

Introducción

SUMARIO: PRESENTACIÓN. REFLEXIONES SOBRE EL APORTE PRETORIANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO. AGRADECIMIENTO PRELIMINAR. LA JURIDICIDAD ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO NACIONAL Y LA CONTRIBUCIÓN A ELLA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. EL FUTURO. LAS INSTITUCIONES Y SUS CAMBIOS.

PRESENTACIÓN. REFLEXIONES SOBRE EL APORTE PRETORIANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

AGRADECIMIENTO PRELIMINAR

El ilustre profesor español y estimado amigo Luciano PAREJO ALFONSO me confirió el honor de coordinar un número de la revista *Documentación Administrativa* dedicado al Derecho Administrativo argentino.

Acepté la propuesta con gran alegría y entusiasmo porque conozco el prestigio de la Revista y su difusión y tengo el convencimiento de que la posibilidad generosamente otorgada por el Profesor PAREJO ALFONSO repercutirá, sin duda, en un conocimiento mucho más amplio del Derecho Administrativo argentino no sólo en la querida España, sino, también, en todo el ámbito de circulación de la publicación.

PAREJO ALFONSO, uno de los grandes maestros del Derecho Administrativo contemporáneo, muy respetado y leído en la Argentina, ya había mostrado su espíritu abierto a las inquietudes nacionales y su indudable apertura y pluralismo universitario cuando aceptó, primero,

en ocasión de su estadía en la Argentina, visitar la Universidad Austral y disertar en ella ante los alumnos de la Maestría en Derecho Administrativo y, después, con motivo del viaje académico realizado a España en el año 1996 por un grupo de egresados de la Maestría y de profesores de ésta, organizar en la Universidad Carlos III de Madrid una intensa Jornada de estudio. Ahora, la Revista que el lector tiene en sus manos es una renovada demostración de la generosidad del jurista hispano hacia los administrativistas argentinos.

Escriben científicos y profesores consagrados y también estudiosos y docentes jóvenes; los primeros exteriorizan, de ese modo, su amplitud de miras al compartir el libro con quienes en algunos casos han sido, quizás, sus alumnos; éstos, por su parte, encuentran en ese gesto y, por supuesto, en la actitud del jurista hispano al aceptarlos un ejemplo a seguir ellos mismos en el futuro. No están todos los consagrados ni todos los cultivadores de la disciplina; ese logro es materialmente imposible. Debí, entonces, acudir a algún criterio de selección entre tantos posibles. Así, invité, sin realizar discriminación alguna de índole ideológica, política, religiosa, científica o, incluso, regional (la Argentina es un país federal, de ahí la inclusión de varios juristas *provincianos*), a quienes, a mi juicio, tuvieron, en los niveles pertinentes, un mayor protagonismo científico, docente o académico en los últimos años. Lamentablemente, algunos no pudieron, por diversas circunstancias, aceptar la invitación.

El director de la Revista me concedió plena libertad para organizar el número. Los criterios a emplear eran, como en el caso de la elección de los autores, muy variados. En ejercicio de la autonomía concedida, opté por configurar un libro cuyo propósito es, esencialmente, de divulgación del Derecho Administrativo vigente en la Argentina, con el fin de ofrecer a quien tenga interés en abordar una aproximación a su estudio o conocimiento un instrumento útil a ese efecto.

A la hora de formular una introducción al número, debo confesar que dudé entre realizar una presentación estrictamente formal o bien utilizar la ocasión, no frecuente para un administrativista sudamericano, de llegar a un selecto y numeroso elenco de lectores extranjeros, para volcar algunas, muy breves, reflexiones sobre ciertos aspectos del Derecho Administrativo argentino, medidos desde la óptica de nuestro más Alto Tribunal. La propuesta de PAREJO ALFONSO me *tocó*, pues, como estudioso del Derecho Administrativo y sentí, entonces, la necesidad de, en algún sentido, *definirme frente al derecho (administrativo)* considerada como la primera obligación del jurista¹.

¹ José Luis MEILÁN GIL, «El proceso de la definición del derecho administrativo», en *Administración Pública en Perspectiva*, edición de Universidade de A Coruña, Universidade de Santiago de Compostela y Escola Galega de Administración Pública, A Coruña, 1996, p. 34.

Finalmente, no puedo concluir este acápite de agradecimiento sin dejar de mencionar la importante colaboración que me brindó el Dr. Federico NIELSEN en la tarea de coordinar las invitaciones y la recepción de los trabajos de los expositores.

LA JURIDICIDAD ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO NACIONAL Y LA CONTRIBUCIÓN A ELLA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En la Argentina, como ocurrió en Francia en su momento con la actuación del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos, las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo han sido moldeadas, en el ámbito federal, por la construcción pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La génesis no se explica, por cierto, como el resultado de los criterios empleados para atribuir competencias jurisdiccionales respecto de la Administración Pública a la justicia ordinaria o a la jurisdicción administrativa, toda vez que nuestro país se adscribe a una concepción estrictamente *judicialista* de la jurisdicción, sea que ésta verse sobre materia administrativa o no.

Sin embargo, y en tanto el Derecho Administrativo, tal como hoy lo conocemos, es, más allá de las circunstancias histórico-políticas a las que aparece asociado su nacimiento, un modo de dar respuesta justa a la tensión entre el interés público y el interés privado —un arbitraje siempre discutible, al decir de Prosper WEIL², y de contenido históricamente variable—, él se integró tempranamente al mundo jurídico argentino, incluso desde la visión preclara del codificador civil.

Nuestro Código Civil, en efecto, elaborado por el ilustre jurista argentino Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD y que entrara en vigencia el 1.º de enero de 1871, ya contenía en el artículo 2611 una cláusula que, con independencia de la literalidad de su texto, circunscrita a las restricciones al dominio privado («las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo»), siempre pudo ser considerada, a mi juicio, como el lúcido reenvío genérico del Derecho Civil al Derecho Público en las materias propias de éste.

La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, vigente desde el año 1972 —reformada en los años 1976 (por la Ley 21686) y 2001 (por la Ley 25344)—, inspirada, entre otras fuentes, en la Ley española de Procedimiento Administrativo de 1958 (con las modificaciones introdu-

² Prosper WEIL, *Derecho Administrativo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1986, p. 51.

cidas en 1963), constituyó en su momento un importante factor de impulso para el desarrollo científico del Derecho Administrativo y para la *juridización* de la Administración Pública, aun cuando en este último aspecto la situación no ha escapado totalmente al fenómeno, ya denunciado por FERRAJOLI³, de la disociación entre la *idealidad* normativa y la *realidad* de los hechos.

El perfil de la disciplina fue, pues, configurado, en definitiva, antes e incluso después de la todavía inconclusa regulación positiva de sus instituciones, por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, nutriente permanente de la conformación de aspectos fundamentales del Derecho Administrativo. Y no sólo por aquello de que «el derecho no es sino lo que los jueces dicen que es»⁴, sino, también, porque en nuestro país los jueces en general, y la Corte en última instancia, tienen la posibilidad, a través del control de constitucionalidad, de superar las deformaciones estatistas o individualistas de las normas vigentes y de la doctrina y de remontar, así, al amparo de aquella potestad de control, el vuelo de las alturas constitucionales.

Principios sentados en diversos fallos de la Corte dan sustento a la afirmación precedente. La valoración de aquéllos supone naturalmente una definición, como antes apunté; y ella responde a la idea de que el Derecho Administrativo es «algo más que un sistema de garantías jurídicas del particular pues es también el cauce para el mejor cumplimiento de los intereses colectivos»⁵. Una definición, en fin, que procura superar las visiones *unidimensionales* asignadas, en ocasiones, al sentido *garantístico* del Derecho Administrativo, las cuales no parecen tomar en cuenta que él es, a la vez, «instrumento de liberalismo y garante de la acción administrativa»⁶.

Se podrá advertir la existencia, en algunos casos, de diferencias de opinión con los colegas que asumen el tratamiento de temas aquí sólo comentados; también en esto es positivo el aporte de la Revista porque la disidencia científica en el marco de la pluralidad universitaria que supone la convivencia con el contradictor y el respeto por su persona es aún, en la Argentina, un valor a consolidar y profundizar.

La exposición que sigue, resultado, entonces, del criterio indicado, es meramente ejemplificativa de los pronunciamientos del Alto Tribunal y se refiere sólo a algunas materias, escogidas sin ánimo de agotarlas y sin tener en cuenta el orden cronológico de las decisiones. He aquí, pues, la enunciación de los criterios jurisprudenciales de la Corte Su-

³ Luigi FERRAJOLI, «El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia con la realidad», en *Corrupción y Estado de Derecho (El papel de la jurisdicción)*, obra colectiva, Editorial Trotta, Madrid, 1996, pp. 15 y ss.

⁴ CHIEF JUSTICE HUGHES, cita de Jorge Joaquín LLAMBÍAS en *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, tomo I, Editorial Perrot, Buenos Aires, 16.^a ed., 1995, p. 99, nota 4.

⁵ MEILÁN GIL, *op. cit.*, p. 40.

⁶ WEIL, *op. cit.*, p. 53.

prema de Justicia de la Nación que merecen, a mi juicio, una valoración positiva en el marco axiológico delineado.

a) *Sobre la caracterización del Derecho Administrativo*

- La categorización del Derecho Administrativo como *régimen exorbitante*, entendido como articulación armónica de prerrogativas estatales y garantías individuales⁷.

b) *Sobre el principio de legalidad y las fuentes*

- La afirmación del principio de legalidad al expresar que es inherente al ejercicio de la actividad administrativa el desempeño de ésta conforme a la ley⁸ y la caracterización de la vinculación de aquélla con ésta como *positiva*⁹.
- La valoración de ese principio no sólo como un modo de excluir la indebida interferencia estatal en el ejercicio de los derechos individuales, sino, además, como deber de realizar prestaciones positivas de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio¹⁰, y el encuadre, así, del accionar del Estado en el marco de una concepción social que reclama de éste el cumplimiento de su deber natural de asegurar la salud de sus habitantes.
- El requerimiento para admitir la validez de los decretos de necesidad y urgencia, de la configuración de una situación de *grave riesgo social*¹¹ o el peligro de la subsistencia misma de la organización social¹²; la

⁷ CSJN, 26/10/93, «Serra», Fallos: 316:2454, especialmente cons. 9.º; asimismo, refiriéndose al régimen exorbitante, 28/06/77, «Cima, María Cristina», Fallos: 298:172, especialmente cons. 7.º;

⁸ CSJN, 19/11/92, «Naveiro de la Serna de López Helena María», Fallos: 315:2771, especialmente cons. 3.º.

⁹ CSJN, 26/10/93, «Serra», Fallos: 316:2454, cit. cons. 14.º.

¹⁰ CSJN, 1/6/00, «Asociación Benghalensis y otros», por adhesión al dictamen del Procurador General de la Nación (ver punto X del dictamen, tercer párrafo, primera parte), publicada en el suplemento de ED, serie especial Derecho Administrativo, diario del 30/11/00.

¹¹ CSJN, 27/12/90, «Peralta, Luis A. y otro», Fallos: 313:1513, cons. 24.º.

¹² CSJN, 26/10/93, «Serra», Fallos: 316:2454, especialmente cons. 9.º; asimismo, refiriéndose al régimen exorbitante, 28/06/77, «Cima, María Cristina», Fallos: 298:172, especialmente cons. 7.º.

CSJN, 19/11/92, «Naveiro de la Serna de López Helena María», Fallos: 315:2771, especialmente cons. 3.º.

CSJN, 26/10/93, «Serra», Fallos: 316:2454, cit., cons. 14.º.

CSJN, 1/6/00, «Asociación Benghalensis y otros», por adhesión al dictamen del Procurador General de la Nación (ver punto X del dictamen, tercer párrafo, primera parte), publicada en el suplemento de ED, serie especial Derecho Administrativo, diario del 30/11/00.

profundización de esa exigencia al requerir que la necesidad invocada comprometa la «vida misma de la Nación»¹³; la inadmisión de esas normas en materia tributaria¹⁴; o la afirmación del control de constitucionalidad de las condiciones bajo las cuales se las emite y de la verificación de los presupuestos fácticos que las justificaría, descartando criterios de mera conveniencia¹⁵.

- La aceptación, ya antes de la reforma constitucional de 1994, de la prioridad de los tratados internacionales frente a la ley interna¹⁶.

c) *Sobre la teoría del acto administrativo*

- La adecuada precisión de los alcances de la presunción de legitimidad del acto administrativo, al resolver que ella no se puede siquiera constituir frente a supuestos de actos que adolecen de invalidez evidente y manifiesta¹⁷ y excluir, en algún caso, el deber de obediencia del agente público destinatario cuando aquél aparece ostensiblemente desprovisto de fundamento¹⁸.
- La afirmación del principio de legalidad en la teoría del acto administrativo, al interpretar con criterio de justicia los alcances de la potestad anulatoria de la Administración Pública, a la cual valora, de acuerdo con el texto de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, como un principio cuyas excepciones se deben interpretar restrictivamente¹⁹, superando, así, las limitaciones de la construcción jurisprudencial anterior²⁰ y las proyec-

CS /08/00, «Risolia de Ocampo, María J. V. Rojas, Julio C. y otros», Fallos: 323:1934, cons. 6.º y 7.º.

¹³ CSJN, 24/11/98, «Della Blanca», cons. 4.º con comentario de Alberto BIANCHI, *Régimen actual de los decretos de necesidad y urgencia dictados antes de la reforma constitucional*, ED, suplemento de Derecho Administrativo, 23/03/99 (ED 181-982).

¹⁴ CSJN, 27/04/93, «Video Cable Comunicación S.A.», Fallos: 316:766; 6/06/95, «Video Club Dreams», JA 1996-I-233, cons. 14.º.

¹⁵ CSJN, 19/8/99, «Verrocchi», Fallos: 322:1726, cons. 9.º.

¹⁶ CSJN, «Ekmekdjian», 7/7/92, Fallos: 315:1492, cons. 17.º y 18.º; «Fibraca Constructora S.C.A.», 7/7/93, Fallos: 316:1669, cons. 3.º; «Hagelin», 22/12/93, Fallos: 316:3219, cons. 7.º.

¹⁷ CSJN, 07/10/75, «Pustelnik, Carlos», Fallos: 293:133, cons. 2.º.

¹⁸ CSJN, 11/12/80, «Barraco Aguirre, Rodolfo», Fallos: 302:1503 (especialmente cons. 7.º).

¹⁹ CSJN, 17/6/80, «Movimiento Scout Argentino», especialmente cons. 6.º, Fallos: 302:545; íd., 22/06/82, «Rodríguez Blanco de Serrao», Fallos: 304:898, cons. 7.º; íd., 16/02/87, «Bodegas y Viñedos Giol», Fallos: 310:380, dictamen del Procurador, punto V; íd., 23/4/91, «Furlotti», especialmente cons. 10º, Fallos: 314-I-322, entre otros.

²⁰ COMADIRA, *La Anulación de Oficio del Acto Administrativo*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2.ª ed., 1998, pp. 174 y ss., punto 3.9.

- ciones excesivamente individualistas²¹ que se hubieran podido asignar a la letra de la norma²².
- La afirmación de aquel principio al exigir que los componentes fácticos de la causa del acto (esto es, sus antecedentes de hecho) no sean sustraídos al conocimiento de los afectados por la decisión, y la descalificación de ceses de agentes públicos dictados con invocación de normas de *racionalización* administrativa, pero encubridoras, en realidad, de sanciones dictadas con omisión de los debidos procedimientos disciplinarios previos²³.
 - El encuadramiento de la teoría en un marco axiológico tuitivo de los derechos (uno de los propiciados por la doctrina) al resolver que, como regla, están sujetos a revisión judicial todos los actos que producen efectos jurídicos directos con relación a administrados o terceros destinatarios de ellos²⁴.

²¹ COMADIRA, *La Anulación de Oficio del Acto Administrativo*, op. cit., p. 216, texto y nota 397. La interpretación realizada por la Corte no excluye, por lo demás, la exigibilidad de que el acto anulatorio respete las garantías contra la anulación arbitraria (remitimos a nuestra citada obra... *La Anulación*, p. 221, punto 4.2.5).

²² El Alto Tribunal pudo, así, en la causa «Almagro» (CSJN, 17/2/98, ED, serie especial Derecho Administrativo, 19/6/98) extender la procedencia de la anulación en sede administrativa, prevista por la ley para el acto *regular* (es decir, sólo para el anulable, de nulidad relativa) cuando el particular conociere el vicio (artículo 18, segundo párrafo, primera parte, de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos), al caso del acto *irregular* (esto es, el acto nulo, de nulidad absoluta), respecto del cual la norma no contempló, expresamente, esa posibilidad (artículo 17). Esta doctrina supera la contradicción axiológica que se desprende de la letra de la Ley, la cual, literalmente interpretada, parece otorgar más estabilidad al acto *irregular* que al *regular*. Más recientemente, la Corte reitera la doctrina «Almagro» en la causa «El Rincón de los Artistas», 30/9/03, ED, serie especial de Derecho Administrativo, 31/12/03. De ambos pronunciamientos es posible desprender, por otra parte, que el conocimiento del vicio no implica, en el pensamiento de la Corte, contribución activa del administrado a su producción, sino, simplemente, saber de su existencia o, en todo caso, que dicho conocimiento le sea razonablemente exigible. El criterio del Alto Tribunal de considerar a la potestad anulatoria como principio y de someter, por tanto, a sus excepciones a interpretación restrictiva le ha permitido precisar, asimismo, ante algunas dudas de la doctrina, que cuando la norma excluye de la anulación oficiosa a los actos que hayan generado *derechos subjetivos que se estén cumpliendo* habilita, sin embargo, la anulación si los derechos derivados del acto no se hubieran comenzado a cumplir (CSJN, 22/9/87, «Olivera», Fallos: 310-II-1870; y, más cerca en el tiempo, «Miragaya», 8/9/03, ED, serie especial de Derecho Administrativo, 31/12/03).

²³ Para la publicidad de la causa del acto respecto del afectado por éste, CSJN, 08/05/84, «Oxley, César O.», Fallos: 306:370, punto II del dictamen del Procurador, cuyos fundamentos la Corte comparte y hace suyos; y en relación con causas irreales, CSJN, 2/4/85, «Arias», Fallos: 307:388.

²⁴ CSJN, 15/11/83 «Cabrera, Carlos R.», Fallos: 305-2-1937, cons. 4.º; 06/11/86, «Derna, Graciela», párrafo 4.º del dictamen del Procurador General de la Nación, al cual se adhirió la Corte; 09/12/1993, «Nicosia, Alberto Óscar», Fallos: 316:2940, cons. 10.º. En la doctrina, Agustín GORDILLO ya había enseñado que una de las funciones de la teoría del acto es, precisamente, elaborar una noción útil para la protección de los derechos (*Tratado de Derecho Administrativo*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1979, tomo 3, II.3).

d) *Sobre la teoría del contrato administrativo*

- La conceptualización del contrato administrativo como un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas en el que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, cuyo objeto es un fin público o propio de la Administración y/o contiene explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del Derecho Privado, y el encuadramiento de los actos relacionados con los contratos en el marco normativo de las disposiciones generales previstas para aquéllos, habida cuenta la inexistencia, respecto de éstos, de una regulación específica propia²⁵.
- El sometimiento de los contratos categorizados como administrativos a los principios propios del Derecho Público y, consecuentemente, la admisibilidad en ellos de la *exceptio non adimpleti contractus* sólo si el contratista prueba que el incumplimiento de la Administración le genera la razonable imposibilidad de cumplir las obligaciones asumidas²⁶.
- La aplicación del principio de legalidad en el ámbito de la contratación administrativa y el consecuente desplazamiento, en éste, de la vigencia plena de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes y la declaración de oficio, con sustento en aquel principio, de la invalidez de un reglamento de contrataciones violatorio de la ley formal²⁷; y, asimismo, la extensión del principio al siempre resbaladizo terreno de las contrataciones «reservadas» y exigir, respecto de éstas, que la autoridad administrativa dé debida cuenta de los antecedentes de hecho y de Derecho en virtud de los cuales decide y observe, exclusivamente, los fines para los cuales fueron conferidas las competencias respectivas, entre ellas las de contratar²⁸.

²⁵ Acudimos para la sistematización del concepto de contrato administrativo en la jurisprudencia del Alto Tribunal al estudio de Pedro COVIELLO, «El contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación», en obra colectiva *Contratos Administrativos*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral (12, 13 y 14 de mayo de 1999), Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 88, punto 17.

²⁶ CSJN, 02/03/93, «Cinplast IAPSA», JA 1994-I-313 (especialmente cons. 9.º, 10.º, 11.º y 12.º), conforme lo propiciaba en la doctrina argentina el Profesor Miguel S. MARIENHOFF (*Tratado de derecho administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, tomo III-A, 4.ª ed., pp. 376 y ss.). Por mi parte, pienso con ESCOLA que, en rigor, la *exceptio*, así concebida, queda desplazada por la teoría del *hecho de la administración* (Héctor Jorge ESCOLA, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Depalma, Buenos Aires, 1977, vol. I, pp. 436 y ss.).

²⁷ CSJN, 22-12-93, «Espacio S.A.» ED 159:41, cons. 7.º, con nota de David HALPERÍN, «Naturaleza de los pliegos de bases y condiciones en la contratación administrativa». En la causa «El Rincón de los Artistas», citada en la nota 22, la Corte recuerda esta doctrina y la aplica para considerar inválido un pliego de condiciones violatorio del régimen general de administración y disposición de bienes del Estado.

²⁸ CSJN, 17/02/98, «S.A. Organización Coordinadora Argentina c/Secretaría de Inteligencia del Estado», cons. 8.º, con nota de Julio COMADIRA, en *Derecho administrativo –Acto*

- La inclusión de los contratos administrativos en el ámbito de vigencia del principio cardinal de la buena fe, como criterio para su celebración, interpretación y ejecución, en tanto no existe motivo alguno para excluir al Derecho Público de aquel principio liminar²⁹.
- El rechazo de pretensiones de contratistas basadas en contratos nulos, incompatibles con la propia conducta contractual de aquéllos y con el grado de conocimiento que les es exigible en razón de la especialidad de su actividad³⁰.
- La interpretación de los contratos de concesión de servicios públicos con arreglo a criterios que preservan adecuadamente el interés público comprometido en ellos, al consignar que nada se debe tomar como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara, pues «la afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda fatal para el derecho del concesionario»³¹.
- La jerarquización temprana del valor de las formas y de la garantía constitucional de igualdad en el procedimiento de selección del contratista del Estado, al declarar la nulidad absoluta y manifiesta de un contrato público celebrado en apartamiento de las condiciones generales previstas en el pliego respectivo³², reiterada, en pronunciamientos más recientes, al rechazar acciones de daños y perjuicios basadas en contratos nulos, de nulidad absoluta e insanable, anudados en forma directa y en infracción a la norma que exige, como procedimiento previo, la licitación pública³³.

e) *Sobre el procedimiento administrativo*

- El acogimiento expreso de ciertos principios del procedimiento administrativo, como el de la verdad jurídica objetiva o verdad material³⁴;

administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios—, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, cap. XII, pp. 321 y ss.

²⁹ Fallos: 305:1011, y Fallos: 311:970, entre otros.

³⁰ CSJN, 17/11/87, «Stamei S.R.L.», Fallos: 310:2278, cons. 9.º; 16/05/2000, «Cadipsa S.A.», Fallos: 323:1146, cons. 8.º.

³¹ CSJN, 30/03/93, «Vicente Robles S.A.», Fallos 316:382 (especialmente cons. 14.º *in fine* y sus citas).

³² CSJN, 24/11/37, «Empresa Constructora Schmidt S.A.», Fallos: 179:249, punto I, especialmente antepenúltimo párrafo.

³³ CSJN, 1/06/00, «Mas Consultores Empresas Sociedad Anónima», Fallos: 323:1515, cons. 8.º; 11/07/00, «Servicios Empresariales Wallabies S.R.L.», Fallos: 323:1841, cons. 7.º y 8.º; 5/12/00, «Ingeniería Omega S.A.», cons. 5.º y 9.º ED, serie especial de Derecho Administrativo, del 30/03/01.

³⁴ CSJN, 27/12/88, «Resguardo Cía. de Seguros S.A.», Fallos: 311:2821, punto V, segundo párrafo, del dictamen del Procurador General, al cual se adhirió la Corte; 7/12/01, «Chubut, pcia. De», cons. 6.º y 10.º, publicado en *El Derecho Administrativo*, serie especial, 30/9/02.

- la consideración del particular como colaborador³⁵; el formalismo moderado o informalismo a favor del administrado³⁶ y, en algunos casos³⁷, *el debido procedimiento previo*³⁸ y *el debido proceso adjetivo*³⁹, siendo de destacar, en este último aspecto, un pronunciamiento en el cual se afirmó, categóricamente, que «la garantía de defensa no es exclusiva de una rama particular del derecho, sino un principio aplicable también a los supuestos en los que la administración impone sanciones como las de autos»⁴⁰.
- La equilibrada concepción del principio que considera al administrado como colaborador de la Administración Pública, en tanto imputa a la falta de colaboración la decisión, en contra de aquél, de las situaciones dudosas que se puedan presentar en la relación administrativa⁴¹.

f) *Sobre la responsabilidad del Estado*

- El empleo de la teoría del órgano como criterio para atribuir conductas al Estado, porque permite conceptuar a la responsabilidad de éste como directa y superar, de ese modo, las limitaciones que imponía considerar a los agentes no como órganos, sino como dependientes⁴²; valoración ésta que, de todos modos, ya había significado en su momento un importante progreso en el marco de la legislación civil entonces vigente⁴³.

³⁵ CSJN, 26/12/78, «Galian», Fallos: 300-2:1292, cons. 5.º; 24/04/86, «Durusse de Fernández», Fallos: 308:633, cons. 5.º.

³⁶ CSJN, 13/08/92, «Leyes», Fallos: 315:1604, cons. 4.º; 17/11/92, «Lewkowicz», Fallos: 315:2762, cons. 4.º.

³⁷ Conforme lo enseñara el Profesor Bartolomé A. FIORINI, procede distinguir entre el *debido procedimiento previo a todo acto administrativo* como dato inherente al Estado de Derecho y el *debido proceso adjetivo* en tanto especie de aquél destinado a garantizar el derecho de defensa del administrado, cuando es objeto de una pretensión de reproche (Bartolomé A. FIORINI, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.ª ed., 1976, tomo II, pp. 455 a 456 y 458; asimismo, Julio COMADIRA, *Procedimientos Administrativos. Ley nacional de procedimientos administrativos, anotada y comentada* –Laura Monti, colaboradora–, La Ley, Buenos Aires, 2002, tomo I, pp. 62 y ss.).

³⁸ CSJN, 17/06/80, «Movimiento Scout Argentino», Fallos: 302:545, cons. 5.º; 17/11/87, «Stamei S.R.L.», Fallos: 310:2278, cons. 6.º; 21/5/02, «Adidas Argentina», punto IX del dictamen del Procurador, al cual la Corte se adhirió, en ED, serie especial de Derecho Administrativo del 28 de junio de 2002.

³⁹ CSJN, 13/8/98, «Cedale», Fallos: 321:1970, especialmente cons. 12.º y 13.º.

⁴⁰ CSJN, 2/09/76, «Ferrer Deheza», Fallos: 295:726, considerando 3.º.

⁴¹ CSJN, 30/03/93, «Vicente Robles S.A.», cit., cons. 12.º.

⁴² CSJN, 18/12/84, «Vadell», Fallos: 306:2030, cons. 6.º.

⁴³ CSJN, 22/09/33, «Devoto», especialmente cons. 5.º, 6.º y 7.º, JA, 43-416; 03/10/38, «Ferrocarril Oeste», especialmente cons. 7.º a 9.º, LL 12-122. El artículo 43 del Código civil establecía, en aquel momento, que no era posible ejercer contra las personas jurídi-

- La admisión de la responsabilidad del Estado tanto por su actividad ilegítima como legítima, construida sobre bases que más allá del casuismo habilitan a ensayar, a partir de los presupuestos valorados por el Alto Tribunal, criterios de sistematización en general justos, habida cuenta la inexistencia de legislación positiva expresa sobre el punto (conforme resulta de los trabajos incluidos en esta publicación).

g) *Sobre el acceso a la justicia y el control judicial de la Administración Pública*

- El principio sentado por vía de adhesión al dictamen del Procurador General, respecto de la justiciabilidad del Estado y la posibilidad presumida de acudir a la sede judicial planteando la ilegitimidad del obrar administrativo, salvo ley expresa en contrario y sin perjuicio de la posible inconstitucionalidad de ésta⁴⁴.
- El encuadre incluso más amplio de esa idea al requerir, en la exégesis de la Constitución, atender al sentido profundo de ésta con especial empeño y proporcionada rigurosidad cuando se trate de deslindar espacios de no justiciabilidad, toda vez que éstos configuran excepciones a la regla del control judicial⁴⁵.
- La extensión a la acción declarativa, de la amplia legitimación reconocida por el artículo 43 de la Constitución (según la reforma de 1994) para la deducción del *amparo colectivo* contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general⁴⁶.
- El control oficioso⁴⁷ (ahora previsto en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos después de su última reforma por la Ley 25344) de los presupuestos de admisibilidad de la demanda importa un activismo judicial acorde con las exigencias que

cas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común o sus administradores individualmente hubiesen cometido delitos en beneficio de ellas.

⁴⁴ CSJN, 6/11/86 «Derna», Fallos: 308.2:133, y dictamen del Procurador General doctor Juan Octavio Gauna.

⁴⁵ CSJN, 9/12/93, «Nicosia», ED, 158-237 y ss.

⁴⁶ CSJN, 22/04/97, «Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina (AGUEERA)», Fallos: 320:690, cons. 5.º.

⁴⁷ CSJN, 04/02/99, «Gorordo Allaria de Kralj, Haydée María», Fallos: 322:74, especialmente cons. 6.º a 10.º; 31/03/99, «Tajes, Raúl Eduardo», Fallos: 322:555, voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, Petracchi, Boggiano, López y Bossert (cons. 6.º) y voto del juez Vázquez (cons. 6.º y 7.º).

- plantea la supremacía constitucional y el interés público comprometido en las prerrogativas procesales del Estado.
- La reiterada declaración de validez constitucional de los plazos de caducidad para demandar al Estado⁴⁸ hace mérito de la inquestionable necesidad de estabilidad y certeza de las relaciones jurídico administrativas que los justifican⁴⁹.
 - La inaplicabilidad del plazo de caducidad cuando media silencio de la Administración, en tanto un rigor formal de esa índole importaría premiar la actitud negligente de la Administración y hacer jugar en contra del particular la figura del silencio administrativo instituida en su favor⁵⁰.
 - La instrumentación de la protección cautelar contencioso-administrativa, incluso a través de medidas cautelares positivas, con arreglo a las exigencias axiológicas que impone la actuación del Estado en el litigio, pues pese a que ella ha sido construida, en la jurisdicción federal, sobre la base de textos procesales civiles, conjuga, en general, adecuadamente la verosimilitud del Derecho⁵¹ y el peligro en la demora⁵², exigibles como presupuestos de

⁴⁸ En la doctrina, MAIRAL ha sostenido que, más allá de su inconveniencia y foránea inspiración, el plazo general previsto por el artículo 25 no es angustioso, por lo que la reglamentación del derecho no equivale, aquí, a eliminación (*Control judicial de la administración pública*, Depalma, Buenos Aires, 1984, tomo I, p. 386).

⁴⁹ CSJN, 5/4/1995 «Gypobras», Fallos: 318:441, y sus citas (especialmente cons. 7.º al 10.º).

⁵⁰ CSJN, 4/11/93, «Colegio de Bioquímicos del Chaco», Fallos: 316:2477, cons. 8.º; CSJN, 7/4/92, «Chacofi», Fallos: 315:656, cons. 6.º. Cabe consignar, no obstante, que ambos pronunciamientos son anteriores a la reforma de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos introducida por la Ley 25344, en virtud de la cual el plazo de caducidad también se aplica cuando media silencio administrativo frente al reclamo previo interpuesto por el particular en los términos del artículo 31 de la Ley referida.

⁵¹ Si bien el Alto Tribunal ha sostenido que, por vía de principio, las medidas cautelares no proceden respecto de actos administrativos en atención a la presunción de validez de éstos, admite, sin embargo, la configuración de la verosimilitud del Derecho como presupuesto de procedencia no sólo cuando concurre la existencia de un vicio notorio, de una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta o de una violación legal patente (CSJN, 5/4/91, «Foetra», Fallos: 307:2267, cons. 5.º, 8/10/91, «Astilleros Alianza», Fallos: 314:1202, cons. 5.º, especialmente cons. 6.º, entre otros), sino, también, cuando se los impugna sobre bases *prima facie* verosímiles (CSJN, 21/12/00, «Aguas de Formosa», cons. 6.º, ED, serie especial Derecho Administrativo, 29/6/01; íd., 18/7/02, «Asociación de Bancos Públicos y Privados de la República Argentina», cons. 5.º, ED, serie especial Derecho Administrativo, 31/7/02) o invocando simplemente la *ilegalidad* o *arbitrariedad* (íd., 25/02/92, «Recurso de Hecho de la Asociación del Personal Superior de Segba», cons. 4.º, Fallos: 315:96).

⁵² El criticable criterio de la irreparabilidad del perjuicio ha estado, por cierto, presente en los fallos de la Corte para vincular a él la exigencia del peligro en la demora (v.gr.: 28/11/85, «Arizu», Fallos: 307:2267, cons. 2.º *in fine*; «Astilleros Alianza», cit., cons. 7.º, segundo párrafo, voto de los jueces Petrachi, Nazareno, Moliné O'Connor y Boggiano; entre otros fallos); pero no faltan, sin embargo, pronunciamientos en los que se ha señalado la necesidad de juzgar ese requisito «de acuerdo con un juicio objetivo, o derivar de hechos que puedan ser apreciados incluso por terceros» («Asociación de Bancos», cons. 8.º, cit. en nota anterior).

procedencia de la cautela en el ámbito privado, con las consecuencias de la presunción de legitimidad y de la *ejecutoriedad* propias del acto administrativo, sin dejar de incorporar, además, la ineludible consideración del interés público⁵³.

- La utilización de «técnicas autónomas de tutela judicial urgente no cautelar», para cuya consideración remitimos al trabajo de Patricio SAMMARTINO.

h) *Sobre el alcance del control judicial*

- El adecuado control de la actividad administrativa discrecional⁵⁴ en tanto la somete a los límites derivados de los principios generales del Derecho y, en particular, de la legalidad y razonabilidad⁵⁵.
- La negación a un Ente Regulador de servicios públicos de la condición de Tribunal Administrativo, con fundamento en la carencia, de éste, de garantías formales de neutralidad e independencia⁵⁶.

i) *Sobre la restricción de los derechos*

- La limitación del denominado poder de policía de emergencia –reconocido como potestad de reglamentar los derechos individuales con una intensidad superior a la propia del poder de policía ordinario– a la postergación en el tiempo del ejercicio de éstos (decidida por ley declarativa de la emergencia) y, por consiguiente, la exclusión de la posibilidad de que él se invoque para alterarlos, esto es, para modificarlos en su esencia o extinguirlos⁵⁷.

⁵³ CSJN, 28/11/85, «Arizu», Fallos: 307:2267, cit., cons. 2.º; 8/10/91, «Astilleros Alianza S.A.», Fallos: 314:1202, cit., especialmente cons. 7.º, segundo párrafo *in fine*, del voto de los jueces Petrachi, Nazareno, Moliné O'Connor y Boggiano, voto antes citado).

⁵⁴ CSJN, 23/06/92, «Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos», Fallos: 315:1361, especialmente cons. 7.º a 10.º.

⁵⁵ CSJN, 25/11/97, «Solá, Roberto», Fallos: 320:2509, especialmente cons. 10.º a 15.º.

⁵⁶ CSJN, 16/04/98, «Litoral Gas S.A.», Fallos: 321:776, cons. 6.º.

⁵⁷ CSJN, 28/04/22, «Ercolano», Fallos: 136:131, especialmente cons. 12.º; 21/08/22, «Horta, José», Fallos: 136:59, especialmente cons. 10.º y 14.º; 7/12/34, «Avico», Fallos: 172:21, especialmente cons. 12.º; 1/09/44, «Inchauspe Hnos., Pedro», LL 36-703, especialmente cons. 5.º, 6.º y 7.º; 22/06/60, «Cine Callao», Fallos: 247:121, cons. VII a XV; 7/12/67, «Empresa Mate Larangeira Mendes S.A.», LL 130-557, especialmente cons. III a VI, entre muchos otros; y recientemente, CSJN, 01/02/02, «Smith, Carlos», LL2002-A-770, especialmente cons. 9.º a 15.º (aun cuando respecto de este último pronunciamiento, en el cual

j) *Sobre el alcance de las restricciones legales a la ejecución de las sentencias condenatorias del Estado*

- La justa restricción de los alcances literales de la legislación que impuso los efectos declarativos de las sentencias condenatorias del Estado, al establecer que una norma de esa índole no significa una autorización para el incumplimiento de las sentencias y no impide, por tanto, la intimación a aquél para que fije un plazo razonable de ejecución, pues su sentido radica en evitar que la Administración Pública se pueda ver colocada, por efecto de un mandato judicial perentorio, en situación de no satisfacer el requerimiento por carencia de fondos presupuestarios, o perturbada en su marcha normal⁵⁸.

k) *Sobre las potestades del Juez en el proceso respecto de la validez de las normas o actos.*

- La aceptación de la declaración de oficio de la inconstitucionalidad de las leyes⁵⁹ y la razonable previsibilidad de que, por aplica-

se declaró la inconstitucionalidad del Decreto de Necesidad y Urgencia 1570/01 y sus normas modificatorias y reglamentarias, que dispusieron restricciones a la libre disponibilidad de los depósitos bancarios, es, en rigor, muy discutible la real configuración de un supuesto de alteración de la *sustancia* del Derecho, al menos en el propio marco histórico conceptual de la jurisprudencia del Alto Tribunal), y «San Luis, Pcia. de», cons. 23 y 24, 5/03/03, LL2003-B-537. Es destacable, en la línea jurisprudencial que descalifica la pretensión de alterar la sustancia de los derechos al amparo de normas de aplicación a la de emergencia, la sentencia recaída en la causa «Iachemet» (CSJN, 29/4/93, JA-1993-III-59). En este pronunciamiento se consideró inconstitucional la actora, una anciana de 91 años, del procedimiento previsto en la Ley 23982 –de consolidación de deudas– para el pago de las sumas correspondientes al haber de pensión que le había sido reconocido judicialmente. El Tribunal consideró que, en el caso, el sometimiento de la señora Iachemet a aquel procedimiento importaba no una simple restricción temporal al principio constitucional de la cosa juzgada, sino un desconocimiento sustancial del derecho en ésta comprometido, pues, sostuvo, resultaba virtualmente imposible que, conforme con el desenvolvimiento natural de los hechos, aquélla llegara a percibir la totalidad del crédito que le fuera reconocido judicialmente.

⁵⁸ CSJN, 7/09/66, «Pietranera, Josefa y otros», Fallos: 265:291 (especialmente cons. 5.º). Es ilustrativo señalar que en la causa «Giovagnoli» (CSJN, 16/9/99), en la cual la Corte desestimó la aplicación al caso del artículo 19 de la Ley 24624 –que, en síntesis, determina la inembargabilidad de los fondos afectados a la ejecución del presupuesto del sector público–, el Alto Tribunal invocó como uno de los fundamentos de su pronunciamiento la doctrina sentada, precisamente, en «Pietranera». Después de puntualizar que la sanción de aquella norma tuvo por objeto imponer pautas racionales en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado, evitando el desvío de fondos presupuestarios y los trastornos consiguientes que ello puede producir en la economía del referido sector, dejó sentada la necesidad de interpretar aquella cláusula en armonía con los principios y garantías constitucionales consagrados por nuestra Ley Fundamental y con el resto del ordenamiento, toda vez que, expresó, la aplicación mecánica y generalizada del citado artículo 19, sin consideración a lo previsto en otras disposiciones, conduciría a la frustración de los derechos de los particulares.

⁵⁹ CSJN, 27/09/01, «Mill de Pereyra», con comentario de J. COMADIRA y F. CANDA, *Control de constitucionalidad de oficio de las normas. Un análisis del caso Mill de Pereyra, resuelto*

ción de argumentos similares a los que determinaron esa admisión, se acepte, en el futuro, la declaración de oficio de la nulidad absoluta de los actos administrativos.

EL FUTURO

Más allá de los aportes jurisprudenciales enunciados, existen cuestiones de diversa índole con respuestas judiciales oscilantes o decididamente orientadas en un sentido, a mi modo de ver, cuestionable.

No me refiero exclusiva ni preponderantemente a la aceptación del uso desviado de instituciones constitucionales como *el estado de sitio*, resultante de la autoinhibición judicial de exigir una motivación suficiente de la decisión presidencial de privar de la libertad a una persona durante la vigencia de aquel *estado*⁶⁰; o a la admisión del abuso de los *decretos de necesidad y urgencia* validados sin la debida acreditación de un grave riesgo social⁶¹, entre otras cuestiones que podríamos llamar *institucionales*. Estoy pensando también en algunas cuestiones que por su vinculación con la teoría del acto administrativo sería dable denominar como *técnicas*, sin perjuicio de su indudable proyección en el encauzamiento del debido accionar del Estado. Tengo en cuenta, en ese sentido, entre otras, las siguientes situaciones:

- a) La siempre recurrente *teoría de la subsanación* que permite sanear en sede judicial la indefensión en sede administrativa⁶², con el desconocimiento que ello implica de la significación del debido proceso adjetivo en esta última sede y, además, la indebi-

por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ED, serie especial de Derecho Administrativo del 28 de diciembre de 2001.

⁶⁰ CSJN, 03/12/1985, «Granada Jorge», Fallos: 307:2284, especialmente cons. 10.º; como contraposición cabe destacar el excelente voto del juez Belluscio, en disidencia, especialmente cons. 9.º a 12.º.

⁶¹ CSJN, 17/12/97, «Rodríguez, Jorge» Fallos: 320:2851, con comentario de Fabián Omar CANDA, *Aeropuertos: un fallo con turbulencias (Intervención de superintendencia, legitimación procesal y control de los decretos de necesidad y urgencia en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)*, ED, serie especial de Derecho Administrativo del 13 de abril de 1998.

⁶² CSJN, 05/03/69, «Universidad Bartolomé Mitre», Fallos: 273:134, cons. 16.º; CSJN, 24/2/87, «César Antonio Karam», Fallos: 310:360, cons. 4.º. Cabe señalar que este lamentable criterio se aplica también para purgar deficiencias procesales graves en el tránsito de las diferentes instancias administrativas. Así, por ejemplo, la omisión del dictamen jurídico previo es salvable si él se dicta en el trámite del recurso de reconsideración (CSJN, 12/2/87, «Soñes», Fallos: 310:172, cons. 7.º) o, en su caso, en el correspondiente al recurso jerárquico (CSJN, 25/X/79, «Duperial», Fallos: 301:953, cons. 6.º).

da transformación de un caso de nulidad absoluta e insanable en una situación convalidable.

- b) La legitimación de ceses de agentes estatales con sustento en genéricas e indemostradas razones de servicio, con violación manifiesta de la garantía de la estabilidad *propia* consagrada por la Constitución⁶³.
- c) La aceptación de que se integre la motivación del acto administrativo con posterioridad a su dictado, y la burla que ello implica respecto del sentido protector que aquélla posee para el interés público y el interés privado⁶⁴, sin terminar de comprender que, en materia de discrecionalidad, la falta de motivación es, por sí sola, índice de arbitrariedad manifiesta⁶⁵.
- d) La admisión de que el dictamen de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico, considerados por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos como un requisito esencial del acto cuando éste afecte derechos subjetivos o intereses legítimos, se pueda emitir con posterioridad al dictado de aquél⁶⁶, con los efectos nocivos que esa posibilidad genera respecto de la significación del control de legalidad que implica la intervención previa del abogado del Estado y la ilegítima mutación de un supuesto legal de nulidad absoluta en simple nulidad relativa.
- e) El reconocimiento de la existencia de *actos administrativos jurisdiccionales* sujetos a un control judicial variable⁶⁷, y no siempre pleno⁶⁸, de sus decisiones, sin que concurra a ese efecto autorización constitucional específica y en infracción a la genérica prohibición contenida, antes de la reforma de 1994, en el artículo 95 y, ahora, en el 109 de la Constitución Nacional.

Desde otra perspectiva, ¿no sería hora, ya, de reformar la Ley para exigir expresamente que el dictamen jurídico previo se produzca también cuando está en juego la hacienda pública, aunque no se afecten derechos ni intereses privados?⁶⁹

⁶³ CSJN, 01/10/85, «Girardini de Brovelli, Marta S.», Fallos: 307:1858, cons. 5.º; 07/07/88, «Piaggio de Valero, María E.», Fallos: 311:1206, especialmente cons. 4.º, segundo párrafo.

⁶⁴ CSJN, 24/09/91, «Molinas, Ricardo», Fallos: 314:1091, cons. 15.º.

⁶⁵ Tomás R. FERNÁNDEZ, *Arbitrariedad y Discrecionalidad*, Cívitas, Madrid, 1991, p. 108.

⁶⁶ CSJN, 25/10/79, «Duperial», Fallos: 301:953, cons. 6.º; 12/02/87, «Soñes», Fallos: 310:272, cons. 6.º.

⁶⁷ CSJN, 19/9/60, «Fernández Arias», Fallos: 247:646, especialmente cons. 14.º.

⁶⁸ CSJN, 08/08/78, «Ojeda», Fallos: 301:1103, cons. 7.º y 8.º.

⁶⁹ Del fallo de la Corte Suprema recaído en la causa «Cerámica San Lorenzo I.C.S.A.» (30/09/76, Fallos: 295:1017) se desprende una visión unidimensional de la función de las formas en el Derecho Administrativo, pues parece limitar, con arreglo a la letra de la norma, la

¿No debería el Alto Tribunal rectificar explícitamente el criterio de *libre elección* del contratista del Estado, como regla de selección a aplicar en ausencia de previsión expresa, desprendido de antiguos pronunciamientos⁷⁰, y consagrar, expresamente, el principio de selección pública y reglada derivado de la Constitución y de los Tratados Internacionales?

Es, por otra parte, esperable que el Alto Tribunal supere las restricciones que ha impuesto a la legitimación procesal del Defensor del Pueblo⁷¹, a quien se la ha negado por el hecho de no ser titular de la relación jurídica sustancial o por la actuación, en el proceso⁷², del afectado o de una asociación, con desnaturalización del texto constitucional⁷³; como lo es también que al pronunciarse respecto de la procedencia, o no, de la revisión judicial de las ternas vinculantes de candidatos a jueces elaboradas por el Consejo de la Magistratura, confirme los criterios de diversos tribunales inferiores que revelan la tendencia a la revisión⁷⁴.

exigibilidad del dictamen jurídico previo contemplado por el artículo 7.º, inciso d), de la LPA al caso en el que el acto afecte derechos subjetivos e intereses legítimos (cons. 4.º, último párrafo). La PTN, en el dictamen emitido el 23/01/01, publicado en ED serie especial de Derecho Administrativo del 31 de mayo de 2001, sostuvo, en cambio, con criterio ciertamente ponderable, que el requisito del dictamen jurídico previo es insoslayable cuando el acto afecte la hacienda pública, y destacó, además, que esa exigencia jerarquiza la tarea de los abogados del Estado y refuerza la garantía formal de legalidad de las decisiones de la Administración (punto II.6).

⁷⁰ CSJN, 24/04/79, «Meridiano, S.C.A.», Fallos: 301:292, cons. 9.º, fallo éste que contiene otros importantes principios de Derecho Administrativo como lo ha destacado CASAGNE en una nota en la cual, respecto del tema en cuestión, comparte el criterio del Alto Tribunal (Juan C. CASSAGNE, *Principios del Derecho Administrativo en un fallo de la Corte*, ED 83: 444 y ss.).

⁷¹ El artículo 86 de la Constitución, según la reforma de 1994, reconoce al Defensor del Pueblo legitimación procesal y le fija como misión «la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas».

⁷² CSJN, 21/12/00, «Defensor del Pueblo de la Nación», Fallos: 323:4098.

⁷³ Según lo destaca María Jeanneret de PÉREZ CORTÉS en *La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las Asociaciones*, LL2003-B-sec. doctrina.

⁷⁴ Por ejemplo: CNACAF, Sala IV, 27/03/02, «Mattera» (medida cautelar), especialmente cons. VI, ED, serie especial de Derecho Administrativo del 29 de abril de 2002; Sala I, 20/11/03, «Mattera», especialmente cons. 4.º del voto del juez Coviello, ED, Serie Especial de Derecho Administrativo del 31 de diciembre de 2003; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA), 28/9/99, «Guridi», ED, serie especial Derecho Administrativo, 29/8/00; íd., 27/12/02, «Zarlenga, Marcelo», ED, serie especial Derecho Administrativo, 28 de marzo de 2003 (comentado por Laura MONTI en *Jurisprudencia Argentina*, 2003-II-536; Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 10/8/01, «Araldi»; íd., «Spisso», ED, serie especial Derecho Administrativo, 27/3/02; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, 26/04/02, «Maiztegui».

LAS INSTITUCIONES Y SUS CAMBIOS

El Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA expresa, recordando a SAVIGNY, que las unidades elementales de la vida jurídica no son las normas, sino las instituciones, concebidas éstas como regímenes orgánicos de las relaciones sociales. Y las instituciones responden, a su vez, enseña el maestro español, a principios generales del Derecho que trascienden la normativa contingente⁷⁵.

Pienso, entonces, que la función del administrativista es detectar, más allá de la abrumadora carga legislativa y reglamentaria de estos tiempos, cuál es el modo equilibrado de atender actualmente a los principios inspiradores de las instituciones tradicionales y, asimismo, de modelar, también con equilibrio, el contenido de los que dan forma a las instituciones nuevas.

Cuando comenzaba en nuestro país el proceso denominado de Reforma del Estado a través de las privatizaciones interpreté que él debía responder a las exigencias de una sociedad que aspiraba a recobrar el protagonismo político, económico y social perdido o gravemente restringido; a revalorizar la importancia de la eficacia como dato legitimador del ejercicio del poder, y a reencauzar el accionar del Estado en un marco adecuado a ese protagonismo⁷⁶.

Afirmé también que quería creer que acompañaba a aquellas exigencias la aspiración de instrumentar los cambios a través de los cánones de la juridicidad constitucional. Compartía, así, la inquietud respecto de las tendencias empiristas actuales, que, al dar prioridad protagónica a lo instrumental y, de ese modo, identificar eficacia con justicia, tropiezan con la dificultad que deriva de la diferencia insalvable que existe entre la organización privada empresarial y la organización colectiva; articuladas, la primera, a partir de los principios de autonomía, capacidad universal y libertad en el marco de la ley (vinculación negativa al Derecho) y, la segunda, con base en la heteronomía, la capacidad por atribución y la vinculación positiva a la ley y al Derecho⁷⁷.

Planteaba, asimismo, que la transformación del Estado no se podía realizar sin asegurar la justicia debida a quienes no pudieran sin culpa asumir las nuevas reglas de juego, la transparencia de éstas y, asimismo,

⁷⁵ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y Seguridad Jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, 1999, pp. 104/105.

⁷⁶ «Reflexiones sobre la regulación de los servicios privatizados y los entes reguladores (con particular referencia al ENARGAS, ENRE, CNT, y ETOSS)», en *Derecho Administrativo –Acto Administrativo, Procedimiento Administrativo, Otros Estudios–*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 218.

⁷⁷ PAREJO ALFONSO, *Eficacia y Administración (Tres Estudios)*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1995, p. 115.

la solidaridad, concebida ésta no como virtud de carácter personal, sino como resultado social, promoviendo estructuras que faciliten el ejercicio de aquélla como virtud y, eventualmente, asumiendo el Estado *per se* el logro de los resultados incumplidos que en cada caso se estimen irrenunciables⁷⁸.

No es éste el lugar apropiado para valorar los resultados socioeconómicos que nos toca vivir. Pero sí para destacar que si algún papel nos compete a quienes cultivamos el Derecho Administrativo (como abogados particulares o del Estado; jueces; científicos), él consiste en no renunciar a su valor como instrumento simultáneamente tuitivo de la prerrogativa estatal y de la garantía individual, en tanto expresiones del interés público y del interés privado, respectivamente.

En el Estado de Derecho la eficacia no se puede procurar a costa de la juridicidad; antes bien, en ese Estado la violación de ésta es un modo perverso de ineficacia. La justicia social y la ética pública no se pueden obtener a expensas del Derecho, aun cuando éste deba ser cambiado para satisfacer los requerimientos de los nuevos tiempos. No se trata de superar la inadecuación de las normas, mediante procedimientos indirectos que «las respetan sólo en apariencia dejando intacta sólo su armadura»⁷⁹.

Es necesario, ciertamente, que *libertad real de pocos* se expanda, dando contenido a *la libertad formal de todos*; pero esa transición no se puede operar sacrificando la sabia juridicidad constitucional que nos rige, la cual, históricamente, ha integrado con armonía las prerrogativas estatales con las garantías individuales⁸⁰.

Nuestro desafío como administrativistas es hacer posible, a lo largo del tiempo y más allá de las coyunturas gubernamentales, *una concepción servicial de la prerrogativa y solidaria del derecho individual*. La sensibilidad del jurista por la Justicia marcará en cada tiempo la *tendencia* a sostener.

Julio Rodolfo Comadira

⁷⁸ «Reflexiones...», en *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, p. 219, y nota 8, en la cual remito, respecto de la solidaridad, a lo dicho por ARGANDOÑA, citado por Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 80, nota 14.

⁷⁹ MEILÁN GIL, *Administración Pública en Perspectiva*, *op. cit.*, p. 48.

⁸⁰ Bien recuerda Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ que el poder estatal es el instrumento de la autoridad política para lograr el bien de todos, de modo que la limitación en el ejercicio de los derechos fundamentales asegura que se entiendan en un contexto de bien común. (*Nuevas Claves del Estado del Bienestar*, Editorial Comares, Granada, 1999, pp. 7, 114 y 115).

**Fuentes:
Principios y
Ordenamientos**

