doctrinario.

La principal asimetría en las relaciones de consumo —desafortunadamente— no se produce por el mayor conocimiento que los proveedores tienen respecto de los consumidores, sino por el atraso teórico de quienes deberíamos protegerlos frente a los abusos de un mercado imperfecto.

## VIII. Epilogus

A partir de un diagnóstico desalentador, que describe un ordenamiento normativo anclado en teorías obsoletas, hace tiempo que venimos proponiendo la implementación de nuevos diseños normativos y herramientas jurídicas no convencionales.

---

<sup>5</sup> “El concepto de voluntad, piedra angular de la teoría del acto jurídico en el derecho civil, se enfrenta hoy a una transformación radical impulsada por el imperio de los algoritmos. Tradicionalmente, la formación de la voluntad y el consentimiento en los actos jurídicos se presumían en un contexto de interacción humana predecible, donde las partes se encontraban en un plano de relativa igualdad informativa, y cualquier defecto en la intención o la libertad era atribuible a un acto humano. En la actualidad, esta dinámica se ha alterado radicalmente debido a la creciente intervención de complejos sistemas de inteligencia artificial.” (Colombo, María Celeste, La manipulación algorítmica como vicio de la voluntad. Un encuadre desde el derecho civil argentino, Publicado en: SJA 16/01/2026, 1 - Cita: TR LALEY AR/DOC/3036/2025).

<sup>6</sup> ARIELY, D., *Las trampas del deseo*, Francisco J. Ramos (trad.), Ariel, Barcelona, 2009.

Hace ya décadas, nuestra escuela jurídica abandonó la pretensión vanguardista para replegarse en un recato que rechaza los pensamientos disruptivos. Esa indolencia constituye el verdadero obstáculo que impide renovar un pensamiento jurídico que, a todas luces, ha quedado obsoleto.



***La competencia contencioso administrativa en la provincia del Chubut según la  
Ley I N° 836***

*\*Por Guillermo Walter*

### **I. Introducción**

La sanción de la Ley I N° 836, que aprueba el Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia del Chubut, constituye un acontecimiento de singular relevancia para el derecho público local. Por primera vez, la provincia cuenta con una norma procesal única y sistemática destinada a regular el control judicial de la actividad administrativa, superando un esquema normativo fragmentado que, durante años, generó incertidumbres tanto para los justiciables como para los propios operadores del sistema judicial.

Entre los ejes centrales del nuevo Código se encuentra la regulación de la competencia contencioso administrativa, cuestión que reviste una importancia decisiva en la estructuración del proceso. La correcta determinación del tribunal competente no solo asegura el respeto del principio del juez o jueza natural, sino que constituye un presupuesto indispensable para la validez del proceso y para la efectividad de la tutela judicial. En el ámbito del derecho administrativo, esta definición adquiere una relevancia aún mayor, en tanto el proceso se orienta al control de la legalidad de la actuación estatal y a la protección de derechos fundamentales frente al ejercicio del poder público.

El presente trabajo tiene por objeto describir los criterios de competencia establecidos por la Ley I N° 836, con especial atención a su objeto, a la noción amplia de competencia contencioso administrativa adoptada por el legislador y a las reglas que rigen su determinación. El enfoque será primordialmente descriptivo, con la finalidad de ofrecer una lectura clara y accesible, especialmente dirigida a jóvenes abogados y abogadas, así como a estudiantes de derecho que se inician en el estudio del proceso contencioso administrativo provincial.

### **II. Vigencia y objeto de la Ley Procesal Contencioso Administrativa**

La ley fue registrada el 2 de diciembre de 2025 y publicada en el Boletín Oficial el 5 de diciembre de 2025. El texto legal dispone en su art. 77 que las disposiciones de la ley entran en vigencia en la fecha de su publicación.

La Ley I N° 836 establece, por primera vez en la Provincia del Chubut, un régimen procesal integral y autónomo destinado a regular el proceso contencioso administrativo.

Su objeto aparece definido de manera expresa en el artículo 1º, que cumple una función central: delimitar el ámbito material del control judicial de la Administración y fijar el marco conceptual dentro del cual deben interpretarse las normas de competencia que el propio código desarrolla.

La ley regula el proceso contencioso administrativo “destinado al control judicial de la actividad de la Administración Pública provincial”, entendida ésta en un sentido amplio y funcional. El control judicial no se circunscribe exclusivamente a los actos administrativos formales, sino que se extiende a todas las manifestaciones relevantes de la función administrativa, incluidas las acciones, omisiones y conductas materiales que puedan afectar derechos o intereses jurídicamente protegidos.

Desde esta perspectiva, el objeto del proceso contencioso administrativo no es únicamente la anulación de actos ilegítimos, sino la garantía de la tutela judicial efectiva frente a cualquier ejercicio —o falta de ejercicio— de potestades administrativas. El código menciona de forma expresa los actos, hechos, omisiones, reglamentos, contratos, vías de hecho y “demás manifestaciones de la función administrativa”, lo que revela una clara opción legislativa por un modelo amplio de justiciabilidad administrativa, alineado con los estándares constitucionales y convencionales en materia de acceso a la justicia.

Asimismo, el artículo 1º identifica con precisión a los sujetos cuya actuación puede ser objeto de control jurisdiccional: la Administración Pública provincial, los municipios, las comunas rurales, los entes descentralizados y, de manera especialmente relevante, toda persona humana o jurídica que ejerza función o potestades administrativas. Este último aspecto pone de relieve que el criterio determinante no es la naturaleza formal del sujeto, sino el ejercicio material de funciones administrativas, lo que habilita el control judicial incluso respecto de entes no estatales cuando actúan investidos de prerrogativas públicas.

En suma, el objeto de la ley consiste en ordenar y canalizar el control judicial de la función administrativa, asegurando un ámbito procesal específico, coherente y adecuado para la resolución de conflictos regidos por el derecho administrativo.

### **III. El criterio general para determinar la competencia contencioso-administrativa**

A partir de la definición del objeto del proceso, la ley avanza en la determinación del criterio de competencia contencioso administrativa, cuestión que resulta decisiva para

identificar cuándo un conflicto debe tramitar ante los tribunales especializados en esta materia.

El artículo 3° del código establece un principio rector: la competencia procesal administrativa no es prorrogable en ningún caso, con la única salvedad de la competencia territorial. Esta regla pone de manifiesto el carácter imperativo y de orden público de la competencia contencioso-administrativa, que no puede ser alterada por la voluntad de las partes ni por acuerdos procesales.

Ahora bien, el criterio material que define si una causa corresponde al fuero contencioso administrativo surge de la lectura conjunta de los artículos 1°, 2° y 5°. En términos generales, la competencia se configura cuando la controversia tiene por objeto una relación jurídica regida por el derecho administrativo, y en ella interviene —como parte demandada o demandante— alguno de los sujetos enumerados por la ley en su carácter de autoridad administrativa.

El artículo 2° cumple aquí una función aclaratoria fundamental, al definir quiénes deben ser considerados “autoridades administrativas” a los fines del código. La norma adopta un concepto amplio, que incluye no solo a los órganos del Poder Ejecutivo, sino también a los del Poder Legislativo y del Poder Judicial cuando ejerzan función administrativa, así como a municipios, consejos deliberantes, comunas rurales, entes autárquicos y descentralizados, empresas y sociedades con participación estatal mayoritaria, concesionarios y permisionarios de servicios públicos y entes no estatales que ejerzan potestades públicas.

Este enfoque funcional implica que la competencia contencioso administrativa no depende del órgano de pertenencia, sino del tipo de función ejercida. Cuando un órgano actúa en ejercicio de potestades administrativas, su actuación queda sujeta al control propio de este fuero, con independencia de su ubicación institucional.

De este modo, el criterio central de atribución de competencia es material y sustantivo: lo decisivo es que el conflicto verse sobre el ejercicio de la función administrativa y deba resolverse mediante la aplicación de normas de derecho administrativo.

#### **IV. Las causas incluidas en la competencia contencioso administrativa**

El artículo 5° del código enumera de manera detallada las controversias que quedan comprendidas dentro de la competencia contencioso-administrativa. Se trata de una enumeración amplia y expresamente no taxativa, lo que refuerza la idea de que el fuero

está llamado a conocer en todos aquellos conflictos que, por su naturaleza, deban resolverse conforme a principios y reglas del derecho administrativo.

#### **4.1. Impugnación de actos administrativos**

En primer lugar, se incluyen las controversias que tengan por objeto el cuestionamiento de actos administrativos, cualquiera sea su alcance: general, individual o pluriindividual. Esta categoría comprende tanto los actos normativos de carácter general como los actos singulares dictados respecto de una o varias personas determinadas.

La ley aclara que dentro de este inciso se encuentran comprendidos los cuestionamientos dirigidos contra resoluciones emanadas del Tribunal de Cuentas, del Consejo de la Magistratura y de cualquier otro tribunal u órgano administrativo que decida como última instancia en ejercicio de función jurisdiccional administrativa. De este modo, se reconoce expresamente la posibilidad de control judicial de las decisiones administrativas finales, aun cuando provengan de órganos con funciones cuasi jurisdiccionales.

#### **4.2. Conflictos entre prestadores de servicios públicos y usuarios**

También quedan incluidas las controversias que se susciten entre prestadores de servicios públicos o concesionarios de obra pública y los usuarios, en la medida en que dichas relaciones se encuentren regidas por el derecho administrativo. Este supuesto reafirma la competencia del fuero para conocer en conflictos derivados de la prestación de servicios públicos, cuando están en juego prerrogativas estatales o regímenes jurídicos de derecho público.

#### **4.3. Intervención de personas públicas no estatales**

El código incorpora expresamente las causas en las que sea parte una persona pública no estatal, siempre que actúe en ejercicio de prerrogativas regidas por el derecho administrativo. Esta previsión reconoce la creciente participación de sujetos no estatales en la gestión de intereses públicos y asegura que su actuación, cuando se encuentra regida por normas administrativas, quede sujeta al control judicial propio del fuero.

#### **4.4. Responsabilidad estatal**

Otro grupo relevante de causas incluidas es el referido a la responsabilidad estatal de la Provincia, los municipios, las comunas rurales y los entes públicos estatales. Se trata

de una materia central del derecho administrativo contemporáneo, que comprende tanto la responsabilidad derivada de actos ilegítimos como aquella fundada en actividades lícitas o en omisiones antijurídicas del Estado.

La inclusión expresa de estas acciones dentro de la competencia contencioso administrativa permite un tratamiento coherente y especializado de los reclamos indemnizatorios contra el Estado.

#### **4.5. Materia tributaria administrativa**

El artículo 5° también abarca las controversias relacionadas con la determinación y aplicación de tributos provinciales o municipales, así como las demandas de repetición vinculadas a ellos. Se trata de conflictos en los que la Administración ejerce potestades tributarias y que, por su naturaleza, se rigen por principios propios del derecho administrativo y del derecho público provincial.

#### **4.6. Limitaciones al dominio en interés público**

Asimismo, se incluyen las causas que versen sobre limitaciones y restricciones a la propiedad privada en el interés público. Esta categoría comprende un amplio abanico de institutos administrativos —como restricciones administrativas, servidumbres, regulaciones urbanísticas y ambientales— que afectan el derecho de propiedad en función de fines públicos.

#### **4.7. Empleo público**

El código asigna al fuero contencioso administrativo la competencia para conocer en los casos de empleo público, incluidos aquellos regidos por convenciones colectivas de trabajo celebradas en el marco de la Ley X N° 39. Esta previsión consolida la competencia administrativa para resolver los conflictos derivados de relaciones estatutarias y convencionales del empleo público provincial y municipal.

#### **4.8. Amparo por mora**

También quedan comprendidas las pretensiones de amparo por mora, es decir, aquellas dirigidas a obtener una respuesta administrativa frente a la inactividad o demora injustificada de la Administración. La inclusión de este instituto dentro del código refuerza el objetivo de garantizar una Administración activa y sujeta a control judicial.

#### **4.9. Acciones declarativas de certeza**

La competencia contencioso administrativa se extiende a las acciones meramente declarativas de certeza cuando la relación jurídica se suscite con alguno de los sujetos enumerados en el artículo 1°. Estas acciones cumplen una función preventiva, permitiendo despejar incertidumbres jurídicas en relaciones regidas por el derecho administrativo.

#### **4.10. Acciones de amparo**

El artículo 5° incluye, además, las acciones de amparo en los casos en que sea parte alguno de los sujetos alcanzados por la ley. De este modo, el código integra el amparo dentro del sistema contencioso administrativo cuando el conflicto involucra el ejercicio de función administrativa.

#### **4.11. Mandamientos de ejecución y prohibición**

Finalmente, se asigna competencia al fuero para los procesos de mandamiento de ejecución y de prohibición, instrumentos procesales orientados a asegurar el cumplimiento de deberes administrativos o a impedir conductas ilegítimas de la Administración.

### **V. Causas excluidas de la competencia contencioso-administrativa**

El diseño de la competencia contencioso-administrativa en la Ley I N° 836 no se agota en la determinación positiva de las materias comprendidas dentro del fuero. De manera complementaria, el legislador provincial definió un conjunto de supuestos expresamente excluidos, así como determinadas excepciones al régimen general, con el objetivo de evitar superposiciones indebidas con otros órganos jurisdiccionales y preservar la coherencia del sistema judicial provincial.

#### **5.1. Conflictos interorgánicos e interadministrativos provinciales**

El artículo 6°, inciso a), excluye de la competencia contencioso administrativa los conflictos interorgánicos e interadministrativos provinciales, estableciendo que estos serán dirimidos por el Poder Ejecutivo. Se trata de controversias que se producen entre órganos o dependencias de la misma Administración provincial, en el marco de relaciones internas de coordinación, jerarquía o distribución de competencias.

La exclusión responde a la naturaleza interna y organizativa de estos conflictos, que no involucran, en principio, la afectación directa de derechos subjetivos de particulares ni la necesidad de tutela judicial. En estos supuestos, el legislador opta por un mecanismo de resolución administrativa, evitando la judicialización de disputas propias del funcionamiento interno del Estado.

## **5.2. Conflictos entre poderes del Estado y acciones originarias del Superior Tribunal de Justicia**

El inciso b) del artículo 6° establece una exclusión de particular relevancia institucional. Quedan fuera de la competencia contencioso administrativa los conflictos entre los Poderes del Estado Provincial, los conflictos entre una Municipalidad y el Estado Provincial, los conflictos entre Municipalidades, así como las acciones originarias de inconstitucionalidad previstas en el artículo 179, inciso 1.1, de la Constitución de la Provincia del Chubut.

Estas controversias son atribuidas de manera directa y originaria al Superior Tribunal de Justicia, en atención a su jerarquía constitucional y a la necesidad de un órgano que actúe como árbitro institucional entre poderes y niveles de gobierno. La norma aclara, además, que en ningún otro supuesto el planteo de una cuestión constitucional o la necesidad de su declaración desplaza la competencia contencioso administrativa, lo que reafirma el carácter excepcional y acotado de esta atribución originaria.

## **5.3. Ejecuciones fiscales**

El artículo 6°, inciso c), excluye de la competencia contencioso-administrativa las ejecuciones fiscales promovidas para el cobro de tributos y sus accesorios, multas y otras sanciones pecuniarias impuestas por las autoridades administrativas. Estas acciones se rigen por procedimientos específicos, caracterizados por su finalidad recaudatoria y por un régimen procesal propio, generalmente más expedito.

La exclusión se explica por la especialidad de estos procesos y por la necesidad de preservar su eficacia, sin perjuicio de que los actos administrativos que sirven de base a la ejecución puedan ser cuestionados, en su caso, por las vías impugnativas correspondientes.

## **5.4. Oposición del fisco al beneficio de litigar sin gastos**

El inciso d) del artículo 6° excluye los planteos de oposición del fisco al beneficio de litigar sin gastos. Se trata de incidentes procesales que no constituyen, en sí mismos, un conflicto principal regido por el derecho administrativo, sino cuestiones accesorias vinculadas al acceso a la jurisdicción y a la capacidad económica de las partes.

### **5.5. Materias de familia, capacidad y protección de derechos**

El inciso e) excluye los conflictos relativos a las familias, restricción a la capacidad, salud mental y sistema de protección de derechos, aun cuando el Estado pudiera estar demandado o resultar responsable. La exclusión se funda en la especialidad material de estos procesos y en la necesidad de que sean tramitados ante fueros con formación específica y con procedimientos adaptados a la tutela de personas en situación de vulnerabilidad.

No obstante, la norma introduce una salvedad relevante: la exclusión no rige cuando, por la resolución del caso, se ponga en riesgo el interés público. Esta cláusula permite, en supuestos excepcionales, la intervención del fuero contencioso administrativo cuando el conflicto excede la esfera individual y compromete intereses colectivos o institucionales de mayor entidad.

### **5.6. Conflictos sindicales y relaciones colectivas de trabajo**

El inciso f) excluye los conflictos derivados de la aplicación de la Ley Nacional N° 23.551, que regula las asociaciones sindicales. Estas controversias, aun cuando involucren a la Administración como empleadora, quedan sometidas al régimen jurídico y a la competencia específica prevista por la legislación laboral y sindical.

### **5.7. Procesos sucesorios con sucesiones vacantes**

El artículo 6°, inciso g), excluye los procesos sucesorios en los que tramiten o se inicien sucesiones vacantes. En estos casos, la intervención del Estado responde a su calidad de eventual heredero o administrador de bienes vacantes, y no al ejercicio de función administrativa en sentido propio, lo que justifica su tramitación ante los fueros civiles competentes.

### **5.8. Relaciones de consumo**

El inciso h) excluye las controversias y sanciones derivadas de relaciones de consumo regidas por la Ley Nacional N° 24.240, sus modificatorias y la Ley VII N° 22.

Aun cuando intervengan organismos administrativos de control o defensa del consumidor, el legislador opta por mantener estos conflictos dentro del régimen específico del derecho del consumo y de los tribunales con competencia en la materia.

### **5.9. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales**

Finalmente, el inciso i) excluye las acciones judiciales cuyo objeto sea la reparación de daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, incluida la rehabilitación del trabajador damnificado. Estas causas se encuentran regidas por un sistema normativo especial y por órganos jurisdiccionales específicos, lo que torna improcedente su tramitación ante el fuero contencioso administrativo.

### **5.10. Materias asignadas a fueros especiales y criterio de interpretación restrictiva**

El último párrafo del artículo 6° introduce una regla de cierre de particular importancia. Establece que quedan excluidas las materias asignadas por ley a fueros especiales, siempre que la controversia no verse sobre el ejercicio de función administrativa ni exista acto u omisión administrativa decisoria. Al mismo tiempo, dispone que la exclusión debe interpretarse de modo restrictivo.

Esta directriz interpretativa refuerza el carácter amplio de la competencia contencioso administrativa y evita que la mera intervención del Estado o la existencia de normas especiales desplacen, sin fundamento suficiente, la competencia del fuero especializado.

## **VI. Improrrogabilidad y competencia territorial**

La Ley I N° 836 adopta, como una de sus definiciones estructurales en materia de jurisdicción, el principio de improrrogabilidad de la competencia contencioso administrativa. Este criterio se encuentra expresamente consagrado en el artículo 3, que dispone que la competencia procesal administrativa no es prorrogable en ningún caso, con la única excepción de la competencia territorial. La regla responde a una opción legislativa clara: preservar la especialidad del fuero contencioso administrativo y evitar que, por acuerdos de partes o por inercia procesal, se desnaturalice el sistema de control judicial de la actividad administrativa diseñado por el Código.

La improrrogabilidad implica que la competencia no puede ser modificada por la voluntad de las partes, ni siquiera por razones de conveniencia, economía procesal o

consentimiento tácito. En el proceso contencioso administrativo, la competencia aparece así como una cuestión de orden público, directamente vinculada a la función institucional del fuero y al interés general comprometido en el control de la Administración. Desde esta perspectiva, la ley refuerza la idea de que no se trata de un proceso disponible en los mismos términos que el proceso civil, sino de un ámbito jurisdiccional con reglas propias, orientadas a garantizar la legalidad de la actuación estatal y la tutela judicial efectiva de los derechos.

Ahora bien, el propio Código reconoce que esta improrrogabilidad no es absoluta, y que admite una excepción específica en materia territorial. Esta excepción se funda en razones prácticas y constitucionales: facilitar el acceso a la justicia, evitar desplazamientos innecesarios y asegurar que el proceso se tramite ante un tribunal razonablemente vinculado con el conflicto. De este modo, la competencia territorial se configura como el único aspecto flexible dentro de un régimen de competencia que, por lo demás, es rígido.

El artículo 8 establece el criterio general para la determinación de la competencia territorial. Conforme a esta norma, será competente el tribunal contencioso administrativo correspondiente al domicilio del demandante, o bien aquel correspondiente a las personas cuya actuación u omisión da lugar a la pretensión procesal, quedando la elección a cargo del actor. Se trata de una regla que amplía las opciones del justiciable y que se orienta claramente a reducir las barreras de acceso al proceso, especialmente en litigios en los que existe una asimetría estructural entre el particular y la Administración.

La norma contempla, además, un supuesto específico: cuando el demandante se domicilia fuera de la provincia, la competencia territorial corresponde al tribunal del domicilio del demandado, siempre que este se encuentre dentro del territorio provincial. Esta solución evita que el proceso se radique en un foro sin conexión territorial con Chubut y asegura que el control judicial de la actividad administrativa provincial se ejerza dentro de su propio ámbito jurisdiccional.

A este régimen general se suman las reglas especiales previstas en el artículo 9, que operan como excepciones en materia de competencia territorial, siempre dentro del marco de la improrrogabilidad general del artículo 3. Estas excepciones no habilitan a las partes a elegir libremente cualquier tribunal, sino que fijan criterios territoriales específicos en atención a la naturaleza del conflicto.

Así, en los litigios entre usuarios y prestadores de servicios públicos o concesionarios de obras públicas, la competencia se determina por el lugar de ejecución

de la prestación cuestionada, privilegiando la proximidad del tribunal con el ámbito donde se manifiesta el conflicto. En materia de contratos administrativos, el criterio principal es el lugar de celebración del contrato, aunque se admite, si el propio contrato lo prevé expresamente, la opción por el lugar de cumplimiento o por el domicilio del demandado. En los casos de expropiación, servidumbres administrativas y demás limitaciones al dominio por razones de interés público, la competencia se fija en el lugar de radicación del bien, con la salvedad de que, si se solicita la anulación de un acto administrativo, vuelve a operar la regla general.

El artículo 9 también establece reglas territoriales específicas para las relaciones de empleo público, atribuyendo competencia al tribunal del lugar donde el agente presta servicios, y para las acciones de amparo, en las que resulta competente el tribunal del lugar donde la lesión o restricción tiene o debe tener efecto, en consonancia con la finalidad urgente de este tipo de procesos. Finalmente, cuando el demandante es el Estado, la competencia territorial se radica en el domicilio del demandado, siempre que se encuentre dentro de la provincia, como forma de equilibrar la posición procesal de las partes.

En síntesis, el Código diseña un sistema en el que la improrrogabilidad de la competencia contencioso administrativa constituye la regla, y la competencia territorial opera como una excepción cuidadosamente regulada. Lejos de debilitar el principio, estas previsiones lo complementan, permitiendo compatibilizar la especialidad del fuero con criterios de razonabilidad, cercanía y tutela judicial efectiva.

## **VII. Vista al Ministerio Público Fiscal y normas supletorias**

El artículo 4 de la Ley I N° 836 regula la intervención del Ministerio Público Fiscal en materia de competencia contencioso administrativa, asignándole un rol institucional relevante, aunque cuidadosamente delimitado. La norma prevé que, cuando el tribunal de primera instancia tuviera duda sobre su competencia, podrá correr vista previa al Ministerio Público Fiscal, conforme a lo dispuesto en su Ley Orgánica. Se trata de una facultad orientada a reforzar la correcta delimitación de la jurisdicción contencioso-administrativa, especialmente en un contexto normativo nuevo, en el que pueden suscitarse dudas razonables acerca del encuadre del caso.

La ley distingue, sin embargo, entre los supuestos de duda y los conflictos de competencia. En estos últimos, la vista al Ministerio Público Fiscal adquiere carácter obligatorio, lo que pone de manifiesto la importancia que el legislador asigna a la

intervención del órgano encargado de velar por la legalidad y el interés público comprometido en la determinación del juez natural. La participación del Ministerio Público contribuye así a una resolución fundada y consistente de los conflictos de competencia, evitando decisiones fragmentarias o contradictorias.

El artículo 4 también establece una regla específica para la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo. En este ámbito, la vista al Ministerio Público Fiscal es obligatoria únicamente en los recursos directos, mientras que no resulta necesaria cuando la Cámara actúa en ejercicio de su competencia revisora en segunda instancia. Esta diferenciación responde a la naturaleza particular de los recursos directos, en los que la Cámara actúa como tribunal de conocimiento originario.

Por su parte, el artículo 7 consagra la supletoriedad del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia en todo aquello no previsto expresamente por la Ley I N° 836. Esta remisión cumple una función integradora esencial, asegurando la completitud del sistema procesal contencioso administrativo y evitando vacíos normativos. Al mismo tiempo, reafirma el carácter especial del nuevo Código, en tanto la aplicación del régimen civil es siempre subsidiaria y compatible con los principios y finalidades propias del proceso contencioso administrativo.

### **VIII. Pautas de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Chubut**

8.1. La creación del fuero contencioso administrativo en la Provincia del Chubut constituye un hito institucional reciente en el proceso de especialización jurisdiccional en materia de control judicial de la función administrativa. Su establecimiento normativo fue dispuesto por la Ley V N° 191 —modificada por la Ley V N° 197—, mediante la cual el Poder Legislativo provincial configuró un régimen específico de competencia para entender en las causas en que se controviertan actos, hechos u omisiones de la Administración Pública provincial y municipal, asignando a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo competencia como tribunal de alzada, “con el alcance establecido en el Código Procesal”, hasta tanto se dicte el Código Procesal Contencioso Administrativo (art. 4).

En el plano institucional, los magistrados designados prestaron juramento y asumieron sus cargos el 1 de septiembre de 2025, mientras que el inicio efectivo del funcionamiento del fuero fue dispuesto por el Superior Tribunal de Justicia mediante

Acuerdo Plenario N° 5547/2025, fijando como fecha de entrada en operatividad el 1 de octubre de 2025.

Este diseño normativo —complementado por la aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial conforme al art. 7 de la ley de creación— dio lugar a una etapa inicial de definición jurisprudencial de los contornos de la competencia material y funcional del nuevo órgano. En ese contexto, es la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo el tribunal llamado a fijar, en la práctica, los criterios interpretativos que delimitan el alcance de su jurisdicción, determinando tanto la extensión objetiva del control judicial de la Administración como las reglas de asignación competencial en razón de la materia y del grado.

8.2. Así, en los primeros meses de funcionamiento del fuero, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo ha debido definir —a través de una serie de pronunciamientos inaugurales— los contornos de su competencia material, funcional y temporal. Los precedentes “Rodríguez” (SI N° 1/2025), “Peña” (SI N° 2/2025), “Antieco” (SI N° 5/2025) y “Miranda” (SI N° 6/2025) permiten reconstruir los criterios centrales que estructuran esta primera etapa jurisprudencial.

Un primer eje interpretativo se vincula con la aplicación temporal de la nueva competencia. En “Rodríguez”, la Cámara abordó la situación de causas iniciadas con anterioridad a la puesta en funcionamiento efectivo del fuero (1° de octubre de 2025, conforme Acuerdo Plenario N° 5547/25 del Superior Tribunal de Justicia). Allí sostuvo que no correspondía desplazar automáticamente a los órganos que ya hubieran prevenido, aun cuando la materia fuera contencioso administrativa. Con fundamento en el texto del acuerdo reglamentario y en una interpretación sistemática orientada a evitar desigualdades según el estadio procesal de la causa, el Tribunal afirmó que la nueva estructura no debía alterar procesos ya en trámite. De este modo, fijó un criterio de transición respetuoso del principio del juez natural y de la estabilidad procesal.

Un segundo eje, que atraviesa los casos “Peña” y “Miranda”, refiere a la delimitación funcional en razón del grado. En ambos precedentes la Cámara rechazó asumir competencia originaria directa, aun cuando la pretensión estuviera dirigida contra actos de la Administración Pública provincial o municipal. La clave hermenéutica radicó en el artículo 4° de la Ley V N° 191, que le asigna competencia “como tribunal de alzada”, con el alcance previsto en el Código Procesal, hasta tanto se dicte el Código Contencioso Administrativo.

Sobre esa base, el Tribunal afirmó que su intervención está estructuralmente concebida como revisora, no como instancia originaria. En “Peña”, ello implicó reconducir un denominado “recurso directo” —previsto en legislación municipal anterior— hacia el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, entendiendo que, pese a su nomen iuris, se trataba en sustancia de una acción judicial de conocimiento pleno. La Cámara destacó que no existe apelación desde sede administrativa a sede judicial, sino ejercicio de una pretensión autónoma que debe deducirse ante el órgano de primera instancia. Este razonamiento preserva la garantía de doble instancia y asegura una tutela judicial efectiva estructurada en grados.

En “Miranda”, el mismo criterio fue aplicado frente a una acción de amparo promovida contra un ente provincial. Aun cuando la materia correspondía al fuero contencioso administrativo, la Cámara declaró su incompetencia para intervenir de manera directa, remitiendo las actuaciones al juzgado de primera instancia. Allí reafirmó que su competencia está limitada al conocimiento de recursos de apelación contra decisiones dictadas por los órganos inferiores del fuero, y que una interpretación expansiva alteraría el diseño institucional establecido por el legislador. Como elemento complementario, utilizó el proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo ingresado a la Legislatura como pauta orientadora —aunque no normativa— para reforzar la coherencia sistémica de su lectura.

Un tercer eje se refiere a la delimitación material del fuero frente a otras jurisdicciones. En “Antieco”, la Cámara rechazó conocer en un recurso de queja vinculado a un proceso sucesorio tramitado ante un juzgado de ejecución. Allí sostuvo que la competencia contencioso administrativa está circunscripta al control judicial de la función administrativa, y que no puede extenderse a litigios de naturaleza civil o sucesoria. El pronunciamiento reafirma una concepción estricta de la materia contencioso administrativa, anclada en la naturaleza del acto o relación jurídica controvertida y no en la sola denominación formal del planteo.

De la lectura conjunta de estos precedentes emergen, entonces, algunos criterios consolidados: (i) la competencia del nuevo fuero debe aplicarse con prudencia en su dimensión temporal, evitando desplazamientos automáticos en causas ya iniciadas; (ii) la Cámara ejerce una función eminentemente revisora, limitada al conocimiento en grado de apelación, sin competencia originaria salvo previsión legal expresa; (iii) las acciones judiciales contra actos administrativos deben promoverse ante el juzgado de primera instancia, aun cuando la normativa sectorial anterior emplee la denominación de

“recurso”; y (iv) la competencia material del fuero está restringida al control de la actividad administrativa, sin proyección sobre materias propias de otros fueros.

## **IX. Conclusión**

La sanción de la Ley I N° 836 representa un hito institucional relevante en la evolución del derecho público provincial, en tanto viene a cubrir una deuda histórica del ordenamiento procesal de Chubut: la ausencia de un régimen único, sistemático y coherente que regule el proceso contencioso administrativo. Hasta la entrada en vigencia de este Código, la materia se encontraba dispersa en normas de distinta jerarquía, alcance y antigüedad, con soluciones parciales, a veces superpuestas y en otras oportunidades contradictorias. Esta fragmentación normativa no solo generaba incertidumbre en los justiciables, sino que también imponía al Poder Judicial un esfuerzo interpretativo excesivo, con el consiguiente riesgo de respuestas disímiles frente a situaciones sustancialmente análogas.

La unificación normativa que introduce la Ley I N° 836 permite, en primer lugar, ordenar el sistema y dotarlo de previsibilidad. Para los usuarios del sistema judicial, contar con un cuerpo legal único facilita la comprensión del proceso, reduce los márgenes de error al momento de promover una acción y contribuye a una litigación más clara y responsable. Para el Poder Judicial, en tanto, el nuevo Código ofrece un marco común de actuación, fortaleciendo la coherencia interna de la jurisprudencia y la seguridad jurídica.

En este contexto, la determinación de la competencia contencioso administrativa ocupa un lugar central. No se trata de una cuestión meramente técnica o formal, sino de un verdadero requisito de orden público, directamente vinculado con el principio del juez natural. La competencia debe ser examinada de oficio e *in limine litis* por los tribunales, con independencia de lo alegado por las partes, ya que de ella depende la validez misma del proceso. El Código asume con claridad esta premisa, al consagrar la improrrogabilidad de la competencia y al diseñar reglas precisas para su determinación, evitando soluciones casuísticas o discrecionales.

La finalidad última de este diseño normativo es asegurar un control judicial amplio y efectivo de la Administración. El proceso contencioso administrativo no es un ámbito residual ni excepcional, sino el cauce natural para revisar la legalidad de los actos, hechos, omisiones y demás manifestaciones de la función administrativa. En ese marco, la correcta delimitación de la competencia resulta indispensable para garantizar la tutela

judicial efectiva, entendida no solo como acceso formal a un tribunal, sino como la posibilidad real de obtener una decisión fundada, oportuna y ejecutable.

El nuevo Código se inscribe, además, en una concepción constitucional y convencional del proceso. La regulación de la competencia contencioso administrativa aparece estrechamente vinculada con la protección de garantías fundamentales como el debido proceso, la defensa en juicio, el derecho de propiedad, la igualdad ante la ley y el acceso a un recurso judicial efectivo, tal como lo exigen la Constitución Nacional, la Constitución Provincial y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. La existencia de un fuero especializado y de reglas claras de competencia contribuye a que estas garantías no queden enunciadas en abstracto, sino que se proyecten de manera concreta en la práctica judicial cotidiana.

Desde esta perspectiva, resulta particularmente valioso el criterio amplio adoptado por el legislador para definir la competencia contencioso-administrativa. El Código combina un criterio subjetivo, que enumera de manera expresa a las autoridades administrativas comprendidas —provinciales, municipales y de otros entes—, con un criterio objetivo o funcional, que extiende la competencia a los supuestos en los que una persona humana o jurídica, aun no siendo formalmente una autoridad, ejerce funciones o potestades administrativas. Esta doble vía evita interpretaciones restrictivas y permite abarcar la complejidad actual de la organización administrativa, caracterizada por la presencia de entes descentralizados, empresas estatales, concesionarios y sujetos privados investidos de prerrogativas públicas.

A partir de esta reforma, se abre una nueva etapa para el Poder Judicial especializado en lo contencioso administrativo. Será su función indelegable establecer, a través de la jurisprudencia, los presupuestos y condiciones de ejercicio de esta herramienta procesal, consolidando criterios interpretativos que den contenido concreto a las normas del Código. En ese camino, los tribunales tendrán la responsabilidad de afirmar al proceso contencioso administrativo como un instrumento central de control del Estado y, al mismo tiempo, como una vía eficaz para la defensa de los derechos de las personas frente al ejercicio del poder público.

## ***La habilitación de instancia en la Ley I N° 836. El antes y el después de este hito normativo***

*\*Por Leonardo A. Behm*

### **I. Introducción**

El 05 de diciembre del año 2025 fue publicada en el Boletín Oficial de la provincia del Chubut (BO N° 14751) la Ley I N° 836, que regula el proceso contencioso-administrativo.

Dicha Ley sistematizó la dispersa y, en algunos casos, vetusta normativa que regulaba el proceso contencioso administrativo provincial y municipal en Chubut, aportando reglas claras, certeza, seguridad jurídica y mejorando las condiciones de acceso a la justicia del administrado, cerrando una larga etapa de ausencia normativa específica y uniforme en la Provincia.

El proyecto que antecedió a la hoy Ley I N° 836, que fuera remitido por el Superior Tribunal de Justicia provincial a la Legislatura chubutense, surgió luego de un incansable trabajo realizado por la Asociación de Derecho Administrativo de Chubut (ADACH), entidad con fines estrictamente académicos que confeccionó un anteproyecto adoptando los esquemas, modelos, experiencias normativas y jurisprudenciales del contencioso administrativo, tanto a nivel nacional como local.

Ese anteproyecto, además, fue presentado y debatido en distintos Colegios de Abogados de la Provincia y objeto de encuentros en la propia Legislatura chubutense, donde fueron expuestos los alcances de la, por entonces, iniciativa legislativa.

Así, la sanción de la Ley I N° 836, armónicamente integrada con la Ley V N° 191 (y su modificatoria V N° 197) de creación del fuero en lo Contencioso Administrativo provincial, compone un novedoso y moderno esquema normativo procesal en virtud del cual deberá sustanciarse el contencioso administrativo, tanto provincial como municipal, en Chubut.

Entre las diversas novedades que trae aparejada la Ley I N° 836<sup>1</sup> cabe destacar el régimen de la habilitación de instancia, asunto que será abordado en el presente trabajo.

### **II. la habilitación de instancia en el contencioso administrativo**

---

<sup>1</sup> Como ser la regulación de la materia contencioso administrativa, lo que en ella se incluye y lo que se excluye, criterios de asignación de competencia, representación procesal del Estado, las pretensiones contencioso administrativas, tipos de procesos (ordinario y especiales), la cuestión relativa a las sentencias estructurales y la extensión de los efectos de una sentencia más allá del caso en concreto.

El régimen de habilitación de la instancia constituye una prerrogativa procesal del Estado<sup>2</sup>, consecuencia del “régimen exorbitante”<sup>3</sup>, e involucra un trámite que resulta propio y excluyente del contencioso administrativo por el cual el juez, al inicio de todo proceso, verifica si se ha dado cumplimiento a determinadas condiciones para que la demanda sea admisible<sup>4</sup>.

Dichas condiciones son, esencialmente:

a) El agotamiento de la instancia administrativa, a los efectos de que puedan evitarse procesos innecesarios cuando la propia administración puede revisar su criterio o resolver una petición. Ello, por cuanto los órganos administrativos competentes pueden, en la sustanciación del trámite administrativo previo, examinar las pretensiones de los administrados pudiendo evitarse juicios innecesarios<sup>5</sup>, determinarse el objeto del futuro juicio (principio de congruencia), brindándose de esta manera a la Administración la posibilidad de revisar el asunto y revocar el error, promover el control de legalidad y conveniencia de los actos y permitir una mejor defensa del interés público<sup>6</sup>. La sustanciación del trámite administrativo previo, vale recordarlo, puede canalizarse por medio de la vía impugnatoria o reclamatoria; y

b) El plazo de caducidad, en virtud del cual la demanda debe ser interpuesta dentro de determinado término procesal. Al analizar este recaudo la CSJN expresó que el mismo encuentra su justificación en la necesidad de dar seguridad jurídica y estabilidad a los actos administrativos y evitar una incertidumbre continua en el desenvolvimiento de la actividad de la administración, pues de lo contrario se afectaría el principio constitucional de la seguridad jurídica<sup>7</sup>. Así, entendió la Corte que el plazo de caducidad para demandar al Estado no es susceptible de impugnación constitucional, ya que constituye una reglamentación razonable del derecho de defensa en juicio en tanto no lo suprime, desnaturaliza o allana<sup>8</sup>.

Lo *supra* expuesto no quita que tanto la normativa procesal o la jurisprudencia contemplen supuestos de excepción al cumplimiento de esas condiciones, sea para evitar

<sup>2</sup> MONTI, L., Habilitación de la instancia contencioso administrativa en el orden federal, Aportes para la sistematización de la normativa contencioso administrativa federal, Infojus, 2015, p. 111.

<sup>3</sup> CSJN, Fallos: 318:441.

<sup>4</sup> MONTI, L., op. cit. p. 117. Sostiene la constitucionalidad de estos recaudos al expresar que la normativa puede reglamentar razonablemente el derecho a acceder a esa tutela judicial, y la regulación legal de los recaudos de habilitación de la instancia para someter a juicio al Estado no niega el derecho a esa tutela, sino que solo la sujeta a recaudos que, de acuerdo a lo expuesto, no aparecen como irrazonables.

<sup>5</sup> CSJN, Fallos 230:509.

<sup>6</sup> DIEZ, M., Derecho procesal administrativo, Plus Ultra, Buenos Aires, 1996, p. 228.

<sup>7</sup> CSJN, “Serra” (1993); 318:441, “Gypobras” (1995) 327:4681, “Resch” (2004) voto del juez Maqueda.

<sup>8</sup> CSJN, Fallos: 318:441.

exigencias que constituyen supuestos de exceso rigor formal, para no colocar al administrado en una situación desventajosa respecto a la tutela efectiva que lo asiste<sup>9</sup> o en el marco de la naturaleza de los derechos en juego y su necesario resguardo jurídico.

### **III. La situación previa a la sanción de la ley I N° 836**

De manera previa a la sanción de la Ley I N° 836, y del estudio de la normativa por entonces vigente, cabía distinguir entre el contencioso provincial del municipal.

#### **3.1. El contencioso provincial**

En el contencioso administrativo provincial no era exigible, como principio general, el agotamiento de la vía administrativa, ni se establecían plazos de caducidad.

Reiteradamente había sostenido el STJ que “Para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa, los diversos ordenamientos exigen cumplir con recaudos de admisibilidad específicos, que la doctrina ha englobado bajo la denominación de condiciones de habilitación de la instancia y que comprenden a la reclamación administrativa previa, el agotamiento de la vía administrativa, o el cumplimiento de plazos de caducidad, entre otros. En nuestra provincia, mientras no sea sancionado un Código específico para las acciones contencioso administrativas en las que se demanda al Estado Provincial, los recaudos exigibles para la habilitación de la instancia devienen de las normas de procedimientos vigentes, generales o especiales”<sup>10</sup>.

También ha dicho la Máxima instancia judicial de la Provincia que “Corresponde subrayar que en orden a la habilitación de la instancia contencioso-administrativa, en nuestra Provincia las reglas difieren de las nacionales. Ausente un Código específico en materia procesal administrativa, los recaudos exigibles para la habilitación de la instancia devienen de las normas de procedimientos vigentes, generales o especiales. Con referencia al agotamiento de la vía administrativa y la reclamación previa, el Cuerpo ha interpretado, desde a SD N° 08/SRE/96, que en el proceso contencioso-administrativo provincial, esto es, aquél en que una de las partes es la Provincia, o alguno de sus órganos descentralizados o autárquicos, el principio que emana del Dto. Ley 920 -norma general- es la inexistencia de ese recaudo, salvo que una norma de derecho positivo aplicable a la relación jurídica sustancial así lo requiera”.

---

<sup>9</sup> Por ejemplo, la CSJN, en “Biosystems”, ha dicho que la aplicación de los plazos de caducidad sólo rige cuando existe un acto expreso del Estado, dictado en la vía impugnatoria o en la reclamatoria.

<sup>10</sup> STJ, SI N° 167/2023, 75/2022, 31/2021, entre muchas.

Por su parte, como regla, tampoco se imponía al administrado un plazo de caducidad para instar la acción contencioso administrativa, por lo cual la misma (ante actos expresos de la administración o no) debía interponerse dentro del plazo de la prescripción.

Por ende, como principio general, no regía en el contencioso administrativo provincial la exigencia de agotar la vía administrativa o de realizar la reclamación previa, como tampoco de interponer la demanda dentro de plazo de caducidad alguno.

Este principio, vale aclararlo, encontraba sus excepciones. Una de ellas, por ejemplo, la constituía el contencioso tributario, por cuanto el Código Fiscal chubutense ya exigía agotar la instancia administrativa, recorrer el carril recursivo y, además, interponer la demanda dentro del plazo de caducidad de 30 días<sup>11</sup>.

Otra excepción al principio se encontraba expresamente regulada en la Ley I N° 18. Dicha norma, en su art. 274, establece la necesidad de transitar previamente el procedimiento administrativo en materia de empleo público, cuando se sustancia un sumario que deriva en una sanción al agente. Así, la norma dispone que “La reclamación en vía administrativa será requisito previo al ejercicio de la acción contencioso administrativa, y de toda clase de acciones fundadas en el derecho común contra la Provincia, y derivada de la aplicación de sanciones”.

Lo mismo acontece con el reclamo resarcitorio regulado en el art. 136 de esa misma Ley, que determina: “La reclamación en vía administrativa será requisito previo al ejercicio de toda clase de acciones fundadas en la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios o agentes, dirigidas contra la Provincia y los entes autárquicos de los cuales ella sea responsable”.

### **3.2. El contencioso municipal**

En el contencioso municipal la Ley XVI N° 46 exigía, como condición para la demandabilidad del Estado, el reclamo administrativo previo que, sin éxito, se intente ante el Intendente o el Concejo Deliberante o ante el Organismo Autárquico de quien hubiera emanado la resolución objetada.

---

<sup>11</sup> Así se establece en su art. 79 que “Contra las decisiones definitivas que el Ministerio de Economía y Crédito Público adopte en las materias regidas por este Código, el contribuyente podrá interponer demanda contencioso-administrativa ante el Superior Tribunal, dentro del plazo de treinta (30) días de notificado, o de puesto en mora cuando el Ministerio no se expida, siendo condición para la admisibilidad de la acción el previo pago de la obligación fiscal, sus accesorios y multas”.

El sistema de revisión se integraba y armonizaba con los artículos 133 inciso a) y 134 de la citada norma e importaba la exigencia del requisito de agotamiento de la vía administrativa y/o reclamación previa.

Además, el art. 136 de esa Ley establecía que “El recurso deberá interponerse dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la resolución que lo motive, o a contar desde el vencimiento de los treinta (30) días de que habla el artículo anterior, cuando no hubiere recaído resolución”. Es decir, se contempla además un supuesto especial y acotado de plazo de caducidad.

De esta manera, la Ley XVI N° 46 regulaba reglas especiales en materia contencioso administrativa con requisitos estrictos de habilitación de la instancia judicial: reclamación previa y plazos de caducidad.

Así, según la normativa y jurisprudencia aplicable, eran presupuestos de habilitación de la instancia en el contencioso municipal: a) el agotamiento de la vía administrativa; b) existencia de denegación expresa o tácita; c) la interposición de la demanda en término; y d) ausencia de recurso paralelo<sup>12</sup>; aspectos, todos, que debían examinarse en forma preliminar y de oficio por el tribunal competente<sup>13</sup>.

Este esquema procesal se encontraba regulada en el Capítulo XI de la Ley XVI N°46, el cual fue expresamente derogado por el art. 75 de la Ley I N° 836.

#### **IV. La regulación en la ley I N° 836**

El esquema mencionado en el apartado anterior ha sido unificado en la Ley I N° 836. La norma regula, de esta manera, tanto el contencioso provincial como municipal, lo que surge de sus arts. 1° y 2°.

La Ley, según su art. 1°, “regula el proceso contencioso-administrativo destinado al control judicial de la actividad de la Administración Pública provincial, los municipios, comunas rurales, entes descentralizados y toda persona humana o jurídica que ejerza función o potestades administrativas, asegurando la tutela judicial efectiva frente a actos, hechos, omisiones, reglamentos, contratos, vías de hecho y demás manifestaciones de la función administrativa”, agregando el art. 2° que “A los fines de esta ley, se consideran autoridades administrativas los órganos del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo y del Poder Judicial provincial en cuanto ejerzan función administrativa, los municipios, consejos deliberantes, comunas rurales y los entes autárquicos y descentralizados

<sup>12</sup> STJ, SD N° 04/2006; 04/2009; entre otras.

<sup>13</sup> STJ, SD N° 06/2007, N° 9/1993, 8/1998, 26/2001, 90/2002, 03/03; entre otros.

provinciales y municipales, empresas y sociedades con participación estatal mayoritaria, concesionarios y permisionarios de servicios públicos y entes no estatales cuando ejerzan potestades públicas o funciones administrativas”.

Efectuada la aclaración preliminar, cabe adelantar que la Ley I N° 836 regula expresamente la exigencia de agotar la vía administrativa previa y estatuye un plazo de caducidad para articular la acción judicial, ello en el marco de lo que seguidamente se detalla.

#### **4.1. Agotamiento de la vía administrativa**

El art. 13 de la Ley establece que “El cuestionamiento de actos administrativos dictados desde la entrada en vigencia de la presente ley se encuentra sujeto al previo agotamiento de la vía administrativa a través del dictado del acto definitivo del Poder Ejecutivo provincial cuando se trate de impugnación de resoluciones ministeriales, o del dictado de resoluciones ministeriales cuando se trate de la impugnación de actos dictados por autoridades inferiores a ministros, aplicándose este requisito al ámbito municipal y a los entes autárquicos provinciales o municipales”.

Tal cual puede advertirse la norma exige el previo agotamiento de la vía administrativa, requiriendo la intervención del titular del Poder Ejecutivo provincial o municipal, o de la autoridad pertinente en el caso de los entes autárquicos, ante actos ministeriales (o de similar grado a nivel municipal).

Asimismo, la norma requiere del dictado de la resolución ministerial (o similar en el ámbito municipal) ante la impugnación de actos dictados por autoridades inferiores a ministros.

Agrega el art. 13: “Cuando el cuestionamiento provenga de un acto dictado en instancia administrativa originaria por el titular del Poder Ejecutivo provincial o municipal o máxima autoridad de un ente autárquico provincial o municipal, la vía se agotará previa resolución del recurso de reconsideración interpuesto contra el acto o vencimiento del plazo para el dictado del mismo”. Es así que cuando se involucra, por ejemplo, un Decreto emitido por la máxima autoridad administrativa, para acceder a la instancia judicial previamente deberá articularse el recurso de reconsideración que la propia Ley crea o esperar al vencimiento del plazo para el dictado del acto.

Por su parte, tratándose de la vía reclamatoria (no ya recursiva o impugnatoria) la Ley determina que “no se substanciará acción alguna en lo contencioso administrativo sin

que previamente se acredite por el accionante haber reclamado sin éxito ante la autoridad correspondiente en los términos del artículo 16 de la presente ley”.

Paralelamente, en su art. 14 la Ley I N° 836 exime de la reclamación previa en los siguientes supuestos: a) Los cobros fundados en la ejecución de sentencias; b) el resarcimiento fundado en la inconstitucionalidad de leyes o decretos; c) el cese de vías de hecho producidas por la autoridad administrativa; d) cuando mediara una clara conducta de la demandada que haga presumir la ineficiencia cierta de acudir a una vía administrativa o cuando, en atención a particulares circunstancias del caso exigirla resultare, para el interesado, una carga excesiva o inútil; e) los cobros de salarios o sueldos; y f) cuando una norma expresa la excluya.

El art. 16 de la norma establece que “La reclamación deberá presentarse por escrito ante el ministerio correspondiente o ante el órgano superior del respectivo ente autárquico o municipal. Deberá identificarse la pretensión y precisarse sus elementos fácticos, probatorios y jurídicos” y que “deberá resolverse dentro de los treinta (30) días hábiles de iniciada. De negarse expresamente el reclamo quedará habilitada la instancia judicial”.

#### **4.2. Plazo de caducidad**

El plazo de caducidad se encuentra regulado en el art. 15 de la Ley I N° 836, el cual dispone que “La pretensión debe interponerse dentro del plazo perentorio e improrrogable de ciento veinte (120) días hábiles judiciales”.

La misma norma establece cómo debe computarse dicho plazo, a saber: “a) A partir de la notificación de la decisión que agota la vía administrativa o que resuelva el reclamo, según corresponda; b) Si se pretendiera la anulación de actos de alcance general, desde el día siguiente de su publicación; c) Cuando se impugnen también los actos administrativos que les hayan dado aplicación a actos de alcance general, desde la fecha indicada en el inciso a) del presente artículo; d) Si se pretendiera la anulación de actos pluriindividuales, desde el día siguiente de su publicación. Si el acto no fuera publicado se aplicará el plazo indicado en el primer párrafo del presente artículo computado desde el comienzo de ejecución del acto pluriindividual; e) Si se tratara de una vía de hecho administrativa, desde que fuera conocida por el afectado; f) La sustanciación de una acción de anulación suspende los plazos del presente artículo hasta la fecha en la que la sentencia del proceso adquiera firmeza. Si la acción finaliza por caducidad, desistimiento

u otro modo anormal de finalización imputable a la parte actora o es rechazada la acción, se considerará como no transcurrida la suspensión prevista en este artículo”.

Ahora bien, dichos plazos rigen para el proceso ordinario (art. 37 y ss. de la Ley I N° 836), ya que tratándose del proceso sumario de ilegitimidad el plazo para interponer la demanda “será de sesenta (60) días, contados en la forma prevista en el artículo 15 de la presente ley” (art. 53).

#### **4.3. El silencio de la administración**

El art. 17 de la Ley regula el instituto del silencio de la administración, disponiendo que vencido el plazo legal que la autoridad administrativa tuviese para resolver una petición, reclamo o recurso, sin que se dictare el acto correspondiente, se presumirá la existencia de una resolución denegatoria o adversa para el interesado y quedará habilitada la instancia judicial. Aclara la Ley que esta regulación “se aplica igualmente ante una eventual respuesta ambigua”.

A ello cabe agregar que el art. 15 *in fine* de la Ley I N° 836, que regula el plazo de caducidad conforme se analizó, establece que “Cuando el agotamiento de la instancia administrativa o la reclamación administrativa previa se configuren a través de su denegatoria tácita, regirá el plazo de prescripción computado desde el día que quedó habilitada la instancia judicial”, situación que replica el art 37 de la Ley.

#### **4.4. Disposiciones transitorias**

La Ley I N° 836, cuya vigencia opera a partir del día de su publicación y por cuanto implementa una novedosa regulación, contiene dos disposiciones transitorias referidas a la materia aquí abordada. Las mismas se encuentran contenidas en los arts. 72 y 73.

El art. 72 establece: “Para aquellos supuestos en que la normativa aplicable, al momento de la entrada en vigencia de la presente ley, no establezca la necesidad de agotar la instancia administrativa previa, las regulaciones contenidas en el artículo 13 no resultarán de aplicación”.

Por su parte, el art. 73 reza: “Los plazos estipulados en el artículo 15 comenzarán a computarse desde el día de la entrada en vigencia de la presente ley siempre que la acción no se encontrare prescripta”.

En este orden de ideas, cabe agregar que el art. 74 de la Ley establece que con su entrada en vigencia quedan derogadas todas las normas que resulten incompatibles o se

opongan a la misma, haciéndose especial mención al caso del contencioso municipal (art. 75).

## **V. Conclusiones**

La Ley I N° 836, al establecer reglas claras en materia del contencioso administrativo, ha saldado una histórica deuda en Chubut unificando pautas procesales tanto en el ámbito provincial como municipal.

De esta manera, en materia de habilitación de instancia, la Ley establece como principio general la necesidad de agotar la vía administrativa previa (sea impugnatoria o en vía de reclamación) y estatuye un plazo de caducidad en virtud del cual los administrados deben articular la acción judicial.

Ante ello, se han establecido normas procesales concretas cuando se involucra el Estado como actor o demandado (o los entes que la Ley individualiza), aportando certeza en el ámbito provincial y superando un vetusto esquema que regía a nivel municipal.



***Política criminal como política pública y derecho penal como sistema de garantías: una reconstrucción crítica desde Binder***

*\*Por Nicanor Barrios*

**I. Introducción**

La expresión “política criminal” es utilizada con notable frecuencia en el discurso jurídico contemporáneo. Sin embargo, su uso suele estar atravesado por una significativa ambigüedad conceptual que confunde planos analíticos distintos: el ejercicio del poder punitivo como hecho institucional, su regulación normativa y los saberes que pretenden organizarlo o limitarlo. Esta confusión no es meramente terminológica, sino que repercute directamente en la forma en que se concibe el derecho penal, el derecho procesal penal y su vínculo con la intervención estatal frente a los conflictos sociales.

El presente trabajo se inscribe en la línea teórica desarrollada por Alberto Binder, particularmente en su propuesta de distinguir entre poder punitivo, política criminal y sistema de garantías, así como en su crítica a la tradicional separación rígida entre derecho penal y derecho procesal penal. A partir de esa matriz conceptual, el objetivo es contribuir a una reconstrucción más clara del derecho criminal como categoría unificada, comprensiva tanto del derecho penal sustantivo como del procesal, entendidos ambos como partes integrantes de un mismo sistema de garantías.

Desde esta perspectiva, la política criminal debe ser comprendida como una política pública estatal de gestión de la conflictividad social, encargada de definir democráticamente cuáles conflictividades serán tratadas como problemas públicos criminales y de organizar los recursos punitivos disponibles para intervenir en ellas. No se trata de un sistema de garantías ni de una técnica dogmática, sino de un ámbito de decisión político-institucional acerca del alcance y la intensidad de la intervención estatal, a través del ejercicio del poder punitivo, frente a determinados conflictos. El derecho criminal, en cambio, cumple una función distinta: la delimitación normativa y garantista del ejercicio del poder punitivo. Confundir estos planos conduce, ya sea a diluir la función limitadora del derecho, o bien a reducir la política criminal a una cuestión meramente técnica o dogmática.

Con el fin de avanzar en esta clarificación conceptual, el trabajo se organiza en cuatro apartados. En primer lugar, se despeja la ambigüedad semántica que suele confundir “derecho penal” y “política criminal”, distinguiendo entre leyes penales, poder punitivo y saberes sobre lo criminal. En segundo lugar, se revisan los principales usos

históricos de la idea de política criminal, mostrando cómo esa historia consolidó equívocos persistentes entre planos políticos y normativos. En tercer lugar, se expone la matriz binderiana que concibe la política criminal como política pública sectorial dentro de la gestión de la conflictividad social, incorporando sus niveles de intervención y la distinción entre macro, meso y micropolítica criminal. Finalmente, se analiza la antinomia fundamental entre eficacia y garantías como tensión estructural del sistema penal democrático y como criterio para reconstruir críticamente el vínculo entre política criminal y sistema de garantías.

## II. Política criminal y derecho penal ¿son lo mismo?

Las expresiones política criminal y derecho penal no son unívocas, muchas veces se habla de ellas de modo indistinto, en diversos medios, no quedando bien definidos sus contornos, incluso se las emplea de manera equívoca dependiendo del contexto en que las utilizemos. De esta manera, cuando decimos:

a) “el derecho penal (o la política criminal) no regula o prohíbe tal cosa” nos estamos refiriendo a las leyes penales —código penal de la Nación, leyes penales especiales, etc— que son producto de la macropolítica criminal de un país, a través del Congreso de la Nación, pero no son ni política criminal, ni derecho penal en sentido estricto;

b) “con el derecho penal (o la política criminal) no se puede resolver tal problema” nos estamos refiriendo específicamente al poder punitivo estatal, es decir, a la utilización de los mecanismos violentos que utiliza el Estado para resolver ciertos conflictos que surgen en el espectro social. A la política pública encargada de administrar y gestionar dichos mecanismos la llamamos política criminal.

c) “el derecho penal (o la política criminal) no se ha ocupado de analizar o estudiar tal cosa”, aquí nos referimos a ciertos saberes que se dedican a estudiar diferentes temáticas relativas a la cuestión criminal y al sistema penal. Estas pueden ser variadas, por ejemplo, al saber que se encarga de estudiar los límites normativos y legales al ejercicio del poder punitivo estatal se lo llama derecho penal en sentido estricto (o también derecho procesal penal —al atinente a las normas y cuestiones estrictamente procesales—) a la disciplina que estudia cómo funciona el sistema penal y los efectos que éste produce en las personas sobre las que interviene la llamamos criminología y, al saber encargado de diseñar las estrategias políticas, los planes de acción y aplicación del poder

punitivo para la gestión de ciertos conflictos sociales, lo llamamos análisis político criminal.

Esta aclaración es importante, debido a que no esclarecer estos sentidos semánticos dispares, trae confusiones, lo cual lleva a no saber sobre cuál de estos diferentes saberes o campos disciplinares nos estamos refiriendo específicamente.

### **III. Fundamentos históricos y conceptuales de la política criminal**

#### **3.1. El *factum* del poder punitivo<sup>1</sup>**

Partir de la constatación —que de ninguna manera implica justificación— de la existencia del poder penal es fundamental para cualquier análisis que se quiera realizar sobre la política criminal o el derecho penal. Todas las sociedades han utilizado, y utilizan, el poder punitivo para lidiar con cierto grupo de conflictos que surgen dentro de su seno. Esto significa que estas sociedades —al menos aquellas hegemónicas y dominantes— no conocen otra forma de ejercicio del poder que no utilice ningún instrumento violento para lograr ciertas finalidades que se proponen. Ahora bien, el poder punitivo no se define solo por el uso del castigo o por su mera naturaleza coercitiva, algo que es atribuible a todo el conjunto de normas jurídicas que dicta una sociedad, puesto que, sin esa respuesta coercitiva, dichas normas serían meras normas culturales o morales. Sino más bien, lo que diferencia a este poder del resto de sanciones es la intensidad de dicha coerción, en este sentido, el poder punitivo estaría definido por la violencia organizada que ejerce el Estado<sup>2</sup>.

El poder penal, siempre se ha ejercido con algún nivel de organización, constatar esto nos ayuda a comprender su historicidad, de la cual no podemos sustraernos desde ninguna de las perspectivas o posiciones que adoptemos para analizarla. Basta observar, tan solo de reojo, la historia de la humanidad para encontrar ejemplos, en todos los

---

<sup>1</sup> En adelante nos referiremos a poder penal y poder punitivo de manera indistinta.

<sup>2</sup> En principio, la política criminal es aquella encargada de organizar la violencia que el Estado ejerce de manera legal. Pero es una realidad que también puede ejercerse de manera ilegal, tal como lo ha demostrado en nuestro país y nuestra región la llamada “doctrina de seguridad nacional”, la cual “generó intensos programas de política criminal ilegal e, incluso, formalmente delictiva.” (BINDER, Análisis político criminal, cit., p. 2). Esto formaría parte de la llamada ilegalidad de la política pública, “por ejemplo, un Estado puede fundar su economía en la venta de venenos o drogas o en la producción y venta de armas de destrucción masiva; una política educativa puede formar a los niños para que sean racistas o una política de salud puede apelar a la eugenesia o a la eliminación de ancianos; en fin, una política exterior agresiva o colonial son también formas de ilegalidad de la política.” (BINDER, Análisis político criminal, cit., p. 2). En este sentido, no es de extrañarse que algunas políticas públicas puedan ser ilegales e incluso delictivas. En este trabajo cuando hablemos de política criminal siempre nos referiremos al ejercicio y a la utilización legal de la misma.

tiempos y espacios, de ejercicio del poder punitivo: desde la muerte, el encierro, la confiscación, las torturas físicas, las ejecuciones en eventos públicos, el trabajo forzado, y una larga lista de etcéteras. Observar esta historicidad nos permite comprender que la utilización de los instrumentos punitivos siempre se ha mantenido con firmeza a lo largo de los siglos y que “muchas veces, tras nuevas y “modernas” formas, se encuentran fácilmente las viejas prácticas de violencia que creíamos desterradas”.<sup>3</sup>

Pero bien, una vez establecida la facticidad de esta violencia organizada desplegada por el Estado, podemos ver que la misma puede manifestarse de diversas maneras, lo que tenemos que ver, a la hora de analizar a la política criminal, es “el tipo específico de violencia estatal que constituye el poder punitivo o el deslinde de otras formas de violencia estatal no punitivas si es que ese deslinde puede hacerse”.<sup>4</sup>

El poder punitivo, en tanto manifestación organizada de la violencia estatal, es el punto de partido indicado a la hora de discutir cómo se organizan y se dirigen los medios represivos del Estado y, a partir de ello, cómo se define la política criminal.

Es la capacidad punitiva que detenta el Estado, en tanto poder organizado, que define con exclusividad qué acciones están prohibidas y cuál es su penalidad. Aceptar esto, en tanto quién castiga, cómo, cuándo y por qué, es premisa fundamental para abordar correctamente la Política Criminal<sup>5</sup>.

Tomar este camino no debe conllevar, necesariamente, a reducir la política criminal sólo a la discusión sobre el funcionamiento de los aparatos represivos. Ya que una mínima organización represiva es necesaria, si con ella se evita que ésta resuelva sus conflictos desde la imposición del más fuerte o el más poderoso.

Si no comprendemos la capacidad punitiva que detenta el Estado, un poder organizado que define con exclusividad cuáles son las acciones que se encuentran prohibidas en la sociedad y cuál es su sanción, no podremos advertir el volumen real que poseen las agencias represivas para administrar violencia y, en consecuencia, la política criminal.

De esta manera, el punto de partida para un análisis serio de la política criminal no puede ser simplemente el derecho penal, ya que este presupone la existencia del poder punitivo sin interrogarlo. En cambio, el análisis político criminal debe partir del

---

<sup>3</sup> BINDER, A., Introducción al derecho penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 36.

<sup>4</sup> BINDER, A., Análisis político criminal: Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática, Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 3.

<sup>5</sup> LARROUDE, A., Crimen, política y Estado. Apuntes para comprender la política criminal en el marco de un Estado de derecho, Ediar, Buenos Aires, 2019, p. 19.

reconocimiento de un hecho elemental: la violencia estatal organizada que constituye el núcleo fáctico del poder punitivo<sup>6</sup>. Esta afirmación, lejos de ser una abstracción, implica constatar que existe un tipo específico de violencia estatal que se diferencia —en la medida en que ello sea posible— de otras formas de violencia no punitivas. Esto exige encuadrar al poder punitivo no desde una idea general de violencia social o estatal, sino específicamente en sus rasgos estructurales e institucionales.

Así, se impone una separación analítica radical entre derecho penal y poder penal, lo que implica distinguir también la garantía constitucional del primero respecto del ejercicio del segundo. En este sentido, Binder<sup>7</sup> sugiere que el análisis político criminal es la disciplina que debe someter a crítica la idea misma de poder punitivo, incluso en sus formas más elementales. No se trata solo de aceptar su facticidad, sino de analizarla históricamente, reconociendo que las formas que adopta este poder penal están determinadas por condiciones sociales e institucionales que no podemos naturalizar ni deshistorizar.

La cuantificación del *factum* del poder punitivo, por ejemplo, permite ver con claridad su magnitud, la tasa de encarcelamiento por cada 100 mil habitantes funciona como un indicador básico y directo del volumen de violencia estatal organizada, y por tanto, es también uno de los indicadores más elementales para medir la política criminal de un país. Estas cifras no solo muestran cuántas personas son directamente alcanzadas por el encierro, sino que evidencian el nivel de recursos estatales movilizados y la centralidad del sistema penal en la estructura del Estado.<sup>8</sup>

Pero incluso frente a esta evidencia empírica, la política criminal suele carecer de un marco analítico adecuado. La política criminal está fuertemente marcada por una apropiación elitista y autoritaria, protagonizada por sectores profesionales —como los

---

<sup>6</sup> BINDER, A., op. cit.

<sup>7</sup> BINDER, A., op. cit.

<sup>8</sup> El concepto de “punitividad” puede pensarse de manera simple, como el nivel de dolor o sufrimiento producido por el sistema penal. Sin embargo, su operacionalización resulta más compleja, y la literatura ha propuesto distinguir al menos dos dimensiones interrelacionadas: la extensión, entendida como la cantidad de individuos alcanzados por penas o medidas de control (por ejemplo, la prisión preventiva), y la intensidad, referida al grado de sufrimiento que esas sanciones producen. De allí que indicadores como la tasa de encarcelamiento —cantidad de personas privadas de libertad cada 100.000 habitantes— funcionen como un punto de partida básico para dimensionar el volumen del poder punitivo en una sociedad. Pero este indicador no agota el problema: por ejemplo, comparar un sistema que aplica sistemáticamente prisión perpetua pero abolió la pena de muerte con otro que la mantiene formalmente pero no la ejecuta plantea interrogantes sobre qué modelo es “más punitivo” (Prison Insider, 2020). Estas tensiones muestran que la cuantificación del poder punitivo no sólo refleja la magnitud del sufrimiento infligido, sino también la forma en que cada Estado articula sus dispositivos de control y la intensidad de su violencia institucionalizada.

abogados penalistas— que gozan de prestigio pero no necesariamente de idoneidad para diseñar este tipo de políticas públicas. Esta apropiación, sumada a un aparato conceptual confuso y a la persistencia de una matriz autoritaria, contribuye al atraso estructural de la política criminal, alejándola de un enfoque democrático y crítico que permita evaluar sus impactos reales en la vida social.

No debe dejar de llamarnos la atención que una política pública con un nivel tan alto de movilización de recursos y de presencia en la vida cotidiana carezca aún de un marco específico de análisis que permita democratizar su contenido y evaluar sus resultados. Frente a esto, resulta urgente abandonar las formas emocionales o conceptualistas del abordaje penal, y avanzar hacia una política criminal fundada en diagnósticos empíricos, históricos y estructurales que no eludan el carácter violento, desigual y selectivo del poder punitivo estatal.

### **3.2. Orígenes y usos de la idea de Política Criminal**

Pareciera haberse construido un consenso sobre el origen de la expresión política criminal, al reconocerle a Gallus Aloys Kleinschrod ser el pionero en utilizarla, aunque de un modo distinto, “política del derecho criminal”, luego el idioma alemán parece haberle dado su expresión final: *Kriminalpolitik*. Y esta terminología no es casual, el contexto del pensamiento ilustrado de la época llevó a estos pensadores a desarrollar una preocupación por la política del derecho, de la mano de la idea de que el poder “podía y debía ser sometido a un proceso de racionalización”, dando comienzo al abandono de penas tortuosas y corporales, a través de la humanización del derecho penal y, por otro lado, abriendo las puertas a la expansión del poder punitivo en el siglo XIX. Esta ambigüedad inicial del término produjo que no haya quedado claro si se refiere a una política ya existente o al deber ser de dicha política, una confusión que ha llevado a darle diversos usos y a generar confusiones acerca de su alcance.

Binder menciona que hay, al menos, cuatro usos históricos de la frase política criminal. En un primer momento, ésta fue entendida como un arte, el arte de la legislación. Aquí aparece la figura central de Anselm von Feuerbach al referirse a ella como “sapiencia del Estado legisferante”, con esta expresión, Feuerbach se refiere a un saber práctico destinado a cómo utilizar las herramientas punitivas que tiene el Estado, en este sentido, es interesante la diferenciación con el concepto de ciencia como tal, puesto que un saber práctico, si bien tiene metodología y disciplina para su rigurosidad, puede valerse de diversos métodos y descubrimientos realizados por distintas ciencias a lo largo de su

historia y aplicación. Sin embargo, podemos apreciar la confusión, propia del programa racionalista ilustrado, entre los planos del ser y el deber ser, no quedando del todo claro hacia dónde se debía orientar la legislación y la utilización de estas herramientas punitivas, confundiendo finalidades preventivas con finalidades represivas y la actividad de legislar con la de aplicar efectivamente dichas herramientas.

Esta idea de que el centro de atención de la política criminal se encuentra en la crítica y reforma del derecho penal es la que ha pervivido con mayor fuerza hasta el presente. Ella, a su vez, tiene dos vertientes: por un lado, se trata de criticar, desde una perspectiva estrictamente valorativa, la legislación penal y, en consecuencia, proponer un catálogo de reformas que vuelva a ajustarla a esos valores.

Y, por otro lado, se crítica la racionalidad del proceso legislativo, demostrando el conjunto de irracionalidades que fundan esa legislación o, en general, el derecho penal.

Se puede criticar el conjunto de valores que conforman la legislación penal, por ejemplo, por no respetar los valores que fundan la democracia constitucional o, se puede demostrar que la legislación penal no es una derivación racional de esos principios o valores. Es claro que, en el primer sentido, la política criminal forma parte de lo que se ha llamado el “arte de la legislación” y desde esa perspectiva valorativa se han fundado ideales represivos y autoritarios (la legislación penal del “orden”) como también ideales liberales, que buscaban la mesura de las leyes penales.

Existe una segunda visión sobre esta racionalidad, generalmente vinculada a ideas liberales, que también tiene distintas variantes. Por una parte, puede significar un proceso transparente de “concreción” de grandes valores a leyes concretas, que pueda ser analizado y criticado desde una perspectiva objetiva y no meramente valorativa. Por otra parte, se reclama que esa racionalización implique una base empírica mínima, ya que se trata de instrumentos legislativos que deben impactar sobre la realidad, si no quieren navegar un mundo meramente ideal de conceptos y normas generales y abstractas. Esta racionalidad tanto puede nutrir un proceso “tecnocrático” como uno de transparencia republicana y seriedad del trabajo legislativo. Se han utilizado estas visiones para fundar políticas en varios sentidos, tanto reclamando la indispensable participación de los expertos en la redacción de las leyes, como así también para fundar una crítica desde la racionalidad instrumental. Hasta el presente, ambas corrientes coexisten de manera progresivamente más indiferenciada, a pesar de los vaivenes políticos que, según el contexto, tienden a privilegiar una u otra perspectiva. No obstante, los fundamentos ideológicos que las sustentan continúan siendo claramente opuestos entre sí.

La segunda de las grandes concepciones sobre la política criminal, que excede en mucho a la crítica de la legislación, parte de la intuición de que, para enfrentar a los delitos, debemos superar la reducción normativista y ampliar las herramientas que utilizamos. De esta manera, se entendió a la misma como una ciencia encargada de proveer datos para el desarrollo de herramientas eficaces en la lucha contra la criminalidad. Esta idea surge en rechazo a los modelos iusracionalistas del derecho penal, la idea de que se deben analizar “políticamente” los instrumentos del derecho penal, ya que ellos no son la derivación lógica de principios o entidades sobrenaturales como se entendía anteriormente.

Podemos encontrar en Franz von Liszt un ejemplo paradigmático de esta visión, al considerar a la política criminal como una ciencia. Estableciendo una noción de la pena como instrumento para lucha contra el crimen, termina confundiendo las nociones de política criminal con la de derecho penal y la criminología:

El conocimiento de la pena como uno de los medios para la lucha contra el crimen, puesto en manos del Estado, nos lleva más allá del derecho vigente. Este conocimiento nos acerca a la cuestión del fundamento jurídico y de los fines del poder penal, así como del origen y de la naturaleza del crimen. La solución científica de estas cuestiones es objeto de la política criminal, que estriba en la criminología y la penología. La política criminal nos da el criterio para la apreciación del derecho vigente y nos revela cuál es el que debe ser, pero también nos enseña a entender aquél, a la luz de su fin, y a aplicarle, en vista de ese fin, a los casos particulares.

Partiendo de esta base científica, en oposición a la metafísica, von Liszt, describe un saber, una ciencia natural, que podía descubrir las causas del delito y vaticinar la peligrosidad de los delincuentes para luego, desde allí, poder crear una política criminal de erradicación del delito. Y, al derecho penal, le asignaba la función de contención de esa política criminal, como límite legal y judicial al accionar del Estado en esa erradicación delictiva.

Al pretender que la política criminal estudie el origen y la naturaleza del crimen, este autor confunde su objeto con el de la criminología, aunque pareciera sanear esta cuestión al entender a ésta como parte de la política criminal, sin explicar mucho más o aportar mayor claridad a la cuestión. Podemos ver, en su planteo, la subsistencia de las ambigüedades de origen de nuestra noción de análisis, así como también la fuerte influencia del paradigma científico positivista de la época. Es claro que bajo el carácter

de ciencia se busca legitimar un programa político criminal, sentando los fines y los alcances del poder penal.

Esta concepción, tan ampliamente difundida en el primer tercio del siglo XX, fue empujada por la concepción político-criminal del positivismo criminológico, continuada con mayor madurez por la escuelas eclécticas, en particular la Nueva Defensa Social y avalada por la preeminencia de los métodos preventivos, que combinan intuiciones de sentido común con una notable indefinición conceptual, la cual todavía, aún hoy, persisten en numerosos programas gubernamentales y en el discurso de ciertos organismos internacionales, sosteniendo —de manera simplista e imprecisa— que la política social constituye, por sí sola, la mejor estrategia de política criminal.

De este modo, se configuran las dos vertientes originarias de aquella concepción inicial de la política criminal, ambas unidas por un núcleo común: (i) el rechazo a cualquier fundamentación de tipo metafísico o trascendental; (ii) una postura crítica frente a la legislación penal existente, acompañada de propuestas de reforma; y (iii) la intención de expandir el repertorio de herramientas de la política criminal más allá del derecho penal, aun cuando no se delimite con precisión cómo llevar a cabo dicha expansión ni cuáles deberían ser sus límites. Según Binder, esta formulación temprana representa, desde hace ya un siglo, el primer condicionante histórico que sigue dificultando una comprensión clara de los dilemas político-criminales.

En un tercer sentido, la expresión política criminal también ha sido utilizada para referirse a diferentes “escuelas” del pensamiento o reflexión acerca del derecho penal y la cuestión criminal. Sin embargo estos usos, lejos de aclarar las confusiones en torno al concepto, las profundizan aún más, puesto que lo que distingue a cada escuela son sus valores, métodos y formas de pensamiento en torno a las cuestiones político criminales específicas, sin embargo se las nombra por lo único que las unifica que es la preocupación por la problemática criminal o penal.

Finalmente se utiliza la expresión de manera destinada al espectro expresamente político, pero allí tampoco hay consenso sobre su ámbito específico, dado que algunos la utilizan para identificar a todos los mecanismos que utiliza el Estado para enfrentar el delito, otros para referirse específicamente al poder penal, o diferenciando entre la política criminal por un lado y la política penal o punitiva por otro.

En fin, incluso cuando sea correctamente utilizada para designar a una política del Estado específica, tampoco encontramos un panorama claro sobre su ámbito de aplicación. Esto nos obliga a precisar su alcance dentro de un Estado democrático.

### 3.3. La orientación político-criminal de la dogmática penal: entre el sistema y la finalidad política

Existe una concepción intermedia entre los dos primeros usos —la política criminal como arte o como ciencia—, proveniente de las lecturas funcionalistas del derecho penal, que desplazan la atención desde el sistema cerrado hacia el proceso de concreción normativa, poniendo el foco en la labor interpretativa del jurista<sup>9</sup>. Frente a la rígida separación propuesta por von Liszt entre ciencia penal y política criminal, Roxin<sup>10</sup> buscó articular ambas dimensiones, proponiendo una dogmática penal orientada por finalidades político-criminales. Esta propuesta intenta superar los excesos racionalistas del ideal de sistema mediante una revalorización del contexto práctico en el que operan las decisiones judiciales.

Desde esta perspectiva, el juez no debe resolver los casos penales mediante una lógica puramente deductiva -como imperaba en la dogmática (o al menos en su discurso) jurídico penal del momento- sino orientando su decisión a la realización de fines político-criminales más amplios, los cuales operan como directrices generales del derecho penal. Así, la dogmática penal deja de ser una mera técnica de subsunción jurídica para convertirse en una herramienta de concreción normativa con capacidad crítica y constructiva. Puede, en algunos casos, contribuir a una mayor eficacia del sistema penal mediante categorías más operativas, o bien, en otros casos, adoptar una postura valorativa que cuestione o limite la aplicación directa de ciertas normas penales.

Este enfoque reactualiza la tradición alemana del *jurista sabio*, propia de la Escuela Histórica, que concebía al jurista como un intérprete capacitado para mejorar la legislación a partir de los valores que conoce y representa. Esta figura del jurista que interpreta, valora y hasta moldea el derecho ha recuperado protagonismo en el marco de la dogmática penal post-finalista, gracias a la fuerte influencia de autores como el mismo Roxin y Günther Jakobs, entre otros. No obstante, este avance también ha traído aparejado el riesgo de la confusión entre lo estrictamente político-criminal —es decir, aquellas finalidades de control social o prevención, para las cuales vamos a utilizar el poder

<sup>9</sup> ROXIN, C., Política criminal y sistema del derecho penal, trad. F. Muñoz Conde, Hammurabi, Buenos Aires, 1972.

<sup>10</sup> ROXIN, C., Derecho penal. Parte general, t. I, trads. D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y G. Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1994.

punitivo estatal— y los límites jurídicos que deberían encauzar esas finalidades — garantías—, que forman parte del ámbito específico del derecho penal<sup>11</sup>.

En esta línea, Roxin logra romper con la tradicional oposición entre política criminal y dogmática penal propuesta por von Liszt, postulando una unidad funcional entre ambas, lo que implica una nueva forma de integración y una concepción ajustada al funcionamiento real del sistema penal. Esta integración no implica una confusión entre niveles, sino un proceso que parte de la criminología, se transforma en política criminal y culmina en una mediación jurídica: una crítica al sistema legal vigente que se convierte en exigencias jurídicas y, luego, en aplicación de la ley penal. Se trata de un modelo que permite transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales y, más tarde, en normas jurídicas, articulando así micro y macro política criminal mediante una mediación crítica que considera también lo socialmente justo.

Este modelo, sin embargo, no está exento de tensiones, pues reduce la política criminal a una mera instancia valorativa, cuya única función es corregir los efectos de una aplicación excesivamente técnica o sistemática de las reglas jurídicas. Al mismo tiempo que omite las complejidades de una verdadera política pública y termina proponiendo una interpretación teleológica del derecho penal, que si bien ha ganado aceptación, lo ha hecho a costa de una creciente normativización —y por ende abstracción— de los principios y valores constitucionales.

Desde esta perspectiva, la política criminal deja de pensarse como una estrategia estatal de intervención en los conflictos sociales y se transforma en un simple insumo para la construcción dogmática del caso penal<sup>12</sup>. Esto implica una tarea empobrecedora, ya que subordina las finalidades político-criminales a la lógica normativa, lo que ha dado lugar a un modelo reduccionista, confuso y desviado, que compromete la aplicación coherente de las normas penales en su conjunto. El resultado es una creciente ambigüedad que exige, más que nunca, una reflexión profunda sobre el rol del jurista en contextos normativos complejos.

En definitiva, la dogmática orientada por finalidades puede resultar útil para la concreción normativa; sin embargo, cuando absorbe la política criminal la despolitiza, y cuando transforma las garantías en fines autónomos termina por debilitarlas al desdibujar su función limitadora del poder punitivo.

---

<sup>11</sup> BINDER, A., op. cit.

<sup>12</sup> BINDER, A., op. cit.

### **3.4. Una teoría del conflicto permanente: la antinomia fundamental de Binder**

A pesar de sus diferencias teóricas, todas las concepciones tradicionales de la política criminal comparten un problema central: tienden a concebir al derecho penal como un bloque homogéneo, con una única función, sobre la cual la política criminal debería actuar —ya sea para ampliarla, eficientizarla o racionalizarla—. Sin embargo, como venimos desarrollando, esta mirada unificadora confunde dos planos profundamente distintos: por un lado, la organización de mecanismos eficaces para la tutela de los intereses victimizados —generalmente llamados bienes jurídicos por la doctrina tradicional— y, por otro, la solidez del sistema de garantías, que justamente opera como límite y contrapeso frente a esos mecanismos de tutela.

Esta confusión es problemática porque ambas dimensiones responden a lógicas políticas distintas. Ya que, mientras que la eficacia en la protección de los intereses victimizados se enmarca en los criterios de acción propios del sistema democrático, el sistema de garantías no se funda en la voluntad mayoritaria, sino que se impone incluso a ella, puesto que se basa en los principios del Estado de Derecho y tiene una función contramayoritaria, propia de toda república constitucional.

Si no se esclarece esta tensión, corremos el riesgo de distorsionar ambas esferas: por un lado, la política criminal puede volverse autoritaria y, por el otro, las garantías pueden debilitarse, afectando así tanto el diseño normativo como la producción de conocimiento jurídico-penal.

Por eso, tratando de sanear esta cuestión, Binder propone tomar como base, como eje analítico, la categoría de antinomia fundamental de todo el derecho penal, con ella busca describir la tensión constitutiva entre la búsqueda de eficacia del poder punitivo y los límites que a éste le impone todo el sistema de garantías. No se trata de una contradicción que pueda resolverse en una síntesis, sino de un conflicto estructural que atraviesa todo el derecho penal. De un lado, están todas las herramientas político-criminales, que apuntan a una tutela judicial penal más efectiva de los intereses de las víctimas; y, del otro, las garantías, que buscan restringir el uso abusivo de esas herramientas, protegiendo a los ciudadanos frente al poder punitivo estatal, cuya expansión es constante y muchas veces arbitraria.

Se trata de una contraposición fundamental. Ello en distintos sentidos. En primer lugar, porque en la base (fundamento) de todas las instituciones criminales se encuentra esta contraposición y las normas penales (sustantivas, procesales, de ejecución, es indiferente) deben ser vistas, o como herramientas de política criminal o como parte del

sistema de garantías, es decir, como herramientas de protección del ciudadano, en este caso, imputado de un delito. En numerosas ocasiones una misma norma contiene ambas herramientas. No obstante, no desaparece la tensión y ella se manifiesta en la interpretación que hagamos, dando preeminencia a una u otra función y alcanzando al fin un equilibrio. Por ejemplo, en un conjunto normativo dado podemos encontrar, por una parte, que se autoriza al Estado a ingresar sin permiso del dueño en su domicilio, en busca de algún objeto. Esa autorización constituye una herramienta político criminal que le permite al Estado cumplir con su programa político criminal (eficacia). Por otro lado, existen restricciones a que ingresen los funcionarios de cualquier manera y son obligatorias el cumplimiento de algunas formas (autorización judicial, horarios, indicación del objeto, orden precisa de allanamiento, etc.). Esas formas son herramientas de protección, es decir, garantías. Cuando debemos interpretar una norma que dice, por ejemplo, “El funcionario para ingresar a un domicilio debe contar con una orden de allanamiento”, y se trata de saber si esa norma también es obligatoria cuando existe el consentimiento del dueño o morador habitual, o cualquier otra excepción, nos encontramos con la tensión resultante de la contraposición de las necesidades político-criminales con las de protección de las libertades. En tanto el proceso penal es la única vía admisible para la imposición de una pena siempre existirá la contraposición que hemos señalado y ello aparecerá en cada institución del sistema penal. Por eso la antinomia entre eficacia y garantía es “fundamental”, porque está en la base de todos los actos e instituciones del sistema penal. Son su base, su fundamento. Usamos la palabra “fundamental” en un segundo sentido, al igual que decimos que los “cimientos” de una casa son su “fundamento”.<sup>13</sup>

Una de las fuerzas que da forma al derecho penal y procesal —no solo a través de las normas, aunque principalmente mediante ellas— es aquella que persigue la realización del programa punitivo del Estado. Como hemos visto, todo Estado, al menos hasta hoy, desarrolla estrategias para intervenir en ciertos conflictos sociales a través de su criminalización<sup>14</sup>. Al definir determinados hechos como “delitos”, lo que en realidad

---

<sup>13</sup> BINDER, A., “El método de la política crimina”, pp. 67-68.

<sup>14</sup> Se suele distinguir entre criminalización primaria y secundaria. La criminalización primaria alude a la decisión legislativa de tipificar conductas como delitos, esto es, la proyección normativa abstracta del poder punitivo. La criminalización secundaria, en cambio, refiere a la selección concreta que realizan las agencias ejecutivas -policías, fiscalías, sistema judicial- al aplicar de manera efectiva esa legislación a ciertos casos e individuos y no a otros. En este nivel, el poder punitivo se materializa a través de prácticas selectivas, atravesadas por factores sociales, políticos y económicos, lo que explica la brecha estructural entre el programa normativo -primario- y su aplicación real -secundario-.

busca es producir efectos de control social sobre formas específicas de conflictividad, moldeando así determinadas conductas y relaciones sociales.

Denominamos “eficacia” a la fuerza que impulsa la realización del poder punitivo, que busca que no exista impunidad. La cuestión no es muy compleja: si un Estado ha decidido que se aplique penas en el caso de homicidios (y por eso ha convertido al homicidio -un conflicto- en un delito penal) el objetivo será que los homicidios no queden impunes, o no lo queden en proporciones que se consideran adecuadas, según el plan político-criminal de que se trata. La búsqueda de que no exista impunidad se canaliza a través del proceso, pero es una fuerza independiente de la que, por ejemplo, establece los límites (garantías). Ella fundará acciones de los acusadores, públicos o privados, que estarán restringidos por formas limitadoras, pero que están obligados a usar esas formas para conseguir su meta de aplicar la pena, ya que constituyen cargas para toda acusación. Por ello buscarán cumplir con la eficacia dentro de esos límites, pero ello no implica que dejen de ser funciones diferentes y deban ser analizadas cada una en su especificidad, del mismo modo que nadie confunde al agua con la vasija que la contiene.<sup>15</sup>

La otra fuerza que configura a la justicia penal está orientada, como hemos dicho, a fortalecer los límites al poder punitivo, por ende, a la política criminal.

A esos límites los llamamos garantías y están pensados para proteger a todos los ciudadanos de los daños que puede ocasionar una política tan fuerte como la que organiza el poder punitivo. El derecho penal y el derecho procesal penal (como conjuntos normativos) se dedican, antes que nada, a construir esas herramientas de garantía, ya sea estableciendo contornos muy precisos para el ejercicio del poder punitivo y estableciendo formas ineludibles para su ejercicio en un caso concreto. Que de su cumplimiento el poder penal salga legitimado, porque satisfizo con las condiciones, no quiere decir que ellas tengan por función legitimar al poder penal. (...) El modo como volvemos eficaces y eficientes todas las herramientas de política criminal es algo totalmente distinto a como volvemos eficientes y eficaces a las herramientas de garantía. Implican, a su vez, dos conocimientos distintos.<sup>16</sup>

El concepto de “delito” resulta indispensable para el funcionamiento del sistema de garantías, ya que opera como el criterio que activa los mecanismos de control cuando el Estado decide utilizar herramientas violentas como la prisión o cualquier forma de privación de libertad. En otras palabras, cada vez que el poder punitivo pretende desplegar

<sup>15</sup> BINDER, A., op. cit., pp. 68-69.

<sup>16</sup> BINDER, A., op. cit., p. 68.

sus recursos coercitivos, debe hacerlo frente a un hecho que jurídicamente califique como delito, lo que habilita la puesta en marcha del sistema de garantías, esto es lo que se conoce como principio de legalidad.

Sin embargo, desde la perspectiva de la política criminal, el concepto de delito carece de utilidad práctica e incluso puede resultar perjudicial, salvo en la medida en que funciona como advertencia sobre los límites constitucionales al ejercicio del poder punitivo. La razón de ello radica en que la política criminal no enfrenta ni planifica sus estrategias a partir de una categoría jurídica estática como el delito, sino en función de fenómenos sociales concretos que pueden ser o no posteriormente criminalizados. La decisión de criminalizar determinadas conductas o de definir estrategias de persecución penal es siempre una decisión político-criminal, que debe partir del análisis de fenómenos específicos y de sus características particulares.

En este sentido, nadie puede diseñar una política criminal ni planificar una estrategia de persecución penal seria sin partir de un conocimiento detallado del fenómeno social que se busca abordar, ya que cada problema presenta variaciones sustanciales que exigen respuestas diferenciadas y técnicamente fundadas.

Binder toma la idea de la existencia de estas dos fuerzas de autores como Carrara<sup>17</sup> y Maier<sup>18</sup>, quienes claramente priorizan los fines limitativos de las garantías penales por sobre los del poder punitivo.<sup>19</sup> Ahora bien, aunque la doctrina ha reconocido históricamente la existencia de una tensión entre estas dos fuerzas en conflicto, Binder advierte que no se le ha asignado el rol central que debería tener en la construcción del conocimiento sobre el sistema penal. Todo el saber penal debe edificarse sobre esta base

---

<sup>17</sup> Ya en 1859 decía “es evidente que los ordenamientos procesales han de prestar dos servicios, o sea, proteger el derecho de los buenos para que se castigue a los culpables, y proteger el derecho del reo a no ser castigado sin motivo o más allá de la justa medida de su falta. El verdadero concepto racional de los ordenamientos de procedimiento punitivo no puede alcanzarse, si no se tiene en cuenta el fin de la tutela jurídica en ese doble aspecto. De aquí resulta una máxima dificultad para el que haya de dictar reglas de procedimiento penal, es decir, la de conciliar la tutela del derecho de la sociedad con la tutela del derecho del acusado” (Carrara, 1977, p. 278, cita original en Binder, “El método de la política criminal...”, 2023)

<sup>18</sup> Reconoce tres funciones, la de realización del derecho penal, la de protección personal y la de recomposición de la paz y la seguridad jurídica, que se produce cuando se pone fin al conflicto que está en la base, cumpliendo con las dos finalidades anteriores (Maier, 1989 p. 118). Esta mirada reconoce que hay un conflicto de intereses en la función penal del Estado, pero sostiene que ese conflicto puede resolverse con una decisión final que cierre el debate, es decir, con una sentencia firme. La idea es que se debe buscar un equilibrio que permita cumplir tanto con la eficacia del castigo como con la protección de los derechos.

<sup>19</sup> Sin embargo, otros autores priorizan la finalidad de lograr la imposición del castigo: “fundamentalmente, el interés que determina el proceso penal es el de llegar a la punibilidad del culpable (...) Las normas procesales penales tutelan principalmente el interés social de reprimir la delincuencia y también el de garantizar la libertad (Levene (h.) 1967, p. 17).

Es evidente que dar prioridad a una u otra de estas finalidades siempre implica una toma de posición ideológica o valorativa. Aun así, resulta fácil reconocer que existen dos fuerzas en tensión, cada una ligada a una necesidad social distinta: la eficacia del sistema penal y la protección de las garantías.

conflictiva, reconociendo que cada norma o institución del sistema funciona ya sea como una herramienta de política criminal o como una herramienta de garantía —y, en ocasiones, como ambas al mismo tiempo, sin que por ello desaparezca la tensión que las atraviesa—. <sup>20</sup>

Por otra parte, desde esta perspectiva, ésta contradicción no se resuelve en una armonía estable. Si bien se reconoce la dificultad de encontrar un equilibrio entre las fuerzas de la eficacia y las garantías, el modelo explicativo dominante parte de la idea de que ese equilibrio ya ha sido construido por el legislador, en especial a través de la ley formal dictada por el Parlamento. En consecuencia, luego se espera que la doctrina y la jurisprudencia desarrollen ese equilibrio de forma deductiva, manejándose con abstracciones y respetando las proporciones entre eficacia y garantía que el legislador habría definido como aceptables. Es cierto que, en la práctica, las normas se construyen tomando decisiones que intentan balancear las exigencias de la política criminal con las necesidades de protección de las libertades públicas, y que esas decisiones responden a peligros y amenazas concretas, más que a fórmulas teóricas y abstractas. Sin embargo, este pretendido equilibrio legislativo no elimina la tensión estructural, que sigue actuando como un conflicto latente y permanente dentro del sistema penal <sup>21</sup>.

De este modo, se configura una situación de equilibrio —que no debe confundirse con armonía—, basada en valoraciones contextuales que pueden ser más o menos acertadas. Este equilibrio funciona como un punto de encuentro entre fuerzas contradictorias, pero es, por definición, inestable, ya que dichas fuerzas continúan operando y ejerciendo presión sobre él. Desde esta manera, el conocimiento práctico sobre el sistema penal no debe fundarse en una idea de armonía, sino en el reconocimiento de una contradicción estructural —la antinomia fundamental— que persiste incluso cuando se alcanza algún grado de equilibrio. Esta pulsión recorre todo el funcionamiento de la justicia penal, adaptándose de múltiples formas dentro de un marco de razonabilidad, que intenta gestionar, más que resolver, los conflictos entre eficacia y garantías

Es un error pensar que se trata de una oposición entre realidad y normas o entre hechos y valores. No estamos ante un conflicto entre fenómenos sociales y principios abstractos, sino entre dos conjuntos de factores sociales concretos, ambos cargados de valoraciones hechas por distintos actores. <sup>22</sup> Por ejemplo, la fuerza que impulsa la eficacia

---

<sup>20</sup> En cada uno de ellos se manifiesta siempre esta contradicción base, que por eso se llama fundamental.

<sup>21</sup> BINDER, A., op. cit.

<sup>22</sup> BINDER, A., op. cit.

del poder punitivo puede apoyarse en situaciones como la sensación —objetiva o subjetiva— de inseguridad<sup>23</sup>, el sufrimiento de las víctimas, o la presión social frente a la impunidad. Pero, al mismo tiempo, la defensa de las garantías también surge de experiencias reales, como los abusos de poder, la memoria histórica de esos abusos y la creciente valoración de la libertad por parte de diversos sectores sociales.

Por lo tanto, ambas fuerzas son parte del entramado mismo de la vida social y se enfrentan constantemente en casos y situaciones concretas. El equilibrio que puedan establecer los legisladores mediante una norma es sólo transitorio puesto que no elimina la tensión, que continúa actuando a lo largo de todo el sistema penal. En el día a día de la justicia penal, cada decisión, no solo las sentencias definitivas —sino cualquier resolución, ya sea una medida de coerción, investigativa, etc— actualiza y reconfigura esa tensión, manteniendo viva y constante esta antinomia.

Un positivismo ingenuo podría suponer que quienes toman decisiones en el sistema penal simplemente aplican una fórmula de equilibrio de manera deductiva, lógica y abstracta, casi como si siguieran un razonamiento matemático. Pero eso no ocurre —ni debería ocurrir—, especialmente en sistemas acusatorios-adversariales, donde la lógica es otra. En primer lugar, porque hay que abandonar la idea de que todos los decisores son jueces, esto no es así, y más en estos nuevos sistemas, donde los fiscales toman numerosas decisiones relevantes y están directamente vinculados a los intereses de las víctimas. Del mismo modo, los abogados defensores respecto de la defensa efectiva de las garantías de los acusados.

En segundo lugar, el sistema acusatorio-adversarial no intenta ocultar esos intereses, sino que promueve que se expresen a través de canales institucionalizados, para allí buscar, caso por caso, actualizar el equilibrio entre eficacia y garantías, de la misma manera que se actualizan los intereses en juego. Esta actualización no sigue reglas lógicas formales, sino que se construye a través de caminos de razonabilidad, mediante argumentos sólidos y convincentes, que se ajustan a los distintos intereses en disputa. Tanto el saber propio de la política criminal como el saber específico del sistema de

---

<sup>23</sup> La inseguridad puede entenderse en dos dimensiones: una objetiva, que refiere a la cantidad de hechos de violencia, robos, secuestros y otros delitos ocurridos en un espacio determinado, junto con la calidad y cantidad de respuestas institucionales frente a esos hechos (por ejemplo, si son investigados, castigados o incluso permitidos); y una subjetiva, que alude a la percepción o sensación de inseguridad, vinculada al temor, la incertidumbre y el miedo al otro, tanto por hechos reales como por factores difíciles de medir que afectan la percepción social. Ambas dimensiones coexisten y conforman el problema integral de la seguridad.

garantías —derecho penal, procesal penal— forman parte activa de esta dinámica, y acompañan —desde lugares distintos— el funcionamiento cotidiano de la justicia penal.

Así, una vez despejado el panorama, ya no podemos entender la política criminal como una simple preocupación por mejorar la legislación penal, racionalizar el proceso legislativo o ampliar su alcance. Esto se debe a que gran parte de las leyes penales están destinadas a construir y sostener el sistema de garantías, y ese desarrollo no pertenece al campo de la política criminal, sino que forma parte de otra política, la política de derechos humanos, también propia de un Estado de Derecho<sup>24</sup>.

Lo que sí le compete a la política criminal, en tanto política pública, es garantizar la eficacia en la protección de los intereses de las víctimas, siempre bajo el respeto de las garantías, entendidas como límites externos a su accionar.

Si la política criminal no se ocupa central ni preferentemente de las leyes penales (en su estricta función de eficacia), ¿Cuál es su objeto de preocupación? Pues precisamente la organización de las herramientas político-criminales, es decir, las herramientas de tutela judicial en tanto utilizan instrumentos violentos como la cárcel. Su preocupación es la eficacia del poder punitivo, la corrección valorativa (desde las distintas perspectivas democráticas y del debate público, lo que no ocurre con el sistema de garantías) y la racionalización del programa punitivo. Todo ello desde múltiples dimensiones que están enmarcadas por un sinnúmero de decisiones, políticas, administrativas, policiales, de persecución penal, etc. y muy pocas legislativas. El Código Penal, nos decía con mucha razón Von Liszt, se preocupa de los límites a la política criminal, por eso es la Carta Magna del delincuente (mejor dicho, del ciudadano imputado de un delito).<sup>25</sup>

Binder advierte que ni la dogmática penal ni la criminología han abordado de forma sistemática la reconstrucción necesaria del campo penal. Ante esta carencia, propone la creación de un campo específico de conocimiento, el *Análisis Político Criminal*, entendido como el espacio que articula los saberes necesarios para organizar el uso estatal de herramientas violentas de tutela, es decir, para concebir la política criminal como una política pública, no como una ciencia ni como un simple arte legislativo.

En este marco, la región latinoamericana y nuestro país en particular, enfrentan no solo serios problemas en su política criminal, sino también una profunda carencia de conocimientos técnicos y empíricos sobre cómo conducir dicha política de forma

---

<sup>24</sup> BINDER, A., op. cit.

<sup>25</sup> BINDER, A., op. cit.

racional, transparente y fundamentada en evidencia empírica. De este modo, lo que está en juego es la capacidad para diseñar, implementar y evaluar políticas penales que respeten los derechos fundamentales y respondan a criterios democráticos.

La política criminal, por tanto, se ha convertido en un desafío no solo para los Estados, sino también para la comunidad científica, que debe revisar, profundizar y actualizar sus herramientas conceptuales y sus debates. La propuesta de Binder apunta justamente a superar la improvisación y el decisionismo, tan frecuentes en las respuestas penales de la región, donde no solo se observa una crisis de eficacia, sino también una alarmante falta de conocimiento experto sobre cómo estructurar políticas criminales compatibles con el Estado de Derecho.

### **3.5. Política criminal, derecho penal y criminología tres cosas distintas**

Al derecho penal solo le compete estudiar, sistematizar y desarrollar los límites a la violencia legítima del Estado que, por otra parte sólo será legítima si respeta esos límites una relación dialéctica en permanente evolución hacia la desaparición del derecho penal (Binder, 2013, 2014, 2023) mediante la construcción de nuevas formas de resolución de conflictos.

Tradicionalmente, la dogmática penal ha considerado que los actores centrales de la política criminal son el poder legislativo y el judicial, mientras que la criminología ha ampliado ese enfoque al incluir también al sistema policial, penitenciario y judicial. Estas visiones han llevado a que la política criminal se analice principalmente desde la filosofía y la sociología, lo que, si bien aporta valor, ha prolongado ciertas indeterminaciones y ha dificultado su abordaje desde la perspectiva metodológica de las políticas públicas. Por eso, con esta disciplina de Análisis Político Criminal, Binder busca redireccionar su marco conceptual hacia el análisis de políticas públicas, promoviendo producciones empíricas que permitan evaluar su desempeño bajo un doble control: su eficacia real y su respeto por los derechos fundamentales.

Bajo este paradigma, se ha reconocido como actores relevantes de la política criminal a los ministerios de justicia, ministerios públicos fiscales, fiscalías, ministerios de seguridad, fuerzas policiales y servicios penitenciarios<sup>26</sup>. Sin embargo, aún no existe

---

<sup>26</sup> BINDER, A., op. cit.

una definición generalizada ni consolidada de qué es la política criminal desde esta perspectiva.<sup>27</sup>

Frente a este vacío, Peñalver propone una definición operativa, articulada en tres ejes fundamentales, que permite estudiar empíricamente una política criminal sobre un problema público concreto:

- a) El modelo de justicia penal acusatorio-adversarial como marco institucional, por ser el único reconocido como constitucional en Argentina, al respetar el debido proceso y separar las funciones de juzgar e investigar.
- b) Una perspectiva multiagencial, que contemple la intervención de una pluralidad de actores estatales y no estatales en el diseño e implementación de políticas públicas.
- c) La incorporación de la categoría de problemas públicos, para delimitar el objeto concreto de intervención de la política criminal<sup>28</sup>.

Esta propuesta busca dotar de mayor precisión y operatividad al *análisis político-criminal*, superando enfoques teóricos fragmentarios y fortaleciendo un campo de estudio con enorme relevancia práctica. De esta manera, define a la política criminal y, en ese marco, a los problemas político criminales, como:

La política pública inserta dentro de las políticas de gestión de la conflictividad social, que tiene a su cargo la gestión de los recursos punitivos del Estado y la articulación de los no punitivos para resolver las conflictividades sociales definidas políticamente como problemas públicos criminales, a partir de un conjunto de decisiones intencionalmente coherentes y con unidad de sentido, llevadas a cabo por diversos actores en el marco de un sistema de justicia adversarial. A su vez, por problemas públicos criminales se entiende a las conflictividades sociales que conforme a sus manifestaciones involucran a alguna de las conductas consideradas delictivas dentro de nuestra legislación penal y son problematizadas desde el Estado para ser resueltas. En otras palabras, son las áreas de intervención exclusivas de la política criminal.<sup>29</sup>

#### **IV. La gestión de la conflictividad social como política pública**

<sup>27</sup> PEÑALVER, T., ¿Cómo se toman las decisiones de política criminal en la Argentina actual? El caso de la ciudad de Mar del Plata y su política criminal para el abordaje de la explotación sexual, tesis de maestría, Universidad de San Andrés, 2023.

<sup>28</sup> BINDER, A., op. cit.

<sup>29</sup> PEÑALVER, T., op. cit.

#### **4.1. La política criminal como una política sectorial dentro de la gestión de las conflictividades**

Al analizar a la política criminal desde este aparato conceptual del análisis de políticas públicas, Binder la introduce dentro de otra política pública más general. En un Estado constitucional de derecho, el uso de los instrumentos violentos debe ser muy limitado y excepcional pero este carácter excepcional del poder punitivo no puede ser comprendido por sí mismo, “sino en base a un complejo sistema de mecanismos e instituciones que constituyen la política de gestión de la conflictividad social, como una de las políticas públicas básicas que se desarrollan en toda sociedad política” Esta política de gestión de la conflictividad debe ser considerada como una política más dentro de un conjunto de políticas públicas que definen la dirección gubernamental de un Estado.

Ningún sistema político puede desentenderse de regular o intervenir en esa conflictividad, a partir de su intervención en la regulación del proceso social como proceso conflictivo nace tal sistema político. El conflicto no constituye un menoscabo del proceso social y menos aún un deterioro de él. Al contrario, es una de las manifestaciones de la existencia de ese proceso social que luego denominamos sociedad.

Si un Estado no interviene activamente frente al desarrollo de la conflictividad social, corre el riesgo —como ha ocurrido cíclicamente a lo largo de la historia— de que esa conflictividad aumente. Al mismo tiempo, si en cada conflicto prevalece siempre el interés del más poderoso, se instala el abuso de poder, lo cual supone la negación misma del derecho como herramienta de convivencia.

La combinación de estos dos factores —el crecimiento de los conflictos y la consolidación de prácticas abusivas— genera una fuerte tensión sobre todo el sistema político, que se ve obligado a actuar para evitar tanto la violencia generalizada como la fuga interna o externa de sus ciudadanos, en busca de entornos sociales más justos y con menor nivel de conflictividad.

Por estas razones, la gestión de la conflictividad será siempre una de las políticas públicas esenciales de todo Estado. Así como todo Estado debe llevar adelante una política económica (que asegure por lo menos la subsistencia digna de todos los miembros de esa sociedad); una política educativa, que acompañe los procesos de socialización, integre a las nuevas generaciones y aumente la capacidad del conjunto de la sociedad; una política de salud, que evite las enfermedades, cure a los enfermos, prolongue la vida, y evite el deterioro del ambiente saludable, también debe llevar adelante una política de gestión de la conflictividad, que evite la emigración, la sociedad violenta, así como el

estancamiento social por el agotamiento generalizado de la conflictividad a través de políticas totalmente represivas, el abuso del poder mismo del Estado, o la penalización de la legítima protesta social.<sup>30</sup>

#### **4.2. Los niveles de gestión de la conflictividad en sociedades democráticas**

La conflictividad social no depende únicamente de la eficacia de las políticas específicas destinadas a su gestión. En realidad, está profundamente influida por el efecto acumulado de otras políticas públicas estructurales, la forma en que se distribuye la riqueza, el nivel educativo general, la cultura del consumo, las condiciones demográficas, la contaminación, el desempleo o la exclusión social, entre otros factores. Todas estas políticas, aunque no estén orientadas directamente a gestionar conflictos, inciden de modo indirecto sobre su volumen y sus formas.

Dentro del campo específico de la gestión de la conflictividad, Binder distingue tres niveles básicos de intervención estatal:

a) **Prevención:** orientada a evitar la aparición de conflictos particulares. Aun sin abordar las causas estructurales profundas que los originan, estas políticas de prevención se enfocan en evitar que estos problemas deriven en conflictos mayores.

b) **Disuasión:** aquí no se elimina el conflicto, sino que se busca modificar su forma o trasladarlo. A través de prácticas como el patrullaje o la vigilancia, se inhiben ciertas manifestaciones visibles de la conflictividad —por ejemplo, en el espacio público—, aunque esto no implique su resolución, sino muchas veces su desplazamiento hacia ámbitos más invisibles como el doméstico o periférico.

c) **Intervención directa o reactiva:** se refiere al momento en que el Estado actúa sobre un conflicto ya desatado, buscando resolverlo, contenerlo o transformarlo activamente.

Estos niveles no actúan de forma aislada, sino que se combinan en distintas modalidades institucionales. En algunos casos, el Estado opta por delegar la gestión de ciertos conflictos en sistemas normativos no estatales, como la moral, la religión, la familia o incluso el ámbito afectivo individual. Esta intervención indirecta no supone desinterés, sino una decisión deliberada —por razones históricas, filosóficas o

---

<sup>30</sup> BINDER, A., Introducción al derecho penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 41.

pragmáticas— de no intervenir directamente, respetando una zona de autonomía personal en línea con el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Desde esta perspectiva, Binder propone un enfoque que articula los diversos niveles en los que el Estado puede intervenir ante los conflictos, ubicando al poder penal en el lugar más extremo y excepcional de dicha estructura.

Lejos de concebir el conflicto como un deterioro del proceso social, se lo entiende como un signo vital de la interacción humana, cuya regulación forma parte de las políticas públicas esenciales de todo Estado. Así como existe una política económica, educativa o de salud, es necesaria también una política de gestión de la conflictividad, que evite su desborde en formas destructivas de violencia o, en el otro extremo, su sofocamiento mediante prácticas autoritarias o represivas. Esta política de gestión asume una complejidad estructural, desplegándose en cinco niveles de intervención estatal, cada uno con objetivos, estrategias y lógicas distintas.

#### **4.3. Primer nivel: la delegación en sistemas no estatales de intervención directa**

En este nivel, la gestión de la conflictividad se desarrolla principalmente en el ámbito social y comunitario, antes de que el Estado intervenga de forma directa. De esta manera, nos encontramos con el nivel más cercano a la vida cotidiana: se vincula con el fomento de la gestión “social” de los conflictos, enraizada en la cultura y en las prácticas comunitarias.

Aquí, el Estado, por razones históricas, culturales y políticas, se abstiene de intervenir en ciertos ámbitos, delegando su regulación en sistemas normativos no estatales como la moral, la religión, las costumbres o las relaciones familiares. Esto no implica indiferencia, sino una decisión deliberada de no injerencia directa, para preservar la autonomía de la vida privada, siempre que estos espacios no se conviertan en formas de control que vulneren derechos fundamentales.

Sin embargo, este primer nivel ha sufrido un fuerte debilitamiento en Argentina. La destrucción de la vida comunitaria, el avance de una cultura individualista y fragmentada —la llamada “cultura del naufragio” o del “sálvese quien pueda”—, junto con la desaparición de organizaciones y ámbitos locales de conciliación (clubes, asociaciones barriales, redes vecinales), han deteriorado gravemente la capacidad de la sociedad para gestionar conflictos de forma autónoma. Este vaciamiento del tejido social ha reducido los mecanismos de regulación informal y preventiva, generando una mayor dependencia

de las instancias estatales y, en consecuencia, saturando los sistemas formales de resolución de conflictos.

En definitiva, la crisis del primer nivel no solo implica la pérdida de espacios comunitarios efectivos para tramitar la conflictividad, sino también la erosión de la trama social que les daba sustento, afectando la capacidad colectiva de prevenir, moderar y resolver disputas sin recurrir de inmediato a la intervención estatal.

#### **4.4. Segundo nivel: los modelos normativos de referencia**

Aquí el Estado actúa generando patrones jurídicos que orienten la conducta ciudadana ante diversos conflictos. El derecho funciona como un repertorio de soluciones posibles, proporcionando reglas claras y accesibles que buscan equilibrar las desigualdades entre las partes. Esta función orientadora de las normas exige una técnica legislativa simple y una conexión cultural significativa: el derecho debe tensionar, pero no desconocer, el sentido cultural compartido por la comunidad.

En este nivel, la ley cumple un papel ejemplificador, fijando reglas de convivencia que aborden cuestiones básicas y reconocibles para todos, como devolver el dinero por un producto defectuoso o cumplir los términos de un acuerdo. Sin embargo, en Argentina estos modelos de referencia se han debilitado profundamente. La pérdida del significado cultural de la ley, incluso para los operadores jurídicos, ha erosionado su capacidad de regular la vida social. Esto ha derivado en fenómenos como la inflación legislativa —la multiplicación de leyes para cualquier situación— y la impunidad estructural, donde el incumplimiento se vuelve la norma. Así, el segundo nivel también ha dejado de funcionar con eficacia, configurando una crisis de legalidad y de la razón jurídica, en la que las leyes se sancionan sin que exista una expectativa real de cumplimiento.

#### **4.5 Tercer nivel: la conciliación de intereses**

Cuando los modelos normativos no alcanzan para resolver un conflicto, el Estado puede facilitar espacios de conciliación entre las partes. Históricamente relegada, esta función ha resurgido bajo el nombre de resolución alternativa de conflictos —conciliación, reparación, mediación comunitaria, entre otras—. No se trata de una alternativa al sistema judicial, sino de una de sus dimensiones fundamentales, orientada a la pacificación social mediante formas dialógicas y restaurativas.

Este nivel supone la generación de ámbitos de conciliación que, en muchas sociedades, han desaparecido o se han debilitado. Tal degradación se debe, entre otras

causas, a la destrucción de los espacios comunitarios tradicionales: los ámbitos informales de conciliación —familia, vecindario, asociaciones, clubes, escuelas, hospitales— han sido reemplazados o reducidos a su mínima expresión. Así, la sociedad contemporánea ha perdido mecanismos de gestión comunitaria que antes permitían absorber conflictos menores antes de que llegaran al plano judicial.

La ausencia de estos espacios hace que incluso el incumplimiento de un simple contrato doméstico deba canalizarse a través del sistema judicial, incrementando su carga y complejidad. Por ello, el Estado debe promover, recuperar y fortalecer estos ámbitos, con jueces de equidad o instancias similares, capaces de resolver disputas de forma rápida, accesible y culturalmente integrada.

#### **4.6. Cuarto nivel: la justicia reparadora**

En situaciones donde las partes no logran resolver el conflicto por sí mismas, el Estado ofrece una instancia de decisión imparcial a través de jueces o incluso jurados. La finalidad es reparar el daño y ofrecer una solución legítima, aunque no necesariamente consensuada. Esta es la última instancia en la que el Estado puede intervenir para solucionar un conflicto sin recurrir a la violencia. Por eso, su funcionamiento debe ser eficiente, humano y ejemplar, especialmente en contextos democráticos donde la legitimidad de las decisiones es clave.

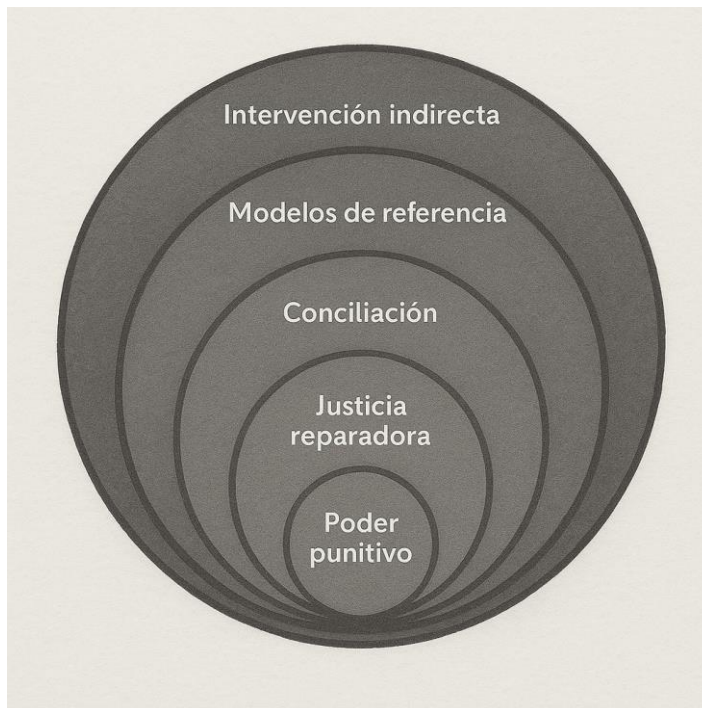
La diversificación, modernización y expansión de los mecanismos de justicia reparadora deben promoverse de manera decidida y técnicamente precisa dentro de un sistema democrático, ya que es en ese espacio donde el Estado conserva su última oportunidad de abordar los conflictos de forma profunda y de prevenir su repetición. La justicia reparadora ofrece modelos ejemplares, alejados de la lógica del miedo, que pueden interrumpir los ciclos de violencia. No obstante, nuestras democracias persisten en aferrarse a un formalismo excesivo, caracterizado por procesos lentos y deshumanizados, lo que, de manera paradójica, habilita respuestas institucionales violentas o brutales. En lugar de avanzar hacia modelos restaurativos y empáticos, se mantienen estructuras procesales que terminan reforzando la violencia institucional que pretenden evitar.

#### **4.7. Quinto nivel: la intervención violenta mediante el poder punitivo**

Solo cuando todas las instancias anteriores han fracasado o no resultan viables, el Estado puede recurrir a su capacidad de ejercer violencia institucional: el poder punitivo.

Este no busca resolver el conflicto, sino responder a él con fines de intimidación, corrección o castigo. Su aplicación, por tanto, debe ser estrictamente excepcional y evaluada en el marco del sistema de gestión de conflictividad en su conjunto. No puede justificarse como un hecho aislado ni puede ser el punto de partida de la intervención estatal.

En este marco, Binder advierte que no es posible discutir la legitimidad del poder penal sin interrogarse, al mismo tiempo, por la eficacia, coherencia y fortaleza de los niveles anteriores de gestión de la conflictividad. Una política criminal moderna y democrática debe ubicarse en este quinto nivel como un instrumento de administración racional de la violencia estatal, condicionado por el principio de *última ratio* y articulado con las políticas de seguridad, justicia y derechos humanos. Sólo desde esta perspectiva sistémica puede concebirse una justificación legítima del castigo penal.



**Figura 1**

Niveles de intervención en la gestión de la conflictividad.

Nota. Tomado de *Juezas y jueces de garantías en la litigación penal*, por L. González Postigo, 2021, Buenos Aires. Didot.

Finalmente, si todo sistema político gestiona de algún modo la conflictividad, los sistemas democráticos deben hacerlo con mayores niveles de apertura, transparencia, reconocimiento del disenso y respeto por la diversidad de valores. Esto implica un esfuerzo institucional adicional y más sofisticado que el que se espera de sistemas autoritarios. En América Latina, sin embargo, las estructuras autoritarias heredadas del orden colonial español han dificultado ese desarrollo. Persisten actitudes, rutinas y

prácticas marcadas por una cultura inquisitiva, que resultan incompatibles con los principios del Estado de derecho y la democracia republicana.

### **V. Macropolítica, mesopolítica y micropolítica criminal**

En coherencia con esta mirada multiagencial y de perspectiva de política pública, Binder introduce una distinción analítica clave entre macropolítica, mesopolítica y micropolítica criminal, orientada a comprender cómo se concreta operativamente la política criminal en el funcionamiento real del proceso penal y de las políticas públicas vinculadas al control del delito<sup>31</sup>.

La macropolítica criminal se refiere al diseño y planificación general de las estrategias estatales en materia penal. Incluye la definición de áreas prioritarias de intervención, la fijación de límites externos al poder punitivo y la formulación de objetivos estratégicos orientados a la reducción de la violencia social. Es el nivel donde se elaboran las grandes líneas de la política criminal estatal.

La mesopolítica criminal, por su parte, actúa como un nivel intermedio, orientado a la implementación sectorial de esas directrices generales, a través de programas, planes o iniciativas específicas que pueden involucrar áreas concretas del sistema de justicia penal, generalmente las procuraciones, fiscalías o ministerios públicos fiscales y/o de otros sectores gubernamentales. Es decir, aquí encontramos a la persecución penal, la cual no puede ser vista como un mero trámite administrativo ni como una aplicación mecánica de la ley, sino como una actividad política y estratégica que debe ser analizada, planificada y evaluada en función de su capacidad para cumplir con los objetivos fijados

---

<sup>31</sup> La distinción entre macropolítica, mesopolítica y micropolítica criminal que desarrolla Binder retoma y adapta categorías analíticas provenientes de otras disciplinas, en particular de la sociología y la economía. En el campo de la sociología, la relación entre niveles macro y micro ha sido un eje central desde los orígenes de la teoría social, estructurando los debates sobre el vínculo entre el orden social y la acción individual. Esta diferenciación resulta imprescindible cada vez que se analizan fenómenos estructurados por relaciones parte-todo, donde el nivel superior presenta propiedades emergentes que no se encuentran en las partes individuales. En la teoría económica, por su parte, la distinción entre micro y macroeconomía opera de manera análoga: mientras que la microeconomía se ocupa de las decisiones de agentes individuales (personas, empresas, organizaciones), la macroeconomía aborda los fenómenos agregados, como el desarrollo económico o el equilibrio general. Binder retoma estas diferenciaciones para trasladarlas al campo de la política criminal, proponiendo un esquema analítico que permite distinguir entre decisiones de alcance estructural y aquellas de carácter operativo o individual (Binder, 2013b).

La utilización de estas categorías se justifica en “la necesidad de resaltar que la persecución penal es una parte del diseño político criminal y que el plan político-criminal en su conjunto tiene características sin las cuales no se comprenden los alcances ni las finalidades de la persecución penal. Como hemos destacado no se trata de ocultar o subestimar el valor del caso sino de señalar que todo caso tiene valor y sentido (político criminal) en el marco de un horizonte más amplio que es el que constituye el plan político-criminal concreto, referido a un sector específico de la conflictividad.” (Binder, 2013b, p. 710).

en la macropolítica criminal. Este nivel es especialmente relevante para traducir los objetivos estratégicos en políticas sectoriales de más corto alcance, pero con impacto directo en ciertas poblaciones o problemáticas.

Finalmente, la micropolítica criminal se ocupa de la implementación concreta de esas decisiones macro y meso a través de las prácticas cotidianas de fiscales, jueces y demás operadores judiciales. Aquí se materializan las políticas públicas a través de decisiones como la selección de casos, el manejo de recursos institucionales, la aplicación de criterios de oportunidad, y la evaluación del impacto de la persecución penal en situaciones concretas.

Ahora bien, la distinción entre estos tres niveles no agota la complejidad del campo de la política criminal. Tal como desarrolla Peñalver, resulta necesario considerar además las fases y tipos de recursos involucrados en cada nivel de intervención. Dentro de este marco, la política criminal se orienta a resolver problemas públicos criminales, entendiendo por tal la reducción, control, transformación, relocalización o incluso la extinción de esos problemas —los delitos—. <sup>32</sup> Para ello, el Estado dispone de distintos recursos que se articulan a lo largo de tres fases de intervención: reactiva, disuasiva y preventiva <sup>33</sup>.

En su fase reactiva, las decisiones giran en torno a la gestión de los recursos punitivos, vinculados directamente al ejercicio monopólico de la violencia estatal, tales como las investigaciones penales, los controles y detenciones policiales, las condenas y las alternativas a la condena penal. Estos recursos son administrados por los actores institucionales propios del sistema penal, como los ministerios de justicia, las fiscalías, los ministerios de seguridad, las fuerzas policiales, el servicio penitenciario y las agencias de control de medidas alternativas.

En las fases preventiva y disuasiva, la política criminal recurre a recursos no punitivos o extrapenales, provenientes de ámbitos sociales, educativos, comunicacionales, administrativos, de seguridad pública, de control territorial, del sector privado o del conocimiento científico. Estos recursos son gestionados por actores impropios, que pueden ser públicos, privados o colectivos, dependiendo de la naturaleza del recurso y del problema a abordar.

Además, el diseño y la implementación de las políticas criminales requieren tener en cuenta la articulación entre los diferentes niveles de gobierno: nacional, provincial y

---

<sup>32</sup> PEÑALVER, T., op. cit.

<sup>33</sup> BINDER, A., op. cit.

municipal. Esto añade una capa territorial que cruza los niveles macro, meso y micro de decisión.

Esta distinción entre macro, meso y micropolítica criminal constituye una herramienta conceptual fundamental para comprender la red de decisiones, actores y recursos que estructuran el funcionamiento del poder punitivo en una sociedad democrática. Esto demanda la construcción de un saber específico sobre la persecución penal, distinto pero complementario al saber garantista tradicional. Un saber que permita, entre otras cosas, seleccionar racionalmente los casos a perseguir, evaluar la eficacia y el impacto social de las decisiones de persecución; controlar la selectividad estructural injustificada y evitar la expansión desmedida e irracional del poder punitivo. La ausencia de este saber especializado en América Latina, advierte Binder, ha contribuido a un funcionamiento caótico, selectivo y políticamente irresponsable de los sistemas penales, dificultando el control democrático y la evaluación de sus resultados.

**Tabla 1. Diferencias entre macropolítica, mesopolítica y micropolítica criminal**

<b>Nivel</b>	<b>Definición</b>	<b>Tipo de decisiones</b>	<b>Actores principales</b>	<b>Ejemplos</b>
Macropolítica criminal	Diseño y planificación estratégica general de la política criminal. Define objetivos globales, áreas prioritarias, límites al poder punitivo y grandes líneas de acción.	Planes nacionales o provinciales, reformas legislativas, estrategias nacionales de intervención sobre delitos específicos.	Poder Ejecutivo (Ministerios de Justicia y Seguridad), Poder Legislativo, Consejos de Política Criminal.	Reformas al Código Penal, Plan Nacional contra la Violencia de Género, Estrategias de Seguridad Nacional.

Mesopolítica criminal	Implementación sectorial y programática de las decisiones de la macropolítica. Traduce los objetivos generales en políticas o programas institucionales concretos.	Programas sectoriales, protocolos de actuación, iniciativas específicas dentro de agencias del sistema penal.	Fiscalías, fuerzas de seguridad, servicios penitenciarios, ministerios provinciales o locales, agencias de ejecución de políticas públicas.	Planes de persecución penal por tipo de delito, protocolos de actuación policial, programas de mediación penal, políticas penitenciarias específicas.
Micropolítica criminal	Decisiones operativas individuales y cotidianas, vinculadas a casos concretos. Se materializa en la práctica de fiscales, jueces y operadores judiciales.	Selección de casos, formulación de acusaciones, decisiones sobre medidas cautelares, estrategias de investigación y litigación.	Fiscales, jueces, defensores públicos, policías de calle, operadores de tribunales.	Modelo de Proceso Penal. Seleccionar un caso para litigar, solicitar una prisión preventiva, acordar una suspensión del juicio a prueba, definir una estrategia de investigación en un caso concreto.

Fuente: Elaboración propia a partir de Binder (2011a, 2014) y Peñalver (2023).

### 5.1. Sobre la legitimidad del castigo estatal y la importancia del principio de *última ratio*

La intervención penal del Estado —es decir, la respuesta punitiva institucionalizada frente al conflicto social— puede tener múltiples efectos<sup>34</sup>: a veces lo resuelve, otras lo transforma y, en no pocos casos, lo intensifica. Por eso, antes de preguntarnos por la legitimidad del castigo, debemos partir del reconocimiento del poder punitivo como un

<sup>34</sup> La función real del poder punitivo dista de la que le asigna tradicionalmente la dogmática penal. El poder punitivo no responde a una única función, sino que es esencialmente polifuncional: actúa selectivamente sobre diversos conflictos sociales, produciendo efectos que van desde la vigilancia policial, la neutralización de disidentes y la preservación del patrimonio de sectores privilegiados, hasta influencias indirectas sobre mercados como el inmobiliario, el asegurador o el de seguridad privada. Esta multiplicidad de funciones revela que la pena sirve para demasiadas cosas -muchas de ellas invisibles o no reconocidas- y no exclusivamente para las finalidades preventivas que el discurso jurídico suele atribuirle (Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Derecho penal. Parte general, 2002)

fenómeno real, pero no aislado, sino integrado en un entramado institucional más amplio que gestiona la conflictividad social con distinto grado de fortaleza y coherencia. Sólo a partir de este marco estructural puede formularse una reflexión crítica sobre la legitimidad del castigo estatal.

La cuestión central no es si el poder punitivo es valioso en sí, sino si es admisible que un Estado democrático y constitucional de derecho recurra a instrumentos violentos para la gestión de determinados conflictos sociales. Para Binder esta pregunta remite necesariamente al funcionamiento conjunto de los distintos niveles e instancias de intervención institucional, y al rol que en ese conjunto desempeña el castigo. Afirmar la mera legitimidad de la violencia estatal sin atender esta totalidad relacional implica empobrecer el debate y vaciar de sentido el principio según el cual la violencia estatal debe ser un recurso de *última ratio*<sup>35</sup>.

Desde este planteo entonces, el verdadero fundamento de la pena nunca puede hallarse en una teoría general ni en un principio abstracto. Por el contrario, sólo es legítima la imposición de castigo violento cuando se demuestra, en un contexto concreto y con base en evidencia empírica, que no existe otro medio menos lesivo para gestionar el conflicto. Por ello, el principio de *última ratio* no es simplemente un principio más del derecho penal —como generalmente ha sostenido la doctrina tradicional— sino que constituye la única base normativa posible para legitimar la intervención punitiva del Estado dentro del marco constitucional de derecho. Tal legitimidad no puede ser general ni universal, sino siempre circunstancial, sujeta a verificación constante y subordinada al principio rector del Estado no violento, respetuoso de los derechos de todos los ciudadanos y ciudadanas.

Esta perspectiva exige abandonar las llamadas teorías de la pena que se construyen desde una lógica justificadora y sacralizada de la violencia estatal, como si fuera un atributo intrínseco del poder público. Estas concepciones suelen tener una base autoritaria, al postular que el Estado debe ejercer violencia para ser tal, confundiendo constatación histórica con justificación normativa.

Este enfoque también permite establecer un diálogo crítico con las propuestas de Eugenio Raúl Zaffaroni, especialmente en relación con la teoría de la pena. Mientras que Zaffaroni sostiene una posición negativa y agnóstica que renuncia a construir una teoría justificativa de la pena en atención a su ilegitimidad estructural, Binder plantea que resulta

---

<sup>35</sup> BINDER, A., op. cit.

indispensable construir una teoría práctica y operativa de la persecución penal. No para legitimar moralmente el castigo, sino para intervenir de manera racional y controlada en los procesos de selección de casos, con el objetivo de limitar materialmente el poder punitivo y mejorar su control democrático. En esta línea, la teorización sobre la persecución penal y sobre la función del castigo se convierte en una herramienta política indispensable para evitar su expansión descontrolada y, eventualmente, para crear las condiciones institucionales que permitan avanzar hacia políticas de reducción punitiva o incluso hacia formas más profundas de despenalización o abolición.

## 5.2. Rechazo de una ciencia penal integrada

Desde este enfoque crítico, el derecho penal no puede analizarse de forma escindida respecto de sus condiciones materiales de producción. La tradición positivista intentó construir una ciencia penal integrada por tres dimensiones: la criminología —como explicación causal de la criminalidad—, la política criminal —como tecnología política de control— y el derecho penal —como sistema normativo—. Esta concepción pretendía dotar de cientificidad a todo el saber penal, desarrollándolo, de esta manera, a imagen y semejanza de las ciencias naturales. Sin embargo, con el tiempo, esa estructura integrada se fue resquebrajando por distintas cuestiones.

Por un lado, la criminología, núcleo de este ideal científicista, comenzó a problematizar sus propios supuestos al advertir que su objeto de estudio —el delito— no es un hecho natural sino una construcción política, normativa. Así surgieron las teorías del etiquetamiento, que desplazaron el foco desde las causas del crimen hacia los procesos de criminalización<sup>36</sup>. Este giro evidenció que la definición misma de lo delictivo es un acto político, atravesado por relaciones de poder y contextos históricos específicos.

Como consecuencia de esto, también entró en crisis la política criminal tecnocrática, que asumía que de cada diagnóstico criminológico podía derivarse una técnica eficaz de control. Las nuevas corrientes demostraron que esa tecnología se sustentaba en categorías ideológicas y morales disfrazadas de ciencia.

---

<sup>36</sup> El surgimiento de las teorías del etiquetamiento -labeling approach- marcó un giro en la criminología crítica, al cuestionar la concepción tradicional del delito como fenómeno natural y desplazar el foco hacia los procesos de criminalización. Autores como Howard S. Becker señalaron que lo que define a una conducta como delictiva no son sus características intrínsecas, sino la reacción social y la etiqueta que se le asigna. Este enfoque inauguró una perspectiva que entiende el delito como una construcción política y normativa (Becker, 1963), que sigue siendo sostenido por la criminología, tanto crítica como no crítica, hasta la fecha.

En este marco, el derecho penal quedó atrapado en una dualidad no resuelta. Por un lado, recoge el legado ilustrado y liberal de limitar el poder punitivo a través de garantías formales. Por el otro, continúa siendo funcional a proyectos de ingeniería social y control que se basan tanto en la legitimación como en la expansión del mismo poder punitivo. El colapso del modelo integrado y la confusión entre criminología y política criminal no resolvieron esta tensión, por el contrario, la acentuaron. En vez de avanzar hacia una politización crítica de la política criminal, muchas veces se mantuvo la apariencia de neutralidad técnica.

### **5.3. La articulación de la política criminal en el proceso penal: tensiones macro, meso y micro**

A partir de la distinción entre los niveles de gestión de conflictos y de la superación crítica de los enfoques dogmáticos tradicionales, resulta necesario avanzar hacia una caracterización más precisa de cómo se operacionaliza la política criminal dentro del proceso penal concreto. En este sentido, vimos que el enfoque binderiano ofrece herramientas teóricas fundamentales para comprender el proceso penal como un dispositivo político-criminal situado en el núcleo mismo de las decisiones estatales sobre el control del conflicto social. De esta manera, el proceso penal debe ser entendido como una institución compleja, que canaliza múltiples necesidades sociales y estatales. Su dinámica interna no puede ser reducida simplemente a una secuencia normativa o procedimental. Por el contrario, lo que define al proceso penal es la tensión permanente entre dos fuerzas estructurales: por un lado, las necesidades político-criminales de la sociedad, que exigen respuestas institucionales frente a determinados conflictos; y por el otro, las necesidades de protección del ciudadano, orientadas a limitar el poder estatal y a prevenir abusos en el ejercicio de la coacción penal.

Desde un enfoque disciplinario estricto, el derecho procesal penal tiene como función principal el desarrollo del sistema de garantías<sup>37</sup>, es decir, la construcción de límites institucionales capaces de reducir los riesgos inherentes a la existencia y ejercicio del poder punitivo. Sin embargo, restringir el análisis del proceso penal únicamente a su función garantista conduciría a una visión parcial e insuficiente de un fenómeno que, por

---

<sup>37</sup> Ya hemos mencionado al comienzo de este trabajo, el planteo de Binder sobre la necesidad de contar con una visión integrada del derecho criminal, un modelo de integración que conciba tanto al derecho penal como al derecho procesal penal como un único objeto de estudio: el sistema de garantías (Binder, 2021).

su propia naturaleza, es profundamente complejo y atraviesa diversas dimensiones institucionales, sociales y políticas.

Por ello, una visión integral del proceso penal exige su análisis simultáneo desde la perspectiva político-criminal. Más aún, resulta indispensable construir un saber específico sobre cómo alcanzar determinados objetivos político-criminales a través del propio proceso penal, teniendo en cuenta que la existencia de límites constitucionales y garantistas no elimina, sino que condiciona y regula, la dimensión política del proceso. En última instancia, la aplicación de las penas —como forma directa y propia de la política criminal— sólo puede materializarse a través de un proceso penal que articule, de manera controlada y racional, las demandas sociales de respuesta al conflicto con el respeto irrestricto de los derechos fundamentales.

Dentro de este enfoque, resulta fundamental reconocer que lo que diferencia a la política criminal de otras políticas públicas cercanas, como la política de seguridad, es su vínculo estructural con los instrumentos violentos del Estado, los cuales sólo pueden desplegarse bajo el estricto respeto de las garantías que conforman el sistema de control del poder punitivo.

Como venimos desarrollando, el proceso penal, entendido como la vía institucional que canaliza la aplicación del poder punitivo, se configura históricamente a partir del equilibrio dinámico entre estas dos grandes fuerzas que estructuran la antinomia fundamental. Ese equilibrio es siempre inestable, históricamente variable y culturalmente condicionado, y puede adoptar formas muy diferentes según la época, el contexto social y el tipo de conflictividad penal que se busque abordar.<sup>38</sup>

Binder subraya que este juego de equilibrios no puede ser invisibilizado ni naturalizado, ya que constituye el núcleo mismo de la arquitectura político-criminal del proceso penal. La tarea de los operadores judiciales no consiste simplemente en aplicar normas, sino en gestionar de manera consciente y políticamente informada esa tensión estructural entre eficacia y garantías. Cada decisión procesal concreta mueve el equilibrio en uno u otro sentido, orientada por intereses diversos: el interés por proteger a las

---

<sup>38</sup> La política criminal y el sistema de garantías no evolucionan de manera paralela ni lineal, sino que sus equilibrios se redefinen constantemente bajo la influencia de cambios culturales, avances tecnológicos y presiones sociales concretas. Algunos movimientos sociales, como los feminismos, vinculados a la lucha por los derechos de las mujeres, han logrado imprimir un giro en los objetivos político-criminales del Estado, fortaleciendo ciertas áreas de protección y desplazando el foco del sistema penal hacia determinadas formas de violencia. En otros casos, se han introducido excepciones legales o procesales orientadas a responder de manera diferenciada a ciertos fenómenos delictivos, como la utilización de agentes encubiertos o la flexibilización de determinadas reglas probatorias en delitos complejos..

víctimas, el derecho de defensa del imputado, las demandas sociales de seguridad o las exigencias institucionales de eficiencia.

Desde una perspectiva estructural, en el proceso penal confluyen las tres visiones complementarias pero tensas: la perspectiva *macro*, orientada a los efectos generales de la política criminal sobre el tejido social, la perspectiva *meso*, vinculada específicamente a la persecución penal y sus estrategias y la perspectiva *micro*, centrada en la protección de los derechos del individuo involucrado en el caso concreto. Mientras que el sistema de garantías prioriza la visión *micro*, buscando evitar abusos y errores que afecten a personas concretas, la lógica político-criminal privilegia las visiones *macro* y *meso*, preocupadas por el impacto global y “los efectos generales sobre una generalidad social, respecto de la cual el “caso” es sólo una manifestación”<sup>39</sup>

Este desfase genera una tensión estructural inevitable entre las necesidades generales de la política criminal y las necesidades individuales del sistema de garantías, que se expresa cotidianamente en cada caso judicial. Cuando la política criminal decide intervenir a través del proceso penal —porque pretende aplicar el nivel más alto de violencia estatal como respuesta a determinados conflictos— se ve forzada a canalizar esa intervención a través de casos específicos, donde deben concentrarse todas las garantías procesales y constitucionales exigibles. De esta tensión entre las finalidades generales de la política criminal y las necesidades individuales de protección de derechos surge una de las contradicciones estructurales más relevantes del sistema penal.

La necesidad de actuar a través de casos concretos constituye una exigencia estructural impuesta por el sistema de garantías, entendido como el conjunto de límites externos que restringen la acción del poder punitivo. Esta característica introduce una dificultad permanente para la realización de los objetivos político-criminales, ya que, por imperio convencional, constitucional y legal, las políticas penales solo pueden materializarse mediante procedimientos que preserven las garantías individuales en cada caso particular.

El gran desafío de una visión político-criminal del proceso penal consiste precisamente en lograr que los objetivos generales de la política criminal puedan alcanzarse a través de intervenciones caso por caso, sin que ello implique la vulneración de las garantías individuales. Si los operadores del sistema —fiscales, policías y demás agentes involucrados— quedan atrapados en una lógica estrictamente casuística y no

---

<sup>39</sup> BINDER, A., De la macro a la micro política criminal: mediaciones teóricas de la acción penal y la pretensión procesal penal, documento electrónico, disponible en línea, p. 709.

logran proyectar sus decisiones hacia los efectos generales que la política criminal busca producir, se resiente la eficacia del poder punitivo.

En definitiva, las tensiones entre lo macro, lo meso y lo micro son inherentes a la perspectiva político-criminal del proceso penal, y su adecuada gestión exige un análisis político-criminal capaz de diseñar estrategias que permitan articular las finalidades generales del Estado con el respeto irrestricto a los derechos fundamentales en cada caso individual.

Por ello, Binder sostiene que el análisis político criminal del proceso penal debe asumir el reto de diseñar estrategias que permitan articular de manera equilibrada los objetivos macro y meso de la política criminal con las exigencias micro del sistema de garantías, evitando que la política criminal quede atrapada en el caso individual pero también impidiendo que, en nombre de un objetivo colectivo, se vulneren derechos individuales básicos.

#### **5.4. Superación de la teoría del bien jurídico y función absorbente del proceso penal**

Uno de los núcleos centrales del pensamiento de Binder es su crítica a la teoría del bien jurídico, a la que considera un obstáculo para el desarrollo de una política criminal democrática y transparente. Según Binder, esta teoría ha tendido a confundir los dos planos de la antinomia fundamental, los cuales deben mantenerse claramente separados: por un lado, el plano político-criminal, que se ocupa de la selección estatal de los conflictos sociales que serán criminalizados; y por otro, el plano del sistema de garantías, que establece los límites jurídicos y procesales a la aplicación del poder punitivo.

En lugar de servir como un criterio democrático de selección, la teoría del bien jurídico ha operado históricamente como un discurso escolástico y ambiguo que oculta la dimensión política de la criminalización, disfrazándola bajo categorías aparentemente técnicas y neutras.

Frente a esto, Binder propone una reconstrucción de la política criminal basada en la transparencia, la planificación democrática y la evaluación empírica de sus efectos sociales. Desde esta perspectiva, el proceso penal debe ser comprendido como un dispositivo estatal orientado a absorber y reconvertir la violencia social, funcionando

como una "aspiradora de la violencia social"<sup>40</sup> que solo se activa cuando resulta estrictamente necesario para evitar escaladas conflictivas mayores.

El objetivo central de esta concepción es claro: reducir el nivel global de violencia en la sociedad, incluyendo tanto la violencia interpersonal como la violencia estatal derivada de la aplicación del castigo penal. Este enfoque implica abandonar modelos moralistas o populistas de castigo, así como superar los enfoques puramente retribucionistas, en favor de una política criminal racional, evaluable y controlada democráticamente<sup>41</sup>.

Este tipo de organización normativa genera una tensión constante con las culturas sociales vigentes. Por eso, la participación ciudadana adquiere un rol central como termómetro de esa tensión entre lo legal y lo social, puesto que permite captar cómo se alinean —o se distancian— las decisiones institucionales respecto de los valores vivos de la comunidad.

## VI. Conclusiones

En conclusión, la distinción entre política criminal y derecho *criminal* —integrando tanto al derecho sustancial como al procesal— no es una cuestión meramente terminológica, sino una exigencia de claridad conceptual para comprender el fenómeno punitivo en el Estado democrático. El punto de partida no puede ser la ley penal, sino el poder punitivo como hecho institucional de violencia organizada, cuya existencia precede y condiciona toda regulación normativa.

Desde esta perspectiva, la política criminal no se reduce a la legislación penal ni a un repertorio de técnicas represivas. Se trata de una política pública sectorial orientada a la gestión de determinadas conflictividades sociales definidas como problemas públicos criminales, con su propio campo de decisiones, actores, recursos y niveles de intervención. El derecho penal —en sentido amplio, como sistema de garantías— cumple una función diversa: delimitar, condicionar y controlar el ejercicio de ese poder.

La historia conceptual de la política criminal muestra que su desarrollo estuvo atravesado por ambigüedades persistentes entre arte de legislar, ciencia penal y orientación dogmática. La antinomia fundamental entre eficacia y garantías, tal como la formula Binder, permite ordenar esas tensiones al mostrar que no se trata de un conflicto

---

<sup>40</sup> BINDER, A., Derecho procesal penal, t. II: Dimensión político criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, p. 21.

<sup>41</sup> BINDER, A., op. cit.

accidental ni resoluble mediante una síntesis armónica, sino de una tensión estructural propia del sistema penal democrático.

Distinguir entre política criminal y sistema de garantías no implica separar esferas incomunicadas, sino reconocer planos distintos del mismo fenómeno. Politizar la decisión sobre el uso del poder punitivo y, simultáneamente, preservar la autonomía del sistema de garantías constituye una condición básica de racionalidad democrática. Solo a partir de esa distinción es posible discutir la expansión o restricción del poder punitivo sin convertir al derecho en instrumento de eficacia ni a la política criminal en dogmática encubierta.

Asimismo, esta diferenciación permite superar el abismo contemporáneo entre la dogmática penal y la dogmática procesal, hoy frecuentemente desarrolladas como campos autosuficientes y desconectados entre sí. Esa fractura conceptual no solo empobrece la teoría, sino que desorienta las prácticas de los operadores jurídicos, que son, en definitiva, el destinatario último de toda construcción dogmática. Una teoría que no orienta prácticas fracasa en su función racionalizadora.

La clarificación entre política criminal y sistema de garantías permite reorganizar la dogmática penal como un todo coherente, integrando sustancia y proceso bajo una misma comprensión del poder punitivo. Sin esa articulación, el sistema acusatorio corre el riesgo de convertirse en un simple cambio de formas, mientras subsisten prácticas y lógicas propias del modelo inquisitivo. Superar la fractura entre dogmática penal y procesal no es un refinamiento académico, sino una condición práctica para orientar la actuación de fiscales, jueces y defensores y para aprovechar verdaderamente el potencial democrático de los nuevos modelos adversariales.

## *El rol de la Defensa Técnica en el Acceso a la Salud de las Infancias sin cuidados parentales en Chubut*

*\*Por Christian Aprosoff*

### **I. Introducción**

La vulneración del derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes (NNA) privados de cuidados parentales en la provincia del Chubut no se manifiesta a través de hipótesis abstractas, sino de realidades fácticas y cotidianas: la postergación indefinida de una consulta con un especialista para un adolescente con una patología crónica; la dilación burocrática de un tratamiento odontológico complejo para una niña. Estos escenarios, lejos de ser excepcionales, revelan las fisuras de un sistema donde la garantía del acceso a la salud para este colectivo hipervulnerable se encuentra permanentemente tensionada por lógicas administrativas y déficits estructurales.<sup>1</sup>

Para aquellos NNA que se encuentran privados de cuidados parentales y residen en dispositivos bajo la tutela directa del Estado, la materialización de sus derechos personalísimos, como el derecho a la salud, presenta complejidades singulares.<sup>2</sup> El acceso a la salud deja de ser una decisión en el ámbito de la intimidad familiar para convertirse en un acto mediado por la burocracia, los recursos institucionales y las lógicas administrativas.<sup>3</sup>

En la actualidad, esta situación configura una paradoja inherente a la tutela estatal. La institucionalización es el acto último de protección del Estado cuando la familia ha fallado en su función de cuidado. No obstante, este mismo acto genera una tensión intrínseca en las funciones del Estado prestacional. El organismo administrativo responsable del cuidado diario, la gestión presupuestaria y el funcionamiento del Servicio de Protección de Derechos es, a su vez, el que toma las decisiones de facto sobre el acceso del NNA a servicios de salud complejos.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> UNICEF (2016) Estado de la situación de la niñez y la adolescencia en Argentina. Primera Edición, Bs. As. Recuperado de: <https://www.unicef.org/argentina/media/2211/file/SITAN.pdf>

<sup>2</sup> CALDERWOOD DE CORNEO, E., et Al (2006) Ley 4.347 Protección integral de la niñez, la adolescencia y la familia. Provincia del Chubut. Recuperado de: [www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina34257.pdf](http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina34257.pdf).

<sup>3</sup> Derechos de niños, niñas y adolescentes (2025) Recuperado de: <https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/derechos-de-ninos-ninas-y-adolescentes>

<sup>4</sup> Ministerio de la Defensa Pública del Chubut (2023) Dispositivos de cuidado formal de Niños, Niñas y Adolescentes en Chubut. Informe bianual 2021-2022. Recuperado de: [www.defensachubut.gov.ar/wp-content/uploads/2023/08/Informe\\_Bianual\\_Dispositivos\\_cuidado\\_residencial.pdf](http://www.defensachubut.gov.ar/wp-content/uploads/2023/08/Informe_Bianual_Dispositivos_cuidado_residencial.pdf).

Esto puede conducir a que las determinaciones se basen en la conveniencia administrativa, la evitación de responsabilidades o la limitación de recursos, en lugar de atender a las necesidades de salud específicas y subjetivas del niño, niña o adolescente.<sup>5</sup> El conflicto ya no es entre un padre y un hijo, sino entre el ciudadano y el Estado, donde el ciudadano es un menor en una condición de dependencia total. El Estado, por tanto, actúa simultáneamente como guardián y como potencial adversario, una dualidad que exige la intervención de un defensor legal independiente y externo: el Abogado del Niño.

En este contexto, el presente artículo postula como hipótesis central que la implementación efectiva de la figura del Abogado del Niño en la provincia del Chubut, establecida por la Ley III - N° 44, constituye la herramienta procesal por excelencia para materializar el derecho a la salud de los NNA institucionalizados, sin discriminación por su edad o condición.<sup>6</sup>

Se argumenta que este letrado, al ejercer una defensa técnica de los intereses personales y la voluntad del NNA, es el único actor del sistema capaz de sortear la inercia burocrática y las lógicas tutelares remanentes. Su intervención asegura que la voz y la voluntad del niño, niña o adolescente sean el eje central en toda decisión que afecte su salud, en plena consonancia con el principio de autonomía progresiva y el corpus iuris de los derechos humanos de la niñez.

El presente artículo propone analizar el rol de esta figura en uno de los contextos de mayor vulnerabilidad imaginable: el de los NNA que se encuentran bajo Medidas de Protección Excepcional, es decir, aquellos que han sido apartados de su medio familiar y se hallan bajo la tutela directa del Estado.

La tesis central que se postula es sobre la situación sanitaria de esta población, evidenciada por datos concretos y que constituyen un caso de estudio crítico y un verdadero examen para la eficacia de la figura del Abogado del Niño. La situación fáctica, caracterizada por una prevalencia elevada de problemáticas de salud integral y una casi nula cobertura de obra social, revela la necesidad de reforzar esta figura.

Ante este panorama, se plantea la interrogante fundamental: ¿Puede el Abogado del Niño trascender el patrocinio en casos individuales para erigirse como el actor jurídico

---

<sup>5</sup> UNICEF (2016) Estado de la situación de la niñez y la adolescencia en Argentina. Primera Edición, Bs. As. Recuperado de: <https://www.unicef.org/argentina/media/2211/file/SITAN.pdf>

<sup>5</sup> Ministerio de la Defensa Pública del Chubut (2023) Dispositivos de Cuidado Residencial de Niños, Niñas y Adolescentes. Informe Bianual 2021-2022. Recuperado de: [https://www.defensachubut.gov.ar/wp-content/uploads/2023/08/Informe\\_Bianual\\_Dispositivos\\_cuidado\\_residencial.pdf](https://www.defensachubut.gov.ar/wp-content/uploads/2023/08/Informe_Bianual_Dispositivos_cuidado_residencial.pdf)

<sup>6</sup> Ley III-N°44. Creación de la figura del Abogado de Niñas, Niña y Adolescente. B.O. 26/09/2019

decisivo, capaz de catalizar una transformación estructural que convierta una realidad de vulneración sistemática de derechos en una de goce efectivo? Este trabajo argumentará afirmativamente, delineando el marco normativo, las herramientas procesales y las estrategias de litigio e incidencia que posicionan a este letrado como el garante por excelencia del derecho fundamental a la salud de los sujetos más indefensos del sistema de protección.

## **II. La realidad actual de quienes transitan por un dispositivo de cuidado formal**

La población de niños, niñas y adolescentes que se encuentra bajo Medidas de Protección Excepcional constituye uno de los grupos etarios más vulnerables de la sociedad. Apartados de su medio familiar por diversas circunstancias, su bienestar y desarrollo dependen directamente de la tutela del Estado. La salud integral es un pilar fundamental en este contexto, abarcando no solo la ausencia de enfermedad, sino también el bienestar físico, mental y social.

El análisis de los datos se basa en el relevamiento de la totalidad de la población de NNA alojados en Dispositivos de Cuidado Residencial Formal (DCRF) en la provincia del Chubut, bajo una Medida de Protección Excepcional con fecha de corte en el mes de octubre de 2025 e incluyen las siguientes variables: distribución geográfica dentro de la provincia, tipo de cobertura sanitaria, problemáticas de salud integral y prevalencia de consumo problemático de sustancias en adolescentes.<sup>7</sup>

La localización de los NNA en DCRF se concentra principalmente en los centros urbanos de mayor densidad. De la población total que transitaron una MPE en ese mes en instituciones públicas, Comodoro Rivadavia alberga a casi la mitad de los casos, lo que alcanza el 47.5% del total. Le siguen en orden de magnitud Trelew, con el 30%; Esquel, con el 17.5% y Puerto Madryn presenta la menor proporción, con el 5% de los casos.

Del estudio se revela que el 96.25% de la población de NNA carecen de algún tipo de cobertura, dependiendo de manera exclusiva del sistema de salud pública para atender sus necesidades. Y el grupo restante conformado por el 3.75%, posee cobertura de salud; de los cuales, dos de los cinco residentes que tienen una cobertura, carecen de servicios de atención sanitaria en las localidades donde actualmente residen.

---

<sup>7</sup> ALONSO, A., Informe situacional sobre acceso a la salud de NNA en dispositivos de cuidado formal residencial de la provincia del Chubut. Emitido por la Dirección de Instituciones de la Subsecretaría de Desarrollo humano y Familia del Ministerio de Desarrollo Humano, 2025.

Del universo de NNA que residen en un DCRF poseen un alta prevalencia de problemáticas de salud (27.5%); y en el caso de los adolescentes, se observa una tasa de consumo problemático de sustancias en un 37% de todos los adolescentes.

Los resultados muestran un panorama de marcada vulnerabilidad sanitaria. La alta prevalencia de problemáticas de salud integral y en particular en el consumo de sustancias en adolescentes sugiere la preexistencia de trayectorias de vida complejas y la insuficiencia de los dispositivos de cuidado para abordar estas cuestiones de manera efectiva.

La casi total dependencia del sistema de salud pública no es un dato menor. Si bien el sistema público es el garante del derecho a la salud, esta dependencia masiva puede generar una sobrecarga en los servicios locales y demoras en el acceso a turnos o tratamientos especializados, perpetuando las condiciones de vulnerabilidad de los NNA. La falta de acceso a una obra social limita drásticamente las opciones terapéuticas y de seguimiento.

El análisis de la población de NNA en dispositivos de cuidado residencial en Chubut revela una situación crítica en materia de salud. La confluencia de una alta incidencia de problemas de salud, consumo problemático y una barrera, casi total, que imposibilita el acceso a la cobertura de obra social, configura un escenario que demanda una respuesta estatal coordinada y urgente.

### **III. Consideraciones previas sobre la figura del abogado del Niño**

Una distinción doctrinal y práctica de suma importancia es la que separa la figura del Abogado del Niño del Asesor de Familia. Confundir ambos roles constituye un grave error procesal que vacía de contenido el derecho a la defensa técnica autónoma del NNA.<sup>8</sup>

El Abogado del Niño es un letrado de confianza del NNA (designado por él si tiene madurez suficiente, o por la autoridad judicial para él), cuya función es ejercer la defensa técnica de los intereses subjetivos y la voluntad expresada por su patrocinado.<sup>9</sup> Su lealtad profesional es exclusivamente para con el niño, niña o adolescente a quien patrocina. Su rol no es juzgar si los deseos de su patrocinado se corresponden con una noción abstracta

---

<sup>8</sup> C.A.Civ.Com., Mar del Plata, Sala 3ª, R., J. M. y otros. Abogado del niño. Asesor de incapaces. Incompatibilidad. 19/4/2012

<sup>9</sup> REY GALINDO, M.J., El Abogado del Niño. Representación de una garantía procesal básica. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, vol. 17, núm. 1, pp. 35-46, Centro de Estudios Avanzados en Niñez y Juventud Cinde - Universidad de Manizales. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/journal/773/77360021002/html>, 2019.

de conveniencia, sino articularlos jurídicamente y defenderlos en el proceso. Es, en esencia, la voz técnica del niño.<sup>10</sup>

El Asesor de Familia, por el contrario, es un funcionario judicial que ejerce una "representación promiscua". Su función no es representar la voluntad del niño, sino velar por el cumplimiento de la legalidad y la protección del interés superior del niño desde una perspectiva objetiva.<sup>11</sup> El Asesor dictamina en el proceso, pudiendo su opinión coincidir o no con los deseos del NNA. Actúa como un custodio del orden público y de los derechos indisponibles, representando el interés tutelar del Estado.<sup>12</sup>

La coexistencia de ambas figuras es no solo posible, sino necesaria y complementaria. El Decreto Reglamentario 415/06 de la Ley 26.061 lo aclara al establecer que el derecho a la asistencia letrada es "sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar".<sup>13</sup>

Esta distinción tiene una profunda dimensión política y de equilibrio de poderes dentro del sistema de protección. Mientras el Asesor encarna la función protectora del Estado, el Abogado del Niño encarna la autonomía del sujeto de derechos, actuando como un contrapeso y un control sobre la potencial discrecionalidad o paternalismo de las decisiones estatales. Garantiza que el "interés superior" no sea definido a espaldas del niño, sino construido a partir de su propia perspectiva, legalmente patrocinada y defendida.

#### **IV. La defensa técnica en materia de salud**

En este complejo escenario, la figura del Abogado del Niño, consagrada en Chubut por la Ley III - N° 44, se revela como una garantía fundamental. No obstante, este trabajo sostiene que su eficacia no puede agotarse en la pericia jurídica o la intervención litigiosa.

La defensa del derecho a la salud de un NNA que transita una MPE, demanda una reconceptualización del rol del abogado, transformándolo de un mero patrocinador legal en un experto del sistema sanitario. De ello se entiende que la tutela judicial efectiva solo se alcanza cuando la defensa técnica se ejerce con una visión sistémica, capaz de

---

<sup>10</sup> BAY DE CROCI, P., Intervención del abogado del niño: ¿representante o patrocinante? Diferencias con la figura del asesor de menores. Recuperado de: <https://colabogmza.com.ar/intervencion-del-abogado-del-nino-representante-o-patrocinante-diferencias-con-la-figura-del-asesor-de-menores>, 2025.

<sup>11</sup> LEONARDI, C., El abogado del niño, niña y adolescente. A propósito del fallo "M., G. c/ P., C. A.". Revista electrónica Cuestión de derechos N°3. recuperado de: [www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina37874.pdf](http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina37874.pdf), 2012.

<sup>12</sup> PALACIO, M. C., El Abogado del Niño su importancia e incidencia en el proceso judicial. Recuperado de: [www.casi.com.ar/sites/default/files/CAP%20202%20Mayra%20Palacio-1.pdf](http://www.casi.com.ar/sites/default/files/CAP%20202%20Mayra%20Palacio-1.pdf).

<sup>13</sup> LEONARDI, C., op cit.

comprender, gestionar y exigir prestaciones dentro del entramado de la salud pública, garantizando no solo la curación de la enfermedad, sino la promoción activa del bienestar integral.

#### 4.1. La Alfabetización sanitaria del letrado

El primer pilar de esta defensa ampliada es la alfabetización sanitaria. El abogado debe ser capaz de entablar un diálogo informado con los equipos de salud.<sup>14</sup> No se trata de suplantar el criterio médico, sino de adquirir las herramientas conceptuales para comprender diagnósticos, la naturaleza de los tratamientos (invasivos o no), las alternativas terapéuticas y los riesgos asociados. Esta comprensión es indispensable para dos funciones clave:

a) Traducir la información médica a un lenguaje de derechos: Permite fundamentar jurídicamente por qué un tratamiento es necesario y urgente, invocando el interés superior del niño y el principio de autonomía progresiva.<sup>15</sup>

b) Facilitar el consentimiento informado: Asegura que el NNA reciba una explicación clara y adecuada a su nivel de madurez, permitiéndole ejercer su derecho a decidir de manera genuina.<sup>16</sup>

#### 4.2. El mapeo de recursos

El segundo pilar es el mapeo de recursos y procedimientos del sistema de salud. El abogado debe conocer la arquitectura sanitaria de Chubut: qué hospitales ofrecen qué especialidades, cuáles son los protocolos para derivaciones, qué programas de prevención en salud mental o salud sexual y reproductiva existen y cómo se accede a ellos.<sup>17</sup>

Este conocimiento transforma la defensa de reactiva a proactiva. Ante la negativa de una prestación, el abogado no solo impugna la decisión, sino que puede proponer

<sup>14</sup> Comisión de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia CPACF (2024) Guía de buenas prácticas para operadores judiciales. Recuperado de: [https://www.cpacf.org.ar/public/uploads/files/com/01042514\\_Guia.pdf](https://www.cpacf.org.ar/public/uploads/files/com/01042514_Guia.pdf)

<sup>15</sup> FAMÁ, M. V., Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial. Ed. La Ley. Buenos Aires. Recuperado de: [www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios\\_catedras/electivas/816\\_rol\\_psicologo/material/unidad2/obligatoria/capacidad\\_progresiva\\_fama.pdf](http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/electivas/816_rol_psicologo/material/unidad2/obligatoria/capacidad_progresiva_fama.pdf).

<sup>16</sup> GARAY, J., Internaciones de adolescentes: Comentario al fallo F., M. s/Ley N° 26.657. Recuperado de: <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/4353-internaciones-adolescentes-comentario-fallo-f-m-sley-ndeg-26657>

<sup>17</sup> RUSSO, M. C., Los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en Chubut: El estado constructor. Recuperado de: [www.codajic.org/sites/default/files/sites/www.codajic.org/files/Los%20DDHH%20de%20NNyA%20en%20Chubut.%20El%20Estado%20constructor.pdf](http://www.codajic.org/sites/default/files/sites/www.codajic.org/files/Los%20DDHH%20de%20NNyA%20en%20Chubut.%20El%20Estado%20constructor.pdf).

alternativas viables, identificar "cuellos de botella" burocráticos y dirigirse al funcionario o área competente para destrabar la situación, acortando los tiempos y evitando la judicialización innecesaria.<sup>18</sup>

### **4.3. La defensa preventiva**

Finalmente, la defensa debe abarcar la promoción y prevención. El derecho a la salud no se limita a la atención de la enfermedad. El Abogado del Niño, en su rol de patrocinante de los intereses personales del NNA, tiene una posición privilegiada para detectar necesidades de salud no manifiestas: la necesidad de acompañamiento psicológico, de educación sexual integral, de controles periódicos o de acceso a actividades deportivas y recreativas que fomenten un desarrollo saludable.<sup>19</sup>

Su labor debe incluir la justiciabilidad o exigibilidad de estas prestaciones preventivas, garantizando así el "más alto nivel posible de salud" que ordena la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), entendiéndose que el abogado no defiende un "interés superior" abstracto, sino la voluntad de su patrocinado.

## **V. Autonomía progresiva y consentimiento informado en el contexto institucional**

El reconocimiento de la autonomía progresiva ha generado una tensión dialéctica en la práctica, especialmente en el ámbito de la salud, donde colisionan el derecho del NNA a decidir sobre su propio cuerpo y la responsabilidad de cuidado de los adultos. Esta tensión se exagera en el contexto institucional.

La doctrina y la jurisprudencia argentina han avanzado en forma significativa en la aplicación del artículo 26 del CCCN, reconociendo la capacidad de los adolescentes, de entre 13 y 17 años, para consentir o rechazar tratamientos médicos. Reconociéndose aun que no existe una pauta uniforme y, en temas de salud, el contexto y la naturaleza del procedimiento son factores determinantes, donde el objetivo es respetar su capacidad progresiva de decidir.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> ARIZA NAVARRETE, S., Lineamientos sobre Derechos y Acceso de los y las adolescentes al sistema de salud. Ministerio de Salud. Buenos Aires. Recuperado de: [www.argentina.gob.ar/sites/default/files/bancos/2018-10/0000001090cnt-derechos-accesos-adolescentes.pdf](http://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/bancos/2018-10/0000001090cnt-derechos-accesos-adolescentes.pdf).

<sup>19</sup> UNICEF (2015) La Convención sobre los Derechos y sus tres Protocolos Facultativos. Recuperado de: <https://www.unicef.org/argentina/media/571/file/cdn.pdf>

<sup>20</sup> REY GALINDO, M., Capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes: entre el Derecho y la Subjetividad. Recuperado de: [marianareygalindo.com.ar/capacidad-progresiva-de-ninos-ninas-y-adolescentes-entre-el-derecho-y-la-subjetividad](http://marianareygalindo.com.ar/capacidad-progresiva-de-ninos-ninas-y-adolescentes-entre-el-derecho-y-la-subjetividad).

En Chubut en el año 2021, un fallo paradigmático del Juzgado de Familia de Trelew autorizó una intervención quirúrgica de modificación corporal a un adolescente de 17 años, basándose exclusivamente en su consentimiento informado y en la aplicación directa del artículo 26 del CCCN, sin requerir autorización judicial ni de sus representantes legales, sentando un precedente crucial sobre la plena vigencia de la autonomía progresiva en la provincia.<sup>21</sup>

Sin embargo, para el NNA institucionalizado, el ejercicio de esta autonomía enfrenta barreras formidables. Surge un dilema fundamental sobre el consentimiento: si un niño carece de la edad y madurez para decidir por sí mismo, ¿quién otorga el consentimiento informado? ¿El director del hogar? ¿El funcionario del Servicio de Protección de Derechos? La falta de protocolos específicos en Chubut para estas situaciones genera un vacío que puede ser llenado con decisiones basadas en criterios institucionales genéricos y no en una evaluación pormenorizada del interés superior de ese NNA en particular.<sup>22</sup>

Es en este punto donde la función del Abogado del Niño adquiere una dimensión insustituible. Este profesional no se limita a "patrocinar" al NNA; actúa como un hermeneuta de la voluntad subjetiva del niño. Un adolescente en una institución expresa sus deseos, miedos y necesidades en un lenguaje subjetivo y emocional. El Abogado del Niño es el puente que conecta estos dos mundos, asegurando que su decisión sea verdaderamente informada.<sup>23</sup>

De este modo, el Abogado del Niño convierte un "deseo" en un "derecho exigible", una función que ningún otro actor del sistema -ni el psicólogo, ni el trabajador social, ni el asesor de familia que actúa en base al "interés objetivo"- puede desempeñar.

## VI. La problemática del acceso a la salud

<sup>21</sup> Juzgado de Familia N°1 de Trelew, Sentencia definitiva 067/21 "B., B. c/ Instituto de Seguridad Social y Seguros s/ Acción de amparo" 7/09/2021

<sup>22</sup> URDINOLA, M., El abordaje de la salud mental de niños, niñas y adolescentes desde una perspectiva de derechos humanos -1a Ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Defensoría General de la Nación. Recuperado de: <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/bitstream/123456789/5366/1/El%20abordaje%20de%20la%20salud%20mental%20de%20NNyA%20desde%20una%20perspectiva%20de%20derechos%20humanos.pdf>

<sup>23</sup> BASSET, U.C., El consentimiento informado de menores a tratamientos médicos en el código civil y comercial argentino. Recuperado de: [https://www-2020.scba.gov.ar/leyorganica/CCyc30/descargar.asp?nombre=Basset\\_El\\_consentimiento\\_informado\\_de\\_menores\\_a\\_tratamientos\\_medicos.pdf](https://www-2020.scba.gov.ar/leyorganica/CCyc30/descargar.asp?nombre=Basset_El_consentimiento_informado_de_menores_a_tratamientos_medicos.pdf).

A pesar del avanzado marco normativo, la efectivización del derecho a la salud de los NNA institucionalizados en Chubut enfrenta barreras significativas que requieren un abordaje interinstitucional y la consolidación de la defensa técnica. Donde el sistema de salud suele carecer de una correcta articulación, generando demoras y vacíos en la atención.

A esto se suman barreras burocráticas y presupuestarias, como demoras en la asignación de turnos, la escasez de especialistas en las vastas zonas rurales de la provincia y limitaciones de recursos que afectan la calidad de la atención.

Finalmente, la implementación de la Ley III-Nº44 es aún incipiente y enfrenta desafíos propios. Es necesaria una capacitación continua y especializada para los abogados que integran el registro, a fin de dotarlos de herramientas no solo jurídicas sino también interdisciplinarias para una comunicación efectiva con los NNA.<sup>24</sup>

Ante esta realidad se presentan desafíos que deben ser abordados adecuadamente, tales como la importancia del consentimiento informado acorde, el manejo de la confidencialidad, y el rol de cada actor primando el interés superior de los mismos.

Es destacable y se debe tener presente que, la implementación y consolidación de la telesalud ha emergido en forma positiva como una estrategia técnico-política para garantizar el derecho a la salud integral de niños, niñas y adolescentes (NNA) en territorios geográficamente aislados. Este avance no solo optimizaría la equidad en el acceso al sistema sanitario, reduciendo los costos de traslado y los tiempos de espera para estos grupos etarios en situación de vulnerabilidad, sino que también fortalece el cumplimiento del Interés Superior del Niño.

De este modo, la integración de la salud digital en los sistemas públicos se posicionaría como una herramienta de justicia social, transformando la conectividad tecnológica en un vehículo indispensable para la universalización de los cuidados de salud en comunidades remotas.

## **VII. Conclusión**

El complejo andamiaje normativo construido en torno al paradigma de la protección integral de derechos de la niñez, si bien robusto en su formulación teórica, corre el riesgo de devenir letra muerta para los NNA que transitan una MPE si no se activan las garantías procesales adecuadas para su exigibilidad.

---

<sup>24</sup> Colegio Público de Abogados de Trelew (2023), Registro Abogado del niño. Recuperado de: <https://cpatw.org.ar/2023/04/registro-abogado-del-nino/>

El derecho al más alto nivel posible de salud, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño y replicado en la legislación nacional y provincial, no se materializa por su sola enunciación. Para un niño, niña o adolescente privado de su medio familiar, este derecho depende de una red de decisiones administrativas y profesionales sobre la cual tiene, en principio, escasa o nula influencia.

Este artículo ha argumentado y demostrado que la figura del Abogado del Niño, implementada en Chubut por la Ley III-N°44, no es un mero accesorio del sistema, sino que se constituye el engranaje insustituible para cerrar la brecha entre el derecho proclamado y su ejercicio efectivo.

La defensa técnica especializada se erige como el presupuesto sine qua non que rompe la lógica de la tutela y la dependencia, empoderando al NNA como un verdadero sujeto de derecho. Su intervención transforma la dinámica de poder, permitiendo que la voluntad del niño, niña o adolescente, interpretada a la luz del principio de autonomía progresiva, sea escuchada, ponderada y, fundamentalmente, traducida en acciones jurídicas concretas.

La consolidación de la figura del Abogado del Niño en la provincia del Chubut es, por tanto, un imperativo convencional y constitucional. Su actuación autónoma, especializada y centrada exclusivamente en los intereses personales de su patrocinado es la clave para superar las barreras fácticas y jurídicas que hoy restringen el acceso a la salud.

De esta manera, el abogado que el NNA se apropiaría de la capacidad de incidir decisivamente en las determinaciones que afectan su corporalidad, su trayectoria vital y su bienestar integral. Solo así, el acceso a la salud dejará de ser una prerrogativa normativamente declarada para convertirse en una prestación efectivamente universal, irrestricta y no discriminatoria.

En definitiva, la consolidación de la defensa técnica especializada es la condición de posibilidad para operar la transición paradigmática fundamental que exigen los tratados de derechos humanos: la de transmutar al niño, niña o adolescente sin cuidados parentales de un mero objeto de tutela estatal a un sujeto de derecho en plenitud.

## *Los fundamentos jurídicos de la autonomía progresiva*

*\*Por Morena García Pazos y Carolina March*

### **I. Introducción**

El reconocimiento de niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos ha transformado profundamente las categorías clásicas del derecho civil y de familia, particularmente en materia de capacidad jurídica. Uno de los principales desafíos del modelo de protección integral de derechos radica en armonizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a participar en las decisiones que los afectan y a asumir responsabilidades acordes a sus competencias, con su derecho a recibir una protección adecuada por parte del Estado y de los particulares.

En este marco, resulta fundamental comprender que autonomía y protección no constituyen categorías opuestas ni excluyentes. Por el contrario, se complementan y se condicionan mutuamente: el reconocimiento de mayores espacios de participación exige dispositivos de acompañamiento y resguardo, del mismo modo que una protección legítima debe respetar y promover el desarrollo progresivo de la autonomía.

El presente trabajo propone analizar el alcance del principio de autonomía progresiva desde una perspectiva convencional y constitucional, examinando su desarrollo en la normativa nacional, internacional, en las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño y en la jurisprudencia reciente. Se sostiene como hipótesis que la autonomía progresiva no puede reducirse a una técnica de distribución etaria de capacidades, sino que constituye un principio interpretativo que redefine el modo en que el Estado, la familia y los operadores jurídicos deben garantizar el ejercicio efectivo de derechos.

A partir de este enfoque, abordaremos su relación con el interés superior del niño y analizaremos su aplicación concreta en un caso jurisprudencial vinculado al derecho a la identidad de género, a fin de evidenciar su operatividad práctica y su potencial transformador.

Campos García desarrolla una definición de autonomía progresiva y establece que “Se refiere a la posibilidad que tienen los niños de ejercer de manera autónoma sus derechos, pero sin llegar a poner en duda que son titulares de derechos, al igual que cualquier persona adulta. Se trata de reconocer que para el ejercicio de los mismos puede

ser necesario el apoyo de los padres, encargados o en su defecto del Estado, para un correcto ejercicio.”<sup>25</sup>

El ejercicio de la autonomía en niñas, niños y adolescentes constituye una condición necesaria para su desarrollo, pero requiere simultáneamente un marco adecuado de protección que evite exposiciones a riesgos innecesarios. Autonomía y protección, lejos de oponerse, se articulan dinámicamente según la etapa evolutiva y las capacidades individuales, procurando equilibrar sus intereses presentes con la preservación de su desarrollo futuro. Esta tensión se proyecta en una relación interactiva entre el niño, la familia y el Estado: la familia asume primariamente las funciones de cuidado, el Estado garantiza y supervisa el efectivo ejercicio de derechos (interviniendo de manera subsidiaria cuando corresponde) y ambos encuentran sus límites en los derechos y en la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes, siempre bajo la guía del principio del interés superior.

En ese sentido, a fin de delimitar el alcance del principio de autonomía progresiva resulta imprescindible analizar su recepción en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como internacional en materia de derechos de la niñez. A fin de tener un primer acercamiento, citaremos el Código Civil y Comercial de la Nación, el cual en su artículo 26 dice: “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. (...) Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.”

---

<sup>25</sup> CAMPOS GARCIA, S. “La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia” en Revista IIDH. Vol 50.

Del mencionado artículo, se puede destacar que los legisladores optaron por establecer franjas etáreas en la progresividad de la autonomía de las personas menores de edad, a pesar de que en la mayoría de la normativa internacional no existe una distinción que se ajuste tan estrictamente a ese factor. La regulación del Código Civil y Comercial evidencia que el legislador optó por introducir criterios cronológicos como pauta organizadora de la capacidad progresiva. No obstante, el esquema etario no agota la comprensión del principio ni puede interpretarse de manera aislada del marco convencional. En efecto, una lectura exclusivamente fundada en la edad corre el riesgo de reducir la autonomía progresiva a una técnica de distribución formal de competencias, desatendiendo los procesos reales de desarrollo subjetivo.

Por ello, consideramos necesario precisar el alcance del concepto trabajado, superando una lectura estrictamente etaria de la autonomía progresiva. Entenderla únicamente en función de la edad implica reproducir una lógica formal que no siempre refleja el verdadero desarrollo de las capacidades del niño, niña o adolescente. En cambio, se plantea concebirla como un principio dinámico que exige ponderar factores tales como el grado de madurez, el contexto familiar y social, las experiencias vitales, el acceso a información adecuada y las condiciones concretas en que se desenvuelve su vida cotidiana.

Desde esta perspectiva, la autonomía progresiva no se agota en una habilitación cronológica para ejercer derechos, sino que supone reconocer procesos reales de construcción subjetiva y de fortalecimiento de la capacidad de decisión. Se trata, en definitiva, de evaluar en cada caso si la intervención estatal o familiar contribuye efectivamente al goce y ejercicio pleno de derechos, o si, por el contrario, limita injustificadamente la participación del niño como sujeto activo en la definición de su propio proyecto de vida. Por ello, citamos a Lloveras y Salomón quienes dicen que: “La autonomía progresiva configura, entonces, la faz dinámica en la capacidad del sujeto que facultaría a los mismos a tomar intervención en todos los asuntos que atañen a su persona o a sus bienes, conforme a su madurez y desarrollo; asimismo, significa también que esa voluntad o participación sea tenida en cuenta e, incluso, en ciertas oportunidades resolver conforme a dicha voluntad (...)”<sup>26</sup>.

Por otro lado, nos podemos atener a lo que los organismos internacionales hayan mencionado al respecto. Particularmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

---

<sup>26</sup> LLOVERAS, N. SALOMÓN, M. "El derecho de familia desde la Constitución Nacional", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009, ps. 418 y 419.

en el Caso “Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas”<sup>27</sup> hizo referencia al mismo, y dijo: “68. Por otra parte, el Tribunal, en dicha Resolución, señaló que los niños y niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen cada niña o niño. (...)”.

Este principio, es la directiva que reconoce la existencia de la variabilidad en las facultades de los niños, sin restringirse únicamente a la edad de los mismos, sino que exige una evaluación de más factores al momento de que el Estado deba garantizar sus derechos, los cuales se encuentran protegidos por la Convención de los Derechos del Niño, de aplicación obligatoria en Argentina desde el año 2005 a partir de la sanción de la Ley 26.061<sup>28</sup>.

## **II. El principio de la autonomía progresiva en la Convención sobre los Derechos del Niño**

El principio rector introducido por la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN o Convención) fue el reconocimiento de niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derecho, es decir, como titulares de derechos inherentes por su sola condición humana. Este reconocimiento implicó el abandono del paradigma tutelar que los concebía como objetos de protección, desplazándolos hacia el centro del sistema jurídico como verdaderos sujetos.

Sin embargo, la sola afirmación de titularidad resulta insuficiente si no se acompaña de mecanismos que permitan el ejercicio efectivo de esos derechos. Es en este punto donde adquiere especial relevancia el principio de autonomía progresiva, que opera como herramienta jurídica destinada a hacer operativa aquella titularidad. Este principio permite que el ejercicio de los derechos se amplíe gradualmente conforme a la edad, el grado de madurez y el desarrollo del niño o adolescente.

Aunque la Convención no define expresamente la autonomía progresiva como categoría autónoma, su articulado incorpora de manera transversal la exigencia de atender a la evolución de las facultades del niño. El artículo 5 dispone que el ejercicio de los

---

<sup>27</sup> CIDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. 24 de febrero de 2012.

<sup>28</sup> Ley 26.061. Ley de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes. 21 de octubre de 2005. B.O. 30767.

derechos es progresivo en virtud de dicha evolución, asignando a los padres o responsables la obligación de brindar la orientación y dirección apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención.

Esta lógica convencional desplaza una concepción rígida y estática de la incapacidad, imponiendo a los Estados el deber de interpretar y aplicar los derechos desde la perspectiva de las capacidades en desarrollo. Como señala Campos García<sup>29</sup>: “Consecuencia de lo anterior es el reconocer como un interés de la Convención del Niño el proteger el desarrollo de los niños en el ejercicio autónomo de sus derechos, y asignar como correlativa la responsabilidad a los padres o encargados así como al Estado. Por esto, es usual que existan normas con diferencias en el ejercicio autónomo de los derechos entre los niños y los adolescentes, ya que a éstos últimos se les reconoce algunas capacidades en razón de su edad y desarrollo.”

Por su parte, el artículo 12 de la Convención reconoce el derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, disponiendo que dichas opiniones deberán ser debidamente tenidas en cuenta “en función de la edad y madurez del niño”. Esta disposición no sólo consagra el derecho a ser oído, sino que introduce un criterio hermenéutico central: la consideración de las capacidades en desarrollo como parámetro para determinar el alcance de la participación infantil en los procesos decisorios, incluidos los judiciales.

La cuestión no radica en discutir la titularidad de derechos (que no admite dudas) sino en determinar el alcance de la capacidad para ejercerlos autónomamente, en particular en el ámbito procesal. Cuando se habla de capacidad procesal, no se cuestiona el acceso a la justicia, sino la aptitud para realizar válidamente actos procesales por sí mismo. Aquí la autonomía progresiva se convierte en el criterio decisivo: a mayor madurez, mayor posibilidad de actuación directa, sin perjuicio del acompañamiento o asistencia que resulte necesaria para garantizar el ejercicio pleno de derechos. En este marco, participación, autonomía progresiva y capacidad procesal no son categorías aisladas, sino dimensiones interrelacionadas de un mismo modelo que reconoce a los niños y adolescentes como verdaderos sujetos jurídicos.

La Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño profundiza esta construcción al referirse a la “madurez” como “(...) la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado (...)”. Desde esta perspectiva, el

---

<sup>29</sup> CAMPOS GARCIA. op. cit.

análisis no puede limitarse a criterios etarios abstractos, sino que exige valorar la aptitud concreta del niño para formarse un juicio propio.

El Comité enfatiza que la opinión del niño debe ser tomada seriamente cuando sea capaz de formarse dicho juicio, lo que requiere un examen individualizado que considere su contexto, la información recibida y las consecuencias de la decisión en su vida. La madurez no es un atributo fijo, sino dinámico y evolutivo, que puede fortalecerse si el entorno adulto garantiza condiciones adecuadas de información y contención.

Asimismo, el artículo 14 de la Convención, al proteger la libertad de expresión, obliga tanto al Estado como a los padres o representantes legales a guiar al niño conforme a la evolución de sus facultades, lo que confirma que el sistema convencional evita establecer umbrales rígidos de edad como criterio exclusivo de capacidad.

Por su parte, el artículo 6 (que reconoce el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo) también se vincula estrechamente con la autonomía progresiva, en tanto presupone la posibilidad de que niños, niñas y adolescentes definan progresivamente sus propios proyectos de vida. Particularmente, en la Observación General N° 21, el Comité afirma que: “(...) Promueve su resiliencia y sus capacidades, reforzando su papel en la adopción de decisiones y empoderándolos como agentes socioeconómicos, políticos y culturales. (...)”.

En esta misma línea se inscribe la jurisprudencia interamericana, como en el caso “Villagrán Morales y otros contra Guatemala”<sup>30</sup>, donde se vincula el derecho al desarrollo con la dignidad y el proyecto de vida.<sup>31</sup>

De este modo, el derecho a ser escuchado se presenta como una manifestación concreta de la autonomía progresiva: no se trata de una participación meramente formal o simbólica, sino de un verdadero reconocimiento de capacidad deliberativa, cuya incidencia debe reflejarse de manera efectiva en la determinación del interés superior del niño. Cuando una decisión se aparta de la opinión expresada, ello requiere fundamentación específica y razonada.

Por su parte, si bien la Observación General N° 7 no tiene como objetivo fundamental explicar cómo funciona la autonomía progresiva, a lo largo del documento encontramos diversas explicaciones que nos ayudan a comprender este concepto y la

---

<sup>30</sup> CIDH, Caso “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, 19 de noviembre de 1999.

<sup>31</sup> BERTOLÉ, C. y TORROBA, E. “Los “niños de la calle” en la observación general 21 del comité de los derechos del niño: transfiguración de una categoría de comprensión social” en Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas, Vol. 10, N° 1 (enero-junio), 2020, pp. 19-44.

importancia del mismo. En el Observación General mencionada, Comité de los Derechos del Niño se centra en la realización de los derechos del niño en la primera infancia. Particularmente, posee varios puntos destacados incluyendo temáticas a lo largo de su explicación como la importancia de la atención y el cuidado adecuado durante la primera infancia, la protección contra la violencia, el abuso y la negligencia, el acceso a servicios de salud de calidad, así como la participación activa de los niños en decisiones que afectan sus vidas. Centraremos nuestro análisis en esta última.

En esta observación general, el Comité vuelve a hablar de la especial protección que merecen los niños por pertenecer a un colectivo vulnerable. Sin embargo, también explica que los niños deben ejercer sus derechos de conformidad a sus capacidades y le preocupa que los Estados Parte no hayan prestado suficiente atención a que estos niños son portadores de derechos y la necesidad de aplicar la Convención teniendo en cuenta los principios de Derechos Humanos. En este sentido, con frecuencia se menosprecia la capacidad que tienen los NNA como integrantes de la sociedad y de la familia en razón de su corta edad o inmadurez.

Los niños han sido considerados, a lo largo de la historia, desprovistos de capacidades o “en desarrollo” sobre todo para la comunicación, la comprensión y la toma de decisiones. Sin embargo, la evolución de sus facultades debería considerarse un proceso habilitador, y no un pretexto para limitar la autonomía del niño y su expresión como comúnmente sucede alegando relativa inmadurez. El cambio de paradigma implicó según Cillero Buñol que: “La CDN, a diferencia de la tradición jurídica y social imperante en muchos países hasta antes de su aprobación, no define a las niñas y los niños por sus necesidades o carencias, por lo que les falta para ser adultos o lo que impide su desarrollo. Por el contrario, al niño se le considera y define según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la familia y la sociedad.”<sup>32</sup>

La Observación General N° 7 continua y define el concepto de “Primera infancia” y dando las explicaciones correspondientes, resuelve definir entre el nacimiento hasta los ocho años de edad y en consecuencia los Estados deberán reflexionar en sus prácticas hacia los niños pequeños a la luz de esta definición.

En este sentido “El Comité alienta a los Estados Partes a elaborar un programa positivo en relación con los derechos en la primera infancia.” y desde este punto de partida, explica que la misma Convención exige que los NNA sean respetados como

---

<sup>32</sup> CILLERO BUÑOL, M. “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios” en Revista Pensamiento Penal. 2 de mayo del 2011.

personas por derecho propio, incluso los niños más pequeños tienen derecho a expresar sus opiniones, que deberían "tenerse debidamente en cuenta en función de la edad y madurez del niño" (art. 12)". Nos resulta de suma importancia observar que el concepto de autonomía progresiva cobra protagonismo, ya que el Comité reconoce que a medida que los niños crecen y se desarrollan, aumentan sus capacidades.

Se entiende que la participación de los niños es fundamental para su desarrollo y para la realización y ejercicio de sus derechos, entonces fomenta la creación de ambientes en los que los niños se sientan seguros y valorados al expresar sus pensamientos y sentimientos. Desde este punto de partida, según el Comité, los padres y tutores son responsables en la promoción y protección de los derechos de los niños. Es por ello que deben fomentar, apoyar y acompañar el desarrollo de la capacidad progresiva de los niños, proporcionándoles oportunidades para tomar decisiones apropiadas para su edad y nivel de madurez. La orientación debe ser respetuosa y basada en el interés superior del niño.

Entonces podríamos concluir con que La Observación General N° 7 subraya la importancia de reconocer y apoyar la capacidad progresiva de los niños y su derecho a la libertad. Fomenta un enfoque que respete la dignidad y la autonomía de los niños desde una edad temprana (primera infancia), promoviendo su participación activa en la vida familiar, escolar y comunitaria.

Por su parte, la Observación General N° 20 del Comité de los Derechos del Niño trata sobre la implementación de los derechos de los niños y niñas centrado en la adolescencia. Esta observación general tiene como objetivo guiar a los Estados partes en la promoción y efectivización de los derechos de los adolescentes, entendiendo sus desafíos y particularidades.

Desde este punto de partida se puede vincular estrechamente el concepto de autonomía progresiva, ya que la Observación General N° 20 reconoce que, durante la adolescencia, los jóvenes van adquiriendo gradualmente habilidades, conocimientos y madurez que les permiten participar de manera más activa en la toma de decisiones que afectan su vida. Esto incluye decisiones relacionadas con su educación, salud, relaciones interpersonales, actividades recreativas, entre otros aspectos. Es así, como se van desarrollando los multifactores a considerar en la evaluación de la capacidad autónoma del sujeto de derechos.

El Comité dice "Si bien la Convención reconoce los derechos de todas las personas menores de 18 años, para hacer efectivos esos derechos se deben tener en cuenta el desarrollo del niño y la evolución de sus capacidades. Los enfoques adoptados para

garantizar el ejercicio de los derechos de los adolescentes difieren significativamente de los adoptados para los niños más pequeños.”. Por lo tanto, la edad es una cuestión a considerar, y los factores que podrían implicarse son distintos dependiendo de la etapa evolutiva del niño, niña o adolescente.

La Observación General 20 explica que la adolescencia es un periodo particular de la vida, caracterizada por oportunidades y ambiciones, pero los jóvenes continúan en estado de vulnerabilidad. Sin embargo, el Comité plantea que los Estados Partes no logran ver el potencial que tienen los adolescentes como agentes activos de cambio, y que en consecuencia al momento de plantear sus políticas, estas resultan ineficaces en el alcance de sus derechos por no considerar la diversidad de adolescentes. En este sentido la Observación General N° 20 “Destaca la importancia de un enfoque basado en los derechos humanos que incluya el reconocimiento y el respeto de la dignidad y la capacidad de acción de los adolescentes; su empoderamiento, ciudadanía y participación activa en sus propias vidas; la promoción de la salud, el bienestar y el desarrollo óptimos; y un compromiso con la promoción, la protección y el ejercicio de sus derechos humanos, sin discriminación.”

Este “enfoque basado en los derechos humanos” descrito se vincula estrechamente con la autonomía progresiva al reconocer y promover la capacidad de los adolescentes para ejercer sus derechos y responsabilidades de manera gradual y progresiva a lo largo de su desarrollo. Cuando se habla de autonomía progresiva, se reconoce que los adolescentes van adquiriendo gradualmente habilidades, conocimientos y madurez que les permiten participar de manera más activa en la toma de decisiones que afectan sus vidas. Es decir, cuando el contexto de este adolescente es lo suficientemente propicio para alcanzar su estado óptimo de desarrollo, más cerca estará de llegar a gozar de su interés superior, ya que existe un balance adecuado entre su desarrollo para vivir en libertad y la protección propia de su estado de vulnerabilidad.

En resumen, en la Observación General No 20, se reconoce que la efectivización de los derechos de los adolescentes puede demandar un proceso de mejora y fortalecimiento de políticas, programas y recursos. Por ejemplo, en el contexto educativo, esto puede implicar involucrar a los adolescentes en la planificación y evaluación de programas educativos, permitiéndoles expresar sus preferencias y necesidades en relación con su educación.

En el ámbito de la salud, puede implicar garantizar que los adolescentes tengan acceso a información y servicios de salud sexual y reproductiva de manera confidencial y respetuosa, permitiéndoles tomar decisiones informadas sobre su salud y bienestar.

En definitiva, el sistema convencional construido a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño y desarrollado por las Observaciones Generales del Comité no concibe la autonomía progresiva como una excepción al régimen de protección, sino como su presupuesto estructural. La protección y la autonomía no son categorías antagónicas: se complementan y se equilibran dinámicamente conforme a la evolución de las facultades del niño.

La Observación General N.º 7 pone de relieve que incluso en la primera infancia los niños son titulares activos de derechos y poseen capacidades que deben ser reconocidas y fortalecidas; la Observación General N.º 12 profundiza la dimensión participativa al definir la madurez como la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado; y la Observación General N.º 20 consolida esta lógica en la adolescencia, destacando la necesidad de un enfoque basado en derechos humanos que reconozca la dignidad, la capacidad de acción y el potencial transformador de los adolescentes. En conjunto, estas interpretaciones configuran un marco normativo que exige a los Estados abandonar definitivamente criterios rígidos y etarios como únicos parámetros de capacidad, sustituyéndolos por evaluaciones individualizadas centradas en el desarrollo y el contexto.

Así, la autonomía progresiva se erige como principio hermenéutico transversal que atraviesa el derecho a ser oído, la capacidad procesal, la libertad de expresión, el derecho al desarrollo y la construcción del proyecto de vida. No se trata simplemente de permitir que el niño opine, sino de reconocerle un espacio real de incidencia en las decisiones que lo afectan, acorde con su grado de madurez.

Desde esta perspectiva, el desafío para los Estados y los operadores jurídicos no consiste únicamente en garantizar formalmente derechos, sino en generar condiciones institucionales que posibiliten su ejercicio efectivo, acompañando (y no sustituyendo) la voluntad en desarrollo. La autonomía progresiva exige un cambio cultural profundo: pasar de un modelo centrado en la presunta incapacidad a otro que parta del reconocimiento de capacidades en evolución.

En consecuencia, el principio de autonomía progresiva no sólo redefine la posición jurídica de niños, niñas y adolescentes dentro del ordenamiento, sino que transforma el modo en que deben interpretarse y aplicarse todos sus derechos. Constituye, en definitiva,

uno de los pilares del paradigma de protección integral, al armonizar el deber de cuidado con el respeto por la dignidad y la capacidad de autodeterminación en desarrollo.

### **III. Análisis del caso: “B., B. c/ Instituto de Seguridad Social y Seguros s/ Acción de amparo” (Expte. N° 813/2021) - Firma Juez Dr. Daniel Edgardo MANSE<sup>33</sup>**

A continuación analizaremos el fallo que dictó el Juzgado de Familia N° 1 de Trelew (Chubut) el cual establece que no es necesario obtener autorización judicial para intervenciones quirúrgicas relacionadas con la identidad de género en niños, niñas y adolescentes (NNyA).

En este caso puntual, se presenta B.B, por derecho propio con patrocinio letrado y promueve demanda de amparo contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia de Chubut, a fin de que se le condene a garantizar al 100% la cobertura de la práctica quirúrgica de mastectomía de masculinización bilateral, debido a que dicha obra social se negó a cubrir la mencionada cirugía exigiendo la autorización judicial previa.

A lo largo de la sentencia se hace un análisis detallado de la normativa en juego, y el Juez realiza una consideración completa a la acción de amparo para determinar si es o no necesaria la autorización judicial para la intervención quirúrgica: “(...) Entiendo que tenemos un corpus iuris específico para atender el caso planteado, estando constituido el mismo tanto por normas internacionales como nacionales entre las que podemos mencionar; la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la Convención de los Derechos del Niño (CDN), Constituciones nacional y provincial, los principios de Yogyakarta, la ley 26.743 de Identidad de Género; la ley 27.499 Ley Micaela de Capacitación obligatoria en Género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, sumando a todo ello las leyes provinciales III -N°21 de Protección Integral de la niñez, la adolescencia y la familia, ley VIII – N°129 de adhesión a la llamada ley Micaela, y la XV-N°26 sobre Protección Integral e Igualdad de Oportunidades y Equidad de Género. Sumándole a ellas las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las Opiniones Consultivas y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”

En efecto, el Juzgado de Familia N° 1 de Trelew, al momento de hacer el análisis correspondiente recurrió a una mirada integral en la lectura de la normativa, centrándose

---

<sup>33</sup> JFTw N° 1, expte. N° 813/2021. 7 de septiembre de 2021.

en una interpretación a la luz de los Derechos Humanos. De hecho, hace una recapitulación de los principios de la CDN y respecto de la autonomía progresiva explicó que “(...) representa el respeto y cuidado por la aplicación de los derechos de la Convención de acuerdo a la evolución de sus facultades cognitivas, culturales, motrices y a las oportunidades a las que accede para desarrollarse”.

Además, el magistrado trabajó sobre lo que se mencionó al principio de este trabajo en cuanto la distinción etárea que hace nuestro CCyC: “para el caso de niñas y adolescentes, es importante tener en cuenta que los criterios etarios que establece la Ley de Identidad de Género sancionada en 2012, y en particular su artículo 11, deben leerse en sintonía con las modificaciones que establece el CCyC en materia de autonomía y presunción de capacidad de las personas. [...] La interpretación normativa de acuerdo con los principios constitucionales *pro persona* y *pro minoris*, implica preferir la aplicación del artículo 26 del CCyC, que resulta más protectorio del ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes (NNyA), tal como lo señala la Resolución 65/2015 del Ministerio de Salud de la Nación”. Con todas estas consideraciones, se resolvió a favor de B.B, entendiendo la necesidad de reaccionar rápida y efectivamente en la restitución de derechos especialmente si se trata de grupos vulnerables como es el caso de adolescentes y pertenecientes al colectivo LGBTIQ+. Esto indica un avance en la efectivización de los derechos de las personas trans y de género diverso, así como el reconocimiento de la autonomía progresiva de los adolescentes permitiéndoles acceder a procedimientos médicos que les permitan vivir de acuerdo con su identidad de género, dándole lugar a la toma de decisiones en función de su edad y grado de madurez.

En este sentido, el fallo no sólo resuelve una controversia concreta en materia de cobertura médica, sino que reafirma un criterio interpretativo acorde al paradigma de protección integral y al bloque de constitucionalidad federal. La decisión del Juzgado de Familia N° 1 de Trelew constituye una aplicación concreta del principio de autonomía progresiva, en tanto reconoce que la capacidad para decidir sobre el propio cuerpo y la identidad no puede quedar supeditada a autorizaciones judiciales automáticas basadas exclusivamente en la edad.

Al descartar la exigencia de autorización judicial previa como requisito general, el magistrado evita reinstalar una lógica tutelar que la Convención y la legislación nacional han superado. En su lugar, adopta un enfoque centrado en la presunción de capacidad, en la evaluación del grado de madurez y en el respeto por la identidad autopercebida, en

consonancia con la Ley 26.743<sup>34</sup> y el artículo 26 del CCyC. De esta manera, la intervención judicial deja de ser una instancia obligatoria de control y se convierte, en su caso, en una garantía subsidiaria cuando existan conflictos o vulneraciones concretas.

Asimismo, la sentencia refleja una lectura articulada entre identidad de género, derecho a la salud, derecho al desarrollo y derecho a la dignidad, entendiendo que la postergación injustificada de la práctica solicitada podía afectar gravemente el proyecto de vida del adolescente. En este punto, la autonomía progresiva no se presenta como un concepto abstracto, sino como un criterio operativo que habilita el ejercicio efectivo de derechos personalísimos.

En consecuencia, el fallo “B., B. c/ Instituto de Seguridad Social y Seguros” no sólo representa un avance en el reconocimiento de los derechos de adolescentes trans, sino que consolida una interpretación judicial coherente con los estándares convencionales: reconocer capacidades en evolución, evitar restricciones desproporcionadas y garantizar que las decisiones que involucren la identidad y el cuerpo de los adolescentes se adopten con respeto a su dignidad y a su voluntad informada.

#### **IV. Conclusión**

El análisis desarrollado a lo largo de este trabajo permite afirmar que la autonomía progresiva no constituye una categoría accesoria dentro del sistema de protección integral, sino uno de sus pilares estructurales. Lejos de tratarse de una simple técnica legislativa para distribuir competencias según franjas etarias, la autonomía progresiva emerge como un principio hermenéutico transversal que redefine la manera en que deben interpretarse y aplicarse todos los derechos de niños, niñas y adolescentes.

La lectura articulada del artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación con la Convención sobre los Derechos del Niño y las Observaciones Generales del Comité demuestra que el eje del sistema no se encuentra en la edad como dato cronológico aislado, sino en la evolución de las facultades, la madurez concreta y el contexto particular de cada niño. Una interpretación estrictamente etaria corre el riesgo de reinstalar lógicas tutelares que el paradigma de protección integral ha superado. Por el contrario, el enfoque convencional exige evaluaciones individualizadas, presunción de capacidad y dispositivos de acompañamiento que fortalezcan (y no sustituyan) la voluntad en desarrollo.

---

<sup>34</sup> Ley 26.743. Ley de Identidad de Género. 21 de enero de 2009. B.O. 31.577

Asimismo, ha quedado evidenciada la interdependencia estructural entre autonomía progresiva e interés superior del niño. El interés superior no puede construirse al margen de la voz y de las capacidades del propio sujeto involucrado. La participación efectiva, el derecho a ser oído y la incidencia real en las decisiones que los afectan constituyen manifestaciones concretas de la autonomía progresiva y condiciones necesarias para la determinación legítima de aquel interés.

Si bien nos llama la atención que no haya Observaciones Generales específicas de este concepto, las que fueron analizadas en este trabajo, consolidan una interpretación evolutiva que atraviesa todas las etapas del desarrollo: desde la primera infancia hasta la adolescencia. En cada una de ellas, el Comité insiste en que la protección no puede entenderse como sustitución permanente de la voluntad, sino como acompañamiento respetuoso de capacidades en formación. Este enfoque obliga a los Estados a diseñar políticas públicas, prácticas administrativas y decisiones judiciales que reconozcan a niños, niñas y adolescentes como agentes activos, con dignidad propia y proyecto de vida en construcción.

El análisis jurisprudencial del caso “B., B. c/ Instituto de Seguridad Social y Seguros” evidencia la operatividad práctica del principio. Allí, la autonomía progresiva deja de ser una formulación teórica para convertirse en un criterio decisivo que permite remover obstáculos institucionales y garantizar el ejercicio efectivo de derechos personalísimos vinculados a la identidad, la salud y la dignidad. La decisión judicial analizada demuestra que el paradigma convencional no sólo orienta la interpretación normativa, sino que produce consecuencias concretas en la vida de los adolescentes.

En definitiva, la autonomía progresiva exige un cambio cultural profundo: pasar de un modelo basado en la presunción de incapacidad a otro centrado en el reconocimiento de capacidades en evolución. Supone comprender que proteger no es reemplazar la voluntad del niño, sino crear condiciones para que pueda ejercerla de manera cada vez más plena y responsable.

Garantizar la autonomía progresiva implica, entonces, reafirmar el protagonismo de niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de derecho, consolidar un Estado comprometido con la efectivización real (y no meramente formal) de sus derechos humanos, y fortalecer un modelo jurídico que armoniza protección, dignidad y autodeterminación en desarrollo.

Podemos, finalmente, concluir que analizar la autonomía progresiva ayuda a garantizar que se promueva de manera efectiva la participación activa, el bienestar y la protección de los niños en su propio desarrollo.



*El procedimiento administrativo de acceso a la información pública:  
perspectiva comparada entre el régimen nacional y el de la provincia del Chubut*

*\*Por Juan I. Sueldo*

**I. Introducción: el derecho al acceso a la información pública**

El acceso a la información pública constituye uno de los pilares estructurales del modelo de Estado constitucional, democrático y social de derecho, en tanto modo de participación ciudadana en el control de la ejecución de las políticas públicas, elevándose como una verdadera garantía esencial para el funcionamiento efectivo del sistema republicano, en particular, del control de los actos de gobierno, como uno de sus principios rectores.

Desde esta perspectiva, el procedimiento administrativo de acceso a la información pública se presenta como una importante herramienta institucional. Constituye uno de los canales más directos a través de los cuales los individuos pueden intervenir en el control de la gestión pública y, a diferencia de otros mecanismos de participación ciudadana de representación indirecta, el acceso a la información habilita una forma de participación permanente, que permite a los particulares fiscalizar decisiones estatales pasadas, obligando a los distintos organismos del Estado a rendir cuentas de manera lineal y directa.

La relevancia de este instituto ha sido reconocida progresivamente en el plano constitucional y convencional, consolidándose como un derecho fundamental autónomo y como un presupuesto indispensable para la vigencia de otros derechos, tales como la libertad de expresión, el derecho de peticionar ante las autoridades y a participar en los asuntos públicos.

Por su parte, como se desarrollará, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha ido produciendo un estándar regido por el principio de máxima divulgación, conforme al cual la información estatal debe presumirse accesible, siendo las restricciones de carácter excepcional y sujetas a un estricto control de razonabilidad.

Desde el punto de vista institucional, la canalización de este derecho constitucional supone ciertos desafíos. En particular, se han generado tensiones vinculadas con la necesidad de compatibilizar la transparencia administrativa con la protección de otros intereses, tales como la confidencialidad comercial, la seguridad interior o la estabilidad de determinadas políticas públicas estratégicas. Estas tensiones adquieren especial relevancia en contextos donde el Estado actúa a través de entes con estructuras típicas del

derecho privado, como ocurre con las sociedades con participación estatal que operan de forma libre en el mercado de capitales.

Por otra parte, los mecanismos de acceso a la información pública han evidenciado la posibilidad de usos instrumentales de esta herramienta que, en determinados supuestos, pueden desnaturalizar su finalidad originaria. En efecto, la solicitud masiva o estratégica de información puede ser empleada como mecanismo de presión institucional o como instrumento destinado a obstaculizar la implementación de políticas públicas por determinados grupos de interés, especialmente en escenarios de conflictividad política o económica. No obstante, esta potencial utilización distorsiva no constituye un argumento válido para restringir el derecho, sino que refuerza la necesidad de diseñar procedimientos administrativos transparentes, ágiles y dotados de criterios claros, que permitan garantizar el acceso a la información sin afectar el funcionamiento regular de la administración pública.

En el ordenamiento jurídico argentino, el derecho de acceso a la información pública ha experimentado un proceso de consolidación normativa significativo, particularmente a partir de la sanción de la Ley 27.275, que estableció un régimen general aplicable al ámbito nacional. Paralelamente, diversas jurisdicciones provinciales han desarrollado regulaciones en el ámbito de sus competencias. Un caso pionero en el país, fue la Provincia del Chubut, que cuenta con un régimen específico en la materia desde el año 1992, previo incluso a la reforma de la Constitución Nacional de 1994.

Asimismo, la coexistencia de sistemas plantea interrogantes respecto del grado de uniformidad de los estándares de transparencia y de las garantías procedimentales reconocidas a los ciudadanos.

En este contexto, el presente trabajo tiene por objeto analizar el procedimiento administrativo de acceso a la información pública en el ámbito nacional, comparándolo con el régimen vigente en la Provincia del Chubut, a fin de identificar similitudes, diferencias y eventuales déficits estructurales en ambos sistemas. Asimismo, se examinarán las tensiones que presenta el régimen nacional en relación con el alcance subjetivo del deber de transparencia respecto de sociedades con participación estatal que cotizan en el mercado de capitales, evaluando su compatibilidad con los estándares convencionales desarrollados en materia de acceso a la información pública.

## **II. Dimensión constitucional del derecho a la información pública**

Nuestra Constitución Nacional, adopta el sistema republicano de gobierno (art.

1°). El sistema elegido por el constituyente tiene como uno de sus pilares característicos a la publicidad de los actos de gobierno, principio que opera como presupuesto de control social del poder político.

Sin una correcta publicidad de la actividad del gobernante, difícilmente la ciudadanía podría evaluar con un criterio adecuado calidad, oportunidad, legalidad y razonabilidad de las decisiones de la esfera pública, ya sea para poder impugnarlas en caso de considerar que éstas afectan sus derechos, someterlas al control judicial, o -porque no- decidir su voto al momento de elegir representantes.

El artículo 33 de nuestra carta magna, resalta la preponderancia de los principios fundantes del republicanismo, por lo que, el acceso a la información, necesariamente, se deriva de forma implícita de estas cláusulas.

Asimismo, también se ha entendido que el acceso a la información es una de las dimensiones del ejercicio de la libertad de expresión regulado en el artículo 14 de nuestro texto constitucional. Tal fue la postura de la CSJN en el conocido precedente Ponzetti de Balbín (Fallos: 306:1892) del 11 de diciembre de 1984. Puntualmente, resulta interesante este pasaje del fallo: “El libre intercambio de ideas, concepciones y críticas, no es bastante para alimentar el proceso democrático de toma de decisiones; ese intercambio, y circulación debe ir acompañado de la información acerca de los hechos que afectan al conjunto social o a alguna de sus partes. La libertad de expresión, contiene, por lo tanto la de información (...)” (consid. 4°, voto de los Ministros Caballero y Belluscio).

En consonancia con ello, destacada doctrina, manifestó que: “(...) esta nueva óptica, pone de manifiesto que la comunicación no puede dar fundamento a un derecho de un solo perfil. Cómo la información es bidireccional (emisor- receptor), con fines didácticos optamos por explicitar el cúmulo de facultades comprendidas a partir de la posición de cada uno de los sujetos involucrados: informadores e informados. Ambos aspectos se interrelacionan recíprocamente desde el momento en que uno no existe sin el otro, y ambos en su conjunto conforman un elemento indispensable de una sociedad democrática”<sup>1</sup>.

Diez años después, se incorporaron por vía del artículo 75 inc. 22 los tratados internacionales de derechos humanos que, en cierta medida, influyeron en la argumentación de la Corte para resolver el caso citado. A partir de allí, el acceso a la información pública dejó de ser una derivación implícita del cumplimiento de las premisas de lo que entendemos por república, sino que comenzó a tener una entidad propia.

---

<sup>1</sup> QUIROGA LAVIÉ, H., y Otros, “Derecho Constitucional Argentino”, Tomo I, Segunda edición, Rubinzal Culzoni, p. 178.

El artículo 19.2<sup>2</sup> del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adopta un criterio amplio del derecho a la libertad de expresión, el cual tiene en cuenta no solo el derecho a difundir información e ideas de toda índole, sino también a *buscar y recibir*.

En similares términos, la Convención Americana de Derechos Humanos incorpora este derecho en el artículo 13.2<sup>3</sup>, con el agregado de que nuestro país ha aceptado la competencia tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en tanto órganos de interpretación y aplicación del tratado, lo cual, en algún punto, resulta una ventaja a la hora de observar cual es el estándar mínimo que deben seguir los Estados adheridos al sistema interamericano en materia de acceso a la información.

En el caso *Claude de Reyes Vs. Chile*, la Corte IDH interpretó que el acceso a la información pública por parte de la ciudadanía se encuentra comprendido en el marco regulado en el artículo 13.1 de la Convención. Asimismo, destacó que la regla en materia de información pública es la publicidad, y el secreto o reserva debe ser excepcional ya que rige la materia el principio de máxima divulgación<sup>4</sup>.

En cuanto es materia de análisis del presente trabajo, la corte IDH, también puso de resalto la obligación en cabeza del Estado en cuanto a poner a disposición de quien quiera acceder a la información pública, un procedimiento claro y efectivo para poder materializar el derecho garantizado por la convención<sup>5</sup>.

### III. Estado de situación a nivel nacional

En el ámbito nacional, el derecho al acceso a la información pública se canaliza a través de un procedimiento administrativo, regulado por las disposiciones de la ley N° 27.275, publicada el 29/09/2016 en el boletín oficial, y su decreto reglamentario N°

<sup>2</sup> Art. 19.2 PIDCP: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”

<sup>3</sup> Art. 13.1 CADH: Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

<sup>4</sup> “La Corte observa que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones” (Párrafo 92, Caso *Claude de Reyes vs. Chile*, Corte IDH, 2006, voto mayoritario).

<sup>5</sup> Por ello, Chile debe adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, dentro de las cuales debe garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver y entregar la información, y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados.” (Párrafo 163 Caso *Claude de Reyes vs. Chile*).

206/2017.

La ley, está dividida en cuatro títulos. El título preliminar, consagra en su cuerpo los principios rectores del acceso a la información pública (presunción de publicidad, transparencia, máxima divulgación, entre otros).

El título I, se divide, a su vez, en cinco capítulos. El capítulo I, titulado “régimen general”, brinda algunos conceptos, como el de información pública o documento; establece quienes son los legitimados a petitionar información, adoptando para ello un criterio sumamente amplio en el cual no hace falta acreditar derecho subjetivo o interés legítimo alguno al momento de realizar el pedido (art. 4°); y delimita a los sujetos obligados a brindar la información (art. 7°).

En este último aspecto, el legislador también optó por un criterio amplio, en consonancia con el principio de transparencia y máxima divulgación. La norma no solo obliga a los tres poderes del Estado Nacional y organismos descentralizados, sino también a las distintas figuras típicas del derecho privado a través de las cuales el Estado interviene en algún sector de la economía, como por ejemplo, la Sociedades del Estado; Sociedades Anónimas con participación estatal mayoritaria; sociedades de economía mixta, e incluso, aquéllas sociedades en las cuales el Estado tenga participación minoritaria, aunque en este último caso, solo a lo referido a dicha participación, entre otros obligados.

El Capítulo II, establece un sistema taxativo de excepciones al derecho de acceso, que debe interpretarse conforme al principio de alcance limitado de las restricciones. Entre ellas, puede enunciarse la información vinculada a secretos industriales, o vinculada al secreto profesional, entre otras.

En este punto, resulta llamativo el inciso m) del artículo 8°, en cuanto dispone la excepción de brindar información correspondiente a una sociedad anónima sujeta al régimen de oferta pública. Ello, puede llevar a un punto crítico de interpretación, en torno a si aquellas sociedades en las cuales el Estado Nacional tiene participación accionaria y coticen en un mercado de valores, se encuentran o no obligadas por la norma.

Un año antes de la sanción de la ley, la CSJN tuvo la oportunidad de fallar en el caso “Giustiniani” (fallos: 338:1258). En aquélla oportunidad, un ciudadano petitionó que se le entregara copia íntegra del acuerdo de inversión celebrado entre YPF y la multinacional Chevron para la explotación de hidrocarburos no convencionales en la zona de Vaca Muerta.

Si bien la parte actora tuvo una suerte adversa en el Fuero Contencioso Administrativo Federal, tanto en primera instancia, como en la Cámara de Apelaciones, acudió por vía de recurso de queja a la Corte Suprema, quien hizo lugar a la queja y revocó el pronunciamiento apelado, haciendo lugar a la demanda y ordenando la entrega de la información.

Para así resolver, la CSJN argumentó que el derecho a la información tiene tanto una dimensión social como una individual, se apoyó en la jurisprudencia de la CIDH, puntualmente, en el precedente Claude de Reyes, y la interpretación que ese tribunal internacional había hecho respecto al art. 13 de la Convención Americana, adoptando el principio de máxima divulgación, presunción de publicidad y transparencia como pilares claves para la garantía de este derecho.

Como punto central, también consideró que el anexo VII del dto. 1172/2003, que regulaba (previo a la sanción de la norma que aquí analizamos) el procedimiento administrativo de acceso a la información pública era plenamente aplicable a YPF, en virtud de que la mayoría de su capital accionario pertenece al Estado Nacional, quien ejerce sobre la compañía el control y tiene potestades para designar autoridades, y ejercer su dirección.

Finalmente, resulta sumamente interesante el hecho de que la corte no se haya detenido en el punto meramente técnico sobre el ejercicio del control de la sociedad por parte del Estado, ya que en el considerando 14º) del fallo, destaca que la misma solución sería aplicable a una entidad privada, en caso de que los intereses que desarrolle y gestione sean públicos, en línea con lo resuelto en el fallo “Asociación Derechos Civiles c/ Pami” (CSJN, Fallos: 335:2393).

No obstante, el hecho de que la jurisprudencia mencionada consagra los principios de excepcionalidad de restricción, máxima divulgación, y transparencia, de modo práctico y a casos concretos, el legislador, de modo contrario a lo que interpretó la CSJN y la CIDH en su jurisprudencia, decidió incorporar la cláusula de excepción del artículo 8º inciso m) al momento de regular el procedimiento de acceso a la información pública consagrándolo en una ley, prestándose a confusión, dado que los sujetos obligados por la ley, muchas veces, incurrir en este supuesto de excepcionalidad.

Ello permite sostener, que esta eximición debe interpretarse, al igual que todas las demás, de forma restrictiva. En definitiva, así lo ha interpretado la CSJN en “Giustiniani”, como también – más recientemente- lo hizo la Sala III de la CNCAF en la causa “Leclercq, Giselle c/ Aerolíneas Argentinas SA - Ley 27275 s/ Amparo Ley

16.986”<sup>6</sup>, oportunidad en la cual expresó: “la responsabilidad de demostrar la validez de cualquier restricción al acceso a la información queda a cargo del sujeto al que se le requiere la información” (sic, consid. VI, 6° párrafo).

Volviendo al análisis de la norma que regula este procedimiento en el ámbito nacional, y en cuanto a lo puramente relativo al procedimiento administrativo formal que debe seguir el particular para hacerse con la información requerida, se encuentra regulado en el Capítulo III, el cual incluye las reglas básicas para la solicitud, plazos de respuesta, supuestos de denegatoria y vías de reclamo e impugnación.

En primer lugar, la norma establece que toda persona puede presentar una solicitud de acceso a información pública ante el sujeto obligado que la posea o se presuma que la posee, sin necesidad de expresar causa o acreditar un interés particular. La solicitud puede realizarse por escrito o por medios electrónicos y sólo debe contener requisitos mínimos: la identificación del solicitante, la descripción clara de la información requerida y un medio de contacto para remitir la respuesta.

Si el organismo receptor no posee la información solicitada, debe remitir la solicitud dentro de los cinco días hábiles al organismo que la posea o, en su defecto, a la Agencia de Acceso a la Información Pública, informando al solicitante sobre dicha derivación.

En cuanto a los plazos de respuesta, la ley dispone que la información solicitada debe ser suministrada en un plazo máximo de quince días hábiles, prorrogable excepcionalmente por otros quince días cuando existan circunstancias que dificulten reunir la información requerida. La prórroga debe comunicarse antes del vencimiento del plazo original y mediante acto fundado.

La ley también prevé que, cuando un documento contenga información parcialmente alcanzada por alguna excepción legal, el sujeto obligado debe entregar la información disponible aplicando mecanismos de disociación o tacha respecto de los datos protegidos.

Respecto de la denegatoria de la información, el organismo requerido solo podrá rechazar la solicitud mediante un acto fundado, ya sea porque la información no existe, porque no está obligado a producirla o bien porque se encuentra comprendida en alguna de las excepciones previstas en la ley.

Asimismo, la falta de respuesta dentro del plazo legal, o la respuesta incompleta,

---

<sup>6</sup> Sentencia del 27/03/2025.

ambigua o inexacta, se consideran una denegatoria injustificada.

Frente a la denegatoria o incumplimiento, el solicitante cuenta con dos vías de reclamo alternativas. Por un lado, puede interponer un reclamo administrativo ante la Agencia de Acceso a la Información Pública (órgano garante del sistema, creado por el capítulo IV del título I), y que deberá resolver en un plazo de 30 días y puede ordenar al organismo requerido la entrega de la información. Por otro lado, el solicitante puede acudir directamente a la vía judicial mediante acción de amparo, sin necesidad de agotar previamente la vía administrativa.

Finalmente, la ley establece que el incumplimiento arbitrario del deber de informar por parte de funcionarios públicos constituye una falta grave, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, patrimoniales o penales que pudieran corresponder. Respecto a este punto, el capítulo V del título I prevé la designación en cada organismo de un responsable para tramitar las solicitudes de acceso a la información pública dentro del ámbito de sus competencias.

El Título II introduce el régimen de transparencia activa, e impone obligaciones de publicación proactiva a los sujetos obligados, tales como la publicación de escalas salariales, estructura orgánica, presupuesto asignado a cada área, entre otros puntos, lo cual evidencia que el legislador no concibió el acceso únicamente como un mecanismo reactivo frente a solicitudes individuales, sino como una política estructural de apertura informativa a toda la comunidad.

En cuanto a lo referido al Decreto 206/2017, desarrolla aspectos específicos del procedimiento, tales como formatos de entrega de información, criterios vinculados con la clasificación y desclasificación de información reservada, mecanismos de derivación de solicitudes y precisiones sobre el acto denegatorio de entrega de la información, entre otras formalidades.

En definitiva, el marco regulatorio nacional, plantea un diseño respetuoso de la supremacía de los principios de máxima divulgación y presunción de publicidad en el plano legislativo, y dota al administrado de herramientas concretas para su implementación práctica. No obstante, como anticipé, el régimen también plantea interrogantes relevantes en torno a la delimitación efectiva de las excepciones y al alcance real del deber de transparencia respecto de las sociedades con participación estatal que cotizan en el mercado de capitales, aunque, armonizando dicha excepción con los principios rectores de la norma, y la jurisprudencia vinculada, no debería ser problema para los operadores jurídicos realizar una interpretación acorde a éstos.

#### **IV. La situación en la provincia del Chubut**

Como se anticipó, la provincia patagónica fue pionera en materia legislativa de acceso a la información pública. La ley provincial I N° 156 (ex 3.764), data del año 1992. Su fundamento normativo se encuentra en el artículo 13 de la Constitución provincial<sup>7</sup>, que reconoce el principio de publicidad de los actos de gobierno y el derecho de los habitantes a acceder a la información pública.

Desde el punto de vista estructural, la norma presenta una organización sistemática en cinco capítulos que abordan, respectivamente, las disposiciones generales del régimen, el derecho de acceso a las fuentes de información, la publicidad de los actos estatales, el sistema de publicidad oficial y las disposiciones complementarias.

Al igual que en su par nacional, la ley chubutense tiene un amplio número de sujetos obligados, incluidos los tres poderes del Estado provincial, sus entes descentralizados y autárquicos, las corporaciones municipales y las cooperativas concesionarias de servicios públicos.

Sin embargo, en su artículo 2°, extiende el deber de información a personas físicas o jurídicas privadas que reciban subsidios públicos, administren fondos estatales o ejecuten contratos administrativos, concesiones o relaciones de fomento con el Estado. Esta previsión revela una concepción funcional del acceso a la información pública, que no se limita a la administración estatal estricta, sino que se proyecta sobre sujetos privados cuando intervienen en la gestión de recursos o intereses públicos, tal como lo había interpretado la Corte en Fallos 335:2393 y Fallos: 338:1258, años después de la sanción de esta norma. Este sistema, completa contra el uso de figuras jurídicas del derecho privado para opacar la gestión de recursos públicos, dando amplias potestades de control a la ciudadanía respecto al manejo de estos recursos, al menos, en cuanto a la obtención de información respecto a ellos, ya que también en el mismo artículo, consagra el derecho sin justificación alguna de cualquier ciudadano a requerir información, y la obligación positiva de la administración (art. 3°) de colaborar con este pedido.

A diferencia del régimen nacional, que regula con mayor detalle el procedimiento administrativo formal para canalizar los requerimientos de información, la ley

---

<sup>7</sup> Art. 13 Constitución de Chubut: Los actos de los Poderes del Estado, de los municipios, de los entes autárquicos, descentralizados y empresas del estado son públicos. La ley determina la forma de su publicación y del acceso de los particulares a su conocimiento, así como los efectos de su incumplimiento. Incurrir en falta grave el funcionario o magistrado que entorpece la publicidad de tales actos.

provincial adopta una regulación más sintética y laxa.

El artículo 3° establece que el funcionario responsable debe facilitar el acceso a la información dentro del plazo de diez días hábiles desde la formulación del requerimiento, el cual puede realizarse incluso de manera verbal, debiendo en ese caso labrarse acta y entregarse constancia al solicitante. Si el plazo se vence, y la información no ha sido entregada, se configura una denegatoria tácita.

El artículo 5° establece un conjunto limitado de excepciones al principio general de publicidad, entre las cuales se encuentran, entre otras, la información protegida por razones de intimidad personal o familiar; documentación declarada secreta o reservada por razones de seguridad o salubridad pública; sumarios penales durante el secreto de la investigación, las que responden un intento de armonizar el principio de publicidad con la protección de otros bienes jurídicos relevantes, tales como la intimidad, la seguridad pública o la eficacia de las investigaciones administrativas y judiciales.

Como mecanismos para hacer frente a la negativa al acceso, la regulación provincial considera como falta grave en el cumplimiento de los deberes de funcionario público el hecho de obstaculizar o negar de manera arbitraria un requerimiento de información, y habilita a la acción de amparo (regulada provincialmente en la ley I N° 156) como mecanismo procesal de acceso a la justicia para reclamar frente a un posible incumplimiento.

Cabe destacar, en este punto, que, a diferencia del régimen nacional, la ley provincial no prevé una instancia administrativa especializada previa, como la intervención de una autoridad independiente de control, como lo es la agencia nacional de acceso a la información.

El Capítulo III introduce un régimen de publicidad institucional que obliga al Estado provincial, a los municipios y demás entes y organismos obligados por la ley, a publicar las normas de carácter general e individual, a los fines de garantizar el conocimiento público de los actos que emanan de su accionar. Cabe decir que, no obstante esta obligación legal, y el hecho de que Chubut sea pionera en materia de regulación del acceso a la información públicas, varios organismos oficiales afrontan un enorme déficit en cuanto a este punto.

La práctica profesional del derecho en la provincia pone de manifiesto a múltiples dificultades para encontrar normativa emanada de importantes organismos provinciales, como por ejemplo es el caso del Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia (ente autárquico encargado de la seguridad social y la cobertura médica asistencial de

todos los empleados públicos provinciales), que tiene un vasto catálogo de normativa general aplicable a la totalidad de sus afiliados, que muchas veces es casi imposible de encontrar. Lo mismo puede decirse de algunas corporaciones municipales, que tienen una difícil o directamente nula accesibilidad a sus ordenanzas o resoluciones, incumpliendo de este modo la cláusula de “gobierno abierto” introducida por el artículo 10bis de la norma.

En resumen, el régimen de acceso a la información pública de la Provincia de Chubut presenta una regulación relativamente sintética y más flexible del procedimiento administrativo, si la comparamos con el régimen nacional, con un alcance igual en cuanto a legitimación activa para exigir la información, pero más amplio aún en cuanto a obligados, ya que incorpora a los de la ley nacional, también a aquellos sujetos privados vinculados de algún modo con el Estado provincial o sus fondos, ya sea por relaciones contractuales (concesionarios o contratistas), beneficiarios de subsidios o relaciones de fomento, etc.

Cabe destacar, que la norma provincial sigue rigiendo en el ámbito local a pesar de la existencia de una ley nacional posterior, ya que ésta última propone en su título III la adhesión al régimen por parte de las provincias, y a la fecha, Chubut no lo ha hecho.

Asimismo, ante la hipótesis de que lo haga, también cabría preguntarse si no estaría vulnerando el principio de progresividad rector en materia de derechos humanos, debido a que la norma nacional, como ya vimos, deja fuera a las sociedades anónimas que cotizan en bolsa mientras que la norma provincial tiene un alcance pleno sobre ellas cuando se vinculen con la provincia de algún modo.

Asimismo, también cabría también preguntarse en qué medida están obligados estos entes a entregar información a particulares cuando se vinculen con la provincia.

¿El solo hecho de tener un contrato administrativo o de concesión de servicios públicos con la provincia, ya habilita a pedir cualquier cosa al particular en el marco de la ley local?

Más allá del criterio subjetivo amplio, y que la posibilidad de solicitar información no está sujeta a ningún requisito específico para sustentar el interés de quien la requiere, si creo que es necesario regirse siempre por un criterio de razonabilidad y de vinculación aunque sea mínimo, entre lo pedido y el vínculo del privado con la administración, ello, para evitar posibles conductas abusivas del instituto que tiendan a desnaturalizarlo, y conviertan una noble herramienta republicana destinada al control ciudadano, en un juguete destinado a cumplirle caprichos a algún ocioso, y transformarlo en un

instrumento ajeno a la finalidad para la cual fue pensada. Quizás, este problema pueda solucionarse con algún ajuste normativo que nuevamente ponga a Chubut como una provincia pionera en cuanto tutelante de los principios republicanos de gobierno.

## V. Conclusiones

Para resumir, el procedimiento administrativo de acceso a la información pública cumple una función institucional relevante, en tanto constituye el mecanismo jurídico a través del cual este derecho se vuelve operativo y atraviesa la realidad de los administrados.

La existencia de procedimientos claros, ágiles y efectivos para canalizar las solicitudes de información resulta una condición indispensable para garantizar la transparencia administrativa y fortalecer los mecanismos de rendición de cuentas propios de las democracias contemporáneas.

El análisis realizado en este trabajo permite advertir que el régimen nacional establecido por la Ley 27.275 presenta un diseño estructurado sobre principios rectores como la presunción de publicidad, la máxima divulgación y la interpretación restrictiva de las excepciones. Asimismo, el procedimiento administrativo incorpora mecanismos institucionales tales como la existencia de una autoridad administrativa especializada — la Agencia de Acceso a la Información Pública— encargada de supervisar el cumplimiento del régimen.

No obstante, el sistema nacional presenta ciertas tensiones interpretativas en relación con el alcance subjetivo del deber de transparencia respecto de sociedades con participación estatal que cotizan en el mercado de capitales. En particular, la excepción prevista en el artículo 8 inciso m) de la ley plantea interrogantes acerca de su compatibilidad con los estándares desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha sostenido reiteradamente que las restricciones al acceso a la información pública deben interpretarse de manera estricta y excepcional, como hemos visto.

En cuanto al régimen vigente en la Provincia del Chubut, presenta características propias que lo distinguen del modelo nacional.

Si bien su regulación procedimental resulta más sintética, llegando incluso a ser escueta, el alcance subjetivo del deber de transparencia se proyecta sobre un conjunto más amplio de sujetos, incluyendo determinadas personas privadas vinculadas a la gestión de recursos públicos. En este sentido, el modelo provincial adopta una

concepción funcional del acceso a la información pública, orientada a evitar que la utilización de estructuras jurídicas de derecho privado opere como mecanismo de opacidad en la gestión estatal.

Sin perjuicio de estas virtudes normativas, el análisis del funcionamiento práctico del sistema provincial permite advertir ciertas dificultades vinculadas con la efectiva implementación de las obligaciones de publicidad y transparencia por parte de distintos organismos públicos. Ello pone de manifiesto que la eficacia del derecho de acceso a la información pública no depende exclusivamente del diseño normativo del procedimiento, sino también del grado de compromiso institucional.

En definitiva, el acceso a la información pública constituye una herramienta fundamental para el fortalecimiento del sistema democrático. La consolidación de procedimientos administrativos eficaces y la interpretación restrictiva de las excepciones al principio de publicidad aparecen como condiciones necesarias para garantizar que este instituto cumpla adecuadamente su función como mecanismo de control ciudadano y como garantía institucional del principio republicano de gobierno.



## *La Reparación del daño moral y su cuantificación.*

### *Jurisprudencia nacional, internacional y de la Provincia del Chubut*

*\*Por Patricio M. Cosentino*

#### **I. Introducción**

La reparación de las consecuencias extrapatrimoniales constituye, todavía hoy, uno de los capítulos más problemáticos y, al mismo tiempo, más sensibles del derecho de daños. Allí convergen dificultades conceptuales persistentes —qué debe entenderse por daño moral, cuál es su verdadero objeto, cómo se distingue de otras afecciones a la persona— con un problema práctico de especial complejidad: su cuantificación judicial. El problema actual del daño moral ya no es —no debería serlo— su admisibilidad, sino la calidad de su fundamentación.

En ese terreno, el derecho se ve obligado a responder a una pregunta incómoda pero ineludible: ¿cómo traducir en dinero un menoscabo que, por definición, no es patrimonial y que, en la mayoría de los casos, no admite restitución plena?

La cuestión no es menor. De la respuesta que se ofrezca dependen no solo la coherencia interna del sistema resarcitorio, sino también la calidad de la tutela que el ordenamiento dispensa a la persona humana cuando ve lesionada su esfera espiritual, afectiva o existencial. Su entidad ontológica, dimensión y textura, nos permitirá mejor abordar la función resarcitoria, como primordialmente en los tiempos que corren, la preventiva del derecho de daños.

Ese problema general adquiere perfiles especialmente relevantes en la jurisprudencia Local, donde pueden advertirse líneas decisorias de indudable interés en torno a la procedencia, acreditación y cuantificación del daño moral en ámbitos tan diversos como la responsabilidad del Estado, las relaciones laborales, los contratos de consumo y el incumplimiento contractual en general.

El examen de esos precedentes permite comprobar que bajo una denominación tradicional subsiste una categoría en plena transformación, atravesada por tensiones entre prueba y presunción, entre prudencia judicial y exigencia de motivación, entre reparación integral y rechazo de indemnizaciones arbitrarias. Este trabajo se propone, precisamente, recorrer esa jurisprudencia a la luz de los desarrollos doctrinarios y normativos vigentes, con el objeto de identificar criterios, exponer sus fundamentos y ofrecer una lectura sistemática de un tema cuya importancia práctica es tan evidente como su complejidad teórica.

Finalmente, y no menos importante, no soslayamos —antes bien, la consideramos acertada— la observación según la cual la primera dificultad se presenta a partir de la coexistencia de dos premisas actualmente pacíficas: de un lado, que la indemnización del daño moral posee naturaleza resarcitoria; de otro, que en nuestro sistema rige el principio de reparación plena, hoy expresamente consagrado en el art. 1740 del Código Civil y Comercial, que procura la restitución del damnificado al estado anterior al hecho dañoso<sup>1</sup>.

Con todo, también es claro que, a diferencia del daño patrimonial, la indemnización de las consecuencias no patrimoniales no se orienta a una recomposición patrimonial estricta, sino que asume una función satisfactoria, compensatoria o de equivalente, enderezada a mitigar el menoscabo mediante la procuración de bienes, goces o utilidades aptos para brindar una satisfacción sustitutiva, y sobre todo, constitucional y convencionalmente óptima.

## II. Daño moral

### 2.1 Sobre el denominado “daño moral”

Definir hoy el daño moral supone ingresar en un terreno que, lejos de presentarse como clausurado, permanece en *revisión permanente*. No se trata de una categoría inmóvil ni de contornos definitivamente fijados, sino de una noción cuyo contenido se ha ido reformulando al compás de los cambios sociales, de la evolución del sistema normativo y de los avances científicos que inciden en la comprensión integral de la persona humana.

Por esa razón, su estudio exige abandonar toda aproximación dogmática y asumir, en cambio, una mirada crítica sobre su denominación, su estructura conceptual y su emplazamiento dentro del derecho de daños.

La cuestión no es meramente terminológica ni responde a una inquietud de sistematización abstracta ya que de la precisión conceptual que se alcance dependen, en buena medida, la coherencia del razonamiento jurídico y la justicia de la respuesta resarcitoria.

La doctrina advirtió tempranamente estas dificultades<sup>2</sup>. Esa preocupación conserva plena vigencia, aunque en un escenario diverso, signado por la centralidad de la persona

<sup>1</sup> MARCELLINO, L., "Valoración, cuantificación y satisfacción en el daño moral", en JUÁREZ FERRER, Martín (dir.), Cuantificación del daño. Parte general, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 259.

<sup>2</sup> BREBBIA puso en evidencia que las imprecisiones del lenguaje técnico proyectan consecuencias perniciosas sobre la práctica, mientras que Díez-Picazo señaló, con particular agudeza, la escasa coherencia con la que muchas veces la figura ha sido receptada y aplicada por los tribunales (ver en BREBBIA, Roberto

en el derecho privado y por el progresivo abandono de una lógica exclusivamente patrimonialista. En ese contexto, los aportes de disciplinas como la medicina, la psiquiatría, la antropología y la neurobiología obligan a reconsiderar los perfiles del daño moral y a ensayar una definición más depurada, capaz de dialogar con las exigencias actuales del sistema de responsabilidad civil y de servir de base adecuada para su ulterior valoración y cuantificación<sup>3</sup>.

## 2.2 Concepto. Aproximaciones

Una primera aproximación al concepto comprende al daño moral como la minoración en la subjetividad de la persona derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial<sup>4</sup>.

El sistema de responsabilidad civil contemporáneo mantiene aún la partición clásica entre la esfera patrimonial y la extrapatrimonial (*dommage moral*). En este contexto, el daño moral suele identificarse de forma residual<sup>5</sup>, abarcando todo aquello que no es susceptible de una valoración económica estricta. Como señalan Martín-Casals y Solé Feliú, la extrema variedad de situaciones lesivas contempladas bajo esta rúbrica justifica

---

H., "El daño moral - Doctrina - Legislación - Jurisprudencia", Ed. Orbir, 1967, 2ª ed., p. 41; y en DÍEZ-PICAZO, "El escándalo del daño moral", p. 13.

<sup>3</sup> Sugiero leerlo a ALFERRILLO en: ALFERILLO, Pascual E., "Reflexiones en torno al concepto de daño y su clasificación", RCyS 2019-4, 3, cita online: AR/DOC/492/2019.

<sup>4</sup> Es la clásica definición citada frecuentemente del maestro cordobés, en: Pizarro, Ramón D., Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 31.

<sup>5</sup> Resulta interesante como Jalil, trae a colación la premisa que el maestro Díez-Picazo enarbola sobre la necesidad de rigor en la construcción de los conceptos jurídicos para viabilizar un debate doctrinario fértil, resulta imperativo revisar la arquitectura del daño moral. La doctrina europea contemporánea, ante la dificultad de aprehender positivamente una fenomenología tan diversa, ha optado por una definición negativa o residual. Bajo este prisma, el daño moral se identifica con lo que ciertos autores denominan una 'figura borrosa' o un 'concepto comodín', cuya delimitación se obtiene por exclusión: es, en esencia, todo aquel perjuicio que no se traduce en una merma pecuniaria ni en una alteración negativa del acervo patrimonial de la víctima. Ver en Jalil, Julian, "Cuantificación Del Daño", Ed. La Ley, Ed. 2017, en preview:

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/Laley/2017/42138675/v1/document/1242B9F9-94CC-28A7-C037-951CE2F063CA/anchor/3AE3070A-9970-F0AB-3ED4-5FAA9AF2289D> ; con cita de Díez-PICAZO, Luis, El escándalo del daño moral, cit., p. 14.

que su definición se formule por exclusión, ante la dificultad de sistematizar positivamente un espectro tan amplio de intereses afectados<sup>6</sup>.

Debemos entender al adjetivo "extrapatrimonial" como todo aquello que afecta el interés que está conectado con el espíritu de la persona, de modo tal que su violación le provoca un modo de estar diferente al que se encontraba con anterioridad al hecho lesivo, afectándole sus capacidades de entender, de querer y de sentir; tal denominación, en definitiva, posee la finalidad de hacer referencia al daño moral en un sentido amplio y no reducido únicamente al *pretium doloris*<sup>7</sup>.

No puede soslayarse que las últimas décadas han resultado decisivas para la reformulación del concepto de daño moral desde una perspectiva más amplia, hoy generalmente reconducida a la noción de daño extrapatrimonial. Tal evolución ha permitido desprenderlo de la concepción tradicional que lo identificaba casi exclusivamente con el dolor, el sufrimiento, la angustia o la aflicción espiritual, tal como lo caracterizaba buena parte de la doctrina clásica, tanto nacional como extranjera<sup>8</sup>.

En la actualidad, prevalece una comprensión más abarcadora, que reconoce que el perjuicio extrapatrimonial excede esas manifestaciones anímicas y comprende también otras afecciones relevantes de la personalidad merecedoras de tutela jurídica. En ese marco, incluye, como se ha señalado, las consecuencias disvaliosas que inciden sobre las aptitudes de entender, querer o sentir. Precisamente en esta línea se inscribe el Código Civil y Comercial de la Nación, cuyo legislador, en los arts. 464 inc. n) y 1741, alude a la indemnización de las consecuencias no patrimoniales<sup>9</sup>.

Esa afección a los sentimientos de la persona, determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de padecimientos susceptibles de apreciación pecuniaria. Lo observable es que este tipo de daño repercute directamente sobre las cualidades de las personas<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> CASALS, M., "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982", Asociación de profesionales de Derecho Civil, Madrid, 1990, p. 858.

<sup>7</sup> O sea, el precio del dolor. Al respecto ver en: Calvo Costa, Carlos A., "El daño resarcible en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación".

<sup>8</sup> SAVATIER, R., "Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1951, 2ª ed., T. II, p. 92; MESSINEO, Francisco, "Manual de derecho civil y comercial", trad. de la 8ª ed. italiana por Santiago Sentis Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1979, T. IV, ps. 560 y ss.

<sup>9</sup> CALVO COSTA, C., A; La problemática cuantificación del daño moral; LA LEY 17/03/2025, 1; LA LEY 2025-B, p. 3.

<sup>10</sup> En este sentido la sala B de la CNCiv. dijo que corresponde indemnizar el daño moral sufrido por quien resultó lesionado en un accidente de tránsito, pues este detrimento comporta una lesión a los sentimientos o afecciones legítimas, perturbador de su tranquilidad y del ritmo normal de vida, constituyéndose en una alteración desfavorable en la capacidad del individuo para sentir, querer y entender. CNCiv., sala B,

### 2.3 Su cartografía en el Código Civil y Comercial

La denominación tradicional de la figura como “daño moral” ha sido objeto de cuestionamientos desde hace tiempo, principalmente por la impropiedad que supone remitir a la “moral” para describir un menoscabo de naturaleza estrictamente jurídica. Esa crítica motivó la formulación de diversas propuestas terminológicas alternativas, lo que vuelve necesario examinar con precisión cuál ha sido, en definitiva, la opción receptada por el Código Civil y Comercial. La indagación no es menor, sobre todo si se advierte la deficiente técnica legislativa que exhibe el art. 1738.

En efecto, el Código no mantiene un criterio uniforme. La expresión “daño moral” aparece de modo expreso en el art. 744, inc. f), al excluir de la garantía común del acreedor las indemnizaciones correspondientes al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica. A su vez, la locución “perjuicio moral” es utilizada en los arts. 71 y 151, en materia de tutela del nombre de la persona humana y de la persona jurídica, respectivamente. Finalmente, el art. 464, inc. n), al regular los bienes propios de los cónyuges, recurre a la fórmula “indemnizaciones por consecuencias no patrimoniales”. De este modo, la lectura sistemática del Código revela una terminología oscilante, que lejos de aportar claridad profundiza la incertidumbre acerca de la verdadera denominación de la categoría.

Esa falta de uniformidad se acentúa al examinar el art. 1738, disposición en la que cabía esperar una referencia clara y directa al tradicional daño moral, pero en la que, sin embargo, el legislador omitió su mención expresa. La omisión habilita, al menos en apariencia, tres alternativas interpretativas: que el rubro haya sido excluido, que haya quedado implícitamente comprendido dentro de una categoría más amplia o que haya sido receptado bajo otra denominación. La primera posibilidad debe descartarse, pues el art. 1741, al regular la legitimación para reclamar las consecuencias extrapatrimoniales, demuestra inequívocamente que el perjuicio moral continúa siendo resarcible en el sistema vigente. La dificultad reside, entonces, en determinar si el art. 1738 intentó designarlo de otro modo.

La hipótesis más extendida consiste en identificar el daño moral con la referencia que el segundo párrafo del art. 1738 formula a las “afecciones espirituales legítimas”.

---

23/5/2007, "Semento, Ricardo Osvaldo c. Ferraris, Marcelo Alberto y otros", LL Online; AR/JUR/11334/2007. En igual sentido ver: CNCiv., sala B, 31/10/2007, "D., M. G. y otro c. Muñoz, Mariano Raúl y otros", LL Online.

Ello obedece, en parte, a que esa expresión ha sido frecuentemente utilizada por la jurisprudencia al abordar la procedencia del rubro.

Sin embargo, un análisis más detenido permite advertir que dicha fórmula dista de resultar satisfactoria. Desde el punto de vista semántico, el término “afección” remite, entre otras acepciones, a una alteración o enfermedad, mientras que la palabra “espiritual” introduce una noción particularmente equívoca, vinculada a la idea de espíritu o alma racional, terreno en el cual las precisiones conceptuales son, por definición, inestables.

Así entendida, la locución parecería aludir a un padecimiento del espíritu, cuando lo que jurídicamente interesa tutelar no es una entidad metafísica ni una patología del alma, sino la lesión a la esfera extrapatrimonial de la persona.

La dificultad aumenta con el adjetivo “legítimas”, cuya incorporación carece de justificación convincente. En rigor, el presupuesto resarcitorio no reside en la legitimidad de la afección, sino en la injusticia del daño. Por ello, la idea de reparar consecuencias derivadas de “afecciones espirituales legítimas” introduce una notoria disonancia conceptual: si la afección es legítima, esto es, conforme a derecho, no se advierte por qué habría de generar, por sí misma, obligación resarcitoria. La impropiedad de la fórmula pone de relieve que el art. 1738 no ha logrado ofrecer una denominación técnicamente adecuada para la categoría en examen.

Todo ello evidencia, en definitiva, una verdadera crisis de denominación del daño moral en el Código Civil y Comercial. La pluralidad terminológica, la omisión de una referencia directa en la norma central del sistema y la utilización de expresiones conceptualmente defectuosas revelan una técnica legislativa insuficiente para una categoría de tanta relevancia práctica y dogmática. No parece casual, en ese sentido, que la propuesta de reforma elaborada por la comisión designada por decreto 182/2018 haya propiciado la incorporación expresa del daño moral en el texto del art. 1738, reconociendo así, de modo implícito, la insuficiencia de la redacción vigente y la inconveniencia de identificar sin más a este rubro con las denominadas “afecciones espirituales legítimas”.

En ese contexto, y sin perjuicio de las críticas que puedan formularse a la terminología histórica, corresponde mantener la denominación “daño moral”. No solo por su arraigo doctrinario y jurisprudencial, sino también porque continúa siendo la expresión de mayor reconocimiento en el lenguaje jurídico argentino. La continuidad del uso no implica desatender sus objeciones conceptuales, sino simplemente admitir que, en el estado actual del derecho positivo, sigue siendo la fórmula más apta para identificar el

menoscabo extrapatrimonial que se proyecta sobre la esfera anímica o espiritual de la persona sin llegar necesariamente a constituir una patología.

### III. Las satisfacciones sustitutivas y compensatorias

La norma establece, en su tramo final, que el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que las sumas reconocidas pueden procurar. Este es, además, el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al pronunciarse sobre la naturaleza del daño moral en el precedente “*Baeza*”<sup>11</sup>, solución que luego ratificó en “*Ontiveros*”<sup>12</sup>.

Ello conduce a abordar una cuestión particularmente problemática: la de su cuantificación. En efecto, si bien nuestro ordenamiento consagra el principio de reparación plena en el art. 1740 del Código Civil y Comercial, orientado a restituir al damnificado al estado anterior al hecho dañoso, no puede perderse de vista que, a diferencia de lo que ocurre con el daño patrimonial, la indemnización de las consecuencias no patrimoniales prevista en el art. 1741 no persigue una finalidad de recomposición patrimonial estricta.

La indemnización debe ser justa, aunque no puede ser integral en sentido estricto, atentas las dificultades que estriban en mensurar el dolor y la imposibilidad de restituir la situación al estado anterior a la lesión<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> CSJN, 04/12/2011, “*Baeza, Silvia Ofelia c. Provincia de Buenos Aires y otros*”, Fallos 334:376. Sostuvo el Máximo Tribunal que “El dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado. En este orden de ideas, el dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. La evaluación del perjuicio moral es tarea delicada, pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior, como en principio debe hacerse de acuerdo con el art. 1083 del Cód. Civil. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida” (consid. 11).

<sup>12</sup> CSJN, 10/08/2017, “*Ontiveros, Stella Maris c. Prevención ART SA y otros s/ accidente - inc. y cas*”, Fallos: 340:103. Sostuvo el Máximo Tribunal que “no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido” (del voto del Dr. Lorenzetti).

<sup>13</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., “Cuánto por daño moral”, publicado en LA LEY 1998-E, 1057. Cita Online: AR/DOC/19634/2001, citado por CAT, Sala A, SDC N° 29/2021.

La Corte ha sostenido que, aunque el dinero es inadecuado para reparar por sí mismo el dolor, puede procurar satisfacciones de orden moral, de modo que la indemnización debe guardar una proporcionalidad razonable con el daño acreditado, evitando excesos que conduzcan a un enriquecimiento sin causa<sup>14</sup>.

Su función es, antes bien, satisfactiva, tal como expresamente lo destaca la propia norma. Se trata de una idea que, por lo demás, ya había sido advertida por la doctrina clásica a partir de la admisión de la reparación del daño moral.

Las denominadas satisfacciones sustitutivas y compensatorias consisten en compensaciones económicas idóneas para procurar al damnificado goces, placeres, distracciones, esparcimiento u otros beneficios de orden espiritual que contribuyan a mitigar el padecimiento derivado del hecho dañoso. Su sentido no radica en restituir de modo exacto la integridad anímica lesionada —algo, por definición, inalcanzable—, sino en operar como un contrapeso jurídico frente al detrimento extrapatrimonial sufrido.

Desde luego, esa satisfacción es siempre necesariamente imperfecta, pues la lesión espiritual, en la gran mayoría de los casos, no puede ser plenamente neutralizada en el plano existencial. Se trata, en rigor, de una compensación jurídica, con las virtudes que puede ofrecer y también con las limitaciones que le son inherentes. Dado que no es posible desandar el hecho dañoso ni restablecer íntegramente la situación anterior, la indemnización aspira a permitir que la víctima, por medio del dinero reconocido, acceda a experiencias, bienes o actividades que le procuren bienestar, alivio o consuelo. En esa medida, la reparación no fija un precio al dolor, sino que procura generar una respuesta compensatoria que, aun de manera parcial, contribuya a reconfortar al damnificado y a atemperar la intensidad del sufrimiento padecido.

Siguiendo las palabras de Galdós<sup>15</sup>, las investigaciones provenientes de las neurociencias y de las ciencias sociales permiten revisar críticamente la extendida asociación entre bienestar, dinero y adquisición de bienes.

En efecto, se ha señalado que, una vez satisfechas las necesidades básicas y superado el umbral de acceso a los bienes esenciales, la correlación entre ingresos y felicidad disminuye de manera notoria, hasta volverse escasa o casi nula. Los estudios

---

<sup>14</sup> Conf. Fallos 334:376; CNCiv. Sala A; 23/09/2021, “Ruscio, José vs. López, Mirta Mónica y otro s. Daños y perjuicios”; Rubinzal Online; RC J 6784/21, con cita a Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad por daños, Ediar, Buenos Aires, 1971, t. V, p. 226; Iribarne, Héctor P., “La cuantificación del daño moral”, Revista de Derecho de Daños, n° 6, p. 235.

<sup>15</sup> GALDÓS, J., M., “El precio del bienestar emocional - La indemnización por daño moral”; Cita: 743/2021. Fecha de publicación: 08/11/2021.

comparativos sobre bienestar subjetivo muestran, además, que este no depende exclusivamente del ingreso per cápita ni de la calidad de los servicios públicos, sino también de variables relacionales, comunitarias y contextuales, tales como la calidad de los vínculos sociales, el sentimiento de equidad en la distribución de la riqueza, las condiciones ambientales o la percepción de autonomía individual. Incluso en el plano estrictamente económico, el bienestar aparece más ligado a una dimensión relativa que absoluta del ingreso, pues suele depender de la comparación con la situación de otros y del punto de referencia desde el cual cada sujeto evalúa su propia posición.

De allí que, en rigor técnico, quizá sería más preciso aludir al “valor” del bienestar emocional antes que a su “precio”<sup>16</sup>; sin embargo, esta última expresión conserva utilidad si se la entiende no como equivalencia mercantil del sufrimiento, sino como una forma de referir al “precio del consuelo”, esto es, al contenido económico de una compensación jurídicamente orientada a mitigar el padecimiento.

Desde esa perspectiva, el bienestar emocional susceptible de ser promovido por la indemnización no se vincula tanto con la adquisición de bienes de consumo cuanto con la posibilidad de acceder a experiencias, situaciones o vivencias socialmente significativas. La evidencia empírica disponible sugiere que las experiencias positivas, la interacción social, la generosidad, el agradecimiento, la disponibilidad de tiempo, el equilibrio entre trabajo y vida personal, el propósito vital, la amistad, la pertenencia comunitaria y la autonomía en la toma de decisiones generan, por regla, un bienestar más intenso y duradero que el que provee la mera adquisición de objetos, sobre los cuales opera con fuerza el fenómeno de adaptación hedónica.

En igual sentido, se ha destacado que las experiencias son más resistentes al desgaste subjetivo, en particular cuando pueden ser evocadas o recordadas placenteramente con posterioridad. Todo ello permite conferir base científica a la idea de las satisfacciones sustitutivas y compensatorias prevista por el art. 1741 del Código Civil y Comercial, en tanto la indemnización por daño moral no procura “pagar” el dolor, sino facilitar condiciones materiales para que la víctima acceda a fuentes de alivio, consuelo o reconfortamiento. En ese marco, los estudios contemporáneos sobre bienestar subjetivo aportan un sustento empírico relevante para justificar, en términos jurídicos, que la

---

<sup>16</sup> IRIBARNE, H., P., "De los daños a la persona", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1993, pp. 143 153, 401, 599 y especialmente p. 401. Iribarne, Héctor P., "Ética, derecho y reparación del daño moral", ED, 112-280, IRIBARNE H., P., "De los daños a la persona", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1993, pp. 143 153, 401, 599 y especialmente p. 401.

reparación extrapatrimonial deba orientarse hacia experiencias y beneficios capaces de mejorar, aunque sea parcialmente, la calidad de vida del damnificado.

#### **IV. La finalidad del daño moral**

La finalidad de la reparación del daño moral reside en otorgar al damnificado la posibilidad de acceder, mediante la suma reconocida, a determinados bienes o servicios que el juez considera aptos para brindarle una satisfacción o compensación frente al menoscabo padecido.

Tales satisfacciones pueden consistir, por ejemplo, en viajes, actividades recreativas o en la adquisición de determinados bienes materiales. Lo decisivo, sin embargo, no radica en el destino concreto que finalmente la víctima otorgue al dinero percibido, sino en que el monto fijado resulte objetivamente idóneo para procurarle aquellas satisfacciones sustitutivas o compensatorias que el magistrado ponderó al establecer la indemnización.

Como lo ha señalado autorizada doctrina, la suma reconocida por este concepto no persigue incorporar al patrimonio del damnificado un equivalente económico del dolor sufrido —lo que supondría la imposible pretensión de tarifar en dinero los padecimientos espirituales—, sino procurar al lesionado otros goces o beneficios que, sin reemplazar verdaderamente lo perdido, permitan mitigar el menoscabo experimentado<sup>17</sup>. De allí que el importe indemnizatorio deba ser suficiente para posibilitar al damnificado el acceso real a esas satisfacciones tenidas en mira por el juzgador al momento de determinar su cuantía<sup>18</sup>.

Desde esta perspectiva, entendemos que el principio de reparación plena consagrado en el art. 1740 del Código Civil y Comercial debe ser interpretado en sentido amplio. No se agota, por ende, en la restitución al estado anterior respecto de las consecuencias patrimoniales del hecho dañoso, sino que comprende también la dimensión satisfactiva que caracteriza a la indemnización de las consecuencias no patrimoniales. No se nos escapa, desde luego, que esta dificultad no es exclusiva de nuestro medio. También en Francia se ha puesto en duda el pretendido alcance universal del principio de reparación integral frente a los daños corporales y morales, al sostenerse que, en estos

---

<sup>17</sup> PICASSO, S., "El método de las satisfacciones compensatorias para cuantificar el daño moral", p. 403.

<sup>18</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por daños", ob. cit., t. V, p. 226; IRIBARNE, Héctor P., "La cuantificación del daño moral", en Revista de Derecho de daños. Daño moral, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999-6, p. 235.

supuestos, su operatividad práctica no excede, en el mejor de los casos, el plano de una directiva de equidad<sup>19</sup>.

En ese marco, cuanto más intensas y gravosas sean las consecuencias no patrimoniales sufridas por la víctima, especialmente cuando comprometen sus aptitudes de querer, sentir o entender, mayor entidad deberán revestir las satisfacciones sustitutivas o compensatorias consideradas por el magistrado al fijar la indemnización. La referencia legal a la satisfacción “sustitutiva” remite, a nuestro juicio, a una prestación que procura reemplazar, en alguna medida, el bien o la experiencia frustrada por el hecho dañoso. Así, por ejemplo, frente al daño moral derivado del incumplimiento de un contrato de viaje, podría reconocerse una suma que permita al damnificado realizar otro viaje de características semejantes. En cambio, la idea de satisfacción “compensatoria” parece remitir a supuestos de mayor gravedad, en los que el padecimiento extrapatrimonial resulta, en rigor, irremplazable. En tales casos, la prestación dineraria no sustituye la pérdida sufrida, pero puede, al menos, brindar algún alivio o mitigación al dolor experimentado. Así ocurre, por ejemplo, cuando se reconoce una suma relevante por la muerte de un hijo: ella jamás equivaldrá al daño padecido ni borrará sus efectos, pero puede constituir un paliativo o consuelo parcial para la víctima.

Se ha dicho con acierto que los llamados placeres compensatorios —como el turismo, el acceso al arte, las actividades recreativas, los hobbies o incluso el cuidado personal— requieren ineludiblemente de medios económicos para su realización. Por ello, para que la reparación sea adecuada, no basta con una apelación retórica a la idea de compensación: es necesario identificar concretamente cuáles son los bienes o experiencias aptos para brindar consuelo y establecer su significación económica, de modo tal que la suma reconocida permita obtener, no un beneficio equivalente en sentido estricto, pero sí una utilidad que proporcione alguna forma de alivio o tranquilidad.

Esta concepción exige de los magistrados una labor argumentativa específica al momento de sentenciar. Deben determinar cuál es la satisfacción sustitutiva o compensatoria que razonablemente podría contribuir a mitigar los padecimientos sufridos por la víctima, y establecer una relación de proporcionalidad entre esa satisfacción y la entidad de la aflicción experimentada. A la vez, resulta indispensable ponderar el valor adquisitivo real del dinero al tiempo de la sentencia, para evitar que la indemnización

---

<sup>19</sup> VINEY, G., "Tratado de Derecho Civil. Introducción a la responsabilidad civil", trad. de Fernando Montoya Matheus, Bogotá, 2007, pp. 1387-1389.

quede reducida a una expresión simbólica, inocua o manifiestamente insuficiente para cumplir la función satisfactiva que la ley le asigna.

En definitiva, esta teoría —expresamente recogida por el Código Civil y Comercial— ha permitido visibilizar con mayor claridad la verdadera finalidad de las indemnizaciones por consecuencias no patrimoniales: no la imposible traducción monetaria del sufrimiento humano, sino la atribución de una suma que, en términos razonables, permita a la víctima procurarse bienes, experiencias o utilidades aptas para compensar o atenuar el menoscabo espiritual padecido.

Por ello, antes de la determinación y cuantificación del daño moral, resulta indispensable desarrollar una adecuada tarea argumentativa sustentada en la prueba producida. En particular, deberá atenderse al modo en que la víctima obtenía placer, esparcimiento o realización personal antes del hecho dañoso, cuáles eran sus preferencias, hábitos o proyectos vitales, y de qué manera tales aspectos han resultado alterados o limitados a partir del ilícito. Solo a partir de esa reconstrucción concreta de la incidencia del daño sobre la vida de relación y la esfera espiritual del damnificado será posible fijar una indemnización que no sea meramente declamativa, sino verdaderamente idónea para cumplir su función legal.

## **V. El daño moral causado en el ámbito contractual**

La admisibilidad del daño moral en el ámbito del incumplimiento contractual —tradicionalmente abierta por el art. 522 del Código Civil y hoy reconducible a las pautas del Código Civil y Comercial— exige indagar, ante todo, en la estructura de intereses comprometidos por el vínculo obligacional. En efecto, el contrato no agota su contenido en la prestación principal expresamente convenida, sino que comprende, además, un haz de intereses que integran la finalidad práctica perseguida por las partes al celebrar el negocio. Algunos de esos intereses aparecen objetivados en el propio reglamento contractual y constituyen el núcleo típico del intercambio; otros, en cambio, si bien se vinculan con el objeto del contrato, exceden su estricta función económico-jurídica y se proyectan sobre la satisfacción de finalidades personales o existenciales del acreedor.

La distinción no es menor. El mero incumplimiento de los intereses típicos del negocio suele traducirse, por regla, en las molestias, contrariedades o incomodidades propias del tráfico jurídico, insuficientes por sí solas para fundar un daño moral resarcible. Diversa es la hipótesis en que la inejecución frustra intereses vinculados al objeto del

contrato<sup>20</sup>, pero dotados de una significación personal que trasciende la utilidad patrimonial inmediata de la prestación. Allí, el incumplimiento deja de incidir exclusivamente sobre la economía del acreedor y comienza a proyectarse sobre su esfera espiritual, en la medida en que malogra una finalidad relevante incorporada al programa obligacional.

Desde esta perspectiva, la cuestión central consiste en determinar si ese interés ulterior ha sido incorporado al contrato de manera expresa o tácita. Cuando aparece exteriorizado en forma clara, no ofrece mayores dificultades sostener que su frustración integra el ámbito de las consecuencias resarcibles, en tanto el deudor conoció —o debió conocer— que la prestación se encontraba funcionalmente ordenada no solo a satisfacer el interés inmediato del contrato, sino también a realizar una finalidad adicional, personal o existencial, cuya lesión podía derivar en una afectación extrapatrimonial. Incluso cuando tal finalidad no ha sido expresamente formulada, su relevancia jurídica puede igualmente afirmarse si resulta objetivamente inferible de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso y reviste carácter esencial para ambas partes<sup>21</sup>.

En este punto, el art. 281 del Código Civil y Comercial ofrece una clave interpretativa decisiva al receptor, dentro de la causa, no solo el fin inmediato del acto, sino también los motivos exteriorizados —expresa o tácitamente— cuando son lícitos y determinantes. De este modo, la causa contractual ya no puede ser reducida a una función abstracta del negocio, sino que comprende también aquellos móviles concretos incorporados al acto y cognoscibles para el cocontratante. Si tales móviles han ingresado al contenido causal del contrato, su frustración antijurídica por el incumplimiento no puede ser tratada como jurídicamente indiferente.

A ello se añade la regla del art. 1728 del Código Civil y Comercial, en cuanto limita la responsabilidad contractual a las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al tiempo de la celebración. La previsibilidad contractual no se agota, por ende, en las pérdidas patrimoniales típicas de la inexecución, sino que comprende también las repercusiones extrapatrimoniales cuando el deudor conocía, o razonablemente debía conocer, que el incumplimiento lesionaría intereses personales especialmente

---

<sup>20</sup> ALFERILLO, P., E., “El daño moral contractual y el origen de la ilicitud”, LLGran Cuyo 2011 (marzo), p. 113. El maestro expresa, que: “como se colige resulta de vital importancia precisar en su esencia cual es el contenido del daño moral resarcible de origen contractual para luego examinar con detenimiento cual es la naturaleza de los hechos que lo generaron, es decir, precisar cuál es el origen de la ilicitud.

<sup>21</sup> CC0203 LP, B 73589 RSD-231-92 S 29-9-1992, “Saavedra, Omar Agustín y otro c/ Goral, Miguel y otro s/ Escrituración y daños y perjuicios”, JUBA Civil y comercial B351644.

comprometidos por la finalidad del contrato. En tales supuestos, la procedencia del daño moral no deriva de una ampliación irreflexiva del sistema resarcitorio, sino de una comprensión adecuada del contenido concreto del vínculo obligacional y de las consecuencias previsibles de su frustración.

Por ello, la cuestión no pasa por admitir de modo irrestricto el daño moral contractual, sino por verificar, con rigor dogmático, si el incumplimiento ha menoscabado un interés no patrimonial jurídicamente relevante, incorporado al negocio como motivo determinante y cognoscible para el deudor. Cuando así ocurre, la lesión al bienestar espiritual del acreedor deja de constituir una mera repercusión subjetiva del incumplimiento y adquiere entidad resarcible propia. La reparación del daño moral encuentra entonces su justificación no en la simple existencia de la inejecución, sino en la frustración antijurídica de una finalidad contractual que, por su naturaleza y significación, excedía el plano puramente económico de la prestación.

Asimismo, jurisprudencialmente se han hecho distinciones respecto de los efectos del incumplimiento condicionado a la naturaleza del vínculo, partiendo de la idea de que en los contratos de consumo la vulnerabilidad intrínseca del tipo de contrato repercute en el interés que el ordenamiento pretende tutelar de manera diferenciada<sup>22</sup>. Esta interesante distinción nos permitirá analizar desde un enfoque en particular que hay contratos que su incumplimiento suele acarrear menoscabos que exceden lo patrimonial, como por ejemplo aquéllos en que se ven afectados derechos personalísimos o a la salud, o aquéllos, que por su significancia pueden afectar de una manera que supere las meras incomodidades y se proyecten sobre la salud mental, el daño al proyecto de vida o de expectativas de mejorar las condiciones de vida personal y familiar.

Así la maestra Zavala de González sostiene que deben ponderarse seriamente la existencia, índole y entidad de los intereses no patrimoniales conculcados por el

---

<sup>22</sup> Así lo dispuso la CAPM, en el caso del incumplimiento del deber de información y trato digno en un contrato de seguro, con voto del Dr. G. HANSEN: "...la significación práctica que cabe otorgarle a este encuadramiento especial es clave, porque si bien permite aplicar las instituciones de la teoría general del contrato a los negocios de consumo, eso será viable en la medida en que no se desconozcan los principios propios de la disciplina protectoria. Hete aquí que desde la perspectiva especial que reclama el principio de protección para el consumidor, el incumplimiento de lo pactado o de un deber derivado de la relación de consumo (información adecuada y veraz, libertad de elección, condiciones de trato equitativo y digno) permite inferir (in re ipsa) un daño no patrimonial (o moral) porque (a riesgo de ser reiterativos) en este marco tal situación es representativa per se de una situación notoriamente disvaliosa que se proyecta o repercute negativamente, menoscabando la faz espiritual del consumidor..." -Sentencia Nro./Año: 24/2023-C. Apelaciones Puerto Madryn-.

incumplimiento y su repercusión en la subjetividad del damnificado, en función de la naturaleza del negocio, de su causa fin y de las circunstancias particulares del caso<sup>23</sup>.

## VI. El daño moral colectivo

La admisión de un supuesto “daño moral colectivo” en el plano de la función resarcitoria importaría, en rigor, algo más que la simple ampliación de las categorías tradicionales del daño no patrimonial. Supondría reconocer la existencia de un sujeto colectivo dotado de aptitud para experimentar una lesión espiritual autónoma, es decir, de un centro de imputación normativa capaz de padecer un menoscabo extrapatrimonial distinto del que, en forma individual, pudieran sufrir sus integrantes.

Galdós lo define como la lesión producida en la esfera social de una clase o categoría de sujetos, ocasionada por el menoscabo de bienes públicos o por la afectación global de intereses no patrimoniales colectivos. La idea procura captar aquellos supuestos en los que el hecho lesivo no recae simplemente sobre la esfera individual de sujetos determinados, sino sobre un bien, valor o interés que integra el patrimonio inmaterial de una comunidad o de un grupo socialmente significativo. Bajo esta perspectiva, el daño moral colectivo no se agota en la suma de padecimientos individuales, sino que remite a una afectación cualitativamente distinta: la privación o degradación de condiciones de disfrute, identidad, pertenencia o valoración compartida respecto de ciertos bienes colectivos<sup>24</sup>. Reconoce el autor, el daño moral colectivo ambiental, siguiendo a Cafferatta<sup>25</sup>, con respaldo en el art. 41 de la CN y del art. 27 de la ley 25.675, debiendo ser reparado dicho daño volviendo al estado anterior a la producción del daño (cfr. art. 28 LGA). Esta postura es compartida por Lorenzetti<sup>26</sup>.

Sostiene Cicchino, que allí radica, precisamente, la principal objeción que suscita esta construcción: en el estado actual del derecho argentino no parece existir sustento normativo suficiente para afirmar, sin apoyo legislativo expreso, la existencia de una subjetividad espiritual colectiva cuya afectación habilite una reparación resarcitoria<sup>27</sup>.

En los procesos relativos a derechos individuales homogéneos, el tratamiento procesal colectivo no altera la naturaleza sustancial del perjuicio, que sigue siendo

---

<sup>23</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., Resarcimiento del daño moral. Buenos Aires: Astrea, p. 149.

<sup>24</sup> GALDÓS, J., M., “El daño moral colectivo. Su problemática actual”, Ricardo Luis Lorenzetti (director), Derecho Ambiental y daño, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 254

<sup>25</sup> En LL 2003-D-1339.

<sup>26</sup> LORENZETTI, R., La nueva ley ambiental argentina, L.L 2003-c-11329.

<sup>27</sup> CICCHINO, P., M., Daño moral colectivo. Un debate que se reedita. LA LEY 31/08/2023, 1 ; LA LEY 2023-D , 518.

individual, ni transforma a la clase en titular de un padecimiento espiritual propio. En ese sentido, aunque la elaboración de Salgado en torno a la “clase” como nuevo sujeto de derecho aporta una explicación valiosa para el fenómeno colectivo y para los problemas de legitimación sustancial derivados de él, tal planteo no conduce necesariamente a admitir la existencia de una subjetividad anímica autónoma susceptible de padecer daño moral en sentido técnico<sup>28</sup>. Por ello, aun reconociendo la importancia sistemática de esa tesis, no parece jurídicamente admisible derivar de ella, por vía pretoriana, la creación de un sujeto con “espíritu colectivo”, apto para ser resarcido por un daño extrapatrimonial autónomo.

La misma conclusión se impone al examinar los microsistemas especiales que regulan bienes e intereses supraindividuales. En materia ambiental, la Ley General del Ambiente define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes y valores colectivos (art. 27, ley 25.675)<sup>29</sup>, y prevé, ante la imposibilidad técnica de recomposición, una indemnización sustitutiva destinada al Fondo de Compensación Ambiental. Sin embargo, como ha señalado Saux, de esa previsión no puede inferirse la procedencia de un daño moral colectivo, pues la reparación contemplada recae sobre la alteración del bien colectivo lesionado —esto es, sobre el daño ecológico en cuanto daño-evento— y no sobre una afección espiritual atribuible al grupo como tal<sup>30</sup>.

Análoga solución corresponde en el ámbito del derecho del consumidor. El art. 54 de la Ley 24.240 regula las acciones de incidencia colectiva y las pautas de reparación económica, pero no brinda base normativa para reconocer una categoría autónoma de daño moral colectivo; cuando se verifican perjuicios resarcibles, ellos continúan proyectándose sobre la esfera individual de los consumidores afectados, sin que la colectividad adquiera por ello una subjetividad emocional propia.

La recepción doctrinaria y jurisprudencial de esta categoría ha encontrado uno de sus precedentes emblemáticos en el voto de Galdós en el caso “Municipalidad de Tandil c/ Transporte Automotores La Estrella S.A. y otro”, donde se admitió una condena por daño moral colectivo a raíz de la destrucción parcial de la fuente “Las Nereidas”, considerada un bien de significativo valor para la comunidad local. La decisión entendió

<sup>28</sup> SALGADO, J., M., "Tutela individual homogénea", Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 306.

<sup>29</sup> En el art. 27 de la ley 25.675 el daño ambiental es definido como "toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos".

<sup>30</sup> SAUX, E. I., "Daño moral colectivo", RCyS 2009-II, 25.

que el siniestro había privado a la población del uso, goce y disfrute de un bien relevante del espacio urbano, configurándose así una lesión de naturaleza extrapatrimonial que excedía los intereses puramente individuales<sup>31</sup>.

Bustamante Alsina sostuvo que el daño colectivo es el causado por un perjuicio a un interés grupal, de modo que el daño moral colectivo sería la proyección extrapatrimonial de esa lesión supraindividual. Incluso Pizarro, quien en una primera etapa había rechazado la admisibilidad del daño moral colectivo por considerarlo incompatible con la naturaleza estrictamente personal del perjuicio moral, posteriormente revisó su posición y admitió que nada impediría reconocer un quebrantamiento espiritual o un disvalor subjetivo que afecte a toda una comunidad o a una parte relevante de ella.

Con todo, la categoría no deja de presentar serias dificultades conceptuales. En efecto, si el daño moral ha sido tradicionalmente entendido como una alteración disvaliosa en la esfera espiritual de la persona, la posibilidad de trasladar ese esquema al plano colectivo obliga a redefinir, o al menos a ampliar de modo considerable, las bases mismas del instituto. El problema reside en determinar si ese perjuicio colectivo constituye verdaderamente un daño moral en sentido técnico o si, más bien, se trata de una modalidad autónoma de lesión a intereses difusos o colectivos, con una lógica distinta de la que rige para el daño no patrimonial individual.

Dicho de otro modo: la tesis favorable al daño moral colectivo resulta sugerente y ha tenido indudable fecundidad práctica, especialmente en supuestos de afectación del ambiente o del patrimonio cultural; pero su admisión exige justificar con mayor precisión quién es el sujeto dañado, cuál es la índole del interés lesionado y en qué consiste exactamente la dimensión extrapatrimonial del menoscabo.

De allí que, aun cuando la expresión se haya consolidado en ciertos sectores doctrinarios y jurisprudenciales, subsista el debate acerca de si nos hallamos ante una verdadera especie de daño moral o, más bien, ante una categoría resarcitoria autónoma ligada a la tutela de bienes colectivos.

## VII. La cuantificación del daño moral

---

<sup>31</sup> Cámara Civil y Comercial de Azul, sala II, 22/10/96, JA 1997-III-224 con notas de Ricardo Luis Lorenzetti en la misma publicación, Matilde Zavala de González en LLBA 1997, 283 y de Félix A. Trigo Represas en ED 171-379.

Dispone el art. 1741 *in fine* del Código Civil y Comercial: “El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”. Resalto deliberadamente el término “debe”, que señala muy claramente que no se trata de una simple opción para el magistrado, sino que existe un mandato legal expreso que lo obliga a evaluar el perjuicio moral mediante el método establecido por la ley<sup>32</sup>.

El daño moral debe "medirse" en la suma de dinero equivalente para actividades que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento, mitigando el padecimiento extra patrimonial sufrido por la víctima. Así, una vez acreditado el daño, quien sentencia puede fijar el monto considerando las pretensiones de las partes y las circunstancias del caso, usando la herramienta del art. 167 del código de forma<sup>33</sup>.

El legislador ha determinado como principal parámetro de cuantificación de la indemnización del daño moral uno que combina cartabones objetivos (el de las satisfacciones compensatorias y sustitutivas) y subjetivos (que transitan tanto por la determinación inicial de aquellos que hace el damnificado en la demanda como por la ponderación final que fundadamente efectúa el juez en la sentencia). No son admisibles los excesos subjetivistas a la hora de cuantificar la indemnización, ni el otorgamiento de indemnizaciones desmedidas que muchas veces son otorgadas por jueces “pródigos con el dinero ajeno”<sup>34</sup>.

Se distingue con nitidez la diversa función que cumple el dinero según se trate de daño patrimonial o extrapatrimonial. En el primer supuesto, el dinero desempeña una función de equivalencia, en tanto procura —con mayor o menor aproximación— recomponer el equilibrio económico alterado por el menoscabo. Se trata, por ello, de un daño susceptible de determinación, liquidación y reparación sobre bases predominantemente objetivas. En cambio, en materia de daño moral, el dinero no opera como exacto equivalente del perjuicio, sino como un medio de satisfacción o compensación para la víctima. No se trata de asignar un precio al dolor ni de traducir en términos mercantiles una lesión espiritual, sino de ofrecer, desde la perspectiva jurídica, una respuesta razonable frente a la afectación de intereses extrapatrimoniales.

<sup>32</sup> Esto mismo sostienen PICASSO-SÁENZ, en su Tratado de Responsabilidad Civil, t. I, p. 481; y Márquez, José F., “El daño moral contractual: interpretación, facultades de los jueces y prueba”, RCyS 2020-VII, 63).

<sup>33</sup> GALDÓS, J., M., "Breve apostilla sobre el daño moral (como "precio del consuelo") y la Corte Nacional", RCyS, noviembre de 2011, p. 259). (conf. CAT, Sala A, SDC N.º 29/2021

<sup>34</sup> ZAVALA de GONZALEZ, M., - GONZALEZ ZAVALA, R., “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, cit., t. III, p. 96.

De allí que la indemnización por daño moral no constituya una sanción para el responsable, sino la tutela resarcitoria de derechos inherentes a la persona, apreciados con criterio objetivo en función del padecimiento causado, sin que ello importe fuente de lucro indebido. Esta concepción, hoy dominante en la doctrina y la jurisprudencia, encuentra respaldo expreso en la Corte Suprema, especialmente a partir del precedente *Santa Coloma*<sup>35</sup>.

Sobre esa base, el Código Civil y Comercial ha positivizado un criterio específico de cuantificación al disponer, en el art. 1741, que el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.

No se trata de una mera recomendación, sino de una directiva normativa concreta para el juzgador, cuya desatención compromete la adecuada fundamentación del pronunciamiento. La regla exige comprender que, en el daño extrapatrimonial, lo que debe traducirse en términos pecuniarios no es el sufrimiento en sí mismo, sino el bienestar compensatorio que la indemnización puede generar.

Sin embargo, ello no autoriza a prescindir de la previa valoración de la entidad del perjuicio moral padecido, pues entre el daño y su traducción económica media una relación inescindible: primero debe establecerse la gravedad de la lesión espiritual y solo después corresponde determinar qué suma puede cumplir, de modo razonable, una función satisfactoria o compensatoria. De tal modo, la cuantificación del daño moral no puede construirse ni con los parámetros propios del daño patrimonial ni mediante fórmulas abstractas desvinculadas de las particularidades del caso, sino a partir de una ponderación prudencial que atienda, simultáneamente, a la entidad del menoscabo y a la aptitud compensatoria de la indemnización reconocida.

Conforme a una calificada doctrina, el único estándar que el juez debe tomar en consideración para cuantificar la indemnización por daño extrapatrimonial es el previsto en el art. 1741 del Código Civil y Comercial. Solo ese, y ningún otro.

En esa línea, Picasso y Sáenz sostienen que la ley “no establece ningún otro parámetro, y emplea el modo imperativo para establecer que el monto de la indemnización “debe” fijarse por aplicación de este criterio, lo que deja ver bien a las claras que los jueces no están autorizados a apartarse de la solución legal, ni pueden soslayarlo declarando genéricamente que han considerado ‘las condiciones personales de

---

<sup>35</sup> CSJN, Fallos: 308:1160

la víctima y las circunstancias del caso’, sin especificar cuáles serían las satisfacciones compensatorias que, en cada caso, han tenido en cuenta para fijar el importe de la indemnización del perjuicio extrapatrimonial”<sup>36</sup>. Como se advierte, la lectura de estos autores acentúa el alcance excluyente del mandato legal: allí donde la norma dice “debe”, ellos entienden “solo debe”.

La ley dispone que el juez “debe” establecer el monto indemnizatorio sobre la base del parámetro de las satisfacciones sustitutivas y compensatorias, pero no dice que le esté vedado emplear, de manera complementaria, otros criterios que, debidamente fundados, permitan una cuantificación más adecuada del perjuicio atendiendo no a un damnificado abstracto —construido a partir de la idea de una persona media—, sino al damnificado concreto, cuya situación puede revelar un padecimiento mayor o menor que el que resultaría de la sola aplicación de aquel cartabón objetivo. Desde esa perspectiva, no constituye un apartamiento de la solución legal que el magistrado complemente el estándar previsto en el art. 1741 con otros elementos de juicio que contribuyan a modularlo de manera más precisa en función de las particularidades del caso. Antes bien, lo razonable es que, a partir del razonamiento inicial que la norma propone —esto es, la aptitud de la suma para procurar satisfacciones compensatorias en una persona media—, el juez ajuste fundadamente esa pauta a la realidad específica del damnificado, explicitando por qué el monto debe ser superior o inferior al que emergería de aquel parámetro general<sup>37</sup>.

Después de todo, si bien siempre subsistirá en esta tarea un margen de subjetividad que debe ser transparentado en la sentencia, no es menos cierto que esa dosis valorativa también está presente cuando el propio juez determina qué habría de entenderse, “objetivamente”, por satisfacción sustitutiva para una supuesta persona media.

### **7.1 Distintas posiciones sobre como cuantificar el daño moral**

La doctrina nacional ha ensayado diversas vías para superar una de las mayores dificultades que presenta la indemnización de las consecuencias no patrimoniales con la finalidad de dotar de racionalidad y previsibilidad a su cuantificación sin desatender la singularidad irreductible de cada caso.

<sup>36</sup> PICASSO, S. – SAENZ, L., “Tratado de derecho de daños”, Ed. La Ley, Bs.As., 2019, t. I, N° 6, pp. 482/484.

<sup>37</sup> MARCELLINO, L., “Valoración y cuantificación de la indemnización de daño extrapatrimonial”, pp. 457/458

1. En esa línea, Zavala de González<sup>38</sup> sostuvo tempranamente que las categorías abstractas de daño moral solo resultan valiosas si operan como instrumentos aptos para resarcir adecuadamente el perjuicio concreto, de modo que la regulación no debe ser rígida ni cerrada, sino flexible y orientadora.

2. Ossola y Azar<sup>39</sup>, por su parte, propusieron acudir a presunciones *iuris tantum* para ciertos “casos testigo” en los que el daño moral aparece notorio *in re ipsa* —como la muerte de un hijo, del cónyuge o la incapacidad absoluta—, a partir de los cuales podría establecerse un piso indemnizatorio mínimo expresado en unidades de valor estable.

3. Juárez Ferrer<sup>40</sup> avanzó aún más en la sistematización, al postular la construcción de verdaderos “tipos indemnizatorios”, ordenados según la gravedad del perjuicio y acompañados de escalas con mínimos y máximos, semejantes a las escalas penales, dentro de las cuales el juez graduaría la respuesta resarcitoria según las circunstancias personales, sociales y económicas del damnificado.

4. Picasso<sup>41</sup> admite la utilización de un criterio predominantemente objetivo para la determinación y cuantificación del daño moral, tomando en consideración las satisfacciones que resultarían razonablemente compensatorias para una persona media situada en la misma condición que la víctima, aunque sin excluir por ello la necesaria ponderación de las particularidades del caso.

Pizarro enfatiza como el mosaico de soluciones jurisprudenciales a la hora de fijar las pautas de valoración del daño moral y la falta de certeza que ello genera conspiran contra el valor seguridad<sup>42</sup>. Cuestiona el maestro cordobés cualquier tarifación resarcitoria predeterminada del daño (patrimonial o moral), con carácter generalizado. Se remite al criterio del STJ de Córdoba, en el sentido que se debe individualizar el daño, meritando las circunstancias del caso, la situación personal de la víctima y el hecho lesivo —aspecto subjetivo- y sus consecuencias —causas objetivas-, adoptando parámetros razonablemente objetivos. Entiende, por otra parte, que no debe contraponerse el placer

---

<sup>38</sup> ZAVALA de GONZÁLEZ, M., "Resarcimiento de daños", Tomo 2 a: "Daños a la persona. Integridad sicofísica", p. 501.

<sup>39</sup> OSSOLA, F., - AZAR, A., M., "Responsabilidad civil", en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.) - SÁNCHEZ HERRERO, P., (coord.), Tratado de derecho civil y comercial, T. III, p. 578.

<sup>40</sup> JUÁREZ, FERRER, M., "Cuantificación del daño moral por escalas", en JUÁREZ FERRER, Martín (dir.), Cuantificación del daño. Parte general, p. 309 y ss.

<sup>41</sup> PICASSO, S., "El método de las satisfacciones compensatorias para cuantificar el daño moral", ob. cit., p. 412.

<sup>42</sup> Citando a MOSSET ITURRASPE (LL 1994-A-728), en PIZZARRO -VALLESPINOS, "Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I" Rubinzal Culzoni Editores, 2017, p. 801.

compensatorio en términos absolutos con daño moral. Proponiendo la tarificación judicial indicativa<sup>43</sup>.

Galdós, ponderando varias de las posturas anteriores, enfatiza un criterio que denomina “mixto, objetivo o abstracto y subjetivo”, atendiendo a la lesión o el hecho antijurídico, parámetros usuales de ponderación, primacía al destino indemnizatorio como el precio del consuelo, comparándolo y cotejándolo con lo resuelto por otros precedentes aceptando que existe una especie de escala de sucesos dañosos que inciden en el monto resarcitorio. El elemento de la gravedad objetiva del menoscabo, las circunstancias de la víctima, la jurisprudencia de la Corte –por ejemplo- y de restantes tribunales, debe ser acompañado en primer lugar por el criterio objetivo subjetivo<sup>44</sup>.

Sobre ese trasfondo, Calvo Costa<sup>45</sup> elabora una propuesta de síntesis que procura compatibilizar objetividad, igualdad y atención al caso concreto. Su planteo parte de la conveniencia de adoptar, preferentemente por vía legislativa, un sistema de casos paradigmáticos o tipos indemnizatorios emblemáticos, ordenados según su gravedad y cuantificados mediante una unidad de valor específica —la llamada unidad de satisfacción sustitutiva y compensatoria—, susceptible de actualización conforme a pautas objetivas, y estructurada en pisos y techos para cada supuesto.

Sin embargo, el modelo no pretende clausurar la experiencia judicial ni convertir la reparación en un mecanismo tarifado y automático: por el contrario, deja a salvo la posibilidad de indemnizar supuestos no previstos, admite la procedencia de daños morales mínimos y reserva al juez la tarea decisiva de individualizar la cuantía dentro del rango aplicable a partir de la prueba producida, la entidad del padecimiento y las circunstancias personales de la víctima. La propuesta se completa con dos ideas centrales: primero, que la cuantificación debe realizarse al momento de la sentencia, por tratarse de una obligación de valor; y segundo, que debe rechazarse toda indemnización meramente simbólica, por ser incompatible con la función satisfactiva que el art. 1741 del Código Civil y Comercial asigna a esta partida. En definitiva, Calvo Costa entiende que, aun sin ofrecer una solución perfecta, la teoría de las satisfacciones sustitutivas y compensatorias continúa siendo el método más razonable para dotar de fundamento material y argumentativo a la reparación del daño extrapatrimonial.

---

<sup>43</sup> TSJ, Córdoba, autos: “BELITZKY c/ MONTOTO DE SPILA” del 10/4/2001, entre otros.

<sup>44</sup> GALDÓS, J., M., *La Responsabilidad Civil*, Tomo II, Rubinzal Culzoni Editores, p. 465.

<sup>45</sup> La problemática cuantificación del daño moral; Calvo Costa, Carlos A.; Publicado en: LA LEY 17/03/2025.

### **VIII. Prueba del daño moral**

En lo que atañe a su prueba debe señalarse que, a tenor del principio que sienta el art. 381 del CPCCCh -377 del CPCCN-, se encuentra en cabeza del pretensor la acreditación de su existencia y magnitud, aunque, en atención a las características de esta especial clase de perjuicios, sea muy difícil producir prueba directa en ese sentido, lo que otorga gran valor a las presunciones<sup>46</sup>.

A los efectos de la carga probatoria, no es determinante la índole del deber incumplido ni el correlativo encuadramiento de la responsabilidad como contractual o aquiliana, sino las características del perjuicio mismo en confrontación con el suceso lesivo que lo produce.

En tal sentido para apreciar si el daño moral está probado, previamente hay que discernir si el acontecimiento que lo ha generado tiene la virtualidad de provocarlo de acuerdo con el orden natural y habitual de las cosas –análisis cfr. arts. 1726/8 del CPCC-. Si el caso encuadra en esa situación, no existe necesidad de prueba, pues ésta queda suplida por la aplicación de máximas de experiencia por el propio juez o por su calificación como hecho notorio, desplazándose la carga probatoria al litigante contrario, quien deberá demostrar la excepcionalidad del caso<sup>47</sup>.

Como dije previamente, no se puede considerar a priori que el perjuicio moral constituya una categoría de daño *in re ipsa*, pues la necesidad de su prueba no deriva de la órbita en que se haya producido (contractual o aquiliana) sino de su calificación como hecho o acontecimiento normal en cada caso que se somete a juzgamiento

### **IX. La indemnización del daño moral y su exclusión de la garantía común de los acreedores**

El principio según el cual el patrimonio del deudor constituye la garantía común de los acreedores no reviste carácter absoluto. Junto con las limitaciones que derivan de la existencia de privilegios, el ordenamiento reconoce que ciertos bienes o derechos, aun integrando el patrimonio, quedan excluidos de la agresión patrimonial por razones

---

<sup>46</sup> BUSTAMANTE ALSINA, J., “Equitativa valuación del daño no mensurable”, LL, 1990-A-655.

<sup>47</sup> Postura que compartida por la Sentencia nro. 26/2024, voto del Dr. G. WALTER dictada por la C.Apelaciones Trelew-Sala B.

vinculadas con la tutela de la dignidad de la persona y la preservación de bienes especialmente protegidos<sup>48</sup>.

En ese marco se inscriben tanto los derechos legalmente inembargables como aquellas atribuciones patrimoniales que, por su finalidad, no pueden ser razonablemente absorbidas por la prenda común. Entre estas últimas corresponde ubicar, en determinados supuestos, la indemnización derivada del daño moral, en cuanto no se orienta a recomponer una pérdida económica disponible, sino a procurar una satisfacción compensatoria frente a una lesión de naturaleza extrapatrimonial.

Sobre esa base, el art. 744, inc. f), del Código Civil y Comercial consagra una solución particularmente valiosa al excluir de la garantía común de los acreedores las indemnizaciones correspondientes al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica.

La previsión armoniza, además, con el art. 108, inc. 6, de la ley 24.522, que en materia concursal excluye del desapoderamiento las indemnizaciones por daños materiales o morales a la persona del fallido. La solución se justifica porque el resarcimiento de esos menoscabos no integra, en rigor, una fuente patrimonial que los acreedores hayan podido razonablemente computar al contratar, ni puede ser desviado sin desnaturalizar la finalidad resarcitoria o satisfactoria propia de tales créditos.

De allí que, al menos en los supuestos expresamente contemplados por la ley, la indemnización por daño moral deba ser considerada un derecho insusceptible de ejecución forzada, ajeno a la garantía común, sin perjuicio de las discusiones que subsisten respecto de su eventual renunciabilidad o de los supuestos en que el daño moral derive de lesiones ajenas al ámbito de protección delineado por la norma.

## **X. Daño moral por violencia de género. Violencia digital**

En materia de violencia de género, el daño moral no puede ser tratado como un rubro accesorio ni diluido en fórmulas genéricas sobre “padecimientos espirituales”. La lesión extrapatrimonial recae, de modo directo, sobre la dignidad, la libertad, la autonomía y la vida de relación de la víctima.

En ese marco, resulta útil distinguir —sin escindir artificialmente— entre daño psicológico y daño moral. Éste último, se ubica en la esfera de la subjetividad, mientras que el daño psicológico se configura a partir de una perturbación profunda del equilibrio

---

<sup>48</sup> PIZARRO, R., D., “El derecho a la reparación del daño moral y su relación con el patrimonio”; Cita: 585/2021. Fecha de publicación: 30/08/2021.

emocional, con entidad clínica y repercusión funcional en la integración social de la persona; y agregan que, cuando esas secuelas no generan incapacidad sobreviniente autónomamente indemnizable, deben ser valoradas dentro del daño moral como un elemento relevante para ponderar la magnitud del agravio sufrido. Esa distinción evita tanto la superposición indebida de rubros como la invisibilización del impacto psíquico real de la violencia padecida.

En el mismo sentido, Negri<sup>49</sup> destaca que la violencia familiar y de género constituye una fuente autónoma de daños, cuya reparación no depende del estado del vínculo, y que la cuantificación del daño moral debe ponderar especialmente la gravedad de la agresión cuando proviene de una persona con la que existía una relación de confianza, intimidad o proyecto de vida en común.

Asimismo, en la mayoría de las situaciones de violencia de género, los hechos ocurren en la intimidad; la ley pondera de forma especial el relato de la víctima y de quienes la rodean, evaluándolo con flexibilidad y contexto.

Ahora bien, como señala Ornela Piccinelli<sup>50</sup>, no toda violación de un derecho humano cometido en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belem do Pará. Es menester que la condición de especial vulnerabilidad por el hecho de ser mujer haya sido el presupuesto de esa transgresión.

Por último, en los supuestos de violencia de género ejercida a través de internet, el daño extrapatrimonial presenta una intensidad específica que no puede ser subestimada al momento de su valoración y cuantificación.

En la Provincia del Chubut, la adhesión a la Ley Olimpia por Ley III N° 52 refuerza el tratamiento jurídico de la violencia digital como una modalidad específica de violencia de género y no como un mero conflicto interpersonal en redes.

Según expone Guillermo Walter<sup>51</sup>, esa adhesión debe leerse en articulación con la Ley 27.736, que modificó la Ley 26.485 para incorporar la violencia digital o telemática, y con las leyes provinciales XV N° 12 y XV N° 26, conformando un sistema local de

---

<sup>49</sup> NEGRI, N., Derecho de Familia y Derecho de Daños: Interconexiones de dos asignaturas. [www.Rubinzaloline.com.ar](http://www.Rubinzaloline.com.ar) ; Cita: 374/202. Publicado el 15/07/2025.

<sup>50</sup> En su obra Proceso civil con enfoque de géneros: ajustes en clave de igualdad. Ver en: [https://www.palermo.edu/derecho/revista\\_juridica/pub-20-1/Revista\\_Juridica\\_Ano20-N1-05.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-20-1/Revista_Juridica_Ano20-N1-05.pdf)

<sup>51</sup> Ver en: <https://jusnoticias.juschubut.gov.ar/la-adhesion-de-la-provincia-del-chubut-a-la-ley-olimpia-y-su-impacto-en-la-lucha-contra-la-violencia-de-genero-digital/>

protección integral que impone prevención, abordaje con perspectiva de género y respuesta judicial adecuada frente a agresiones desplegadas mediante TICs.

En ese marco, conductas como el ciberacoso, la difusión no consentida de contenido íntimo, la suplantación de identidad digital o la circulación de mensajes degradantes no solo comprometen la intimidad y la vida privada, sino también la dignidad, la libertad, la integridad y la autodeterminación de la víctima. Por ello, cuando el daño se produce o se expande en entornos digitales, la cuantificación del daño moral no puede agotarse en el padecimiento inicial, sino que debe valorar también la permanencia del contenido lesivo, su capacidad de reproducción masiva, la prolongación del menoscabo en el tiempo y su incidencia sobre la vida social, familiar y laboral de la mujer agredida.

Ello es así porque el agravio digital no se agota en el instante de la publicación, difusión o amenaza, sino que tiende a prolongarse en el tiempo, a expandirse potencialmente sin límites ciertos y a reproducirse en múltiples ámbitos de la vida de la víctima, afectando su intimidad, su identidad, su honra, su vida de relación y su posibilidad de reconstruir vínculos personales, sociales y laborales<sup>52</sup>.

El ciberespacio contrae las distancias y amplifica la circulación del contenido dañoso, de modo que la ofensa puede quedar fijada, persistir y seguir desplegando efectos lesivos mucho después del acto inicial, con una capacidad de revictimización superior a la de muchas agresiones producidas en el espacio físico.

Por ello, cuando el daño se consume o expande mediante plataformas digitales, la reparación del daño moral debe ponderar no solo la entidad intrínseca del hecho, sino también su permanencia, su alcance potencialmente masivo y la afectación continuada que produce sobre la subjetividad y la vida cotidiana de la víctima.

## **XI. Sumarios jurisprudenciales**

### **11.1. CSJN**

1. En Baeza<sup>53</sup>, resuelto en competencia originaria, la Corte admitió el daño moral reclamado por una mujer herida de bala en una estación de subte por la detonación del arma reglamentaria de un policía bonaerense. El Tribunal sostuvo que, en ese caso, el rubro era procedente *in re ipsa*, “por la sola producción del episodio dañoso”, al tratarse

<sup>52</sup> AWAD, C., y GÓMEZ TORRE, R., La responsabilidad civil derivada de daños generados en plataformas digitales en el contexto de violencia de género. Revista Pensamiento Penal Sección Género Vol. 2, núm. 3–2025, págs. 82–99.

<sup>53</sup> CSJN, 12/04/2011, Fallos: 334:376.

de un “episodio traumático teñido de dramatismo” que provocó “inevitables padecimientos y angustias”. En materia de cuantificación, afirmó que debe atenderse al carácter resarcitorio del rubro, a la índole del hecho generador y a la entidad del sufrimiento, precisando que el dolor no puede medirse exactamente y que el dinero opera como medio de compensación o satisfacción sustitutiva; con ese criterio, fijó prudencialmente la suma de \$15.000.

## 11.2. Provincias

Denuncia criminal contra el trabajador. Se confirma la sentencia de grado que consideró procedente la indemnización por “daño moral” derivado del hostigamiento y los malos tratos recibidos por la trabajadora del personal superior de la empresa demandada. El trato degradante que recibió la actora no puede ser admitido, ya que nadie está obligado a soportar ese proceder objetivamente reprochable, que no sólo alteraba la convivencia pacífica y civilizada en un ámbito colectivo, sino que representa un marcado grado de desprecio por la integridad moral de la empleada, respecto de quien pesa una carga de seguridad por parte del empleador, más allá de los deberes éticos que proscriben el maltrato de cualquier persona. Además, la imputación del delito de carácter penal de la que fue sobreseída la accionante, evidencia un repudiable comportamiento por parte de la demandada que a todas luces ha exorbitado los límites dentro de los cuales debió desarrollarse la relación de trabajo, por lo que el pago de la indemnización del art. 245, LCT, no resulta suficiente medida de las consecuencias derivadas de ese exceso<sup>54</sup>.

Violencia laboral - Relación laboral - Situaciones de violencia verbal, emocional, psicológica y física - Gritos, insultos y amenazas del empleador - Daño al proyecto de vida. Un interesante fallo de la Cámara Civil de Dolores enfatizó que la perspectiva de género como un deber convencional y ontológico (Belem do Pará/CEDAW) que obliga a visibilizar asimetrías de poder y evitar la revictimización mediante estereotipos procesales. Respecto al daño, el fallo subsume el "proyecto de vida" dentro de la órbita extrapatrimonial (art. 1738 CCyC), elevando la cuantía al acreditarse que la violencia obstaculizó la realización personal y académica de la víctima. Asimismo, innova al aplicar la función preventiva (art. 1710 CCyC), imponiendo al victimario una medida de capacitación obligatoria en género como reparación no pecuniaria complementaria. Dijo la Cámara en concreto: “... quedaron modificados los planes y proyectos de la

---

<sup>54</sup> Rebecchino, Paola Beatriz vs. Asociación de Beneficencia Hospital Sirio Libanés s. Despido /// CNTrab. Sala IX; 31/10/2025; Rubinzal Online; RC J 1037/26.

reclamante, una mujer de 21 años con aptitudes para llevarlos a cabo, impidiendo u obstruyendo seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y alterando con ello en forma sustancial su desarrollo. El proyecto de la actora era trabajar para, con lo producido por su trabajo de temporada, pagar una matrícula y/o inscribirse en una carrera universitaria, por lo cual su frustración u obstaculización debe coadyuvar a la suma concedida por daño extrapatrimonial en tanto se afectó su proyecto, sus posibilidades de comenzar sus estudios, al truncarse la posibilidad de culminar la temporada de trabajo rentado”<sup>55</sup>.

Reparación de daños y perjuicios por clandestinidad en la registración laboral.

En el actual escenario de recomposición pretoriana tras la reforma legislativa, diversos tribunales del país han convergido en el uso del derecho común para resarcir la clandestinidad laboral. En la Capital Federal, el "leading case" fue la sentencia dictada en los autos "Vasold, Vanesa Soledad c. MPV Construcciones SRL y otros"<sup>56</sup>, donde se fijó una reparación de dieciséis sueldos con base en el Código Civil y Comercial.

En igual sentido, el 19/09/2025, la Oficina de Gestión Asociada del Trabajo N.º 2 de Tucumán, en "Juárez, Eric Maximiliano c. Bocanera Sociedad Anónima y otros s/ cobro de pesos"<sup>57</sup>, estableció una indemnización de diecisiete salarios fundamentada en los arts. 1738 a 1741 del Cód. Civ. y Com.

Por su parte, la Sala I de la 2ª Cámara de San Rafael, Mendoza, en "Almando, Ariadna Orenela c. Morales Eduardo Roberto s/ despido"<sup>58</sup>, cuantificó el daño material de modo equivalente a las cargas sociales omitidas; mientras que en Córdoba, el Tribunal de Conciliación y Trabajo, en los autos "Salazar, Javier Eduardo c. Cufre, Juan José y otro. Procedimiento abreviado Expte. 1.3581.632", utilizó como parámetro para mensurar la reparación el derogado art. 8 de la Ley 24.013, integrando así el vacío dejado por la Ley Bases mediante la analogía resarcitoria.

Violencia de género - Unión convivencial - Daño extrapatrimonial. En mayo de 2017, un hombre agredió físicamente a su conviviente (psicóloga, 67 años), provocándole una luxación de prótesis de cadera con una incapacidad permanente del 10%. Por estos hechos, el agresor fue condenado penalmente. Dijo el Tribunal: “El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes

<sup>55</sup> M. T. M. vs. C. G. F. s. Daños y perjuicios extracontractual /// CCC, Dolores, Buenos Aires; 24/09/2024; Rubinzal Online; RC J 10707/24.

<sup>56</sup> Expte. 8851/2025 del 08/09/2025 (TR LALEY AR/JUR/104218/2025)

<sup>57</sup> TR LALEY AR/JUR/106680/2025.

<sup>58</sup> TR LALEY AR/JUR/104774/2025.

extrapatrimoniales. La dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que resulta posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir -dentro de lo humanamente posible- las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida. En función de tales consideraciones, al ponderar debidamente la naturaleza y el alcance de las afecciones comprobadas en cuanto a la repercusión en la dimensión espiritual de la actora, víctima de hechos de violencia por parte de su conviviente, corresponde confirmar la sentencia de grado en que fijó la suma de 2.000.000 de pesos”<sup>59</sup>.

“...aparece fuera de duda la existencia del daño a las accionantes, frente a la lesión que se desprende de manera directa del accionar ilícito del demandado, que implicó una afectación flagrante a su salud psicofísica, integridad personal y espiritual con clara interferencia en el desarrollo de su diario vivir y proyecto personal... no resulta complejo concluir que el develamiento de los episodios gravísimos contra la integridad sexual de la niña, impactó directamente tanto en ella como en su madre y generó la necesidad de recurrir a ayuda interdisciplinaria para su asistencia, circunstancias confirmadas con la informativa recepcionada en la que el psiquiatra tratante individualizó el abordaje y la medicación prescripta, así como también derivación para asistencia psicológica. Asimismo, resulta imposible sostener que, luego del transcurrir de un extenso proceso investigativo, con intervenciones múltiples de organismos judiciales y extrajudiciales, sujeción a un juicio penal, sobrevivir a las vivencias negativas generadas por quien resultaba referente familiar y cuidador en su rol de progenitor afín, se podría mantener indemne a la niña y no generar consecuencias disvaliosas en su personalidad. En igual sentido se extiende a su madre, quien depositó la confianza de su cuidado en su pareja, que resultó alcanzada por una violencia intrafamiliar de la que fue destinataria nada más y nada menos que su hija y sus amigas, que luego debió intervenir en acciones judiciales, no sólo derivadas del ilícito penal gravísimo condenado, sino también en los procesos específicos de divorcio y liquidación de bienes generados en su consecuencia...”<sup>60</sup>.

### **11.3. Capital Federal**

Daño moral. Personas sin discernimiento.

---

<sup>59</sup> M., S. E. vs. B., A. J. s. Daños y perjuicios /// CNCiv. Sala J; 24/10/2024; Rubinzal Online; RC J 11521/24.

<sup>60</sup> C. N. E. vs. K. J. L. s. Daños y perjuicios /// CCCLM Sala 4, Santa Rosa, La Pampa; 12/03/2025; Rubinzal Online; RC J 4924/25.

La Cámara de Apelaciones en lo Comercial, entendió en un caso, que: "...la doctrina mayoritaria entiende admisible el rubro bajo la idea de que aun las personas carentes de discernimiento, como son los menores de edad, tienen también intereses extrapatrimoniales –como cualquier otro ser humano– y es evidente que, si estos son alterados, pueden pedir reparación en igual medida que una persona plenamente capaz"<sup>61</sup>.

Violencia laboral. Daño moral. Cuantificación conforme el art. 182 de la LCT y el art. 52 de la ley 23.551.

Corresponde elevar sustancialmente el monto fijado en la instancia anterior en concepto de daño moral derivado de la situación de violencia<sup>62</sup> padecida por la actora en tanto la suma reconocida en grado equivale aproximadamente a un salario al momento del distracto y no guarda adecuada proporción con la gravedad de los hechos verificados ni con la entidad de la afectación psíquica<sup>63</sup> constatada pericialmente (Reacción Vivencial Anormal Neurótica con manifestación depresiva, 10% de incapacidad psíquica). Ante la ausencia de parámetros legales tarifados específicos para supuestos de violencia laboral, se considera prudente acudir como pauta orientativa a las indemnizaciones previstas para casos de discriminación presunta (vgr. art. 182 LCT y art. 52 ley 23.551), en tanto los hechos deben analizarse bajo la óptica de los principios de igualdad y no discriminación y conforme los estándares del Convenio 190 OIT, CEDAW y Convención de Belém do Pará. El monto debe fijarse a valores de la fecha del distracto, atendiendo a la gravedad del incumplimiento patronal y a la índole de los derechos fundamentales

---

<sup>61</sup> CNCom., sala D, mayo 17-2022, comentado por el Dr. Pascual ALFERILLO, en: Reflexiones sobre un caso de difícil resolución: daño moral contractual en personas menores de edad, por Pascual Eduardo Alferillo; Cita Digital: ED-MMMDCCCVI-147.

<sup>62</sup> La sentencia bajo análisis recepta de forma operativa el plexo normativo internacional, en particular el Convenio 190 de la OIT (Ley 27.580), definiendo a la violencia y el acoso como un "conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar un daño físico, psicológico, sexual o económico". Bajo este estándar, el tribunal sostiene que la violencia laboral ha ingresado al dominio del ius cogens (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03), vinculando el principio de igualdad y no discriminación con la protección de la integridad psicofísica.

<sup>63</sup> La Cámara fundamenta la dinámica del acoso moral remitiendo a autores clásicos de la materia como Lymann, Heinz (Mobbing. La persecution au travail, Editions Senil, 1993) e Iñaki Piñuel y Zabala (Mobbing. Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo), para explicar que la violencia laboral genera un daño idóneo para activar la responsabilidad de los sujetos responsables incluso cuando no reúna facetas o etapas determinadas. En el caso concreto, el dictamen del Gabinete Pericial de la UBA confirma que el evento tuvo para la víctima entidad de "trauma", definido psicológicamente como un suceso externo e intenso que imposibilita una respuesta adaptativa y provoca efectos patógenos duraderos.

comprometidos<sup>64</sup>, a fin de asegurar una reparación adecuada y razonable del daño extrapatrimonial sufrido<sup>65</sup>.

#### 11.4. Jurisprudencia de Chubut

a) Procedencia y acreditación. Reclamo por diferencias salariales, empleo público.

En un precedente del STJ de Chubut relativo a una relación de empleo público docente, en el que se reclamaban diferencias salariales y reparación por daño moral derivada de una defectuosa liquidación de haberes, el Tribunal sostuvo que el daño moral no procede de modo automático por la sola antijuridicidad estatal. Afirmó que, aun en materia de empleo público, la condena por este rubro depende de la alegación suficiente del perjuicio, de la prueba que lo corrobore y de la prudente valoración judicial de las circunstancias del caso, de modo que no siempre cabe tener por configurado *res ipsa loquitur*. Con ese criterio, rechazó el rubro por falta de acreditación concreta del menoscabo extrapatrimonial y por considerar que la irregularidad verificada no permitía presumir, por sí sola, una lesión indemnizable<sup>66</sup>.

b) Nulidad de designación de empleo público. Falta de presunción de daño moral en la especie.

En otro caso, cuatro abogados que, tras haber ingresado al municipio mediante contratos de locación de obra, fueron designados por concurso en cargos de la asesoría letrada y luego separados por actos administrativos que dejaron sin efecto esos nombramientos, los actores promovieron demanda de nulidad y reclamaron indemnización por daño patrimonial y moral, este último fundado en la alegada

---

<sup>64</sup> El fallo profundiza en la responsabilidad objetiva del empleador ante lo que denomina "organización perversa" o maltrato direccional. Citando las investigaciones de Marie-France Hirigoyen (El acoso en el Trabajo, Editorial Paidós, 1998; El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana, Paidós, 1999), la Alzada describe el hostigamiento institucional como un esquema basado en diversas "tácticas o estrategias dirigenciales lesivas que imponían un esquema laboral perverso en el que el destrato y la hipervigilancia terminaban minando la salud psicofísica de los dependientes". Esta visión se complementa con las conceptualizaciones teóricas de Toselli, Carlos A.; Grassis, Pablo M. y Ferrer, Juan I. (Violencia en las relaciones laborales, Alveroni Ediciones, 2007), entendiendo que la violencia puede manifestarse tanto a través del hostigamiento psicológico como del maltrato organizacional.

<sup>65</sup> Crivelli, Noelia Eliana vs. Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE) s. Cobro de salarios, CNTrab. Sala II; 22/12/2025; Rubinzal Online; RC J 7/26

<sup>66</sup> Sentencia 1 /2024 Organismo: STJ - Secretaría Contencioso Administrativo: "la condena indemnizatoria habrá de depender de la suficiente alegación que del perjuicio formule el reclamante, como de la prueba que lo corrobore. Sumando a ello la prudente valoración judicial, fundada en las particulares circunstancias de la controversia y en la sana crítica"; "no siempre ha de tenerse por configurado *res ipsa loquitur* el agravio moral derivado del cese ilegítimo de una relación de empleo público"; "la comprobación de tal circunstancia no permite presumir el daño moral; pues el perjuicio a esa esfera personal de la accionante no puede reputarse como un efecto necesario de aquella"; "resulta imprescindible que en el proceso sea objetivada la lesión o repercusión negativa sobre aquella esfera vital que invoca...".

frustración de sus carreras administrativas. En primera instancia las demandas fueron rechazadas; luego, la Cámara admitió la indemnización por daño moral sobre la base de presumir que la separación ilegítima del cargo provocaba “intranquilidad y sufrimientos”. Al revisar esa decisión, el Superior Tribunal sostuvo que, aun frente a la ilegitimidad del cese, el daño moral no podía presumirse automáticamente, pues “la condena indemnizatoria habrá de depender de la suficiente alegación que del perjuicio formule el reclamante, como de la prueba que lo corrobore”, y concluyó que los actores no habían alegado ni demostrado concretamente el menoscabo invocado, por lo que la Cámara debió rechazar esa pretensión<sup>67</sup>.

c) Daño moral y contrato de trabajo.

El reclamo de un resarcimiento basado en un daño moral debe analizarse desde dos perspectivas claramente definidas: a) el plano contractual y b) el extracontractual. Con relación al primer aspecto, en el ámbito del contrato de trabajo todo daño moral se encuentra normalmente incluido en el concepto de injuria laboral, y desde esa perspectiva el resarcimiento tarifado resulta omnicomprensivo de todos los daños que sufre el trabajador como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo sin justa causa. En cambio, desde el punto de vista extracontractual, resultaría procedente este rubro, en forma autónoma, en los supuestos en que el hecho determinante del daño fuese el accionar doloso del empleador, debiendo aplicarse esta interpretación con carácter restrictivo. Vale decir, que la indemnización por daño moral sólo resultaría procedente en aquellos casos excepcionales en que el despido vaya acompañado de una conducta adicional del empleador que resulte civilmente resarcible aún en ausencia de un vínculo contractual<sup>68</sup>.

En otro caso, la Cámara de Apelaciones de Trelew, explicó su procedencia ante determinados supuestos, en un caso en el que se tuvo por acreditado en una relación de trabajo el hostigamiento y discriminación: “...aunque el daño moral ocasionado con motivo de la extinción de la relación laboral “más común” resulta ser el extracontractual, dependiendo de la forma en que se produzca la acción dañosa, puede ubicarse también “dentro del contrato” (acción dañosa derivada del incumplimiento contractual), como

<sup>67</sup> Dijo el STJ, Sentencia N° 116 /2017, que: “...Claramente un cese ilegítimo no tiene equivalencia con los casos en que para determinar la indemnización de daños y perjuicios, la existencia del daño se tiene por acreditada con el solo hecho de la acción antijurídica y por la titularidad del accionante. Por ejemplo, cuando la reclaman determinados familiares de la víctima de un homicidio, por dar un claro ejemplo. En este supuesto se alude a extremos fácticos que, por su incontestable gravedad, permiten asumir que el solo hecho del obrar antijurídico -y como su directa consecuencia- acredita el daño moral. La prueba del perjuicio se desprende del hecho mismo, *in re ipsa*. Igualmente se analizan las circunstancias personales de quien dice ser damnificado.”

<sup>68</sup> Voto del Dr. FIORDELISI, Sentencia N° 47/2020- CAPM.

puede ser un daño intencional o por acoso, y así justificar también una reparación distinta a la tarifada. Es que debe repararse en que el daño moral puede producirse antes del despido, por ejemplo, ante el acoso sexual que además de justificar el despido indirecto genera una responsabilidad extracontractual. Este daño resultará resarcible en la medida en que exista o medie una actividad concreta de quien pretende su reparación y se acrediten ciertos requisitos: 1) En cuanto a su existencia, debe ser cierto, debe ser actual y subsistir al momento de su computo; 2) debe ser propio de quien lo solicita, es decir debe afectar un interés legítimo; 3) el trabajador debe invocar y probar el hecho imputable al empleador, aunque puede estar relevado de demostrar dolo o culpa en el ofensor sólo en ciertas y limitadas circunstancias. Por ejemplo, ante el trato discriminatorio que justifica la procedencia de la reparación del daño moral aun cuando no se acredite que medió dolo, culpa, negligencia o ligereza por parte del empleador. Finalmente, si se demuestra el hecho, la determinación de su entidad –por ser una facultad judicial– no requiere prueba alguna, debe señalarse el daño extrapatrimonial, su nexo causal con el hecho imputable al empleador y justificar la razón por la que no se encuentra reparada por la tarifa indemnizatoria del art. 245 LCT” –el resaltado me pertenece-<sup>69</sup>.

En un caso de hostigamiento y discriminación, decidió la Cámara de Trelew confirmar el fallo de Primera Instancia y, en consecuencia, avalar que se cuantifique en los términos del art. 182 de la LCT: “... En consecuencia, he de considerar –al igual que la magistrada de grado– que dado que se encuentra debidamente probado el hostigamiento, discriminación y la omisión por parte del empleador en garantizar las condiciones dignas y equitativas de labor y que esto comprende naturalmente el derecho a no ser acosado laboralmente (art. 14 bis, CN), resulta adecuada la aplicación analógica de la indemnización del art. 182 LCT, dado que la misma se trata de una indemnización especial agravada en razón de la discriminación”.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> CATw, Sala B. Sentencia 44/2023. Voto del Dr. DE CUNTO.

<sup>70</sup> CATw, Sala B, Sentencia 44/2023. Debo aclarar que los hechos juzgados ocurrieron previo a la incorporación del art. 245bis de la LCT, que prevé una forma específica de cuantificar el daño por discriminación, dice la norma al respecto: “... indemnización por antigüedad del régimen especial aplicable al caso. Según la gravedad de los hechos, los jueces podrán incrementar esta indemnización hasta el cien por ciento (100%), conforme los parámetros referidos anteriormente. La indemnización prevista en el presente artículo no será acumulable con ningún otro régimen especial que establezca agravamientos indemnizatorios” (Ley N° 27.742 B.O. 8/7/2024).

La Cámara de Trelew confirmó<sup>71</sup> un fallo del Juzgado Laboral n° 2<sup>72</sup> de dicha localidad, que condenó en un caso de despido discriminatorio de una mujer bombera quién era sometida a hostigamientos con motivo de su género, en el año 2023 al pago de: “...En cuanto al daño moral, entiendo que el sufrimiento y la angustia dela actora por los padecimientos soportados en su actividad como bombera, sumado a la incertidumbre laboral fueron importantes por lo que fijo a la indemnización por dicho rubro en la suma de \$5.000.000 calculados a la fecha.”

d) Daño moral y contratos de consumo.

En un caso de un incumplimiento del contrato de seguro automotor, la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn sostuvo, que: “...en el derecho del consumo el incumplimiento siempre genera daño moral porque es un hecho notorio en cuanto a que lesiona los sentimientos y afectos del consumidor o usuario que ha aportado sus horas de trabajo (como unidad productiva) para alcanzar la tasa de satisfacción por el acceso a bienes y servicios y la confianza depositada en las empresas proveedoras, generando la frustración del fin de consumo o ser usuario, por lo cual el daño moral no necesita prueba de su existencia, sí de su intensidad...”<sup>73</sup>.

En un caso de incumplimiento de contrato en el que fue demandada una administradora de planes de ahorro, siendo el objeto del contrato un automotor, la Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A, entendiendo que correspondía revocar parcialmente la sentencia rechazando el daño moral reclamado por el actor por ausencia de prueba del menoscabo. Dijo: “...En la órbita contractual el daño moral no se presume. Por el contrario, quien lo invoca debe alegar y probar los hechos que determinaron su existencia, toda vez que el mero incumplimiento no basta para admitir su procedencia (...) la actora no presentó pruebas que demuestren el daño moral alegado. Como

---

<sup>71</sup> CATw, Sala A, Sentencia 16 /2024. La Dra. SPOTURNO, expuso: “... considero acreditado el contexto discriminatorio denunciado por la trabajadora en su demanda. Es evidente que existe un trato desigual del personal femenino en comparación con el masculino. En efecto, tanto los testigos de la parte actora como los ofrecidos por la demandada dieron cuenta que, en el cuartel de bomberos, aparte de las secretarias que no son bomberas, solo unas pocas mujeres estaban rentadas (al menos al momento del despido de V.) y por una jornada reducida en comparación a los varones quienes se desempeñaron durante jornada completa de 8 horas diarias. Ello, incluso, surge del relato efectuado por la demandada en su escrito inicial cuando, al referir que a partir del dictado de la Ordenanza Municipal N° 120009 del 25/09/2014 procedió a registrar la relación laboral de personal becado quedando el plantel rentado conformado con el listado plasmado en ese escrito (h. 30, contestación de demanda). De la simple lectura de la nómina de empleados de la Asociación surge que al día 13/02/2015, de los 18 empleados allí incorporados, solo 3 eran mujeres (la actora, A A M y G. M N) contratadas por jornada reducida, mientras que los 15 empleados restantes eran todos varones, 13 contratados por jornada completa y 2 por cuatro horas”.

<sup>72</sup> JLabTw N° 2, Sentencia 74 /2023.

<sup>73</sup> CAPM, Sentencia 24/2023. Voto del Dr. HANSEN.

mencioné anteriormente, para que proceda un reclamo por daño moral, es necesario probar de manera convincente el sufrimiento emocional y psicológico, así como su conexión directa con la conducta de la demandada. En este caso, la actora no proporcionó pruebas objetivas o testimonios que respalden sus alegaciones sobre su frustración, detrimento espiritual y psicológico. El reclamo en cuestión se enfoca principalmente en el incumplimiento contractual y el retraso en la resolución del problema, particularmente, por el pago del seguro que equivale al doble de los valores del mercado, rubro que la jueza de primera instancia rechazó por falta de acreditación” (sic)<sup>74</sup>.

e) Cuantificación de daño moral.

La C.A.P.M, mediante un interesante voto del Dr. Guillermo HANSEN, refiriéndose sobre conforme qué criterio se debe cuantificar el daño moral (según el tipo de perjuicio, o también considerando el caso concreto como pauta cierta), dijo que: “...La ponderación de esta última cuestión transita no solo por lo que pueda pretender el damnificado como compensación, sino también por los propios parámetros que el magistrado pondere fundadamente a la hora de dictar sentencia. Ello conduce a que la determinación de los bienes y servicios idóneos para proporcionar una satisfacción compensatoria y sustitutiva para la víctima deban ser calibrados, en principio, es de la perspectiva de una condición patrimonial media, con prescindencia de la que tenga aquella...considero que el juez deberá ponderar en términos de razonabilidad tales satisfacciones atendiendo al caso concreto. Quizás un primer paso en su razonamiento deba ser calibrar la cuestión a la luz de estándares propios de causalidad adecuada, ponderando aquello que podría suceder conforme al curso normal y ordinario de las cosas para la mitigación del padecimiento espiritual. Y, a partir de ese primer enfoque, “ajustar” fundadamente el razonamiento y la conclusión indemnizatoria (en más o en menos) en función de las particularidades específicas que el caso presenta...”<sup>75</sup>.

En el marco de una relación de consumo, se demandó al concesionario y al fabricante por defectos de fabricación y reiterados ingresos a los talleres encargados de ejecutar la garantía legal, la C.A.T, Sala “B”, a la hora de cuantificar el daño moral expuso: “...la sentenciante a quo tuvo en cuenta la pauta de las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas en concepto de resarcimiento de daño moral, de acuerdo a lo establecido en el art. 1741 del CCCN. Y en cuanto a los placeres compensatorios señaló que se ha mencionado la asignación de una

<sup>74</sup> CATw, Sala A, Sentencia 26/2024.

<sup>75</sup> CAPM, Sentencia 45/2022.

suma que permita al damnificado realizar un viaje de placer (ver sentencia a fs. 290 vta., último párrafo/291). Es así que consideró el valor de un viaje para la actora y un acompañante de cinco días de duración a Salta, lo cual se trata de un destino turístico nacional frecuente, dadas las bellezas naturales y de patrimonio arquitectónico que presenta dicha provincia. Es así que habiendo detallado minuciosamente el costo de dicho viaje (ver sentencia fs. 291), y no tratándose de un viaje al exterior ni tampoco de todo un grupo familiar, encuentro razonable el parámetro utilizado. Es más, se trata de un destino que bien pudo haber tenido en miras la accionante con la adquisición del rodado nuevo que presentó los defectos de fabricación, por lo cual guarda relación con la causa del perjuicio...”<sup>76</sup>.

En un reciente caso<sup>77</sup>, la Cámara de Puerto Madryn entendió que correspondía confirmar la condena a pagar el daño moral a un damnificado por un accidente de tránsito del que derivó una afectación a su integridad psicofísica representativa del 25% de incapacidad. Expuso: “...la parte apelante al momento de incoar demanda dejó sentado que a los fines de la cuantificación del mentado rubro se tuviera en cuenta el valor de un viaje a Orlando para él y su madre con todo pago, conforme valores vigentes al momento de la sentencia. Plantea en su escrito recursivo la quejosa que el monto determinado por la magistrada resulta insuficiente y carece de fundamento...Sin perjuicio de que la parte apelante no demuestra en qué medida resulta insuficiente el monto otorgado por la sentenciante. Surge que a la fecha del presente voto, el costo de un viaje para 2 personas con pasajes, traslados, ingreso a parques temáticos y estadía de una página reconocida de viajes rondaría los \$6.647.824 ... Lo expuesto deja sin sustento la crítica, toda vez que reitero, no ha demostrado la recurrente en el memorial en qué medida el monto otorgado resulta insuficiente, ello sumado al costo actual que surge de una página reconocida de viajes, donde un paquete de las características solicitadas por el actor, rondaría en un monto menor al otorgado por la magistrada de grado, es que entiendo que el agravio no puede prosperar...” (sic).

f) Daño moral y daño psíquico.

En el régimen legal vigente, el daño psicológico debe evaluarse en las esferas patrimonial y extra-patrimonial. No se trata de un *"tertium genus"* que exceda la clasificación bifronte de los daños. Cuando el daño psicológico genera una incapacidad o demanda gastos de terapia, se indemniza como daño material en proporción a la

<sup>76</sup> CATw, Sala B, Sentencia 26 /2024.

<sup>77</sup> CAPM, Sentencia 9 /2026. Voto del Dr. JALIL.

incapacidad y al costo de la terapia. Si genera daño moral, se indemniza como tal... Por otro lado, el daño psicológico también puede incluirse dentro del daño moral cuando la patología psicológica produce una perturbación transitoria o permanente del equilibrio espiritual preexistente de la víctima. Este daño debe ser valorado como un factor que intensifica el perjuicio moral y puede llevar a dimensionar en un monto mayor la indemnización correspondiente<sup>78</sup>.

g) Daño moral. Ámbitos. Daño al proyecto de vida.

“...el daño al proyecto de vida no puede constituirse en una categoría autónoma de daño, sino que el mismo debe sersubsumible en una de las dos categoría de daño previstas, ya sea en la órbita patrimonial o en la extrapatrimonial y dentro del rubro daño moral...”

“...el daño moral comprende todas las repercusiones no patrimoniales, algunas de las que el artículo 1738 del CCCN enumera enunciativamente: los derechos personalismos de la víctima, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y la interferencia de su proyecto de vida o plan existencial vital de la persona. Se trata, en definitiva, de las amplias derivaciones de la lesión de los derechos personalísimos o de la personalidad cuando se afecta la plenitud de la vida, su dignidad (como lo prevén los arts. 51, 52 y ccdds.) o la vida privada (como dice el art. 1770 CCCN), la integridad corporal o incolumnidad psicofísica, la intimidad, el honor, etcétera”

“...la frustración del proyecto de vida es una categoría útil para determinar el monto del daño moral, ya que implica cambios drásticos en el curso de la vida que alteran los planes y proyectos de una persona. Por eso, el daño al proyecto de vida agrava el perjuicio moral al afectar la integridad espiritual de la persona, siendo que este menoscabo no debe restringirse solo a sufrimientos, sino también a desequilibrios existenciales. Un ejemplo de esto es el "truncamiento del destino vital" de una adolescente con secuelas físicas que limitan su actividad futura, afectando su proyecto de vida. En resumen, se dice que el daño al proyecto de vida forma parte del daño moral, ya que ambos comprenden repercusiones no patrimoniales que afectan profundamente la vida de la persona. Estos daños deben ser considerados y resarcidos adecuadamente en función de su impacto en la existencia y dignidad del individuo...”<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> CATw, Sala B, Sentencia 17 /2024.

<sup>79</sup> CATw, Sala B, Sentencia 17 /2024.

“El daño moral puede estar compuesto incluso de aspectos extrapatrimoniales que emerjan de los denominados “rubros patrimoniales” comúnmente conocidos como incapacidad psicofísica (transitoria o permanente), daño al proyecto de vida, daño a la vida en relación, entre otros. Lo importante en este aspecto en definitiva, amén de las categorías conceptuales, es determinar si ese perjuicio fue correctamente referido por la víctima en la demanda”<sup>80</sup>.

### 11.5. Corte Interamericana de Derechos Humanos

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el daño extrapatrimonial o moral —habitualmente designado como daño inmaterial— comprende los sufrimientos y aflicciones causados por la violación de derechos, el menoscabo de valores significativos para la persona y las alteraciones no pecuniarias en sus condiciones de existencia. Precisamente porque este tipo de lesión no admite una equivalencia económica exacta, la Corte ha reiterado que su reparación suele fijarse en equidad y complementarse con otras medidas de satisfacción, restitución, rehabilitación y garantías de no repetición.

Un precedente clásico es “Loayza Tamayo vs. Perú”<sup>81</sup>, donde la Corte examinó la detención ilegal, la incomunicación, la tortura y los tratos crueles sufridos por la víctima. En la etapa de reparaciones, el Tribunal vinculó el daño inmaterial no solo con el sufrimiento padecido, sino también con la afectación del proyecto de vida, categoría que utilizó para describir la alteración grave del curso vital y de las posibilidades de realización personal de la víctima. En ese caso, además de las indemnizaciones pecuniarias, la Corte ordenó medidas restitutorias, entre ellas el restablecimiento de la libertad y la preservación de derechos laborales y previsionales, mostrando así que la reparación del daño inmaterial no se agota en la mera compensación dineraria.

En “Bulacio vs. Argentina”<sup>82</sup>, la Corte abordó la detención arbitraria, los malos tratos y la muerte de Walter David Bulacio. Al fijar las reparaciones, señaló el sufrimiento experimentado por la víctima y la profunda angustia de sus familiares, agravada por la impunidad y la falta de respuesta estatal efectiva. Sobre esa base, fijó en equidad una indemnización total por daño inmaterial de USD210.000, distribuida entre la víctima y

<sup>80</sup> CATw, Sala B, Sentencia 17 /2024.

<sup>81</sup> CIDH, Caso Loayza Tamayo, Excepciones preliminares, sentencia de 31 de enero de 1996. Serie C, núm. 25.

<sup>82</sup> Caso Bulacio Vs. Argentina Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas)

sus familiares, y la complementó con medidas no pecuniarias, tales como la obligación estatal de adecuar el ordenamiento interno, publicar la sentencia y adoptar medidas para evitar la repetición de hechos semejantes.

Otro precedente especialmente relevante es “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”<sup>83</sup>, referido a la violencia sexual sufrida por una niña y a la posterior revictimización institucional durante la investigación y el proceso penal. La Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a la integridad personal, a la vida privada y familiar, a las garantías judiciales y a la protección judicial, en conexión con obligaciones reforzadas de protección de niñas, niños y adolescentes y con la Convención de Belém do Pará. En este tipo de casos, la motivación reparatoria del daño inmaterial se apoya en los sufrimientos y aflicciones padecidos, en la alteración de la vida familiar y en la necesidad de prevenir nuevas revictimizaciones, por lo que la reparación incluye no solo compensación económica, sino también atención psicológica, capacitación, adecuación institucional y otras garantías de no repetición.

Finalmente, en Pueblo Indígena “Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”<sup>84</sup>, la Corte proyectó el daño inmaterial a una dimensión comunitaria, vinculándolo con la afectación del territorio ancestral, de la identidad cultural y de la vida espiritual del pueblo indígena. El Tribunal entendió que la incursión inconsulta en el territorio y la colocación de explosivos lesionaron gravemente el vínculo material y espiritual del pueblo Sarayaku con su hábitat. Por ello ordenó, entre otras medidas, una indemnización de USD 1.250.000 por daño inmaterial a favor del pueblo, a ser entregada a su organización representativa, además de un acto público de reconocimiento, la remoción de explosivos y la implementación de medidas orientadas a garantizar la consulta previa. Este caso demuestra que, para la Corte, el daño inmaterial puede comprender también afectaciones a la identidad, la cosmovisión y la vida comunitaria cuando se trata de pueblos indígenas.

En “Furlan y familiares vs. Argentina”<sup>85</sup>, la Corte Interamericana entendió que el daño extrapatrimonial o inmaterial comprende no solo los sufrimientos y aflicciones derivados del hecho lesivo, sino también las alteraciones no pecuniarias producidas por la falta de tutela judicial efectiva<sup>86</sup>. En ese precedente, el Tribunal valoró que la excesiva

---

<sup>83</sup> Caso V.r.p., v.p.c. y otros vs. Nicaragua resumen oficial emitido por la corte interamericana de la sentencia de 8 de marzo de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

<sup>84</sup> CIDH, Pueblo indígena kichwa de sarayaku vs. Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones).

<sup>85</sup> CIDH, sentencia de 31 de agosto de 2012, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

<sup>86</sup> Entendió el Tribunal que produjo alteraciones no pecuniarias concretas, agravó de modo irreversible la calidad de vida de la víctima, profundizó su situación de vulnerabilidad como persona con discapacidad y

duración del proceso civil y la ineficacia en la ejecución de la sentencia agravaron de modo irreversible la situación de vulnerabilidad de Sebastián Furlan, al frustrar oportunamente el acceso a tratamientos y rehabilitación adecuados. El caso resulta relevante porque muestra que el daño moral no se agota en el padecimiento subjetivo inmediato, sino que puede intensificarse cuando la respuesta estatal tardía o deficiente prolonga y profundiza el menoscabo sufrido por la víctima.

En el reciente “Iglesias y otros vs. Argentina”<sup>87</sup>, la Corte Interamericana reconoció reparación por daño inmaterial a favor de los padres de la niña fallecida y la complementó con medidas de satisfacción, entre ellas un acto público de reconocimiento de responsabilidad y la creación de un espacio memorial. El caso evidencia que, en supuestos de muerte, impunidad y falta de tutela judicial efectiva, la reparación extrapatrimonial no se agota en la compensación pecuniaria, sino que puede proyectarse también sobre medidas simbólicas y de memoria.

De este breve recorrido surgen tres ideas de particular importancia.

En primer lugar, la Corte Interamericana maneja una noción amplia de daño extrapatrimonial, que excede el dolor subjetivo e incluye afectaciones a la dignidad, al proyecto de vida, a la vida familiar y a la identidad cultural.

En segundo término, la cuantificación es realizada por equidad, precisamente porque no existe equivalencia estricta entre el sufrimiento y el dinero.

Y, por último, la respuesta reparatoria debe ser integral y amplia, la indemnización pecuniaria se combina de modo constante con medidas de satisfacción, restitución, rehabilitación y garantías de no repetición.

## **XII. Conclusiones**

La reparación de las consecuencias extrapatrimoniales exige hoy un tratamiento técnicamente más riguroso que el que durante años predominó en la práctica judicial, muchas veces apoyado más en la invocación genérica de la prudencia que en una fundamentación suficientemente desarrollada.

El daño moral no debe ser entendido únicamente como dolor o angustia, sino como lesión a la dignidad, a la integridad psicofísica, a la autonomía, a la vida de relación y al

---

prolongó el padecimiento personal y familiar al frustrar durante años el acceso oportuno a tratamientos de rehabilitación. El caso demuestra, así, que la demora y la ineficacia judicial pueden constituir por sí mismas un factor de intensificación del daño extrapatrimonial.

<sup>87</sup> CIDH, caso “Iglesias y otros vs. Argentina”, sentencia de 26 de noviembre de 2025 (Fondo, Reparaciones y Costas). Ver en: [https://www.corteidh.or.cr/casos\\_sentencias.cfm](https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm).

proyecto de vida. Esa precisión no es solo conceptual ya que permite delimitar mejor el objeto del resarcimiento, evita reduccionismos y fortalece la motivación de las decisiones judiciales.

La cuantificación, por su parte, no puede quedar librada a fórmulas vacías de prudencia. El art. 1741 del CCyC contiene una directiva concreta, el monto indemnizatorio debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que la suma reconocida puede procurar. De ello se sigue que la sentencia debe exteriorizar por qué el importe fijado es apto para mitigar razonablemente el menoscabo acreditado.

No basta con afirmar que se ponderaron las circunstancias del caso; es necesario vincular la entidad de la lesión con la aptitud compensatoria de la suma, el valor real del dinero al tiempo de sentenciar y, en su caso, con parámetros comparables que permitan controlar la razonabilidad de la decisión.

La jurisprudencia de Chubut viene rechazando dos extremos igualmente incorrectos: el automatismo resarcitorio y la arbitrariedad al cuantificar. Dicho de otro modo, el daño moral no se presume siempre, pero tampoco se lo reduce a un estándar probatorio imposible; y que, una vez admitido, la cuantificación debe ser controlable, actual y ligada a satisfacciones identificables. Debemos apuntar a: 1) una base fáctica suficiente, 2) inferencia debidamente explicada y 3) cuantificación motivada y fundada, trazable<sup>88</sup> y razonablemente fundada.

En materia probatoria, tampoco son admisibles soluciones automáticas. El daño moral no es siempre *in re ipsa*, pero tampoco exige invariablemente prueba directa. Su acreditación depende de la naturaleza del hecho y de su aptitud para provocar, según el curso ordinario de las cosas, una lesión extrapatrimonial relevante.

Cuando esa aptitud surge de modo manifiesto, las máximas de experiencia permiten inferir el perjuicio; cuando no, corresponde exigir alegación y prueba suficientes. Esta pauta explica razonablemente la jurisprudencia de Chubut, donde el Superior Tribunal rechaza automatismos en supuestos de empleo público y responsabilidad estatal, mientras que las cámaras admiten inferencias más intensas en casos de hostigamiento, discriminación, violencia y afectación de derechos personalísimos.

En esa línea, los fallos que toman como referencia viajes, actividades o bienes determinados ofrecen un modelo argumentativo más controlable y más apto para consolidar una doctrina judicial consistente. Sin embargo, siempre resulta útil ser claro

---

<sup>88</sup> Debe ser pasible de revisión, facilitándose los agravios de las partes en caso de disconformidad con la forma en que se estimó el quantum del daño.

en relación a la entidad del hecho antijurídico, la situación de la víctima y el menoscabo producido, y la información aportada en el caso relevante para determinar la pauta de cuantificación elegida.

En entornos digitales, la permanencia del contenido, su reproducción potencialmente ilimitada y su incidencia continua sobre la vida relacional de la víctima son factores autónomos de cuantificación del daño moral.

Finalmente, este estándar debe aplicarse con especial intensidad en supuestos de violencia de género —en particular, violencia digital— y en aquellos casos en que se encuentran comprometidos de modo directo la dignidad y el proyecto de vida. En tales hipótesis, el menoscabo extrapatrimonial no puede ser minimizado ni tratado como un rubro accesorio. La agresión afecta de manera directa la libertad, la autonomía, la intimidad y la inserción social de la víctima; y, cuando se despliega en entornos digitales, se agrava por la permanencia del contenido, su reproducción potencialmente masiva y la prolongación de sus efectos.

*El control de convencionalidad a 20 años del Caso Almonacid Arellano de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Análisis sobre su impacto y los debates que se vienen en un escenario regional complejo)*

*\*Por Cecilia I. Vallejos*

## **I. Introducción**

El objetivo del presente trabajo es reflexionar sobre el impacto y el futuro de un instituto que nació de forma pretoriana en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el control de convencionalidad.

Como suele suceder con las creaciones jurisprudenciales, estas suelen ir evolucionando o modificándose conforme se aplican a los casos; sin embargo, como también sucede con conceptos de contenido amplio, suele echarse mano de ellos incluso para desvirtuar el cometido inicial. Es así como resulta necesario volver a analizar y recordar cómo surge este control y cómo ha evolucionado hasta ser considerado una verdadera herramienta de interpretación, y no como un instrumento vacío al que, dependiendo del escenario, puedo darle una u otra función.

El constitucionalismo actual sufre múltiples y variadas críticas, una de ellas vinculada al llamado neoconstitucionalismo, al que suelen atacar por emplear, sin demasiada técnica, principios provenientes de los derechos humanos. Otra crítica que también se lanza es sobre la erosión de la noción de soberanía, al observar cómo, sin demasiada reflexión, se emplean no solamente normas provenientes de organismos internacionales de derechos humanos, sino también cómo se aplican como si fueran fuentes formales del derecho, sentencias o documentos que no tienen ese fin, sino por el contrario, el de dar herramientas hermenéuticas que el juez intérprete debe considerar en el armado de su argumentación.

Hace 20 años, la Corte Interamericana dictó sentencia en el “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”<sup>1</sup>, en la que se consolida el control de convencionalidad que luego se desarrollaría en los años siguientes.

Hoy es un buen momento para visitar dicha sentencia y analizar el estado actual y el futuro del control de convencionalidad, así como lo hubiera pensado, con sus idas y venidas, el gran maestro Sergio García Ramírez<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> CIDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154.

<sup>2</sup> (1938-2024), fue un destacado jurista mexicano, expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y profesor emérito de la Facultad de Derecho de la UNAM.

## II. Sobre el origen del control de convencionalidad

La primera vez que la Corte IDH mencionó el control de convencionalidad fue en el caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala” de 2003, en el voto concurrente de García Ramírez al analizar los alcances de la responsabilidad internacional del Estado y de las atribuciones de la propia Corte. En dicho voto, se señalará que el Estado debe presentarse ante dicha jurisdicción como un todo, sin posibilidad de alegar la división de poderes prevista en la organización interna del poder público. Señalará que la responsabilidad estatal engloba al Estado en su conjunto, no existiendo, dentro del armazón interno de cada país, esferas que se encuentren fuera de este régimen convencional de responsabilidad, “dejando sus actuaciones fuera del control de convencionalidad” que conlleva la jurisdicción de la Corte Internacional<sup>3</sup>.

En esas palabras de García Ramírez ya empieza a marcar un aspecto central del control, y es que la responsabilidad y, por ende, el deber de adecuar las actuaciones a las normas de la Convención Interamericana de Derechos Humanos no reconoce divisiones internas de funciones o jurisdicciones, porque, como señala en su voto, el Estado es uno, una unidad que se comprometió, conforme a lo previsto en el artículo 62.1 de la CADH, a reconocer la competencia de la Corte IDH “en todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”.

En 2004, García Ramírez continuará elaborando este concepto en el caso “Tibi vs. Ecuador”: en su voto, realiza un paralelismo entre la Corte y los tribunales constitucionales, al remarcar que, mientras que en los tribunales internos se analizan los casos conforme a las normas y principios constitucionales de cada Estado, la Corte realiza lo suyo, pero conforme a los tratados en los que funda su competencia contenciosa. En otras palabras, establece un paralelismo entre el control de constitucionalidad que ejercen los jueces internos y el control de convencionalidad que ejerce la Corte sobre dichos actos. En sus palabras, reconoce que “[a] través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público —y, eventualmente, de otros agentes sociales— al orden que entraña el Estado de derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad

---

<sup>3</sup> CIDH, “Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas”, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, párr. 27, del Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez.

al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados parte en ejercicio de su soberanía”<sup>4</sup>.

En este voto, se avizora una diferencia con el primer fallo mencionado, porque aquí ya no solamente toda actuación se ha de adecuar a la responsabilidad asumida por cada Estado al ratificar la CADH y someterse a la jurisdicción convencional, sino que, al haber paralelizado el control de convencionalidad con el de constitucionalidad, obliga a que cada actuación y cada decisión sean contrastadas y analizadas conforme al orden internacional de derechos humanos, a través del texto convencional y las decisiones arribadas por dicho órgano.

El 1 de febrero de 2006, en su voto razonado, García Ramírez, en el caso “López Álvarez vs. Honduras”, retoma la idea de la función de verificación de la “compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención”<sup>5</sup>, identificando a la Corte como el órgano que ejerce el control de convencionalidad. Este será el último caso en el que la mención del control de convencionalidad se emplee en solitario en un voto. Pero estos tres casos sirvieron para allanar el camino para que, finalmente, la Corte, en su mayoría, terminara empleándolo en el “Caso Almonacid Arellano vs. Chile”, en 2006, sentencia en la que empieza a consolidarse este instituto.

### **III. El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

#### **3.1. Etapa de sustentación del control de convencionalidad. Quiénes deben realizarlo y las fuentes aplicables**

Luego de estos tres casos en los que el concepto aparece como elemento de interpretación de un solo juez de la Corte, en el “Caso Almonacid Arellano vs. Chile” empieza a cimentarse como doctrina propia la que delimitará los alcances interpretativos de la CADH que haría la Corte IDH.

La Corte va a establecer que, al haber ratificado los tratados internacionales, como es el caso de la CADH, los jueces nacionales están sometidos a ella, “lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos

---

<sup>4</sup> CIDH, “Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114, Párr. 3 del Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez.

<sup>5</sup> CIDH, “Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas”, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141, Párr. 30 del Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez.

jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”<sup>6</sup>.

Así surge una idea de control *ex officio* a cargo de los jueces, conforme a normas que no superarían el control de correspondencia con la CADH y con la interpretación que de ella ha hecho la Corte. En otras palabras, esa especie de control no debería ponderar únicamente el texto de la Convención, sino que debería tener en cuenta lo expresado por la Corte en torno al sentido y alcances de aquella, ampliando así el universo de normas y pautas que el juez debiera conocer al momento de resolver el caso.

Ya aquí empieza a vislumbrarse un inconveniente, pues el conocimiento del juez no se limitaría a las normas nacionales y a los tratados ratificados por el Estado al que pertenece, sino que, además, debería conocer los estándares de interpretación de la Corte IDH para realizar esa “especie de control de convencionalidad”. Este aspecto ha suscitado debates y críticas, pues, *a priori*, se pueden mencionar dos (de entre muchos) puntos que presentan dificultades: primero, la Corte manda a todos los jueces nacionales a realizar este tipo de control de convencionalidad, pero ¿qué sucede con los países que tienen control concentrado de constitucionalidad? Y otro no menos problemático: ¿a qué se sometieron los Estados al ratificar la CADH y aceptar la jurisdicción de la Corte IDH? ¿Puede esta ampliar y exigir el cumplimiento de estándares que no estarían respaldados por normas formales de derecho internacional? Como se advierte, estos son algunos de los interrogantes que surgieron y persisten al día de hoy sobre el control de convencionalidad. Pero sigamos con nuestro repaso de la evolución jurisprudencial de este instituto.

Ese mismo año, en noviembre, dicta sentencia en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú” y ordena que el Poder Judicial realice, de oficio, el control de convencionalidad<sup>7</sup>. En su voto razonado, el Juez Cançado Trindade reflexiona en torno a que este control debe ser ejercido conjuntamente con el de constitucionalidad,

---

<sup>6</sup> CIDH, “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile...Párr. 124. Ver también en Corte IDH. “Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas”, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, Párr. 173.

<sup>7</sup> CIDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C No. 158, párr. 128.

entendiendo que los ordenamientos jurídicos, tanto nacionales como internacionales, se encuentran en constante interacción, por ello, al analizar el caso de los trabajadores cesados del Congreso, así como en determinadas circunstancias, el “conjunto de recursos internos puede también conllevar a una denegación de justicia”<sup>8</sup>, y allí donde radicaría esa necesaria evaluación, aún de oficio, de la convencionalidad de las normas y decisiones adoptadas.

Es más, en 2008, en el “Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá”, al interpretar el artículo 2 de la CADH, que establece que “se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”, dicha adecuación debe realizarse de dos maneras: Una, con la supresión de normas y prácticas contrarias a la Convención; y otra, la sanción de normas adecuadas al texto y a los principios de la CADH. Recae, por lo tanto, en los hombros de quien juzga ser guardián de ese *effet utile* de los tratados internacionales<sup>9</sup>.

Un último caso que podría mencionarse en esta primera etapa de consolidación de las bases del control de convencionalidad es el “Caso Radilla Pacheco vs. México”. En esta ocasión no solo reiteran los estándares ya elaborados en los casos anteriormente citados, sino que también afirman que el deber de aplicar no solo las normas de la Convención, sino también la interpretación que hace de ella la Corte, no es exclusivo de los jueces del Poder Judicial, sino que también incumbe a la jurisdicción militar<sup>10</sup>. Ampliando así el campo de aplicación no solo de las normas convencionales, sino que comprende, además, el impacto de las interpretaciones mediante el control de convencionalidad.

### 3.2. Etapa de expansión

Esta etapa toma el impulso del caso Radilla Pacheco para ampliar el universo de sujetos obligados a realizar el control de convencionalidad; también se observa que la propia Corte empieza a entender en causas que no necesariamente se vinculan a violaciones masivas de derechos humanos ni a delitos de lesa humanidad.

---

<sup>8</sup> CIDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso...”, párr. 3 del Voto razonado del Juez Cançado Trindade.

<sup>9</sup> CIDH, “Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C No. 186, párr. 180.

<sup>10</sup> CIDH, “Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209, párr. 339 y 340.

Como primera sentencia a citar en esta etapa, está la del “Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay” de 2010. En esta oportunidad, la Corte analiza la responsabilidad del Estado por la falta de garantía del derecho de propiedad ancestral, derivada del retardo estatal en dar respuesta a su solicitud de recuperación del territorio y de la decisión del gobierno de declarar dicho territorio como “área silvestre protegida bajo dominio privado”. Más allá de esta apretada síntesis de los hechos sometidos a conocimiento de la Corte, se reitera el criterio del control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la CADH, así como la interpretación efectuada por la Corte<sup>11</sup>.

Ese mismo año se dicta sentencia en el “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, en el que se determina la responsabilidad estatal por haber sometido a las víctimas a tratos crueles, inhumanos y degradantes mientras se encontraban detenidas y bajo custodia del ejército mexicano, específicamente, por no haber sido presentadas de manera inmediata ante un juez u otro funcionario judicial que controle la legalidad de la detención y otras irregularidades vinculadas al proceso penal llevado en su contra. Siguiendo el criterio aplicado en Radilla Pacheco, la Corte dirá que el control de convencionalidad se extiende no solo a los jueces, sino también a todos los órganos “vinculados a la administración de justicia”, en este caso, el Ejército<sup>12</sup>.

En el conocido “Caso Gelman vs. Uruguay” del 2011 podemos ver la fuerza expansiva que la Corte IDH va adquiriendo. En esta ocasión, la Corte determinará la responsabilidad internacional de Uruguay, a raíz de lo que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) informa en torno a la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman en 1976, quien al momento de su detención se encontraba embarazada y que se presume fue trasladada de Argentina a Uruguay, lugar donde habría dado a luz a su hija y que fuera entregada a una familia uruguaya. Específicamente, se imputa la responsabilidad por la falta de investigación, juzgamiento y sanción de los responsables, como consecuencia de la Ley N° 15.848, o Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, de 1986.

En este caso, al analizar la convencionalidad o no de la Ley de Caducidad, dirá que cuando un Estado es parte de un tratado internacional, “todos sus órganos” están obligados a garantizar el cumplimiento del tratado. Bajo la premisa de que todos los

---

<sup>11</sup> CIDH, “Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas”, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, Párr. 311.

<sup>12</sup> CIDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220, párr. 225

órganos de administración de justicia, en todos sus niveles, están obligados a ejercer el control de convencionalidad, debiendo tener en cuenta no solo el texto, sino también las interpretaciones que de él haya hecho la Corte<sup>13</sup>.

De todas maneras, lo relevante de esta sentencia es lo que dice en torno a que un régimen democrático no garantiza por sí solo el respeto de los derechos humanos. Para ello va a afirmar que “[l]a legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales”<sup>14</sup>.

Se advierte que el control de convencionalidad ya se va ampliando no solo sobre los órganos obligados a realizarlo, sino también respecto de los derechos alcanzados por dicho instituto. La Corte lo empleará para analizar casos sobre la independencia judicial, los derechos políticos y la libertad de expresión, entre otros. Así lo hizo, por ejemplo, en el conocido “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina” de 2011. En particular, la Corte destacará “la importancia de que los órganos judiciales argentinos aseguren que los procedimientos internos en los que se debate el ejercicio del derecho a la libertad de expresión cumplan con el propósito y el fin, así como con las demás obligaciones derivadas de la Convención Americana. De tal modo, es preciso que en el análisis de casos como el presente tengan en cuenta el umbral diferenciado de protección al derecho a la vida privada consecuencia de la condición de funcionario público, la existencia de interés público de la información y la eventualidad que las indemnizaciones civiles no impliquen una inhibición o autocensura de quienes ejercen el derecho a la libre expresión y de la ciudadanía, lo cual restringiría ilegítimamente el debate público y limitaría el pluralismo informativo, necesario en toda sociedad democrática”<sup>15</sup>.

También aplicará el control en casos vinculados al derecho de familia y géneros, por ejemplo, el “Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile”, vinculado a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona mediante la aplicación del artículo

---

<sup>13</sup> CIDH, “Caso Gelman Vs. Uruguay”. Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, Párr. 193. En idéntico sentido se expedirá en el “Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de julio de 2011, Serie C No. 227, Párr. 164. “Caso López Mendoza Vs. Venezuela”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Serie C No. 233, Párr. 226.

<sup>14</sup> Ídem, Párr. 239.

<sup>15</sup> CIDH, “Caso Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C No. 238, Párr. 94.

1.1 de la CADH para la determinación del cuidado personal de los hijos: “El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia”<sup>16</sup>.

En otra sentencia relevante, como el “Caso Furlan y familiares vs. Argentina” de 2012, se aplicará el control de convencionalidad para analizar el tiempo del proceso judicial y la garantía del plazo razonable. Para ello, identificará cuatro parámetros para evaluar si, desde el inicio del proceso y la ejecución de la sentencia, ha transcurrido un tiempo adecuado o si se ha alargado sin razón alguna, lo cual implica un agravamiento de la situación de vulnerabilidad de la persona y una forma de conculcación de los derechos fundamentales. Estos parámetros, que luego serán empleados en otras sentencias, son: la complejidad del asunto; la actividad procesal del interesado; la conducta de las autoridades judiciales; y la afectación de la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso<sup>17</sup>.

### 3.3. Etapa de consolidación

En esta última etapa, se puede decir que la Corte IDH ya da por sentada la obligación de realizar el control de convencionalidad, empleándolo para establecer estándares sobre temas específicos. Pero también lo va a ampliar a otros tratados internacionales de derechos humanos. En dos sentencias de 2012, se extiende la obligación de ejercer el control no solo con base en la CADH, sino también, en caso de ser el Estado Parte de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención de Belém do Pará, deben analizar la compatibilidad de las normas internas con todo el *corpus juris convencional*.

A partir de 2014 también se referirá a los estándares de convencionalidad en sus Opiniones Consultivas, ya no limitándose a los casos contenciosos. Por ejemplo en la Opinión Consultiva 21 del 2014 sobre los derechos y garantías de niñas y niños en contexto de migración o de protección internacional dirá que es necesario que los Estados

<sup>16</sup> CIDH, “Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239, Párr. 110.

<sup>17</sup> CIDH, “Caso Furlan y familiares Vs. Argentina”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C No. 246, Párr. 152.

“realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”.

Ahora bien, no es intención de este trabajo realizar un resumen exhaustivo de las veces en las que la Corte IDH se ha manifestado en torno al control de convencionalidad, sino que se emplea para reflejar cómo ha evolucionado y ampliado no solamente los sujetos obligados, sino también materias, e incluso extendiendo la obligación de aplicación de los estándares interpretativos no solamente en las sentencias recaídas en casos contenciosos, sino también en ocasión de ejercer su función consultiva. Ahora vale preguntarse si esta expansión es tal dentro del derecho interno y cuál es el alcance vinculante de estas interpretaciones a la luz de diversas posiciones doctrinarias.

#### **IV. El Control de Convencionalidad y la Convención Americana de Derechos Humanos. ¿Hasta qué punto esos estándares son operativos en la jurisprudencia local?**

Luego de un breve repaso de la evolución de la doctrina del control de convencionalidad a través de algunas sentencias de la Corte IDH, es importante analizar el estado actual del debate sobre la operatividad o no de los estándares establecidos por el Tribunal Interamericano.

El artículo 62. 1 de la CADH establece que “Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”. En el párrafo 3: “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados parte en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.

Asimismo, el artículo 64 regula la facultad consultiva de la Corte IDH: “1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que

les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá dar opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.”

En estos dos artículos se condensa la atribución de competencia contenciosa y consultiva de la Corte IDH por parte de los Estados parte de la CADH. Ahora bien, resulta preciso realizar un breve repaso de la regulación de las fuentes del derecho para luego analizar la naturaleza jurídica y vinculante de las sentencias y de las opiniones consultivas en el control de convencionalidad.

#### **4.1. Las fuentes del Derecho Internacional**

Es casi una postura doctrinaria mayoritaria la de clasificar las fuentes del derecho en formales y materiales, diferenciándolas básicamente en función de su poder vinculante o de su obligatoriedad. Se dice que la autoridad de una regla jurídica como norma obligatoria para un Estado solamente la dan las fuentes formales identificadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que serían las enunciadas en los incisos 1, 2 y 3, que son: “las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Mientras que el inciso 4, dice que “las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”, son justamente eso, medios auxiliares, pero no norma en el sentido estricto vinculado a su obligatoriedad. Así, al menos, se ha definido en esta clásica clasificación que una fuente formal establece reglas que poseen fuerza y validez, mientras que las fuentes materiales constituyen la sustancia y el contenido de las reglas que les confieren fuerza a las fuentes formales<sup>18</sup>. Se ha dicho que las “fuentes materiales de los derechos humanos tienen un contenido filosófico, moral, religioso y aun histórico”<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> BECERRA RAMÍREZ, M., *Las fuentes contemporáneas del Derecho Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2017, p. 9.

<sup>19</sup> GUTIÉRREZ POSSE, H., *Los Derechos Humanos y las Garantías*, Zavalía, Buenos Aires, 1988, p. 51.

Una característica de los tratados de derechos humanos, entre los que se encuentra la CADH, es que, a diferencia de otros tratados, si bien quienes los firman son sujetos de derecho internacional, son las personas quienes adquieren derechos a través de ellos<sup>20</sup>. De alguna manera, los derechos humanos vinieron a modificar la dinámica de los tratados, pues el contenido de estos ya no solamente implicaba relaciones interestatales, sino que también incluía a las personas<sup>21</sup>.

En la OC 1/82, la Corte IDH se refiere justamente a esta característica tan propia de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos al afirmar que “los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano”<sup>22</sup>. Algo que recordará también en la OC 2/82, cuando expresamente dice que “los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los demás Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”<sup>23</sup>.

La combinación de estos dos párrafos de estas opiniones da cuenta de que la responsabilidad internacional del Estado ya no tiene su foco en el vínculo entre sujetos estatales, sino que, al ratificar estos tratados, cada Estado parte ha asumido un compromiso especial con los individuos. Importando así un verdadero cambio en materia de derecho internacional, pues el compromiso ya no es interestatal, sino que es con cada persona que pueda verse afectada en sus derechos reconocidos convencionalmente. Los Estados partes no la ratifican por un interés propio, sino que reconocen un interés común:

---

<sup>20</sup> PINTO, M., *Temas de Derechos Humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 57

<sup>21</sup> BIDART CAMPOS, G.; HERRENDORF, D., *Principios de derechos humanos y garantías*, EDIAR, Buenos Aires, 1991, p. 596. MADRID RAMÍREZ, R., “El control de convencionalidad y la deconstrucción de la diferencia entre derecho nacional/derecho internacional”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)* 16(1):41-63, janeiro-abril 2024, Doi: 10.4013/rechtd.2024.161.03.

<sup>22</sup> CIDH, “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, Pár. 24.

<sup>23</sup> CIDH, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 2, Pár. 29.

preservar la defensa de estos derechos, considerados fundamentales para el sostenimiento de la propia dignidad humana<sup>24</sup>.

Ahora bien, dentro del SIDH y siguiendo la clásica clasificación de fuentes del derecho internacional esbozada en párrafos anteriores, otros autores agregan una serie de consideraciones que inciden en el análisis de las jerarquías de las fuentes. Dichas consideraciones son: la naturaleza del órgano en cuestión, su composición y la competencia ejercida<sup>25</sup>. De ahí se deriva un razonamiento bastante sencillo: los pronunciamientos de un tribunal internacional, como la Corte IDH, tendrán mayor valor jurídico que los de un órgano cuasi jurisdiccional cuya obligatoriedad no está consagrada por el tratado.

Todo este conjunto de normas, sentencias, observaciones y recomendaciones conforma un todo que, con disímiles grados de vinculatoriedad, va delineando los alcances o contenidos de determinados estándares de interpretación en materia de derechos humanos. Incluso la Corte IDH habla de la existencia de un verdadero *corpus juris* en su OC 16/1999, al afirmar que “[e]l *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones”<sup>26</sup>. Más adelante, empleará esta noción de *corpus juris* en materia de derechos de la niñez en el “Caso de los “Niños de la calla” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala” de 1999, al reconocer que “[t]anto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> GONZÁLEZ NAPOLITANO, S., “La expresión normativa de los derechos humanos”, En Silvina GONZÁLEZ NAPOLITANO Y ORLANDO D. PULVIRENTI (Coords.), Introducción al Estudio de los Derechos Humanos, Errepar, Buenos Aires, 2011, p. 37

<sup>25</sup> O'DONNELL, D., Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México, 2012, p. 51.

<sup>26</sup> CIDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16, Pár. 115.

<sup>27</sup> CIDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, Pár. 194.

Ahora bien, esta idea de la existencia de un llamado *corpus juris* internacional de derechos humanos debe emplearse con un cabal conocimiento de su composición heterogénea y, con ello, de los límites en cuanto a su aplicación, conforme a si son instrumentos obligatorios o no. Ya no basta con una simple extrapolación de recomendaciones formuladas por órganos consultivos, sino que estas deben ser empleadas a los efectos de dar una interpretación adecuada y armonizadora del caso concreto, mas no una aplicación directa sin un mínimo de trabajo hermenéutico por parte de quien la emplea.

Y en este desarrollo resulta necesario introducir la distinción entre derechos humanos y estándares de derechos humanos. Los primeros son, justamente, los que los Estados que ratifican un tratado o una convención están de acuerdo en reconocer, garantizar y proteger. Mientras tanto, los segundos son aquellos que surgen de las sentencias de órganos internacionales, recomendaciones, opiniones u otras formas, que, en palabras de De Casas, “son el resultado de los esfuerzos por implementar los derechos humanos. Aquellos son la concretización en tiempo y espacio de estos últimos”<sup>28</sup> y carecen, en palabras del autor, de validez universal.

En dicho sentido, y previamente a continuar con el análisis del control de convencionalidad, tal como ha sido planteado y desarrollado por la Corte IDH, y para finalizar este análisis sobre las fuentes del derecho, es importante recordar que la Corte Interamericana posee facultades tanto jurisdiccionales como consultivas. He ahí la distinción necesaria entre los documentos que expide el órgano interamericano.

Siguiendo la explicación de Alfonso Santiago, la sentencia recaída contra un Estado constituye la llamada *res iudicata*; en otras palabras, es obligatoria para el Estado en cuestión. Sin embargo, en esta “fuerza expansiva” lo es en lo que se llama *res interpretata*; por lo tanto, conforma ese conjunto de instrumentos que sirven para la interpretación convencional que se ha de realizar del texto de la CADH o del llamado *corpus juris*. En palabras del autor “[f]orman parte de la *autorictas* pero no de la *potestas* reconocida a la Corte IDH”<sup>29</sup>.

#### 4.2. El control de convencionalidad y la comunidad de intérpretes finales

---

<sup>28</sup> DE CASAS, C. I., “¿Qué son los estándares de derechos humanos?”, Revista Internacional de Derechos Humanos (2) 9, p. 294.

<sup>29</sup> SANTIAGO, A., “La articulación entre los sistemas nacionales e interamericano de protección de los derechos humanos: el principio de subsidiariedad”, Revista de Derecho de familia y de las Persona, (5), Año XI, junio 2019, p. 176.

El control de convencionalidad ha suscitado el debate sobre la existencia o no de una comunidad de intérpretes finales y sobre la noción de una llamada “interpretación conforme” que los jueces nacionales han de realizar al aplicar el derecho.

Resulta curioso que la noción de “interpretación conforme” no haya surgido en la doctrina del Tribunal Constitucional alemán, sino en la de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. Antes de dictar el *leading case* “Marbury vs. Madison”, la SCOTUS tuvo la oportunidad de emitir un pronunciamiento sobre la importancia de analizar las leyes conforme al texto de la Constitución, como facultad propia del Poder Judicial. Esto fue en el caso “*Hylton vs. United States*” de 1796, en el que el *justice* Chase dice: “Me corresponde determinar si este tribunal posee, constitucionalmente, la facultad de declarar nula una ley del Congreso bajo el fundamento de haber sido promulgada en oposición a la Constitución y en violación de la misma; pero si el tribunal posee tal facultad, me permito declarar que nunca la ejerceré, excepto en un caso muy evidente”<sup>30</sup>.

A partir de esta sentencia, se ha ido perfilando una práctica consistente: que, mucho antes de declarar inconstitucional una norma, esta debe ser interpretada conforme a la Constitución<sup>31</sup>, cuestión que luego ha sido retomada por los constitucionalistas modernos para extenderla a la interpretación conforme convencional.

En palabras de la Corte IDH en el caso ya citado, “Almonacid Arellano v. Chile”, los jueces locales se convierten en jueces convencionales al tener que interpretar la norma del caso no solo a la luz del texto constitucional, sino también conforme a la letra de la CADH.

Es así como se va perfilando un “diálogo” que se sustenta en la interpretación conforme y en los principios que fundan el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), como el principio *pro homine* y el de protección de la dignidad humana.

Autores como Alfonso Santiago subrayan que el SIDH es un “sistema multifocal” que carece de coordinación y de jerarquización claras<sup>32</sup>, lo que ha llevado a que las materias sobre las cuales se ha expedido la Corte IDH se hayan ampliado, así como a que

<sup>30</sup> *Hylton v. United States*, 3 U.S. (3 Dall.) 171 (1796). Texto original del extracto del voto del *justice* Chase: “for me to determine, whether this court, constitutionally possesses the power to declare an act of Congress void, on the ground of its being made contrary to, and in violation of, the Constitution; but if the court have such power, I am free to declare, that I will never exercise it, but in a very clear case. I am for affirming the judgment of the Circuit Court”.

<sup>31</sup> Conf. CARPIO MARCOS, E., “Interpretación conforme con la constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana)”, En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. VI, Interpretación constitucional y jurisdicción electoral, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2008, p. 158.

<sup>32</sup> SANTIAGO, A., “La articulación entre...”.

se hayan empleado otros instrumentos internacionales al apelar a la existencia de un *corpus juris* en materia de derechos humanos. Cuestión que puede leerse como una superación de la clásica distinción teórica entre el monismo de Kelsen, que solo reconocía un ordenamiento jurídico en el que el derecho internacional se encontraba por encima del resto de los ordenamientos, y el dualismo de Triepel, que admitía la existencia de dos ordenamientos jurídicos paralelos. Así, aparece una tercera postura, elaborada por Armin von Bogdandy, que reconoce la existencia de una interacción entre diversos ordenamientos jurídicos con normas interconectadas<sup>33</sup>. Pero, como recalca Santiago, no existe subordinación jerárquica entre los ordenamientos, lo que conlleva un gran desafío para la interpretación y la aplicación de los estándares establecidos por la Corte IDH.

Sagüés identificaba un doble papel en el control de convencionalidad, uno represivo en el que se obligaba a los jueces nacionales a no aplicar aquellas normas que se oponían a la CADH; y, otro constructivo, que importaba una obligación de interpretación conforme a los lineamientos dados por la Corte IDH, que llamaba como interpretación “armonizante o adaptativa”<sup>34</sup>.

También se identifican dos tipos de control de convencionalidad: uno externo, ejercido por la Corte IDH en los casos contenciosos bajo su estudio, y otro de tipo interno, que se refiere a la obligación de los jueces de contrastar las leyes y actos estatales no solo con las normas constitucionales, sino también con la letra de los tratados internacionales de derechos humanos.<sup>35</sup>

De dicha lectura se puede concluir que, en este diálogo jurisprudencial en el SIDH, se ha conformado un sistema que reconoce ordenamientos jurídicos independientes pero integrados bajo una concepción que busca ser homogénea en torno a los derechos considerados<sup>36</sup>.

La situación en Argentina además es muy especial, porque luego de la reforma constitucional de 1994 en el artículo 75 Inc. 22, le otorga jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales de derechos humanos entre los que se encuentra la CADH conforme al siguiente texto: “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía

---

<sup>33</sup> VON BOGDANDY, A., "Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el ordenamiento internacional y los derechos nacionales", en *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalizarían del derecho internacional*, Ed. Exudaba, Buenos Aires, 2002, p. 26.

<sup>34</sup> SAGÜÉS, N., “Dificultades operativas del "control de convencionalidad" en el sistema interamericano”. La Ley 11/08/2010, Citas: TR LALEY AR/DOC/5213/2010.

<sup>35</sup> MADRID RAMÍREZ, R., *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*16(1):41-63, janeiro-abril 2024, Doi: 10.4013/rechtd.2024.161.03, p. 50

<sup>36</sup> AMAYA, J., *Fronteras del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Astrea, CABA, 2023, P. 67.

constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

Ese párrafo encierra un tema más que debatido en la doctrina: si los jueces internos están obligados a aplicar automáticamente la doctrina judicial de la Corte IDH contenida en sus sentencias y opiniones consultivas, o si requiere una actividad intelectual que implique analizar e interpretar conforme al llamado margen de apreciación nacional. Pues, como dijimos en párrafos anteriores, no hay subordinación, más allá del compromiso de los Estados que ratifican un tratado de cumplir con lo comprometido, conforme a los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. El primero expresamente dice que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, mientras que el artículo 46 prevé que “1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

En otras palabras, es la materialización del principio *pacta sunt servanda* y de la *bona fide*, por lo que el texto de la CADH obliga al Estado y a quienes deban cumplirla y hacerla cumplir. Es el llamado *effet utile* de los tratados a los que la Corte IDH ha hecho referencia en varias sentencias, que surge no del texto expreso del artículo 68 de la Convención, sino de lo que el maestro Sagüés denominó “interpretación mutativa por adición”: en otras palabras, agregó algo que el texto no decía para afianzar su autoridad como intérprete final convencional.

Se suele justificar la aceptación de esta expansión que ha operado la Corte IDH con base en la vinculatoriedad moral y jurídica de las decisiones de la Corte Convencional, cuyo apartamiento podría acarrear responsabilidad internacional para el Estado. En otras palabras, se habla de una vinculación indirecta *erga omnes* de los estándares interpretativos como reflejo de la operatividad de la Convención, como bien dice Hitters: “la proyección de la eficacia hermenéutica *erga omnes* que tiene la sentencia con respecto a todos los Estados que se han plegado al sistema interamericano. Ello significa –dice– que la totalidad de las autoridades domésticas deben aplicar no sólo el principio

convencional –que surge del tratado–, sino la norma convencional interpretada”.<sup>37</sup> Aclarándose que la extensión no versa sobre lo resuelto, sino sobre el razonamiento empleado por los jueces.

La Corte IDH, como intérprete final de la CADH, ha desarrollado una doctrina jurisprudencial de interpretación evolutiva y dinámica, fundada en el principio *pro homine*, ampliando así su propia competencia e incorporando nuevos instrumentos. Gran parte de esto se fundamenta en el *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano, que parte de la existencia de un consenso regional sobre el *corpus juris* interamericano, el cual, en palabras de Armin von Bogdandy, se conforma en varios ordenamientos interconectados, impulsados por el constitucionalismo transformador. Dicho autor dice que “el objetivo del ICCAL es que en toda la región se tornen efectivas o se realicen materialmente las promesas centrales de las constituciones nacionales y que los diferentes países del subcontinente se integren dentro de una estructura de apoyo mutuo”<sup>38</sup>.

Este diálogo jurisprudencial se complementa con la propia noción de “constitucionalización de los derechos”, empleada por primera vez por Konrad Hesse, que reconoce que los derechos humanos irradian sobre todo el ordenamiento jurídico. Ante dicho escenario, se ha planteado la necesidad de redefinir el concepto mismo de soberanía hacia uno de soberanía de los derechos que, en palabras de Ayala Corao, “limita y obliga al poder de los Estados, desde una doble fuente: la constitucional y la internacional, con el objeto de proteger nacional y universalmente a la persona humana”<sup>39</sup>.

Desde el prisma de la interpretación judicial, los jueces consideran los marcos normativos nacionales y convencionales debido al reconocimiento de valores constitucionales compartidos. Dichos valores se incorporan al ámbito local mediante el principio de fiel adecuación a la jurisprudencia internacional. Pero como bien señala el

---

<sup>37</sup> HITTERS, J. C., “Impacto de la reforma de 1994 de la Constitución Argentina y los Tratados sobre Derechos Humanos. Control de Convencionalidad”, *Revista de Derecho Procesal. Constitución y proceso. Balance de los 30 años de la reforma – I*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2024, p. 119.

<sup>38</sup> VON BOGDANDY, A., FERRER MAC – GREGOR, E., y otros, “Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador”, en Armin VON BOGDANDY, Mariela MORALES ANTONIAZZY y Eduardo FERRER MAC-GREGOR (Coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, México, 2017, 19

<sup>39</sup> Ayala Corao, C., “Hacia el diálogo jurisprudencial multidireccional”, Discurso pronunciado en el acto de incorporación como académico correspondiente en Venezuela de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. 16 de noviembre de 2016, Disponible en: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/dialogojurisprudencialmultidireccional.pdf>

autor antes citado, no basta con citar; para que exista realmente un diálogo jurisprudencial, el tribunal nacional analiza la jurisprudencia convencional de manera razonada, “explicando y aplicando su significado y alcance en la decisión del caso”<sup>40</sup>.

Queda claro, entonces, que no alcanza con echar mano de citas de sentencias o de opiniones consultivas para afirmar que hay una interpretación conforme, sino que requiere necesariamente una práctica hermenéutica previa. Solo así podemos hablar de diálogo y solo así el control de convencionalidad realmente tendrá una aplicación respetuosa de los ordenamientos jurídicos nacionales a la luz de los lineamientos de la Corte Interamericana.

### **4.3. El control de convencionalidad en la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

La Corte ha tenido un desarrollo de la recepción del control de convencionalidad de manera dispar.

Se debe recordar cómo se hicieron párrafos anteriores, que en la reforma constitucional de 1994 “en las condiciones de su vigencia” se incorporan al texto constitucional determinados instrumentos internacionales de derechos humanos. Siguiendo a Gelli, las “condiciones de vigencia de los tratados indican tanto el modo en que fueron aprobados y ratificados”, ampliando la autora al recordar que se hace clara referencia a las reservas realizadas por la Argentina y al “alcance interpretativo dado a las cláusulas del tratado por la jurisprudencia internacional”<sup>41</sup>. Autores de la talla de Bidart Campos lo llamaron “bloque de constitucionalidad federal”, definiéndolo como un conjunto normativo que se encontraba por fuera del documento que contenía la Constitución y cuyo fin era “ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales”<sup>42</sup>.

En consecuencia, si recordamos que el control de constitucionalidad en nuestro país es difuso y que pesa en los hombros de cada uno de los jueces de la República la facultad de ejercerlo, también han de adecuar dicho control al texto de cada uno de estos tratados, lo que nada más ni nada más es realizar un control de convencionalidad en el caso concreto. Por lo tanto, al interpretar la Constitución, la CSJN ha dicho que esta debe ser “entendida como una unidad, esto es, como un cuerpo que no puede dividirse sin que su

<sup>40</sup> Ídem.

<sup>41</sup> GELLI, M.A., Constitución de la Nación Argentina. Comentada y anotada. Tomo II, La Ley, CABA, 2022, p. 301.

<sup>42</sup> BIDART CAMPOS, G., El derecho de la constitución y su fuerza normativa, EDIAR, Buenos Aires, 1995, pp. 265-267

esencia se destruya o altere, como un conjunto armónico en el que cada uno de sus preceptos ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de los demás”.<sup>43</sup>

Previo a la reforma, la CSJN tuvo la oportunidad de emitir una sentencia sobre el valor de la interpretación que la Corte IDH había dado del alcance de uno de los derechos reconocidos en la CADH. El fallo se dictó en el conocido caso “Ekmedjian c. Sofovich” de 1992, en el que la CSJN sigue la interpretación de la Corte Interamericana sobre el derecho de réplica previsto en el artículo 14 de la Convención.

En el Considerando 21 dice que “la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos -uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, art. 1)”<sup>44</sup>. En esta primera etapa las pautas interpretativas de la Corte IDH serán consideradas como una guía de interpretación de los derechos enumerados en la Convención, algo que el maestro Sagüés denominó como la doctrina del seguimiento nacional. Como una manera de evitar interpretaciones opuestas o confrontaciones, buscando una práctica armonizadora y de diálogo<sup>45</sup>.

Posteriormente, la guía interpretativa ya no provendrá únicamente de la Corte IDH, sino también de la jurisprudencia de otros organismos internacionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En el caso “Alonso, Jorge F. y otros s/ contrabando de estupefacientes y otros delitos” de 1995, se apela a la interpretación de la CIDH sobre el concepto de plazo razonable<sup>46</sup>. Pero será recién en 1996 cuando la Corte Nacional incluya expresamente dentro de la jurisprudencia internacional a los informes elaborados por la CIDH al sostener que “de ahí que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana”<sup>47</sup>.

Sin embargo, en el fallo Acosta de 1998, se aclara que, conforme al texto de la CADH, los Estados parte solamente se comprometieron a cumplir con las decisiones

---

<sup>43</sup> CSJN, Fallos: 333:2306

<sup>44</sup> CSJN, Fallos: 315:1492

<sup>45</sup> SAGÜES, N., "Nuevamente sobre el valor, para los jueces argentinos, de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de interpretación de derechos humanos", *Jurisprudencia Argentina*, tomo 1999-II.

<sup>46</sup> CSJN, Fallos: 318:2611. Considerando 17.

<sup>47</sup> CSJN, Fallos: 319:1840. Considerando 8 del voto mayoritario.

adoptadas por la Corte IDH, en remisión al art. 68. 1 de la Convención<sup>48</sup>. Para concluir que “Es que la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se repute, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales —equiparable al recurso de revisión—, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional”<sup>49</sup>. Se advierte que, en este caso, la Corte instala la noción de que la Corte IDH no funciona como un último tribunal de revisión de sentencias judiciales, postura que años más tarde reiteraría en el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores”.

En ese entonces, varios autores comentaron el fallo, destacándose la conclusión a la que arribaba Sagüés, en un intento de complementar el fallo Bramajo con Acosta, al sostener que se debe seguir la “guía de exégesis” que emita la CIDH sobre la Convención. Sin embargo, recuerda también que esta no tiene valor vinculante; por lo tanto, pueden apartarse de ella siempre que aporten razones suficientes<sup>50</sup>.

Con el cambio de composición de la Corte, también hay un giro más aperturista y de cohabitación de intérpretes finales, lo que inaugura una nueva postura en el Caso Simón del 2005, al decir, en el considerando 17, que tanto las sentencias de la Corte IDH como las directivas de la CIDH “constituyen una imprescindible pauta de interpretación”<sup>51</sup>. Pero avanza aún más al aplicar extensivamente la jurisprudencia de la Corte al sustentar su decisión en casos resueltos por esta, como, por ejemplo, las remisiones que hace al “Caso Velázquez Rodríguez”, al valorarlas como precedentes vinculantes. Sin embargo, no fueron pocas las críticas a esta técnica, pues al remitir directamente a lo allí resuelto para dar fundamento a la decisión propia, obviaban que un criterio jurisprudencial solamente podría reiterarse siempre y cuando se presentasen circunstancias fácticas equivalentes, algo que no sucede en las remisiones que hace la CSJN<sup>52</sup>.

Será en el 2007 cuando la CSJN reconozca el control de convencionalidad en el caso Mazzeo. En dicha sentencia remite expresamente al “Caso Almonacid Arellano v. Chile” del 2006, haciendo suyos los términos empleados por aquella al decir, en el considerando 21 del voto mayoritario, que “el Poder Judicial debe ejercer una especie de

<sup>48</sup> CSJN, Fallos: 321:3555. Considerando 9 del voto mayoritario.

<sup>49</sup> CSJN, Fallos: 321:3555. Considerando 13 del voto mayoritario.

<sup>50</sup> SAGÜÉS, “Nuevamente sobre el valor...”, op. cit.

<sup>51</sup> CSJN, Fallos: 328:2056. Considerando 17 del voto mayoritario.

<sup>52</sup> AMAYA, op. cit., p. 83

"control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"<sup>53</sup>.

Incluso esta conformación de la Corte Nacional<sup>54</sup> entendió que los jueces debían realizar un control de convencionalidad de oficio y extendiendo dicha oficiosidad al control de constitucionalidad en el caso "Rodríguez Pereyra" del 2012 con citas recurrentes a la jurisprudencia convencional, específicamente dirá que "los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado"<sup>55</sup>.

Lo cierto es que este fallo suscitó encendidas críticas y objeciones, al equiparar el control de convencionalidad de oficio con el de constitucionalidad, por un lado, y, por otro, al otorgar un valor trascendental a las sentencias de la Corte IDH, cuando en el ámbito interno el seguimiento de los precedentes judiciales, incluidos los de la CSJN, ha tenido una acogida dispar. Partiendo, claro está, de la no vinculatoriedad de los fallos de la Corte, más allá del deber de los jueces de fundamentar si se apartan de lo dicho por ella, pero cuesta entender, y justamente el máximo tribunal no da razones, cómo se efectivizaría dicha obligatoriedad en el ámbito doméstico.

Pero no será sino hasta el 2017 cuando la CSJN tendrá nuevamente la oportunidad (ahora con una renovación parcial de su composición<sup>56</sup>) de establecer una nueva pauta en torno al diálogo con la Corte IDH. Vale mencionar que en fallo "Ministerio de Relaciones Exteriores"<sup>57</sup> de 2017, la CSJN ante una sentencia de la Corte IDH que condenaba a la Argentina en el "Caso Fontevecchia y D'Amico" del 2011, en el que se encontró al país responsable al haber condenado a dos periodistas por difundir noticias vinculadas a la existencia de un presunto hijo extramatrimonial del ex presidente Carlos Saúl Menem, entendió que se habían violado los derechos de libertad de expresión previstos en el artículo 13 de la CADH, resultando el Estado argentino internacionalmente responsable.

---

<sup>53</sup> CSJN, Fallos: 330:3248. Considerando 21 del voto mayoritario.

<sup>54</sup> La Corte estaba integrada por los Dres. Argibay, Fayt, Highton de Nolasco, Lorenzetti, Maqueda, Petracchi y Zaffaroni.

<sup>55</sup> Fallos: 335:2333. Considerando 12 del voto mayoritario.

<sup>56</sup> La nueva conformación estaba integrada por los Dres. Highton de Nolasco, Lorenzetti, Maqueda, Rosatti y Rosenkrantz.

<sup>57</sup> CSJN, Fallos: 340:47.

Pero el problema surge al prever la Corte Interamericana, dentro de las reparaciones a los periodistas el de “de dejar sin efecto las decisiones internas en todos sus extremos, así como la difusión de este Fallo en diversos medios, tanto en uno privado de amplia circulación social como en dos oficiales, los cuales incluyen el poder judicial, resultan medidas de reparación suficientes y adecuadas para remediar las violaciones ocasionadas a las víctimas”<sup>58</sup>.

Ante dicho escenario, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto remite un oficio a la CSJN, acompañando la sentencia de la Corte IDH, a los efectos de dar cumplimiento a lo ordenado, que consistía nada más ni nada menos que dejar sin efecto una sentencia de la propia CSJN y de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H.

En dicho fallo, más allá de reconocer la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana dictadas en las que el Estado argentino haya sido parte, establecerá que “[d]icha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales”<sup>59</sup>.

En dicho sentido, razonan que el revocar la sentencia dictada por ella sería el reconocer en la Corte IDH una cuarta instancia revisora, y que “la Corte Interamericana, al ordenar dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada, ha recurrido a un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto por el texto convencional”<sup>60</sup>. Para ello analiza el artículo 63.1 de la CADH, que establece que “[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”, pero nada dice sobre la facultad de revocar sentencias dictadas en sede nacional.

Lo interesante de dicha sentencia, tal vez, se encuentra en el voto del Dr. Rosatti, pues a partir de reconocer el carácter coadyuvante y complementario de la jurisprudencia internacional<sup>61</sup>, hace mención del “diálogo jurisprudencial” reconociendo a la Corte IDH

<sup>58</sup> CIDH. Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238. Párr. 123.

<sup>59</sup> CSJN, Fallos: 340:47. Considerando 6 del voto mayoritario.

<sup>60</sup> Ídem. Considerando 12 del voto mayoritario.

<sup>61</sup> En el Preámbulo de la CADH, uno de sus párrafos dice: “(...) Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza

como última intérprete de la CADH; y a la CSJN como última intérprete de la Constitución Nacional conforme a los artículos 116 y 117, teniendo por objetivo maximizar la vigencia de los derechos sin afectar la institucionalidad nacional.

Finalmente, dirá que concretar la revocación de las sentencias implicaría vulnerar los artículos 27 y 75 inc. 22 del texto constitucional. Especialmente, el artículo 27 consagra, en sus palabras, al margen de apreciación nacional delimitada por “los principios de derecho público establecidos en la Constitución nacional”, que no puede un tratado, ni siquiera los contenidos en el llamado bloque de constitucionalidad federal, modificar ni alterar. En el considerando 5 de su voto afirma que “[a] partir de esta cláusula no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional -sea de fuente normativa o jurisprudencial- sobre el ordenamiento constitucional”<sup>62</sup>. Para concluir que “el carácter supremo de las decisiones de esta Corte de Justicia, cabeza del Poder Judicial de la Nación según lo dispuesto por el art. 108 de la Constitución (Fallos: 256:114; 289:193; 319:1973; 328:2429; 329:3235 y 5913; 330:49 y 251; 338:1575, entre muchos otros), configura un elemento constitutivo de tales principios de derecho público a los que refiere el art. 27 examinado precedentemente”<sup>63</sup>.

#### **4.4. Una necesaria referencia sobre el margen de apreciación nacional**

Finalmente, conviene aludir brevemente al margen de apreciación nacional y su complementariedad con el control de convencionalidad. De este modo, se salvaguarda el diálogo jurisprudencial y la observancia de los compromisos internacionales y de la autoridad de la Corte IDH, en armonía con la soberanía nacional y la supremacía constitucional.

A veces se presentan como sistemas antagónicos, incluso parte de la doctrina nacional criticó duramente el fallo del caso “Ministerio de Relaciones Exteriores” al entender que era un retroceso en materia de derechos humanos. Otros, tal vez más meditados, realizaron un análisis más minucioso del razonamiento plasmado por la Corte, advirtiendo que, justamente, esta no ignora la autoridad del Tribunal Interamericano ni el valor de sus pautas interpretativas, sino que realiza un análisis sobre la puesta en valor de nada más ni nada menos que el texto constitucional y la soberanía nacional.

---

convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos (...).”

<sup>62</sup> CSJN, Fallos: 340:47. Considerando 5 del voto del Dr. Rosatti.

<sup>63</sup> Ídem. Considerando 6 del voto del Dr. Rosatti.

El concepto de “margen de apreciación nacional”<sup>64</sup> fue empleado originalmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para referirse al “espacio de maniobra” que este les concede a los Estados cuando cumplen con sus obligaciones derivadas de la Convención Europea de Derechos Humanos. Significa, en palabras del TEDH, un “nivel de discreción, sujeto a control de Estrasburgo, cuando adopta medidas legislativas, administrativas o judiciales en la esfera de un derecho protegido por la Convención”<sup>65</sup>.

De alguna manera, se reconoce el carácter subsidiario y coadyuvante de los tribunales internacionales, que tienden a buscar reglas unificadas para la interpretación de los derechos humanos sin desplazar a las instituciones nacionales. Alfonso Santiago sostiene que el margen de apreciación es “una doctrina jurídica, un criterio jurisprudencial y una técnica de hermenéutica”<sup>66</sup>, lo que implica que los tribunales internacionales, al interpretar un derecho humano, deben tener en cuenta las particularidades normativas del Estado en cuestión. En otras palabras, los tribunales internacionales no deberían emitir opiniones abstractas y generales, sino, por el contrario, deberían emitir las de conformidad con la soberanía de cada Estado sometido a su jurisdicción<sup>67</sup>.

Es cierto que esta doctrina podría presentar ciertos riesgos en materia de interpretación respecto del contenido de los derechos previstos en la convención<sup>68</sup>, pues se acuerda que este debe emplearse con una justificación expresa y centrada en determinados derechos o cuestiones, pero que de ninguna manera pueda leerse como la aceptación de violaciones de derechos<sup>69</sup>. Hoy no se puede escurrir tras el manto de la soberanía nacional para justificar violaciones de derechos humanos; por ello, el margen de apreciación nacional debe complementarse con el control de convencionalidad para un uso sano y responsable que permita la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos diferentes, pero que reconocen puntos de contacto.

<sup>64</sup> “The term «margin of appreciation» refers to the space for manoeuvre that the Strasbourg organs are willing to grant national authorities, in fulfilling their obligations under the European Convention on Human Rights (the Convention)”. (Greer, S., “The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights”, Council of Europe, 2000, p. 5).

<sup>65</sup> Ídem.

<sup>66</sup> SANTIAGO, A., Principio de subsidiariedad y margen de apreciación, Astrea, CABA, 2020, p. 138.

<sup>67</sup> SAGÜÉS, N., “Las relaciones entre tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Ius et Praxis* (9) 1, 2003, pp. 205-221. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100011>

<sup>68</sup> SAGÜÉS, N., La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada, Porrúa, México, 2005, p. 338.

<sup>69</sup> AGUILAR CAVALLO, G., “Margen de Apreciación y Control de Convencionalidad: ¿una Conciliación Posible?”, *Boletín Mexicano de derecho comparado*, 1.155, 2020, p. 653.

Y aquí, se pueden identificar para el caso argentino los siguientes puntos:

- a) El art. 75 Inc. 22 de la Constitución Nacional: los tratados internacionales allí enumerados tienen jerarquía constitucional en “las condiciones de su vigencia”. Pero continúa: “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y el control de constitucionalidad que se haga debe hacerse también conforme a su texto.
- b) Art. 27 de la Constitución Nacional: “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. El reconocimiento y el valor de los tratados que ratifique la Argentina, pero estos no pueden contravenir los principios de orden público. Así como bien lo cita el Dr. Rosatti en su voto en el fallo “Ministerio de Relaciones Exteriores”<sup>70</sup>, a Joaquín V. González, quien decía que “[s]ería, pues, nula toda cláusula contenida en un tratado que importase un avance sobre esta prescripción constitucional, porque ni el Congreso ni el Poder Ejecutivo, ni ningún tribunal representativo de los poderes públicos de la Nación, tendrían derecho ni facultad para comprometer los preceptos que afectan a la soberanía”<sup>71</sup>.
- c) Los principios *pacta sunt servanda* y de *bona fide* en materia de derecho internacional.
- d) El deber de los Estados de adoptar medidas de derecho interno con arreglo a la CADH (Art. 2 de la CADH).
- e) El reconocimiento del principio *pro homine* como pauta interpretativa de los derechos humanos, como bien señala Alfonso Santiago, entre las normas

---

<sup>70</sup> “A partir de esta cláusula no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional -sea de fuente normativa o jurisprudencial- sobre el ordenamiento constitucional. Esta interpretación es reflejo de una fuerte tradición en la práctica constitucional argentina, tal como supo exponerlo Joaquín V. González: “un tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional, cambiar la forma de gobierno, suprimir una provincia o incorporar otras nuevas, limitar atribuciones expresamente conferidas a los poderes de gobierno, desintegrar social o políticamente al territorio; restringir los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la Constitución a los habitantes del país, ni las prerrogativas acordadas a los extranjeros ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos ...En cuanto la Constitución Nacional sea lo que es, el arto 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional” (Joaquín V. González, Senado de la Nación, Diario de Sesiones, sesión del 26 de agosto de 1909, volumen IX, pág. 52).” (Fallos: 340:47. Considerando 5 del voto del Dr. Rosatti).

<sup>71</sup> GONZÁLEZ, J., Obras completas de Joaquín V. González. Volumen IX, Universidad Nacional de La Plata, Buenos aires, 1935, pp. 52-53.

internacionales y constitucionales, se ha de elegir aquella que mejor resguarde el derecho humano en el caso concreto<sup>72</sup>.

- f) El reconocimiento de un consenso interamericano y universal en torno al respeto y la protección de la dignidad humana.

Tal vez no estemos tan alejados de encontrar un “puente” (término empleado por Alfonso Santiago), tanto hermenéutico como jurisprudencial, que nos permita, mediante una adecuada práctica, compatibilizar ambos conceptos: el margen de apreciación nacional y el control de convencionalidad, como dos facetas que puedan armonizar el diálogo entre ordenamientos, pero orientadas al reconocimiento de las particularidades locales sin renunciar a la protección de los derechos humanos.

## V. Reflexiones finales sobre un tema que seguirá dando lugar a debate

*“Creonte: ¿Y aun así te atreviste a quebrantar esas mismas leyes?”*

*Antígona: Sí. Zeus no me anunció esas leyes, y la Justicia, que vive con los dioses del inframundo, no envió tales leyes para los hombres. No creí que nada de lo que proclamaste fuera lo suficientemente fuerte*

*como para permitir que un mortal anulara a los dioses*

*y sus leyes no escritas e inmutables.*

*No son solo para hoy o ayer, sino que existen para siempre”.*<sup>73</sup>

La base del reconocimiento de los derechos humanos a nivel universal y que da sustento y justificación a la creación pretoriana del control de convencionalidad se basa – y sin ánimo de entrar en discusiones iusfilosóficas – en el consenso sobre la existencia del carácter inviolable de la dignidad de la persona humana.

Antígona nos hace reflexionar sobre ese núcleo de leyes que no pueden ser sometidas ni modificadas por el hombre, porque hacen justamente al reconocimiento de la personalidad de los seres humanos. Resulta especialmente útil la definición de Toller por su sencillez y claridad; el autor describe estos derechos como facultades primordiales destinadas a la tutela de bienes humanos básicos, como “el medio técnico jurídico, el motor y la armadura, para promover y proteger de manera cualificada los bienes

<sup>72</sup> SANTIAGO, A., Principio de subsidiariedad..., p. 129.

<sup>73</sup> Diálogo de la obra “Antígona” de Sófocles (442/1 a. C.)

esenciales de la persona”<sup>74</sup>. Siguiendo la propuesta de John Finnis, estos bienes resultan indispensables para el desarrollo humano. Se trata de dimensiones esenciales —como la vida, la libertad, la comunicación, la amistad, el descanso y el conocimiento— sin las cuales la realización de la persona resulta inviable<sup>75</sup>.

En dicho sentido, el reconocimiento de los derechos humanos mediante instrumentos internacionales trajo consigo un replanteo y una reconfiguración del concepto clásico de constitucionalismo. También esta internacionalización ha puesto en tensión las concepciones previas sobre la soberanía y la supremacía constitucional.

De allí que resulte necesario, para fortalecer el diálogo interjurisdiccional, apostar por la formación en prácticas interpretativas y argumentativas que robustezcan aún más este intercambio. Aquel principio de adecuación nacional debe aplicarse con cuidado, analizando razonadamente las normas, la jurisprudencia y los estándares del derecho internacional para su aplicación en el caso concreto. Es la norma interpretada la que produce un efecto armonizador, y no la mera cita de jurisprudencia y de documentos internacionales, que le confieren peso a una decisión. Como bien señala Amaya, “[e]s el proceso de argumentación lo que provoca el verdadero diálogo jurisprudencial”<sup>76</sup>.

La expansión que ha tenido el SIDH en cuanto a temas y alcances merece un tratamiento adecuado y delicado que logre compatibilizar ese llamado *corpus juris* de derechos humanos con lo que los países que firmaron la CADH efectivamente se comprometieron. Esto en nada ensombrece el avance y el reconocimiento de derechos, pero lo que se pone en resalto es que un adecuado control de convencionalidad debe partir de un conocimiento exhaustivo de todo el ordenamiento jurídico que permita aprovechar las palabras del Tribunal Interamericano sin desmerecer las bases constitucionales nacionales.

En el escenario actual se observa una crisis en la convivencia ante organismos internacionales, con una creciente desazón ante la promesa de prosperidad y paz que parecía traer la internacionalización de los derechos humanos.

Por eso, los operadores del derecho deben reconocer y valorar la práctica hermenéutica en la que, como lo dijera la CSJN, se reconocen dos intérpretes finales: la Corte IDH en lo concerniente a la CADH y la CSJN respecto del texto constitucional. Si

---

<sup>74</sup> TOLLER, F., La llamada de los derechos. Espíritu universitario y servicio a los derechos humanos, Oxford, (pro manuscrito), 2019

<sup>75</sup> FINNIS, J., Ley natural y Derechos Naturales, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

<sup>76</sup> AMAYA, op. cit., p. 79

se hace un trasplante automático de los estándares de aquella, no solamente estaríamos avasallando la soberanía, sino también las bases democráticas de nuestras instituciones; y si cerramos por completo el diálogo, se comprometería la responsabilidad internacional del Estado.

El delicado equilibrio de ese diálogo es lo que puede permitir el fortalecimiento de los sistemas internacionales de derechos humanos, como una apuesta por la defensa de los estados constitucionales de derechos. Solo así el derecho podrá continuar con ese fin último, que es la defensa de la dignidad humana; solo así, al reconocer que hay derechos que deben ser salvaguardados por sobre toda otra consideración y que nos hacen iguales, y que son el límite y el fundamento tanto de todo el ordenamiento jurídico como de la supremacía de nuestra Constitución.

*“Todo ser humano tiene derecho a vivir con dignidad y a desarrollarse integralmente, y ese derecho básico no puede ser negado por ningún país. (...) Cuando este principio elemental no queda a salvo, no hay futuro ni para la fraternidad ni para la sobrevivencia de la humanidad”.*  
*Carta Encíclica “Fratelli tutti”,*  
Sobre la fraternidad y la amistad social.  
Del Papa Francisco a casi un año de su partida.

## ***Antecedentes académicos y profesionales de los autores***

### ***Christian APROSOFF***

Abogado y Escribano. Especialista en Derecho Laboral. Maestrando en Derecho Administrativo y Doctorando en Derecho Profundizado. Diplomado en Prevención de las Violencias y el Abuso del Poder desde el enfoque de los Derechos Humanos, Diplomado en Derechos Humanos desde la Perspectiva de Género, Diplomado en Cultura de Derechos Humanos y Protección de la Salud, Diplomado en Educación para los Derechos Humanos. Docente de la Facultad Ciencias Jurídicas Sede Comodoro Rivadavia de la UNPSJB. Director General de la Niñez, la Adolescencia y la Familia del Ministerio de Desarrollo Humano de la provincia del Chubut.

### ***Nicanor BARRIOS***

Abogado (UNPSJB). Especialista en Derechos Humanos y Estudios Críticos del Derecho (CLACSO). Especialista en Derecho Penal (UNPSJB). Becario Doctoral CONICET (IPCSH-CENPAT). Docente Derecho Penal I (FCJ-UNPSJB) Sede Puerto Madryn. Miembro de la Clínica Jurídica de Litigación FCJ-UNPSJB.

### ***Leonardo J. BARZINI***

Abogado egresado de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Se desempeña como funcionario en el Poder Judicial de la Nación y es Magíster en Magistratura y Derecho Judicial por la Universidad Austral y Especialista en Derecho de la Empresa por la Universidad de Belgrano. Asimismo, es profesor universitario en materias vinculadas a las áreas del derecho civil y comercial en las Facultades de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco.

### ***Leonardo A. BEHM***

Abogado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Escribano por la misma Casa de Altos Estudios, Especialista en Derecho Tributario por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Especialista en Derecho Constitucional por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Magister en Derecho Tributario por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Master en Derecho Constitucional por la Facultad de Derecho de la

Universidad de Sevilla, doctorando en derecho por la misa Universidad, docente universitario de grado y posgrado, Director de la Revista Patagónica de Derecho (RPD), Secretario de Investigación y Posgrado de Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco hasta junio de 2024, ex Director General de Asesoría Legal de la Secretaría de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable de la Provincia del Chubut, actualmente se desempeña como Juez en lo Contencioso Administrativo para las ciudades de Trelew y Rawson.

***Lucía De BERNARDIN***

Abogada por la Universidad Católica de Salta, estudiante de la carrera de Relaciones Internacionales.

***Emanuel CAMPOS***

Abogado, docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, Especialista en derecho penal, Doctorando en derecho.

***Patricio COSENTINO***

Abogado (UBA). Juez Civil y Comercial en el Poder Judicial de la Provincia de Chubut, especialista en derecho de daños, discapacidad y derechos y sistemas procesales orales (UBA, tesina pendiente). Diplomaturas en innovación y gestión judicial tecnológica, derecho del consumidor, derecho procesal y litigación oral y derecho procesal electrónico. Docente de grado en la materia Derecho de las Obligaciones.

***Morena GARCÍA PAZOS***

Abogada egresada en el año 2019 de la Universidad Nacional de La Plata, actualmente trabajando como Directora provincial de Lucha contra la Trata y Tráfico de personas, también docente en la Tecnicatura en Niñez, Adolescencia y Familia y ayudante en la UNPSJB en la materia Derechos Humanos y Garantías Constitucionales.

***Javier LEAL DE IBARRA***

Es abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Buenos Aires, Juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia (en la actualidad Presidente del Tribunal), Profesor adjunto por concurso de antecedentes y oposición celebrado en el año 2009 en la Cátedra de Derecho Civil II de la Universidad

Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Es autor, entre otras publicaciones, del capítulo “Los inhabilitados” (XIII) de la obra dirigida por el Dr. Julio César Rivera “Instituciones del Derecho Civil” (Parte General –Buenos Aires: Abeledo Perrot-). Se destaca su participación como disertante del conversatorio sobre Criminalidad organizada, desafíos y buenas prácticas en la persecución penal y al taller práctico en investigaciones complejas, en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, celebrado los días 18 y 19 de abril de 2024.

***Francisco LÓPEZ SIMPSON***

Abogado (UNLP), Magíster en Derecho Administrativo (Univ. Austral), Doctorando en Cs. Jurídicas (UCA) Profesor Adjunto de Derecho del Consumidor y Derecho Administrativo (UDE), Funcionario Judicial.

***Carolina MARCH***

Abogada egresada en el año 2019 en la Universidad Nacional de La Plata, actualmente Auxiliar Letrada de la Ayudantía Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual de la ciudad de Olavarria, Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires.

***Martin CABRERA MIRASSOU***

Abogado, escribano y magister en relaciones internacionales por la Universidad Nacional de La Plata. Profesor en la Universidad Católica de Salta, Universidad Nacional de Río Negro y Universidad Patagonia Argentina.

***Carlos R. PÉREZ***

Politólogo por la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, Doctorando en Ciencias Sociales por la misma Universidad, se encuentra culminando la Maestría en Análisis, Derecho y Gestión Electoral en la Universidad Nacional de San Martín, Diplomado en Políticas Públicas para el Desarrollo Local y Regional por la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, cuenta con posgrado en Gobernabilidad, Gerencia Política y Gestión Pública por la Universidad de San Andrés y The George Washington University, docente de Derecho Político en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco y de Ciencia Política en la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales de la misma Universidad. Investigador por dicha casa de Altos Estudios.

***José Francisco C. SCHIAVONE***

Abogado, doctorando en Derecho, Vice Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, docente de Derecho de la Integración.

***Fernando SHINA***

Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica Argentina y docente de la asignatura Derecho del Consumidor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagónica San Juan Bosco.

***Juan I. SUELDO***

Abogado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP y Secretario del Juzgado en lo Contencioso Administrativo de Rawson. Se encuentra cursando la Maestría en Derecho Administrativo y Administración Pública en la Facultad de Derecho de la UBA. Se desempeñó en el Juzgado Federal en lo Contencioso Administrativo N° 12 de CABA y en la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo. Es autor de artículos y capítulos de obras colectivas en el ámbito del Derecho Administrativo.

***Cecilia I. VALLEJOS***

Abogada y Licenciada en Ciencias Políticas por la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, Especialista en Derecho Procesal Civil por la Universidad de Buenos Aires, Magister en Género y Políticas Públicas FLACSO PRIGEPP, Magister LLM Derecho Constitucional por la Universidad Austral, Diplomada en Derecho Constitucional Profundizado y Derecho Procesal Constitucional por la misma Universidad, Diplomada en Estudios Feministas por la Universidad Nacional del Chaco Austral, Abogada Adjunta de la Asesoría de Familia de la ciudad de Esquel, Docente por concurso en las cátedras de Derechos Reales y Derecho de las Familias de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, Miembro de la Red de Mujeres para la Justicia y de la Asociación de Magistrados y Funcionariado Judicial de la Provincia de Chubut, Jueza en lo Contencioso Administrativo para las ciudades de Esquel y Lago Puelo.

***Guillermo N. WALTER***

Abogado por la Pontificia Universidad Católica Argentina, Especialista en Derecho Administrativo Económico por la misma Universidad, completó las Maestrías en Derecho Empresarial y en Magistratura y Derecho Judicial de la Universidad Austral, Diplomado en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, en Derecho Procesal Civil y en Derechos Humanos por la misma casa de Altos Estudios, Juez en la Sala B de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Trelew, anteriormente ocupó diversos cargos en el Poder Judicial de Chubut y ejerció la abogacía en estudios jurídicos de renombre en Buenos Aires y en Chubut, docente en la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, donde dicta clases en las áreas de Derecho Bancario y Derecho Comercial, ha publicado artículos jurídicos sobre temas procesales, laborales, de consumo, contencioso administrativo y de derecho ambiental en revistas especializadas y sitios institucionales, participa regularmente en actividades de formación judicial y actualización profesional.





[www.fcj.unp.edu.ar](http://www.fcj.unp.edu.ar)