

## INTRODUCCIÓN

### SUMARIO

1. Las pseudo nociones fundantes del derecho administrativo .....	Int-1
2. El modelo autoritario de acto administrativo.....	Int-7
3. La prevalencia de un interés o bien sobre el otro.....	Int-9
4. El eje de la tutela judicial efectiva o la “jurisdicción revisora del acto” .....	Int-11
5. El control de los hechos. Confusión de jurisdicción ordinaria y extraordinaria .....	Int-15
6. El incumplimiento de las garantías del ciudadano y la legalidad.....	Int-16
7. Una “respuesta coherentemente autoritaria” .....	Int-17
8. El sistemático incumplimiento de la Constitución.....	Int-18
8.1. En general .....	Int-18
8.2. La cuestión en el derecho público provincial.....	Int-19
8.3. La modificación o sustitución de oficio del acto administrativo .....	Int-20
9. Invocar la seguridad jurídica a favor del Estado .....	Int-22
10. Prevenir o coadyuvar a la corrupción .....	Int-23
11. <i>Quo vadis?</i> .....	Int-24



## INTRODUCCIÓN

### 1. *Las pseudo nociones fundantes del derecho administrativo*

Diversos temas han tenido a través del tiempo un carácter estelar o fundante en el derecho administrativo: poder de policía,<sup>1</sup> servicio público,<sup>2</sup> contrato administrati-

<sup>1</sup>Nuestra posición crítica —siguiendo a ANTONIOLLI— viene desde “La crisis de la noción de poder de policía,” *Revista Argentina de Ciencia Política*, 2: 227, Buenos Aires, Depalma, 1960; *supra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2006, 8ª ed., cap. V, “El «poder de policía»,” y comparten MAIRAL, HÉCTOR AQUILES, *Control judicial de la administración pública*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 835 y nota 237; OLIVEIRA, FARLEI MARTINS RICCIO DE, y CERQUEIRA CAMPOS, ALEXANDRA, “Poder de policía: anotações à margen de Agustin Gordillo,” en el libro de FARLEI MARTINS RICCIO DE OLIVEIRA (coord. y co-autor), *Direito Administrativo Brasil-Argentina. Estudos em Homenagem a Agustin Gordillo*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, pp. 151-95. La significación política y jurídica es destacada por FERRAZ, SÉRGIO, “A criatividade de Agustin Gordillo,” en OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 298-308; comp. IVANEGA, MIRIAM, “De nuevo acerca del poder de policía,” *LL*, 2007-B, 344 y sus referencias, en especial CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. Algunos creen que estas disquisiciones son semánticas y que no importan; otros lo advierten, y cuando en el t. 2 mostramos que se puede hablar de *regulación*, más neutro que policía o poder de policía, lo adoptan: así CICERO, KARINA, *Desafíos de la regulación*, *JA*, 2006-III, nº esp., 30-VIII-2006, y sus autores En otro ej., parecido, acerca de la significación de calificar como decreto-ley a lo que otros llaman “Ley 19.549/72,” ver GORDILLO, AGUSTÍN y CAMPOLIETI, FEDERICO, “Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72. Un debate epistolar y generacional,” en *LL*, 2006-F, 892; MILJKER, MARÍA EVA, “¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico,” en *LL*, 2007-A, 777; YACOVINO, CECILIA, “Discurso y realidad: otra mirada sobre el debate GORDILLO-CAMPOLIETI,” en *Res Publica Argentina*, *RPA* 2007-1: 83-90, Buenos Aires, Rap, 2007, quien remite a “De la crisis del poder al poder de la crisis,” *Res Publica Argentina*, *RPA* 2005-1: 99-119; *supra*, t. 1, cap. I, § 3 a 5 e *infra*, notas 14 y 54.

<sup>2</sup>Como en las definiciones francesas que siguiera BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 1964, 6ª ed., p. 37. *Supra*, t. 1, cap. V, “El derecho administrativo,” § 6.3, “No se refiere principalmente a los servicios públicos.” Hemos transitado por: a) la noción restrictiva en “Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos,” *LL*, 106: 1187, año 1962, reproducido en *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963; b) la negación total (desde *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1966, hasta *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, IEAL, 1984), para c) volver a la noción limitada (este *Tratado*, t. 2, cap. VI, “Servicios públicos,” preanunciada en el prólogo a la 2ª ed. del t. 1); la doctrina continúa debatiendo en torno al lugar del tema en la materia, con nuevos aportes: MAIRAL, “La ideología del servicio público,” *RDA*, 14: 359, Buenos Aires, Depalma, 1993; BARRA, RODOLFO, “Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público,” *LL*, 1982-B, 363 y la demás doctrina (MAIORANO, LINARES, etc.) que recordamos en el t. 2, cap. VI, “Servicios públicos,” § 1, “Origen y evolución,” notas 1.1 y ss. y sus referencias.

vo.<sup>3</sup> Hasta la emergencia se ha constituido en un *leit motiv*<sup>4</sup> de nuestros tiempos.<sup>5</sup> Algo parecido ocurre con el acto administrativo y el “contencioso administrativo;” se originan en la revolución francesa<sup>6</sup> y nos llegan trasvasados con el peso de haber nacido como privilegios del funcionario<sup>7</sup> o compromisos con el poder<sup>8</sup> y no

<sup>3</sup>Ver las críticas de MAIRAL, “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas,” en GORDILLO (dir.), *El Contrato Administrativo en la Actualidad*, Buenos Aires, La Ley, mayo 2004, pp. 3-18; “Los contratos administrativos, en el marco de la emergencia pública argentina,” en ALANIS, SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 129-35; “La teoría del contrato administrativo,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, CA, 2000, pp. 209-14; “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo,” *ED*, 179: 655; “El aporte de la crítica a la eventual evolución del derecho administrativo,” *ED*, 180: 849; “La teoría del contrato administrativo y el derecho norteamericano,” *ED*, Serie Especial 2000/2001, pp. 525-42; “Los defectos de la contratación pública,” *Revista de Derecho Público, Contratistas del Estado. Procedimiento de selección*, 2006-1: 167-84; “Government contracts under Argentine law: A comparative law overview,” *Fordham International Law Journal*, vol. 26, n° 6, Junio de 2003, pp. 1716-1753; VEGA, SUSANA ELENA, “Política, economía y derecho: las tres dimensiones de la contratación administrativa,” en GORDILLO (dir.), *El Contrato...*, *op. cit.*, pp. 153-8, que explica cómo política, economía y derecho se desencuentran en las normas y la realidad del contrato administrativo.

<sup>4</sup>En palabras de DANIEL SABSAY, “un comodín que debilita las instituciones:” *La Nación*, 18 de febrero de 2007, Sección “Economía & Negocios,” p. 2, quien al señalar las diferencias entre la constitución real y formal sigue la línea que también explicamos en *La administración paralela. El para-sistema jurídico administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, cuarta reimpression, 2001; BOTASSI, CARLOS, “Estado formal y real en la Argentina,” en OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 357-80; MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, “A luta contra a «Administração Paralela»,” en OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 281/98.

<sup>5</sup>Ver PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “La permanente invocación de la emergencia como base de la crisis constitucional,” en OLIVEIRA (coord.), *Direito Administrativo Brasil-Argentina. Estudos em Homenagem a Agustin Gordillo*, *op. cit.*, pp. 329 a 356 y sus referencias; del mismo autor, “La postergación institucional,” *LL*, 2006-F, 877, especialmente el último párrafo, respecto a la posible configuración de la hipótesis del art. 29; YACOVINO, CECILIA, “De la crisis del poder al poder de la crisis,” *op. loc. cit.* Desde la Fundación de Derecho Administrativo intentamos prevenir ese desarrollo convocando diversos seminarios que trataron del *Derecho Administrativo de la Emergencia*, abordándose en ellos una importante variedad de temas, no precisamente para desarrollar disparatadas ideas como las que aquí se critican, sino al contrario para mostrar cómo todas debían ser encauzadas en el derecho administrativo del estado democrático de derecho. Ver MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El Derecho Administrativo de la Emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002; AHE, DAFNE SOLEDAD (coord.), *El Derecho Administrativo de la Emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002; ALANIS (coord.), *El Derecho Administrativo de la Emergencia, III*, *op. cit.*; SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El Derecho Administrativo de la Emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2005; ZAYAT, VALERIA E. (coord.), *El Derecho Administrativo de la Emergencia, V*, Buenos Aires, FDA, 2007. Ver también GALDÓS, JORGE MARIO, “El caso Massa y la responsabilidad del Estado por daños,” en ALTERINI, ATILIO ANÍBAL, *¿Quo usque tandem? La emergencia y el caso Massa*, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 55-69. En otro enfoque, nuestro artículo “Si las palabras fueran energía eólica...”, *LL*, 2004-C, 1557; reproducido en JORGE FERNÁNDEZ RUIZ (coord.), *Derecho Administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos comparados*, UNAM, México, 2005, pp. 107-112.

<sup>6</sup>Es la ley del 22 Frimario del año VII, que exime de la obligación de registro e impuesto respectivo a una gran parte de los “actos de administración pública.” VIDAL, ROGER, *Étude générale de l'enregistrement des actes administratifs*, París, Dalloz, 1942, pp. 9-13, por oposición a los “actos de gestión pública,” que deben tributar y ser registrados.

<sup>7</sup>Tal fue la percepción de DICEY, según recuerda GARNER, JAMES W., “La conception anglo-américaine du droit administratif,” en *Mélanges Maurice Hauriou*, París, 1929, pp. 337 y ss., 359, 342, quien la morigera, p. 344 y ss.

<sup>8</sup>Ampliar en SCHMIDT-DE CALUWE, REIMUND, *Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, pp. 47-9 y ss.: una “legalización del Estado de Policía.”

como una forma de control;<sup>9</sup> por ello ajenos al *common law*.<sup>10</sup> No desconocemos el valor de la revolución francesa<sup>11</sup> en el progreso hacia los derechos humanos,<sup>12</sup> pero algunas de sus particularidades hoy carecen de justificación y se van desmantelando,<sup>13</sup> en particular su descontrol en el “contencioso administrativo.”

Tampoco la tienen ya la doctrina de facto y la admisión de la usurpación del poder y sus productos,<sup>14</sup> como por ejemplo la severa restricción a la acción de amparo,<sup>15</sup> los actos o cuestiones de gobierno (políticas, institucionales, no justi-

<sup>9</sup> Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, del 13 de Julio.)*, t. I, Madrid, Civitas, 1998, 3ª ed., p. 632, “Al menos desde la perspectiva de las garantías del administrado. Sólo si existe un acto administrativo previo es posible realizar una actividad material que limite los derechos de los particulares.”

<sup>10</sup> Ver también SCHWARTZ, BERNARD, *French Administrative Law and the Common-Law World*, New York University Press, 1954; FLOGAÏTIS, SPYRIDON, *Administrative Law et Droit Administratif*, prefacio de JEAN RIVERO, París, L.G.D.J., 1986; VÉLEZ GARCÍA, JORGE, *Los dos sistemas del derecho administrativo. Ensayo de derecho público comparado*, Bogotá, Arboleda, 1994.

<sup>11</sup> *Supra*, t. 1, cap. II, § 2.1, “La evolución inconclusa.”

<sup>12</sup> Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, 1972, 1921, etc.; *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Madrid, 1974, 1979; *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 1995, 2ª ed., etc.

<sup>13</sup> Nos remitimos al t. 1, caps. II, III, VII, VIII; t. 2, caps. V a VII, XIII a XVI, etc. En sentido similar GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 1ª ed. argentina de la 12ª ed. española, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, Buenos Aires, Thomson/Civitas - La Ley, 2006, pp. 547-50.

<sup>14</sup> DIANA, NICOLÁS, “La fuerza de las palabras (o las palabras de la fuerza),” en *Res Publica Argentina*, 2007-1: 93-119, para quien “El problema radica en establecer el límite a la función técnica del jurista cuando lo que se trata es de sostener un sistema jurídico cuya base fundamental —su Constitución— ha sido violada por aquellos que gobiernan con el único sustento de la fuerza como elemento de legitimación.”

<sup>15</sup> Que algo se logró vigorizar durante la emergencia, pero con ingente esfuerzo: Ver AHE, DAFNE SOLEDAD, “El desamparo del amparo,” *LL*, 2002-C, 1227; *RAP*, 288: 191-6; “La realidad del fuero en lo contencioso administrativo federal: El desamparo del amparo,” en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, I, *op. cit.*, pp. 41-51; nuestros arts. “El estado de necesidad individual, contracara de la emergencia pública,” *LL*, 2002-A, 981; “«Corralito», Justicia Federal de Primera Instancia y contención social en estado de emergencia,” *LL*, 2002-C, 1217. “Justicia federal y emergencia económica,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Control de la administración pública*, Buenos Aires, Rap, 2003, pp. 117-22; “La sociedad civil vs. el poder político,” nota al fallo de la SCJBA (Corte de Conjuces), *Flores*, *LL*, 2003-E, 263; “Hay jueces en la Argentina: La inconstitucionalidad de la prohibición de imponer *astreintes* a los funcionarios públicos,” *LL*, 2004-C, 152-5, nota al fallo *D’Ormea*, JNF CA n° 4; en la publicación el título salió truncado luego de “imponer.” Ese esfuerzo judicial continúa: CABA, CCA y T, Sala II, *Barila*, 2007. Dicen CAPLAN, ARIEL R., LODEIRO MARTÍNEZ, FERNANDO y SCHEIBLER, GUILLERMO, “Tras el amparo porteño: el desafío de reglamentar sin restringir,” *LL*, 2006-D, 1052: “[...] legisló el hasta entonces pretoriano instituto del amparo y dictó el decreto-ley 16.986. Esta norma, para llamarla de alguna manera, no fue consagrada por el Congreso de la Nación que había sido disuelto, no contó con el necesario debate académico —las universidades estaban intervenidas, sus mejores docentes expulsados o renunciados— ni fue discutido por la prensa censurada, ni tampoco tuvo el aporte de los distintos partidos políticos disueltos y confiscados. [...] Así, [...] el instituto del amparo destinado a proteger los derechos constitucionales fue ¿reglamentado? mediante un mecanismo ungido por la ruptura del sistema constitucional que estaba llamado a preservar. [...] No habría imaginarse acciones de amparo restableciendo las instituciones depuestas, restituyendo la libertad de cátedra, la autonomía universitaria, la libertad de prensa, la libertad política y todos los derechos y garantías conculcados por el dictador reglamentario. Nada de ello fue posible, entre muchas otras cosas, porque ... además ... se habían vencido los quince días para interponerlas.”

ciables, etc.),<sup>16</sup> la extensión de la discrecionalidad, las “zonas de reserva” de la administración,<sup>17</sup> las leyes y actuaciones secretas,<sup>18</sup> etc.

El aspecto negatorio o limitador del control judicial de la actividad administrativa en la construcción del acto administrativo y más específicamente del “contencioso administrativo,”<sup>19</sup> constituye un disvalor para los países que seguimos en general el modelo constitucional norteamericano de división de poderes, frenos y contrapesos, o fractura del poder.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Tema éste que si bien debiera estar superado (t. 2, cap. VIII, “Los «actos de gobierno»”) reaparece esporádicamente: BERTANI, FERNANDO N., “¡Quién quiera oír, debe poder oír!” nota al fallo *Anton*, CCA y T, CABA, Sala I, *LL*, 2006-E, 301-4 y el voto en disidencia de CARLOS F. BALBÍN. La mayoría no se hace cargo de sus argumentos y no ensaya siquiera fundar, aún en razones de seguridad pública, su solución favorable al secreto de una de las sesiones en que se consideraba el juicio político a IBARRA por el drama de *Cromañon*. Son, como siempre, los argumentos que no se dan en la sentencia (ver nuestra *Introducción al Derecho*, op. cit., cap. V), a los que, para no explicitarlos, son tan útiles estas teorías a favor del poder absoluto e incondicionado. En general la justicia es harto remisa en controlar los actos administrativos de los legisladores, que integran el Consejo de la Magistratura que los puede remover... Ver ROBLEDO, DANIEL, “La transparencia en el Poder Legislativo,” *LL*, 2006-F, 98; RAMÍREZ CALVO, RICARDO, “La Constitución en el desván. El Consejo de la Magistratura y el Poder Judicial,” *ED*, 20-XII-2006, pp. 11-15; LANDE, CAROLINA, “La agonía de la independencia judicial,” *LL*, 2007-A, 233; URDAMPILLETA, MARIANA, “¿Quién se anima a ponerle el cascabel al Poder Legislativo?” *LL*, 2007-A, 244; TOIA, LEONARDO, “El Consejo de la Magistratura y su reforma: ¿Hacia dónde queremos ir?” *RAP*, 330: 45.

<sup>17</sup> Ver D'ARGENIO, INÉS, “La «zona de reserva» de la administración en materia de Derechos Sociales,” *LL*, 2006-C, 510-21, nota a *Reina*, CCA La Plata, *LL*, 2006-C, 520-8; “La «zona de reserva» de la administración en materia de Derechos Sociales (II). La disidencia de las juezas de la CSJN,” *LL*, 2006-D, 231-2, nota a *Rodríguez, Karina*, CSJN, *LL*, 2006-D, 231-3; “La «zona de reserva» de la administración en materia de Derechos Sociales (III),” *LL*, 2006-F, 67-8; nota a *P., A.R.*, Sala I, CABA, *LL*, 2006-F, 69-72; criticamos la llamada “zona de reserva de la administración” en el t. 1, *Parte general*, FDA, Buenos Aires, 2003, 8ª ed., cap. VII, § 7. Sin embargo, hay otros problemas de interpretación en materia de discriminación y derechos sociales, que explicamos *infra*, cap. VIII, § 9.5. “El caso de la discriminación,” ampliar en nuestro art. “Frenos y contrapesos en la creación del derecho en organismos internacionales. El caso de la discriminación,” *LL*, 2005-F, 1404.

<sup>18</sup> Ver *infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, 9ª ed., Buenos Aires, FDA, 2006, cap. IV, “Vistas y traslados,” § 4.2, “El caso de los sumarios,” y su referencia de la p. IV-11 y nota 4.5 en materia de sumarios por lavado de dinero y activos de origen delictivo; § 13 a 18, especialmente notas 14.6 y 14.7 en materia del debate sobre las leyes y decretos-leyes secretos; p. IV-29 y sus demás referencias, incluso nota 17.18; cap. VI del mismo libro, “Apertura a prueba. Medios de prueba,” § 18, “Inadmisibilidad de pruebas «secretas,» «reservadas» o «confidenciales,»” p. VI-19. La contracara de la reserva es el libre acceso a la información pública: UGARTE, JOSÉ MANUEL, *El derecho de acceso a la información. Su vigencia en Argentina, con un panorama de derecho comparado*, Buenos Aires, Foro Social para la Transparencia/La Isla de la Luna, 2007; BASTERRA, MARCELA I., *El derecho fundamental de acceso a la información pública*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006.

<sup>19</sup> Ello no significa que se deba suprimirlos, sino reencauzarlos como técnica de control. Comp. en sentido similar, aunque crítico, BOLAÑOS, MARCELO, “Fundamentos de la responsabilidad del Estado en el marco de la reforma administrativa,” *ED*, 187: 951, 977.

<sup>20</sup> Que ése es el sistema a imitar en materia constitucional parece claro: GARCÍA-MANSILLA, MANUEL y RAMÍREZ CALVO, RICARDO, *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público Argentino*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006; nuestro artículo “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2001, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos moderno?” en *Res Publica Argentina*, *RAP* 2006-2: 59-104, Buenos Aires, Rap, 2006 y sus referencias; accesible gratuitamente en [www.respublicaargentina.com](http://www.respublicaargentina.com), *Serie de Estudios*. Claro que las diferencias empíricas, como allí explicamos, son abismales.

Han ganado aceptación instituciones nuevas como la participación y el consiguiente acceso a la información,<sup>21</sup> audiencias públicas,<sup>22</sup> la legitimación en los derechos de incidencia colectiva,<sup>23</sup> los efectos *erga omnes* de la sentencia,<sup>24</sup> las cautelares autónomas y anticipatorias, etc.<sup>25</sup> Una mejor tutela de los derechos sociales<sup>26</sup> y del usuario y consumidor,<sup>27</sup> de los inmigrantes incluso ilegales,<sup>28</sup> un sensible progreso en la recepción del derecho internacional,<sup>29</sup> tanto más.

Hasta hemos dado, como sociedad, el hace pocos años impensable paso de receptar el juzgamiento imprescriptible e imborrable de los crímenes de lesa humanidad,<sup>30</sup> que tal vez en un futuro no muy lejano comprenda no solamente el terrorismo, el lavado de dinero, el narcotráfico, sino también la corrupción misma

<sup>21</sup> *Supra*, t. 1, cap. II, § 4.2.2.3, “La participación administrativa;” DANIELE, NÉLIDA MABEL, “Responsabilidad del Estado y transparencia,” en D’ARGENIO, INÉS (dir.), *Ejercicio de la función pública. Ética y transparencia. Homenaje al Profesor Bartolomé Fiorini*, La Plata, Platense, 2007, pp. 159-184; SCHEIBLER, GUILLERMO, “Participación: una ciudadanía activa para una administración transparente,” mismo libro, pp. 255-282; ISACCH, SIMÓN F., “La transparencia en la función administrativa: el acceso a la información,” igual obra, pp. 411-418; SCHREGINGER, MARCELO JOSÉ, “La transparencia desde la óptica judicial,” ídem, pp. 503-540 y las referencias de todos ellos.

<sup>22</sup> *Supra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.” Ampliar, con particular énfasis en la CABA, en ALETTI, DANIELA y TOIA, LEONARDO M., “Audiencias públicas: Sólo para entendidos,” *LL, Sup. Adm.*, 2007 (mayo) 1-9 y sus referencias.

<sup>23</sup> *Supra*, t. 2, *op. cit.*, cap. II, “Derechos de incidencia colectiva,” cap. III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva,” cap. IV, “El interés legítimo.”

<sup>24</sup> *Supra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XIV, § 4, “Los fallos repetitivos como merma de justicia: cómo evitarlos en el derecho actual.” CCA y T, Sala II, *Barila*, 2007.

<sup>25</sup> *Supra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XIII, § 9.8, “La tutela autosatisfactiva o anticipatoria,” pp. XIII-38/9; “Los grandes fallos de la actualidad” en *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., cap. XI; t. 2, caps. II, III, XI, etc.

<sup>26</sup> Ver DANIELE, NÉLIDA MABEL, “El caso *Ramallo* o el derecho a una vivienda digna. El rol de los órganos del Estado y la operatividad de los derechos económicos y sociales,” en OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 543-87; reproducido en *RPA* 2007-1: 31-68; LOIANNI, ADELINA, “Los derechos económicos sociales y culturales en la Constitución de la Ciudad Autónoma,” *LL*, 2006-F, 1057; CABA, Sala II CCAyT, *M., J.C., LL, Sup. Adm.*, 2007 (mayo), 23, con nota de INÉS D’ARGENIO.

<sup>27</sup> Nuestro art. “La Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires, acciones de clase, tribunales judiciales y tribunales administrativos; un futuro proyecto de tribunales administrativos para los servicios públicos,” *LL*, 2005-A, 818.

<sup>28</sup> Nuestro art. “El inmigrante irregular en la ley 25.871. Otra modificación transversal al derecho argentino,” *LL*, 2004-B, 1123-33; CARRILLO, SANTIAGO R., “El procedimiento migratorio y su control judicial en la ley 25.871,” *LL, Sup. Adm.*, 2007 (marzo), 35. Existe discriminación, sin duda, contra muchos inmigrantes de países vecinos, pero al menos en este punto normativo y en la prestación de servicios hospitalarios y otros servicios sociales, somos fieles al Preámbulo de nuestra Constitución cuando invitamos a “todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino.” Es algo de lo que podemos estar moralmente orgullosos. Mayor tutela aún se otorga a los refugiados, ley 15.869/61 y decreto-ley 17.468/67; ver también [www.acnur.org](http://www.acnur.org)

<sup>29</sup> GRACIARENA, M. CAROLINA, *La inmunidad de jurisdicción de los laudos del CIADI*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, pp. 107/120. Nuestros arts. “Responsabilidad del Estado en el derecho internacional,” en *XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Rap*, Buenos Aires, 2005, 326: 391-400; “La creciente internacionalización del derecho. Consecuencias en el régimen de las fuentes del ordenamiento jurídico,” en *Doctrina Pública*, XXVI-2: 213-26, Buenos Aires, Rap, 2005.

<sup>30</sup> DIANA, NICOLÁS y KODELIA, GONZALO S., “Sinceridad y justicia: 18 años después,” nota a CSJN, *Simón*, en *LL, Sup. Adm.*, 2005 (setiembre), 66-75; nuestro art. “Decláranse insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521,” *LL*, 2003-E, 1506; “La progresiva expansión del control de constitucionalidad de oficio,” *LL*, 2004-E, 1231-3.

que es muchas veces parte inseparable de todos ellos y merece en cualquier caso tal castigo autónomamente.<sup>31</sup>

Pero falta aún consolidar la responsabilidad del funcionario<sup>32</sup> y del Estado,<sup>33</sup> la seguridad jurídica misma,<sup>34</sup> el Estado de Derecho en suma:<sup>35</sup> por la excesiva concentración de poder en el ejecutivo,<sup>36</sup> la virtual abdicación del poder legislativo,<sup>37</sup> etc.<sup>38</sup>

Al ser tantos los desfases y las tareas pendientes no se puede restar importancia a ninguno de los aspectos que hacen a esa ecuación nunca armónicamente

<sup>31</sup> Ver ley 26.268 de julio de 2007 y nuestros arts. en *LL*, 1997-E, 1091; *JA*, 2000-IV-1269.

<sup>32</sup> Ver *supra*, tomo 2, cap. XIX.

<sup>33</sup> Ver *supra*, tomo 2, cap. XX; AHE, DAFNE SOLEDAD y MILJKER, MARÍA EVA, “Algunos mitos sobre el funcionamiento del sistema continental: El caso de la Argentina y la regulación de la responsabilidad del Estado” en *LL*, 2007-A, 753; VEGA, SUSANA ELENA y ROTAECHE, MARÍA JOSEFINA, “La competencia originaria de la Corte y el concepto de causa civil: un cambio de criterio acertado. ¿Motivos de orden jurídico o circunstancias de conveniencia?” *RAP*, 335: 47-73, Buenos Aires, 2006; entienden que no hay una norma general de responsabilidad del Estado, aunque sí un criterio jurisprudencial que sostiene tal responsabilidad.

<sup>34</sup> Ver los trabajos de MAIRAL citados, y nuestros arts. “Una celebración sin gloria,” *LL*, 2003-C, 1091-1102; “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?,” *LL*, 2005-A, 905-921; “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina*, *RPA*, 2006-2: 59-102, www.respublicaargentina; MILLÓN QUINTANA, JOAQUÍN y MOCOROA, JUAN M., “El presidencialismo sin *happy ending*: A propósito de la ley 26122 y los decretos de necesidad y urgencia,” *JA*, 2007-I, fasc. 8, 21-II-2007, pp. 12-26.

<sup>35</sup> Ver nuestro art. “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *LL*, 2001-F, 1050; reproducido en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64. A partir de ese momento se ha mejorado en algunas cosas, empeorado en otras. Ver las demás referencias de la nota 5 de esta “Introducción.”

<sup>36</sup> GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “El sistema presidencialista argentino y el control de la actividad administrativa,” en OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 515–542; actualizado bajo el mismo título en *RPA*, 2007-1: 7-28; nuestro art. “La constitucionalidad formal del eterno retorno,” *op. loc. cit.*; MILLÓN QUINTANA, JOAQUÍN y MOCOROA, JUAN M., “El presidencialismo sin *happy ending*: A propósito de la ley 26122 y los decretos de necesidad y urgencia,” *op. loc. cit.*; THEA, FEDERICO G., “Ley que incomoda, ley que se deroga. Algunas reflexiones sobre las internas abiertas”, en *LL*, *Sup. Adm.*, 2007, en prensa.

<sup>37</sup> Otro ejemplo en PULVIRENTI, ORLANDO, “¿Luz roja para el Código de Tránsito?” *LL*, 14-III-07, pp. 1-3. Los vicios constitucionales de la concentración del poder ejecutivo, en desmedro del legislativo y judicial, se han repotenciado recíprocamente, como los vicios del acto administrativo que explicamos *infra*, cap. IX, § 4.7., “Efecto sinérgico de los vicios,” cap. X, § 18, “El efecto sinérgico de los vicios de forma y otros;” cap. XI, § 16, 17 y 18. ZAFFARONI ha hablado de la “administrativización” del derecho penal, *supra*, t. 1, cap. VIII, § 7.1 y bien se puede hablar de la “administrativización” del derecho constitucional, tomando la calificación peyorativa que generan los cultores del poder. Ahora estamos viendo la repotenciación sinérgica de vicios constitucionales: a) Ver GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “El Consejo de la Magistratura a la palestra. Las razones, el método y la subjetividad política de la enmienda,” *LL*, 2006-A, 1082. b) Lo mismo ocurrió con las normas fundadas en la emergencia, como se explica más arriba en las remisiones de la nota 5. c) Otro tanto acaeció con las leyes de delegación legislativa en el Poder Ejecutivo: GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “De la delegación excepcional a la reglamentación delegativa (Acerca de la reforma a la ley de administración financiera),” *LL*, *Sup. Const.*, 2006 (agosto), 18-25; d) especialmente presupuestaria: AMBROSINO, SILVANA, “Algunas reflexiones en materia presupuestaria: el presupuesto paralelo,” *LL*, *Sup. Adm.*, 2005 (septiembre) y las referencias de *supra*, nota 4, a nuestro libro de 1982, e) todo ello en el contexto explicado en nuestro art. “La constitucionalidad...”, *op. loc. cit.* La conclusión puede verse en la nota siguiente.

<sup>38</sup> Lo cual lleva a lo que expone convincentemente PÉREZ HUALDE, “La postergación institucional,” *op. loc. cit.*

alcanzada entre autoridad y libertad. Cada tema es una trinchera más en la defensa de nuestros derechos y la construcción de un Estado democrático de Derecho. Tanto el derecho español constitucionalizado, como el argentino y otros, todos con tendencia hacia la globalización, no podían sino haber comenzado a cambiar.

Así por de pronto se acepta que el fundamento de la justicia administrativa no es hoy la función revisora del acto administrativo; que la tutela judicial procede contra cualquier tipo de comportamiento u omisión administrativa; que lo central es la pretensión procesal, no el acto impugnado.<sup>39</sup> El derecho del individuo, no la potestad de la administración. *In dubio pro libertatis, no in dubio pro administratione*. No es tarea fácil, pues tiene una falla tan originaria como el pecado mismo, en el sentido que SANTO TOMÁS enfatizó la ausencia de justicia original o natural: *Peccatum originale materialiter quidem est concupiscentia; formaliter vero, defectus originales iustitiæ*.<sup>40</sup> Dado que ese defecto original sigue viviente entre nosotros, todavía resulta necesario insistir en lo mismo. Es que, como dijo en otro tiempo y lugar STASSINOPOULOS: “Nada hace al hombre más desgraciado que la privación de sus derechos. El recuerdo del ambiente triste en el cual se encontraba Grecia aún recientemente, durante el período en que estábamos privados de nuestras libertades, está aún en nosotros vivo y doloroso. Todo esfuerzo que ayude al individuo a conservar sus derechos a la vida así como su goce libre y razonable debe pues ser considerado útil y bendito [...] Es en ese esfuerzo que se inscribe la presente obra. Ella está dedicada al hombre que lucha por sus derechos y por su libertad.”<sup>41</sup> Éste es el carácter fundamental que debe tener el derecho administrativo. Éste es el punto que divide las aguas, entre los cultores del poder y los que privilegian la libertad.

## 2. *El modelo autoritario de acto administrativo*

En materia de acto administrativo y de lo “contencioso administrativo” todo vuelve a lo mismo y como dijera REAL, “Los latinoamericanos no necesitamos modelos absolutistas ni bonapartistas. Por el contrario, con toda evidencia nos

<sup>39</sup> AA. VV., *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Platense, 2000: BOTASSI, CARLOS A., “Las legitimaciones activa y pasiva en el nuevo contencioso administrativo,” p. 215 y ss.; D’ARGENIO, INÉS A., “La materia determinante de la competencia en el proceso administrativo provincial,” p. 57 y ss.; ORTIZ, RICARDO M., “El nuevo fuero contencioso administrativo,” p. 37 y ss.; SORIA, DANIEL F., “Apuntes sobre el régimen de las pretensiones en el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires,” p. 113 y ss.

<sup>40</sup> *Summa Theologicæ*, I-II qu. 82,3. Ver también la comparación que efectúa URDAMPILLETA, MARIANA, “El estado: el último Juez,” en *LL*, 2007-B, 483, nota al importante fallo de la Sala I del CCA y T, CABA, *Frávega*, 2006, pp. 53-9, también con nota de PULVIRENTI, ORLANDO, “Planchando el artículo 94 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires,” *LL*, 2007-B, 481.

<sup>41</sup> STASSINOPOULOS, MICHEL, *Le droit de la défense devant les autorités administratives*, París, LGDJ, 1976, prólogo, pp. 14-5, cit. por REAL, ALBERTO RAMÓN, “La fundamentación del acto administrativo,” en AA. VV., *La protección jurídica de los administrados*, Bogotá, Rosarinas, 1980, p. 433 y ss., p. 451.

sobra producción propia, exportable, de tales modelos.<sup>42</sup> No obstante, se importó de la Constitución francesa de 1958 la doctrina de la “zona de reserva” de la administración; de la dictadura brasileña, la teoría de los actos institucionales, etc.: siete o mil cabezas de *Hidra*, nuevas y más teorías que postulan o receptan que la administración actúe *ab lege soluta*.<sup>43</sup> En el acto administrativo la *Hidra* asoma todas sus cabezas y es tarea de múltiples HÉRCULES tratar de cortarlas: a ellos, en la Justicia, apelamos, para que sean *justicia administrativa* y no *contencioso administrativa*.

En nuestro país se produjo una involución política que ahora está terminando. Luego del pensamiento liberal de juristas como BIELSA, FIORINI, DIEZ, nos pareció el camino natural —aunque MARIENHOFF había tratado el dominio público en una óptica *pro administratione* (1960)— y lo seguimos desde el año 1958, en que lo tuvimos de maestro a BIELSA, en el énfasis constitucional de éste, su pensamiento político liberal, pragmatismo con búsqueda de justicia, etc., magüer inevitables diferencias instrumentales, que se incrementan por el cambio ulterior del derecho objetivo y del mundo.<sup>44</sup>

Las sucesivas dictaduras militares fortalecieron durante un largo tiempo las teorías autoritarias del poder, tal como se advierte fácilmente en cualquiera de los grandes temas que estamos mencionando. La vida en democracia, a partir de 1983, ha sido fértil en muchos campos a la liberalización del derecho administrativo, pero quedan todavía demasiados resabios que superar. La responsabilidad inicial, por supuesto, es de quienes abusan, en democracia o fuera de ella, del

<sup>42</sup> REAL, *op. loc. cit.*

<sup>43</sup> Tomamos la expresiva denotación que emplea FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *La arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1998.

<sup>44</sup> En esa línea y tiempo pretérito publicamos entre otros “*La crisis de la noción de poder de policía*” (1960), “*Estructuración dogmática del Estado de derecho*” (1960), *Introducción al derecho administrativo* (1962), *El acto administrativo* (1963), *Estudios de derecho administrativo* (1963), *Procedimiento y recursos administrativos* (1964) y el *Proyecto de Código Administrativo*, 1964. En ese período, compartiendo como adjunto de MARIENHOFF su cátedra de Derecho Administrativo I° en la UNLP, seguimos *pari passu* en nuestras conversaciones y mesas examinadoras la elaboración durante el año 1963 de su primer tomo, terminado en 1964 y aparecido en 1965 y del t. II, escrito en 1964/5 y aparecido en 1966, incluyendo el tema del acto administrativo. MARIENHOFF tuvo una noción de obra “finalizada” para su tratado y no reajustó el contenido ni las fuentes posteriores a lo que escribió en esos años, salvo agregados tipográficos citando leyes posteriores pero sin rehacer el texto; tuvo además en esos años de elaboración del t. I y II la generosidad y amplitud de espíritu de recordar, a favor o en contra, aquellas citadas *previas* obras nuestras como la *Introducción* (1962), *El acto administrativo* (1963), *Estudios de derecho administrativo* (1963) y *Procedimiento y recursos administrativos* (1964) y aún otras contemporáneas a esa etapa de su obra, pero por lo expuesto no ya las *posteriores*, nuestras ni ajenas: BARRA, COMADIRA, LINARES, MAIRAL, etc. Por nuestra parte escribimos nuevas ediciones de *El acto administrativo*, en 1969 y luego en 1979 ya como parte de este *Tratado de derecho administrativo* empezado a publicar en 1974. En la situación que describimos en *La administración paralela* (1982), era de esperar que circularan mejor las tesis *pro administratione*. Recién con la democracia, la Constitución de 1994, los tratados de derechos humanos, la globalización del derecho y la justicia, se advierte un freno judicial creciente a esa administración *ab lege soluta*, como parte actual de la lucha contra la corrupción. Ver ARIAS, LUIS FEDERICO, “De la corrupción, el Derecho y otras miserias,” en D'ARGENIO, *op. cit.* en nota 21, pp. 381-410..

poder público legislativo y administrativo; pero la principal responsabilidad reside en los autores y cultores del derecho público que, en lugar de señalar tales apartamientos, los aplauden en el “contencioso administrativo,” o callan en el control de la hipertrofia del poder.<sup>45</sup>

### 3. *La prevalencia de un interés o bien sobre el otro*

Es increíblemente frecuente la utilización del “anquilosado paradigma de la prevalencia de un interés sobre otro.”<sup>46</sup> Venimos luchando contra él desde 1962, pero al parecer con escaso eco vernáculo.<sup>47</sup> Ello implica en nuestro país hacer funcionar criterios apriorísticos a favor del funcionario o agente público y su acto y estar por principio en contra del particular a quien afecta. A favor del poder, en contra del individuo. A contramano de la historia actual. No se lo utiliza como una exigencia caso por caso de la individualización concreta del interés público, ni mucho menos como un límite implícito, que es, de la norma a la discrecionalidad administrativa.<sup>48</sup> Se confunde, como siempre, pretendiendo que la administración pública, haga lo que haga, es siempre fiel tutora del interés público y el particular su enemigo, contraparte, contracara.<sup>49</sup> Se cree que administración y sociedad son lo mismo y que nada diferencia el interés de la administración del interés público.<sup>50</sup> Es una variante sofisticada pero no sustancialmente distinta de aquellas frases que se vieron en el derecho administrativo absolutista: *quod regis placuit legis est, the King can do no wrong, le Roi ne peut mal faire*.<sup>51</sup> Allí había al menos una teoría sobre el origen divino del poder monárquico, acá hay una simple complacencia al poderoso de turno pero a los niveles más indeciblemente pequeños. Esa gran falacia importa también no advertir que las arbitrariedades administrativas no controladas judicialmente en tiempo oportuno, son el caldo

<sup>45</sup> Para el estado actual de la jurisprudencia ver MILANTA, CLAUDIA A. M., “Reflexiones en torno a la transparencia en la función pública y al control judicial suficiente en materia administrativa,” en D'ARGENIO, *op. cit.*, pp. 185-216.

<sup>46</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Derecho administrativo español*, t. 3, *El acto y el procedimiento administrativos*, Pamplona, EUNSA, 1997, p. 1263, quien agrega “o la posibilidad de obtener en su día una indemnización sustitutoria de una sentencia que resulta inejecutable.”

<sup>47</sup> Ver nuestra construcción de 1962, *LL*, 106: 1187, *cit. supra*, nota 2, reproducida en *Páginas de Ayer*, La Ley, año 5, n° 10, 2004, pp. 29-39; *supra*, t. 2, cap. VI, § 5, “Felicidad colectiva, interés público, bien común, *omnis et singulatis, Everything and Nothing*,” § 5.1 “La inefable felicidad colectiva,” § 5.2, “Interés público e interés individual,” § 5.3, “El interés público no es el interés de la administración pública,” pp. VI-31/7; seguida por ESCOLA, HÉCTOR JORGE, “El interés público: su concepto y contenido,” *RAP*, 129: 7, 1989; *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989.

<sup>48</sup> Lo señala FAZIO, GIUSEPPE, *Sindacabilità e motivazione degli atti amministrativi discrezionali*, Milán, Giuffrè, 1966, §3, pp. 7-9.

<sup>49</sup> Continúa en la actualidad la cuestión que iniciamos en 1962, *supra*, notas 3 y 47; VEGA, “Los contratos administrativos y la crisis actual en materia de solución de controversias,” en ZAYAT (co-ord.), *op. cit.*, pp. 41-63, esp. p. 51, donde critica la idea de una oposición entre el interés público y el privado, rayano en la incompatibilidad de ambos, donde los “buenos” enfrentan a los “malos.”

<sup>50</sup> Ver las referencias de la nota 47, *supra*.

<sup>51</sup> Ver *supra*, t.1, cap. II, § 1, “El derecho administrativo en el Estado de policía.”

de cultivo de la corrupción<sup>52</sup> que tanto la Convención Interamericana como la Convención Internacional Contra la Corrupción mandan prevenir y no consumir y del déficit fiscal, que la comunidad internacional exige controlar.<sup>53</sup> El uso de aquel sofisma presentado como pseudo paradigma proviene de la época del Estado de policía medieval<sup>54</sup> y se lo viste de diversas maneras iguales: es sostener, sin argumentación, que en el caso de un acto individual y concreto (no hablamos aquí de una norma general) prevalece siempre el del funcionario disfrazado de administración y no el del individuo. Es afirmar apodócticamente y por ende no demostrar que el poder representa siempre y necesariamente para el caso concreto, como principio natural derivado de la naturaleza y la esencia de las cosas, todo lo bello, lo bueno y lo verdadero, el interés público, el bien común, el buen orden de la comunidad, o la frase que se quiera elegir. Puesto que no se lo deriva de Dios sino de un funcionario o empleado público autóctono,<sup>55</sup> es el más ilógico argumento de autoridad.<sup>56</sup> Para quienes razonan así, parecería que el funcionario nunca descende a la categoría de hombre, está siempre en una esencia sobrenatural.<sup>57</sup> La Administración, así con mayúscula, es ya más, su OLIMPO. Son semidioses o enviados de Dios quienes nos gobiernan o administran.<sup>58</sup> Si estamos en el poder, ellos somos Nosotros.<sup>59</sup>

<sup>52</sup> Ver nuestros arts. en *LL*, 1997-E, 1091; *JA*, 2000-IV,1269; *AAVV*, *Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10.

<sup>53</sup> Ver *supra*, t.1, caps. IV, VII, XI, § 8.3, “El contrato de crédito externo en un marco de endeudamiento estructural;” *Después de la reforma...*, *op. cit.*, cap. IV, “El contrato de crédito externo.”

<sup>54</sup> A pesar de que esto está largamente demostrado, hay autores que lo niegan. Para un desarrollo ver *supra*, t. 2, cap. V y nuestro art. “Policía y Poder de Policía,” *op. loc. cit.* y los demás autores recordados en las notas 1 y 14. Es otra manifestación del discurso del poder: *supra*, tomo 1, cap. I, 3 a 5; ver YACOVINO, “Otra mirada...,” *op. loc. cit.*; DIANA, “La fuerza de las palabras...,” *op. loc. cit.*

<sup>55</sup> Al cual se endiosa con el manto del bien común como propio de su esencia.

<sup>56</sup> También lo señala BIANCHI, ALBERTO, “La acción de amparo y los límites de la potestad revocatoria de la administración pública,” *ED*, 108: 593. Ver también URDAMPILLETA, *op. loc. cit.*

<sup>57</sup> Es esto un residuo explicable históricamente, aunque no contemporáneamente, por el origen del derecho público: STARCK, CHRISTIAN, “The Religious Origins of Public Law,” *European Review of Public Law*, vol. 10, n° 3, Londres, Esperia, 1998, p. 621 y ss.; “Das Christentum und die Kirchen in ihrer Bedeutung für die Identität der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten,” 1997, 31, *Essener Gespräche*, 5 a 30; “Le christianisme et les Églises dans leur signification pour l’Union Européenne et ses États membres,” en JORGE MIRANDA (ed.), *Perspectivas constitucionais*, vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pp. 737-68. Hemos desarrollado el punto en *An Introduction to Law*, e *Une introduction au droit*, con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, Director del Centro Europeo de Derecho Público, Londres, Esperia, 2003. La edición castellana se encuentra en **www.gordillo.com** y en edición papel como *Introducción al Derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2007.

<sup>58</sup> Ver URDAMPILLETA, *op. loc. cit.*

<sup>59</sup> Un parecido juego de palabras, en 1962 (*Introducción al derecho administrativo*, Perrot, Buenos Aires, 1962, 1ª ed., p. 73), nos valió la incomprensión de MARIENHOFF, t. II, *op. cit.*, 1965, repetida hasta su 4ª ed., 1993, p. 430, nota 504, que sin embargo comparte luego la continuación ininterrumpida de nuestro razonamiento —de nuestra misma p. 73 de aquel entonces— en su p. 450 y nota 547 de la 4ª ed. Así son con frecuencia las discusiones en nuestro derecho administrativo, juegos de palabras incomprensidas por los interlocutores, e incomprensibles para los lectores. Por ello, en referencia a una cuestión contemporánea, hemos dicho “El problema no es Él o Ella. El problema somos Nosotros.” Ver nuestro art. “La constitucionalidad formal del eterno retorno,” *op. loc. cit.* y demás referencias de esta *Introducción*.

Por eso, cuando no somos sino parte de la sociedad civil tenemos el *deber* ciudadano de contribuir eficazmente a su control. Omitir este deber es tan grave como abusar del poder cuando se lo tiene. En un caso *a)* concreto, particular, individual, que enfrenta un funcionario a un individuo, *b)* planteado en un esquema económico y político liberal, no estatista ni intervencionista<sup>60</sup> y *c)* con vigencia de múltiples tratados internacionales para la tutela de los derechos humanos, *d)* además globalizado, inclusive con fuerte tutela jurisdiccional tanto en el orden supra nacional como internacional,<sup>61</sup> ese argumento de autoridad es exactamente a la inversa: es la autoridad moral del *derecho* y la *justicia* lo que debe prevalecer, no la del puro y desnudo *poder* desligado de la ley, *ab lege soluto*.

Se adopta así en nuestro país una posición de partida a favor del funcionario o empleado público de una administración transmutada en “Olimpo,” o en cambio imparcial e independiente: en lugar de *in favorem libertatis*,<sup>62</sup> *in dubio pro administratione*, generalmente bajo el manto de que ello sirve al interés público o al bien común, como si al “bien común” no interesara la tutela de la libertad individual.

#### 4. *El eje de la tutela judicial efectiva o la “jurisdicción revisora del acto”*

Nos vino del origen francés del derecho administrativo iberoamericano que el contralor de la actividad administrativa tuviera como eje el control del acto administrativo: como estrella del proceso. Era el llamado “carácter revisor” del acto administrativo que tenía la justicia procesal administrativa,<sup>63</sup> hoy en vías de superación.<sup>64</sup>

<sup>60</sup> Los años 2006 y 2007 presentan una ráfaga de signo contrario, en algún caso comenzado a desandar, que a todo evento no estimamos seguro haya de mantenerse más allá de algunos pocos años más. Ver, entre otros, ELIASHEV, Nicolás, “Peajes y subsidios: Quién se queda con qué, cuándo, cómo,” *Res Publica Argentina, RPA*, 2005-1: 11-17; “Debates sobre la regulación económica del sector eléctrico. ¿Desintegración desintegrada?” *RPA*, 2006-3: 15-25; nuestro art. “Si las palabras fueran energía eólica...,” *LL*, 2004-C, 1557, reproducido en JORGE FERNÁNDEZ RUIZ (coord.), *Derecho administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 107-12; también en D’ARGENIO, INÉS (dir.), *Ejercicio de la función pública. Ética y transparencia. Homenaje al Profesor Bartolomé Fiorini, op. cit.*, pp. 35-40.

<sup>61</sup> *Supra*, t. 2, cap. XVII.

<sup>62</sup> Principio hartamente conocido, pero erráticamente aplicado. Entre quienes *le hacen honor* en forma sistemática ver MAIRAL, *Control judicial...*, t. II, *op. cit.*, p. 707.

<sup>63</sup> MAIRAL, *Control...*, t. I, *op. cit.* § 211, p. 345 y ss.; TAWIL, GUIDO S., “Los grandes mitos del derecho administrativo, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, la inactividad de la administración y su fiscalización judicial,” *ED*, 128: 958; “El art. 25 de la ley 19.549 en la reciente jurisprudencia de nuestra Corte Suprema,” *LL*, 1995-E, 473; “Los plazos para accionar en la instancia contencioso-administrativa: primera aproximación,” *RAP*, 133: 11.

<sup>64</sup> BOTASSI, “El nuevo proceso contencioso administrativo provincial. Su incidencia sobre la ley de procedimiento administrativo,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, pp. 433-4; GAVEGLIO, ADRIÁN J., “Apuntes acerca del sistema de pretensiones en el código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires,” *JA*, 2000-III, 1127, esp. pp. 1128 y 1130 *in fine*; más referencias *infra*, cap. I, nota 17, p. I-5.

Al “dejarse frontalmente de lado el carácter pretendidamente «revisor» de la justicia administrativa,”<sup>65</sup> cambian muchas soluciones del derecho: en primer lugar, el agotamiento de la vía pasa a ser una excepción;<sup>66</sup> el eje del sistema de control es el acceso a la tutela judicial efectiva. Dentro de ésta, el centro de análisis son las pretensiones procesales del individuo, no el acto impugnado. “*En el nuevo sistema, es la pretensión procesal, con sus variables admitidas y no el acto administrativo denegatorio de derechos, el objeto del proceso,*” expresa el mensaje de elevación del actual código procesal administrativo bonaerense,<sup>67</sup> luego varias veces recortado en sucesivas contrarreformas inconstitucionales. Del esquema tradicional, aunque ya empieza a mostrar fisuras, queda todavía mucho en pie, p. ej. aplicar los plazos de caducidad al particular que quiere impugnar un acto nulo de nulidad absoluta y manifiesta, mientras que a la administración se le permite *sine die* procurar corregir su propio acto en sede judicial. Al individuo 90 días, a la administración, la eternidad.<sup>68</sup> Sin embargo, son muy pocos los casos en que la administración recurre a la justicia con dichos fines, mediante la interposición de la acción de lesividad; proceder avalado por la jurisprudencia mayoritaria.<sup>69</sup> Los límites impuestos a la potestad revocatoria de la administración se encuentran así hoy seriamente amenazados. Para el particular el

<sup>65</sup> GAVEGLIO, *op. cit.*, p. 1130. Juzg. CA N° 1 de La Plata, causa 16, *Ramírez*, 07-I-2004 (consentido por la parte actora) y causa 238, *Alvarellós*, 02-III-2004, firme.

<sup>66</sup> GAVEGLIO, *op. loc. cit.*; SCJBA, *Gaineddu*, JA, 2003-III, 252. La ley 13.101 restableció el agotamiento de la vía, aunque con excepciones legales y jurisprudenciales. Ver ISABELLA, DIEGO P., “El agotamiento de la vía en la nueva justicia administrativa bonaerense no es exigible en todos los casos,” en nota a CCAA de San Martín, *Comper*, LL, 2004-F, 1027; D’ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina. Nueva Jurisprudencia*, Buenos Aires, FDA, 2006, cap. II, § 18 y ss., p. 80 y ss. Para el orden nacional *infra*, t. 4, cap. XII, “El reclamo administrativo previo.”

<sup>67</sup> Lo recuerda PERRINO, PABLO ESTEBAN, “Las pretensiones procesales en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense,” *ED*, 180: 878; en sentido similar Corrientes, Formosa. En la misma orientación amplia del control judicial, que no enfatiza el control revisor del acto sino la pretensión procesal, ver también *Viceconte*, CNFed. CA, Sala IV, LL, 1998-F, 102, *Labatón*, Sala V, LL, 1998-F, 345, etc.; *supra*, t. 2, cap. II, “Derechos de incidencia colectiva.” Comp. REJTMAN FARAH, MARIO, “El proceso contencioso administrativo. Algunos debates abiertos,” LL, 2007-B, 902.

<sup>68</sup> Ver *infra*, t. 4, cap. VIII, “El tiempo en el procedimiento administrativo;” REJTMAN FARAH, “La cuestión de los plazos en el procedimiento administrativo,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Rap, 2006, p. 807 y ss.; nuestro art. “El tiempo en la decisión jurídica,” en FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE y SANTIAGO SÁNCHEZ, JAVIER (coords.), *Contencioso administrativo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, UNAM-IIIJ, México, 2007, pp. 146-58; también disponible en [www.bibliojuridica.org/libros/5/2445/10.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2445/10.pdf)

<sup>69</sup> CNFed CA, Sala II, *Gordillo c/ Anses*, 14-III-06, con nota de VEGA, SUSANA E., “La desprotección del particular frente a la potestad revocatoria de la administración. La agonía de la acción de lesividad,” LL, 2007-B, 451; comp. REJTMAN FARAH, “¿Es posible declarar judicialmente la invalidez de oficio de un contrato administrativo?” JA, 2006-IV. Hay más, y peor: Como dicen SALINAS, CECILIA y FERRER, FRANCISCO, “Resguardo cautelar del crédito fiscal en la Provincia de Buenos Aires. Desborde normativo y control judicial,” LL, 2007-B, 453, “El asombro llevó a los griegos a la filosofía. Rogamos al lector coloque su alma bajo el influjo de dicho estado y se pregunte, con nosotros, sobre las causas que hacen posible que un juez se encuentre con que una de las partes ordena medidas cautelares durante un proceso sobre el que se supone resulta exclusivo director.” Es que en dicha provincia, con un control judicial varias podado por el legislador pero existente al fin, no ha quedado al poder desnudo otra salida que lo que los autores llaman un “Apocalipsis legislativo.”

acto nulo se equipara al acto anulable, eliminándose en la práctica la categoría legal del acto absolutamente nulo.<sup>70</sup> La administración no tiene ese problema y mantuvo en la jurisprudencia antigua el privilegio de invocar *sine die* su propia torpeza. Hay algunas reacciones, con todo, que pueden estar presagiando un cambio. Resta esperar.<sup>71</sup>

Ciertamente, también hay constantes retrocesos, fundamentalmente los originados con motivo de la reforma introducida al instituto genérico del reclamo administrativo previo por parte de la ley 25.344, que lo introduce en el orden nacional con la excusa de la emergencia económico-financiera, que nada tenía que ver con él.<sup>72</sup>

Estas modificaciones, contenidas en un texto tan confuso como contradictorio y en último análisis malicioso, implican una clara afectación al derecho constitucional y supranacional a la tutela judicial efectiva, por cuanto:

a) se establece la interposición del reclamo administrativo previo como regla;

b) se derogan la mayoría de las excepciones a su interposición, lo que obligará a la jurisprudencia a sostener, no obstante, la vigencia a su respecto de la excepción constitucional implícita referida al “ritualismo inútil;”<sup>73</sup>

c) se autoriza la ampliación de los plazos para que la administración resuelva el reclamo;

d) se establece la aplicación del plazo de caducidad del art. 25 del decreto-ley 19.549/72 para demandar al Estado;<sup>74</sup>

e) se pretende imponer a los jueces comprobar de oficio el cumplimiento de

<sup>70</sup> CSJN, *Alcántara Díaz Colodrero, LL*, 1997-A, 70, con nota de CAPUTI, MARÍA CLAUDIA y SACRISTÁN, ESTELA B., “La caducidad del art. 25 de la ley 19.549, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y la seguridad jurídica,” *LL*, 1997-A, 71, 80; CSJN, *Gypobras, LL*, 1995-E, 473, con nota de TAWIL, “El art. 25 de la ley 19.549 en la reciente jurisprudencia de nuestra Corte Suprema;” JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, “Reflexiones sobre la admisibilidad de la acción por cobro de pesos o indemnización de daños sin impugnar, dentro del plazo del art. 25 de la ley 19.549, la legitimidad del acto administrativo que ha desestimado la misma pretensión o cuyo contenido excluye el pago de lo reclamado,” *RDA*, n° 3, Buenos Aires, 1990.

<sup>71</sup> Ver *infra*, el § 4.7 del cap. XI, sus notas y remisiones.

<sup>72</sup> La ley 25.344 ha modificado los arts. 30 a 32 del decreto-ley 19.549/72, mediante el argumento de contener esta ley de emergencia, no obstante dicho carácter, disposiciones de “carácter común” y permanentes que como tal no caducan en los plazos allí fijados para la duración de la emergencia, art. 1°, 3er párr. Ampliar *infra*, t. 4, cap. VIII, § 13.2 y cap. XII.

<sup>73</sup> La prohibición del ritualismo inútil subsiste no obstante la ley 25.344: CNFed. CA., Sala II, *Castillo*, 2001, *RAP*, 278: 114; CNFed. CA., Sala I, *Young*, 2001, *RAP*, 278: 115; CNFed. CA., Sala III, *Berrafato* 2001, *RAP*, 278: 112; CNFed. CA, *Ramos*, 2001, con nota de VOCOS CONESSA, JUAN MARTÍN, “La doctrina del exceso ritual manifiesto ¿seguirá vigente a pesar de la Ley 25.344? *LL*, 2002-F, 974; CNFed. CA, Sala IV, *Adidas*, 2002; entre muchos otros. Ver LÓPEZ OLVERA, MIGUEL ALEJANDRO, “Una excepción a la regla del reclamo administrativo previo,” *LL*, 2003-D, 480.

<sup>74</sup> La CSJN había establecido la improcedencia de los plazos de caducidad en la vía reclamatoria. *Fallos*: 312: 1017; 314: 1147, entre otros. Ver *infra*, t. 4, cap. XII, § 15.1, p. XII-29.

los requisitos de admisibilidad de la acción; pero sin abandonar la no aplicación normal, ni menos de oficio, de las normas de rango superior;<sup>75</sup>

f) Se pretendió una vez más en la historia argentina instaurar el silencio como generador de plazos de caducidad,<sup>76</sup> lo que ha llevado desde luego a la necesaria aunque no siempre oportuna ni sólida corrección jurisprudencial.<sup>77</sup>

La doctrina que se caracteriza por defender al poder calla o habla de temas y fallos de otro siglo, que es lo mismo que callar. El conjunto de estas medidas refleja un retroceso en la tutela judicial efectiva. Lejos de procurar el aseverado objetivo de mejorar la etapa de reconsideración de las cuestiones en sede administrativa, para eventualmente evitar la instancia judicial contra el Estado, estas reformas tienden no sólo a obstaculizar y demorar el acceso del particular a la justicia, sino también a intentar que caduque dicha acción, en violación manifiesta de la Constitucional nacional y de los pactos internacionales con jerarquía constitucional que garantizan medios rápidos y sencillos de acceso a la justicia. Por otra parte, y en lo que respecta a la situación en que se encuentran las sentencias condenatorias contra el Estado, en ellas el particular se enfrenta además con el obstáculo de la inembargabilidad de los fondos afectados a la ejecución del presupuesto. Como ironiza MAIRAL, sería interesante saber qué dineros estatales no están afectados a la ejecución del presupuesto.<sup>78</sup> Quienes pergeñaron esas normas ya no están en el poder, pero no hacen autocrítica de

<sup>75</sup> *Infra*, nota 94; CSJN, *Gorordo, LL*, 1997-D, 714; REJTMAN FARAH, “Un importante giro jurisprudencial en la revisión de oficio de la llamada “habilitación de instancia,” *LL*, 1999-E, 185; *Resch, RAP*, 327: 152, año 2004, con nota de JUAN LIMA, FERNANDO E., “Una «duda» recurrente: el examen de oficio de los requisitos de admisibilidad de la acción contencioso administrativa,” *RAP*, 329: 183; *Sisterna*, 2006, *RAP*, 333: 67, con notas de JUAN LIMA, “Una de suspenso (silencio administrativo, vigencia de la Ley 25.344 y habilitación de la instancia judicial),” *RAP* 333: 67; y BARBARÁN, JOSEFINA, “Una reforma que deja en «offside» al administrado,” *LL*, 2006-E, 313.

<sup>76</sup> MAIRAL, HÉCTOR, “El efecto de la crisis económica en el Derecho,” *Revista del Régimen de la Administración Pública, RAP, Doctrina Pública*, XXVI-2: 239-245. VEGA, SUSANA ELENA, en CRIVELLI, JULIO CÉSAR, *La emergencia permanente. Comentario al derecho Argentino de la Emergencia: Ley 25.344. Legislación y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, cap. IV, pp. 127-172

<sup>77</sup> Ver USLENGHI, ALEJANDRO JUAN, “Algunas consideraciones en torno a la reforma del Proceso Administrativo,” *Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo II*, 2003-2: 11-44; BUJÁN, NÉSTOR, H., “Reflexiones sobre los requisitos procesales de admisibilidad de la pretensión administrativa y la habilitación de instancia judicial a la luz de las reformas de la Ley 25.344,” pp. 45-110; el fallo *Sisterna* sugirió *obiter dictum* que luego de la ley 25.344 el plazo de caducidad es aplicable al reclamo previo, tanto cuando el particular obtuvo una decisión denegatoria expresa como en caso de silencio; CNCont. Adm. Fed., Sala II, *Seidel, LL*, 2006-E, 284, con nota de CAMPOLIETI, FEDERICO, “El silencio administrativo frente a los plazos de caducidad.”

<sup>78</sup> MAIRAL, HÉCTOR, “El efecto de la crisis económica...,” *op. cit.*, p. 244. La inembargabilidad de los fondos públicos afectados a la ejecución presupuestaria (se trate de dinero en efectivo, depósitos en cuentas bancarias, títulos valores emitidos, y cualquier otro medio de pago que utilizado para atender erogaciones previstas en el presupuesto) está contenida en el art. 131 de la ley complementaria permanente de presupuesto 11.672 y corresponde a los arts. 19 y 59 de la ley 24.624; la ley 25.973 extiende este privilegio de inembargabilidad a las provincias, los municipios y la CABA, dando por tierra, una vez más, con la pretendida responsabilidad patrimonial, nacional y local, del Estado. Ampliar *supra*, tomo 2, cap. XX, § 2.3: “La responsabilidad interna disminuida.”

las normas que dictaron, ni propugnan su derogación. Critican a quienes se benefician de las normas que hicieron para ellos, no advirtiéndoles que iban a ser usadas por los que les habrían de seguir en el poder. Siempre ocurre lo mismo en la historia argentina. También permanecen fuera de la posible revisión judicial las resoluciones de la administración dictadas en las denuncias de ilegitimidad, cuando el reclamo del particular es rechazado como consecuencia de haber sido analizado el fondo de la cuestión.<sup>79</sup> Leyes y actos inconstitucionales no tienen problemas para ser aplicados por jueces que así desconocen el derecho constitucional y de los tratados, no por supuesta ignorancia culposa, sino por actos conscientes, voluntarios y deliberados de inaplicación.<sup>80</sup> Eso lleva un nombre en los códigos de fondo y hasta tiene previsión y condena constitucional expresa. Pero hace falta el esfuerzo colectivo, el control social de la ciudadanía activa, para sostener la Constitución; con el puro texto escrito no basta si sólo lo manejan los hombres del poder ante una sociedad pasiva y callada o peor aún, embriagada del poder ajeno.

### 5. *El control de los hechos.*

#### *Confusión de jurisdicción ordinaria y extraordinaria*

Es decisivo si se efectúa un control judicial normal de los hechos determinantes de la discrecionalidad administrativa, que puedan llevarla a la discrecionalidad cero,<sup>81</sup> o que el control judicial se ejerza sólo ante lo manifiestamente arbitrario, como si fuera siempre algo excepcional, invadiendo terreno ajeno en lugar de ejerciendo jurisdicción propia. Administrar o juzgar, he aquí la cuestión. Algunos

<sup>79</sup> CNFed. CA., Sala II, 18-VIII-2005, *Poletti*, con notas de VILLOLA, L. MATIAS, "La autolimitación de la justicia en el control del acto administrativo", *LL*, 2006-E, 299; y de OLAGORTA, MARÍA LILIA, "Denuncia de ilegitimidad, una nueva voz se reitera", en preparación. Ver también la postura crítica de REJTMAN FARAH, "La cuestión de los plazos en el procedimiento administrativo," *op. cit.*, esp. p. 817. A su vez, la Sala II de la CCAyT de la CABA, *Frávega*, 2006, declaró la inconstitucionalidad del art. 94 de la ley local y admitió, en el caso, la revisión judicial de la decisión de la denuncia de ilegitimidad: PULIRENTI, ORLANDO D., "Planchando el art. 94 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires", en *LL*, 2007B, 481.

<sup>80</sup> Ver *infra*, § 8; mi art. "La progresiva expansión del control de constitucionalidad de oficio," *LL*, 2004-E, 1231; SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, "El control de constitucionalidad de oficio. Alternativas normativas en Argentina: Prohibición, facultad o deber," *ED*, 181: 1092. La CSJN dijo que los jueces deben controlar de oficio la constitucionalidad de las normas, y que una norma declarada inconstitucional por ella no puede ser aplicada por un tribunal inferior sin explicar qué razones le llevan a una diferente conclusión en el caso. SAGGESSE, ROBERTO M. A., "La teoría de los actos propios y el control de constitucionalidad de oficio," *LL, PET*, 30-IX-04, p. 8. Los tribunales inferiores han recogido el guante y cada vez más *le replican fundadamente*.

<sup>81</sup> *Infra*, cap. IX, § 8; CFed. Mar del Plata, *Cipriano*, *LL*, 1998-F, 338, comentado en GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 100, "Control de razonabilidad," p. 202. Es la solución que nos viene del derecho español cuando existe una única solución justa, *v. gr.* FERNÁNDEZ, *op. cit.* y *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, 1998; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 1ª ed. argentina de la 12ª ed. española, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, *op. cit.*, pp. 485-93, esp. p. 491; pp. 496-B/C y ss.; MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, Trivium, 1998, 19ª ed., p. 316; GONZÁLEZ NAVARRO, *op. cit.*, p. 438, etc.

piensan que enmendarle la plana jurídicamente a la administración es administrar y no juzgar: pareciera que la cuestión ha quedado zanjada definitivamente en que ello es precisamente juzgar.

En esto es indispensable evitar la confusión entre el alcance de la revisión judicial ordinaria y extraordinaria. Cuando la revisión judicial es extraordinaria tiene algún sentido afirmar que el control es también excepcional y se ejerce sólo ante lo manifestamente arbitrario, lo absurdo casi, el verdadero sinsentido; pero es igualmente un sinsentido, una arbitrariedad judicial manifiesta, extender el lenguaje y la técnica del control extraordinario al control ordinario. Existen, en efecto, diversos supuestos de jurisdicción llamada *extraordinaria*, por ende limitada, en que tanto a nivel nacional como provincial<sup>82</sup> el tribunal considera que solamente debe controlar supuestos de arbitrariedad, ilegalidad o inconstitucionalidad *manifiestas*. (Como se hace también en el amparo, a guisa de considerarlo igualmente excepcional y no normal como mandan los pactos internacionales.) No puede confundirse un amparo o un recurso extraordinario con la jurisdicción *ordinaria* o normal: es una violación de la jurisdicción no ejercer en forma *plena* el control de razonabilidad de los actos administrativos, *sea ella o no manifiesta*. Cuando hay pronunciamientos que rechazan la impugnación ordinaria de un acto administrativo fundándose en que él no adolece de arbitrariedad manifiesta, allí se confunde la jurisdicción ordinaria —que se debe ejercer siempre— con la extraordinaria que otros tribunales ejercen en otros supuestos. Es inatento la referencia a fallos o precedentes de jurisdicción extraordinaria (amparo, recurso extraordinario) cuando se debe hacer revisión ordinaria del acto.

### 6. *El incumplimiento de las garantías del ciudadano y la legalidad*

Las garantías y derechos frente al acto administrativo son incumplidos por la administración y ese incumplimiento es cohonestado por la justicia. Ello se advierte por doquier: *a)* audiencia previa como requisito de indispensable cumplimiento, o la permisión de “subsanción” judicial ulterior;<sup>83</sup> *b)* necesidad no saneable de fundamentar razonablemente el acto, o no;<sup>84</sup> *c)* dictamen jurídico

<sup>82</sup> *V. gr.*, SC Mendoza, Sala I, *Cotonaro, LL*, 1998-D, 83. Ver sin embargo *infra*, § 8.2. También cabe apuntar la incidencia interna del orden supranacional, que ha llevado a la CSJN, p. ej., a otorgar el alcance de vía ordinaria al recurso de casación penal, previsto internamente como extraordinario: *Casal y Martínez Areco*, ambos del 20-IX-05. Ver GRACIARENA, *op. loc. cit.*

<sup>83</sup> *Infra*, cap. IX; *supra*, t. 2, cap. X, § 10 y cap. XI. Con todo, hay casos en que la ausencia de sumario previo sumada a la no expresión de causa o motivo suficiente, dio lugar a la anulación judicial del acto: CSJN, *Cedale, Fallos*, 321-2: 1970, *ED*, año 1998; *Solá, DJ*, 1998-2, 231, año 1997. Estos dos casos retoman la línea de *Doyarzabal*, 295: 344; *Honecker*, 303: 779; *Vilche*, 304: 1891; *Orozco de Muñoz*, 305: 115; *Loza*, 305: 628; *Palmucci*, 306: 2009; *Quiroga*, 307: 207 y otros recordados en *Cedale*. STCorrientes, *Benítez de Machado, DJ*, 1998-2, 61, año 1997. En el derecho administrativo internacional la falta de audiencia es siempre insanable.

<sup>84</sup> *Infra*, cap. X, § 6, “La fundamentación o motivación.” En el derecho administrativo internacional se requiere una instancia previa, independiente: si el administrador quiere apartarse de sus conclusiones, debe fundarlo. Ello también es insanable.

de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico, previo e ineludible, o ausencia no invalidante de él.<sup>85</sup>

### 7. Una “respuesta coherentemente autoritaria”

Expresa MAIRAL que el art. 12 del decreto-ley 19.549/72<sup>86</sup> “da a todos los interrogantes analizados en este capítulo una respuesta coherentemente autoritaria.”<sup>87</sup>

a) Presunción de legitimidad amplia, en lugar de restringida;<sup>88</sup> b) reconocimiento o no de efectos suspensivos a los recursos contra los actos administrativos;<sup>89</sup> c) ejecutoriedad forzosa en todo caso o sólo con ley razonable en el caso particular.<sup>90</sup>

El régimen de la CABA, si bien contiene previsiones diferentes,<sup>91</sup> a veces tiene disposiciones más gravosas para el particular.<sup>92</sup> No ha de ser casualidad que fueran las mismas autoridades locales las que luego, desde la Nación, dictaran la referida ley nacional de emergencia. Esa sistematicidad que acertadamente señala MAIRAL se extiende a otros campos, como ahora veremos.

<sup>85</sup> *Infra*, cap. V, § 7; cap. X, § 6. Continuando con las apostillas de las notas anteriores, en el derecho administrativo internacional como organismo independiente, previo, siempre analiza la parte legal del problema.

<sup>86</sup> Remitimos a los arts. de MILJIKER y YACOVINO citados *supra*, nota 1; DIANA, *supra*, nota 14.

<sup>87</sup> MAIRAL, *Control judicial...*, *op. cit.*, t. II, p. 773. Esto es parte de lo que el mismo autor llamó “La degradación del derecho público argentino,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, IV, Buenos Aires, FDA, 2005.

<sup>88</sup> *Infra*, cap. V. En efecto, si bien la doctrina niega presunción de legitimidad al acto nulo, la jurisprudencia lo equipara al anulable en materia de plazo para impugnarlo judicialmente, no anulación de oficio, etc.

<sup>89</sup> *Infra*, cap. VI, § 10.

<sup>90</sup> *Infra*, cap. V, § 7 y doctrina que allí se cita.

<sup>91</sup> El art. 12 de la CABA contempla expresamente la necesaria intervención judicial cuando debe utilizarse la coacción contra persona o bienes de los administrados, al igual que la nacional, pero la justicia local ha establecido acertadamente que ello no justifica prescindir del debido proceso legal: CCAyT C.A.B.A., Sala II, 05/X/06, *Padilla, LL, Sup. Adm.*, 2007 (mayo), 45; pero en cambio detalla los casos en que la administración estaría facultada a utilizar la fuerza contra la persona o los bienes del particular sin intervención judicial, lo que desde luego es también inconstitucional. Ver GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *Procedimiento administrativo, op. cit.*, pp. 167-170.

<sup>92</sup> Otras disposiciones de dicho ordenamiento local dan una solución de tipo autoritario: el art. 17 incorpora, en materia de revocación del acto nulo, como excepción a la procedencia de la acción de lesividad, que el interesado hubiera conocido el vicio del acto al momento de su dictado, excepción ésta no contenida en el régimen nacional del decreto-ley 19.549/72. Este latiguillo es utilizado por la administración local con alcances más que amplios para justificar la revocación de actos en sede administrativa. Así, hemos explicado en el cap. VI, § 10.1.1, que el conocimiento del vicio como excepción a la estabilidad del acto, requiere connivencia dolosa acreditada y no mero conocimiento, criterio que ha sido receptado, *mutatis mutandis*, por la Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*, 245: 280, reviendo el criterio tradicional de 234: 588 y otros, como se explica en el dictamen 285/06 publicado en *LL, Sup. Adm.*, 2007 (Mayo), 70-6, donde se destaca el sustento constitucional de la presunción de inocencia, no solamente para el derecho penal sino para todo el ordenamiento jurídico; con nota de ALONSO REGUEIRA. A su vez, el art. 18 referido a la revocación del acto regular, excluye *a priori* el rubro lucro cesante, pero la CSJN, *in re El Jacarandá, ED, Derecho Administrativo*, 2005, p. 209, resolvió que la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación, no habiendo como principio fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante. Esta solución se basa, obviamente, es la garantía constitucional de la propiedad.

## 8. El sistemático incumplimiento de la Constitución

### 8.1. En general

La Constitución es violada en muchas materias y entre ellas en el régimen del acto administrativo, no solamente por la administración<sup>93</sup> y por el legislador que a veces la autoriza, sino también por la justicia, cuando no anula esas conductas inconstitucionales. Así: *a)* se postula que la inconstitucionalidad se declara sólo como *última ratio*, no como aplicación normal del ordenamiento;<sup>94</sup> *b)* se aplican leyes inconstitucionales, si las partes no lo plantean a la jurisdicción.<sup>95</sup> Se argumenta que el juez actuaría en violación del principio de congruencia, pues no puede cambiar las pretensiones interpuestas por las partes ni modificar los términos en que ha quedado trabada la litis, dado que lo contrario importaría conculcar la garantía de defensa en juicio y las reglas del debido proceso. Pero no es cierto, pues cuando la administración impone una exoneración y el ex agente la ataca, ni él ni la administración proponen como alternativa una cesantía. La justicia la resuelve sin embargo,<sup>96</sup> por razones de economía procesal, sin que sienta los pruritos que dice tener cuando evita declarar la inconstitucionalidad de una ley o ejerce esa extrema prudencia de que hace gala para aplicar el orden jurídico superior; sólo comparable a su arrojo en aplicar el orden inferior normativo *inconstitucional*, invocando paradójicamente el debido proceso. Esa doctrina, como recuerda SAGÜÉS, es inconstitucional, hace triunfar la regla inferior sobre la superior. En algún caso se acusó por prevaricato a un magistrado federal que desconoció una expresa cláusula constitucional; no se advierte cuál es la diferencia cualitativa ni cuantitativa de ese caso con esta otra sistemática inaplicación de la Constitución y de los tratados internacionales. No negamos los grandes progresos que nuestra magistratura ha hecho.<sup>97</sup> Pero ello no quita que reste aún mucho camino por recorrer y que los ciudadanos no tengamos otra instancia que

<sup>93</sup> Respecto a la administración frente a la ley inconstitucional *supra*, t. 1, 8ª ed., pp. VII-14.

<sup>94</sup> *Infra*, cap. V; GORDILLO, *Cien notas...*, *op. cit.*, § 91, "Una historia que no cierra: reparación histórica vs. *ultima ratio*," pp. 189-91. Se sostiene uniformemente que la caducidad del acto administrativo por incumplimiento del particular es una *ultima ratio* del orden jurídico (*infra*, cap. XIII, § 7.1); pero esa solución es discordante con la aquí mentada.

<sup>95</sup> Con ello se incurre en autocontradicción: afirmar que el juez conoce y aplica el derecho, ¡*salvo la Constitución!* Ver BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución reformada*, t. III, Buenos Aires, Ediar, 1997, p. 336; SAGÜÉS, "El control...", *op. cit.*

<sup>96</sup> CSJN, *Molinelli, Fallos*, 267: 77, *JA*, 1967-III, 186, reiterando *Nassiff*, 259: 268, año 1964.

<sup>97</sup> Ver nuestro "Jurisprudencia de 1997: Elogio a la justicia," *LL*, 1997-F, 1318; "Los grandes fallos de la actualidad," en *Después...*, *op. cit.*, cap. XI; "Un *leading case* provincial en que el derecho no cae en la vorágine," *LL*, 2002-B, 344, nota al fallo *Quintana*, de la SCJBA, 2001; "«Corralito.» Justicia Federal de Primera Instancia y contención social en estado de emergencia," *LL*, 2002-C, 1217; JOANDET, L. NAHUEL, "Es preferible dar la buena solución y explicarla mal, que darla mal y explicarla bien," en prensa, nota a *Mato*, CApel. CA de la Plata, *R.A.P. Pcia. de Bs. As.*, IV/44, noviembre de 2006. Claro que la magistratura misma está bajo la influencia, a su vez, del Consejo de la Magistratura, que ha pasado a tener mayoría política. Ver RAMÍREZ CALVO, RICARDO, "La Constitución en el desván. El Consejo de la Magistratura y el Poder Judicial," *ED*, 20-XII-2006, pp. 11-15; LANDE, CAROLINA, "La agonía de la independencia judicial," *LL*, 2007-A, 233.

precisamente la judicial para impetrar justicia. Los entes reguladores, en otra experiencia, deben soportar estoicos los reclamos ciudadanos por las falencias de los servicios privatizados (que son más imputables al concedente que al ente regulador) y tratar de corregir las disfunciones del sistema. Así también deben los jueces de hoy y mañana seguir tratando de depurar un sistema autoritario e inconstitucional<sup>98</sup> como el que hemos recibido a través de golpes de Estado, gobiernos autoritarios, desconocimientos y violaciones de la Constitución tan frecuentes como para parecer finalmente normales. La jurisprudencia de antaño no pudo escapar al contagio de los gobiernos inconstitucionales. La actual debe continuar en el reexamen de lo recibido de otrora que no se ajusta al Estado de Derecho que debiéramos tener: uno de tales puntos es el aplicar o inaplicar la Constitución. No existe explicación alguna que pueda justificar, en un magistrado judicial, el voluntario incumplimiento de la Constitución nada menos que desde el sitial de la justicia.

La ausencia de invocación de la norma por las partes no puede privar al orden jurídico de su aplicación por el juez en los procesos ordinarios. No ha de confundirse lo que es requisito del recurso extraordinario (para que haya más debate previo a la instancia excepcional) con el deber normal de aplicar la Constitución, la invoquen o no las partes en la causa que someten a sus estrados. Lo hacen a veces, cuando se trata de negar validez a decretos de necesidad y urgencia que rebajan salarios en situación calificada como de emergencia o necesidad pública.

## 8.2. *La cuestión en el derecho público provincial*<sup>99</sup>

Las constituciones provinciales han sido mucho más avanzadas que la jurisprudencia nacional, y establecen que las normas contrarias a la Constitución “no podrán ser aplicadas” por los jueces: Mendoza (art. 48), Santa Cruz (art. 17) y Tucumán (art. 24). La Rioja (art. 9°) habilita la declaración de inconstitucionalidad de oficio; pero Neuquén (art. 16), en forma análoga a Mendoza, Santa Cruz y Tucumán, aclara que los jueces *deben* declarar inconstitucionales las normas contrarias a la Constitución. San Juan (art. 11) y San Luis (art. 10) van más allá en el mismo sentido y aclaran que las normas contrarias a la Constitución “carecen de valor y los jueces deben declarar su inconstitucionalidad en juicio aún cuando no hubiere sido requerido por parte, previo conocimiento a las mismas.” Esta necesaria vista previa a las partes contesta una de las críticas que hemos recordado, pues el deber de los jueces de declarar de oficio la inconstitucional-

<sup>98</sup> Hemos afirmado además que los jueces “son el instrumento más útil y más inmediato de la reforma política:” ver nuestro art. “Axel en la justicia administrativa de la Provincia de Buenos Aires,” *RAP Provincia de Buenos Aires*, II/13: 7-12, abril de 2004. Lo enfatizamos, por lo demás, en la definición misma del derecho administrativo: *supra*, t. 1, cap. V, al incluir el control judicial como parte sustancial del concepto de derecho administrativo en un Estado de Derecho.

<sup>99</sup> Agradezco a ALEJANDRO PÉREZ HUALDE por la información y primera redacción de este punto 8.2, que he introducido gracias a un mail que generosamente me enviara comentando un borrador de esta *Introducción*. Desde luego, tanto la redacción como la responsabilidad finales me pertenecen.

lidad no puede ser ejercido sin que el análisis de las circunstancias fácticas se efectúe previa oportunidad de las partes para expresarse. Río Negro habilita la declaración de inconstitucionalidad de oficio (art. 196) aún cuando no existiera “lesión actual” (art. 207 inc. 1).

Desde el constitucionalismo provincial, como se advierte, aparece el lineamiento que debiera aplicarse a nivel nacional.

### 8.3. *La modificación o sustitución de oficio del acto administrativo*<sup>100</sup>

De igual modo, si la administración aplicó una multa y ni ella ni la parte sancionada piden que se la cambie por una sanción menor, ello no impide a la justicia por iguales razones de economía procesal, disminuirla,<sup>101</sup> o incluso cambiar la multa por apercibimiento;<sup>102</sup> a una suspensión en la matrícula, sustituirla por advertencia delante del Consejo Directivo del Colegio Público de Abogados de Capital Federal; a una exclusión de la matrícula, cambiarla por una suspensión, que ninguno pidió. Nadie vió nunca problema alguno en estos casos, ni tampoco desde luego lo hay. Igualmente, si un acto administrativo otorga un subsidio que el tribunal considera no se adecua a la ley, naturalmente que puede y debe reformar el acto administrativo en el sentido correspondiente;<sup>103</sup> ello ocurre a diario en materia de jubilaciones, pensiones, retiros, haberes, etc.<sup>104</sup> Es moneda corriente en materia de control de la administración pública.

Los ejemplos siguen *ad infinitum*<sup>105</sup> y lo que demuestran no es que esté mal sustituir una sanción mayor por una menor y distinta, sino que es *falso* que el principio de congruencia, las pretensiones de la partes en la traba de la litis,

<sup>100</sup> *Infra*, cap. XII, “Modificación del acto administrativo,” § 12, “Sustitución y reforma.”

<sup>101</sup> Es el caso más frecuente, p. ej. MARIENHOFF, MIGUEL S., “El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público,” *LL*, 1989-E, 963; COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, cap. II, pp. 73 y 77. Algunas salas declararon la inconstitucionalidad del art. 4° de la ley 24.393 que impone una multa igual al triple de la tarifa del medio de transporte utilizado (Sala IV, *Lufthansa*, 21-VIII-97 y 23-IX-97) y aplicaron en su lugar, en sede judicial, la multa del mínimo legal, Sala II, *Lufthansa*, 5-V-98 y 12-VI-98. La CSJN rechazó el recurso extraordinario contra la sentencia que consideró que la desigualdad no era en el caso inconstitucional: *Lufthansa*, *LL*, 2000-B, 401.

<sup>102</sup> Ver CNFed. CA, Sala III (MORDEGLIA, MUÑOZ, ARGENTO: por error material la publicación consigna “Sala II”), C., O. O., *LL*, 1998-A, 298, año 1997; *Grittini*, *LL*, 1998-C, 338, año 1997.

<sup>103</sup> Es el caso del subsidio previsto por la ley 22.674, Sala III, *Leyes*, 21-VIII-98 y de las causas fundadas en la ley 24.043 y ulteriores: *in re Birt*, que comentamos en *LL*, 1995-D, 292, reproducido en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, pp. 33-6; es el comienzo del fin de una tendencia adversa al reconocimiento de los derechos lesionados por el último gobierno militar: “El método en un caso de derecho: hechos, valoración, normas”, *RAP*, 234: 91, Buenos Aires, 1998.

<sup>104</sup> Aún en los viejos códigos. El razonamiento es explicado en D’ARGENIO, “La materia determinante de la competencia en el proceso administrativo provincial,” *op. cit.*, § 19, pp. 67-8.

<sup>105</sup> Ver MAIRAL, *Control judicial de la administración pública*, *op. cit.*, t. II, p. 659, nota 281 y jurisprudencia que cita; p. 909: “el Poder Judicial que puede anular dicho acto puede, *a fortiori*, modificarlo eliminando el vicio de que adolece. En el caso de sanciones ello implicará reducir su monto o modificar su tipo.” Otros ejemplos en PERINO, MICHELE M.G., *Osservazioni sull’accertamento costitutivo nel diritto amministrativo*, Padua, Cedam, 1953, p. 59. Ampliar *infra*, cap. XII, “Modificación del acto administrativo” de este mismo vol. 3.

la defensa en juicio o el debido proceso sean excusas válidas para desaplicar la Constitución aplicando una norma inconstitucional; es al revés, lo exigen.<sup>106</sup> Si se puede de oficio modificar o sustituir un acto administrativo por otro que ninguna parte pidió y bien está que se lo haga en los casos mentados, entonces también y con mucha mayor razón se puede y debe desaplicar la norma inconstitucional que ninguna parte pidió fuera desaplicada, pues *el juez conoce el derecho y lo aplica, o lo desconoce en el doble sentido de la palabra*. Una sentencia que no aplica la Constitución es peor que una sentencia que no aplica la ley, el peor caso de arbitrariedad judicial.

En un país que ha sufrido tantas rupturas del orden constitucional no se debiera mantener como doctrina nacional, ni jurisprudencial, el verdadero prevaricato que el pasado introdujo en nuestro sistema. No se puede encuadrarlo en el justo término medio aristotélico: no hay un aplicar mucho o demasiado la Constitución y un aplicarla poco.

No hay un aplicarla en un justo medio: ¿a veces sí, a veces no? ¿algunas normas sí, otras no? La Constitución y el orden jurídico supranacional e internacional y el *ius gentium* se cumplen o se incumplen, eso es todo.<sup>107</sup> No se puede fundar en razones procesales la consciente no aplicación del orden constitucional, en la deliberada aplicación *de una norma inconstitucional*. Otros tribunales advierten, con razón, que la potestad judicial de suplir el derecho no invocado o erróneamente invocado por las partes, *incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución*.<sup>108</sup>

De todas maneras conviene reiterar que el planteo que hacemos referido al deber que le corresponde a la judicatura, no es en modo alguno anterior al deber que le cabe a los autores, pues son estos, con sus eventuales doctrinas de apoyo sistemático al abuso del poder, los que son en verdad responsables primarios del deterioro histórico y creciente del derecho público argentino, que no cesa ni del legislador ni mucho menos del administrador. Pero ya dijo Montesquieu que es natural que el poder tienda a abusar del poder: es que sus límites los debe poner la sociedad civil, ayudando a los jueces a ejercer el control y no, al revés, obstaculizándolo u oponiéndose a él.

A un juez se le puede y debe pedir, desde luego, que diga el derecho, pero debe dársele también, entonces, el apoyo de la sociedad civil a través de quienes escriben y publican, en su apoyo cuando actúan correctamente, en lugar del ominoso silencioso con que más de uno suele “manifestarse” ante todo lo que tiene actualidad y genera compromiso, o peor, la activa defensa de todas las tesis

<sup>106</sup> Así lo dice el Tribunal Supremo español: “En tales casos la sustitución no sólo será posible sino *imprescindible* “por exigencia del principio de efectividad de la tutela judicial que quedaría claramente burlado si los tribunales no decidieran respecto de aquello que la Administración pudo y debió resolver,” como recuerda GONZÁLEZ NAVARRO, t. 3, *op. cit.*, p. 438.

<sup>107</sup> O como dice SUNFELD, CARLOS ARI, *Ato administrativo inválido*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 23, “Una norma se conforma, o no se conforma, a la jerárquicamente superior.”

<sup>108</sup> TOral Criminal Federal n° 3, *Miraldi, LL*, 2000-D, 766.

contrarias a la Constitución y a la defensa de los ciudadanos frente al poder. Es la misma opción que se plantea en todos los temas que estamos recordando una vez más en esta “Introducción” y que se repiten a lo largo de toda la obra del derecho administrativo.

### 9. *Invocar la seguridad jurídica a favor del Estado*

Es infrecuente invocar la seguridad jurídica a favor de los derechos y garantías de los individuos; es más común que se lo haga a favor del acto administrativo. La seguridad es para el funcionario, para el Estado, como razón de Estado. Ello ocurre en materia de permitir o no la impugnación de actos nulos luego del período de caducidad de la acción judicial,<sup>109</sup> en que la seguridad se invoca para el acto del ocasional funcionario público de turno y no para el ciudadano; lo mismo en cuanto a la suspensión o no del acto,<sup>110</sup> su estabilidad,<sup>111</sup> inconstitucionalidad de la revocación por razones de oportunidad, de derechos adquiridos, etc. La revocabilidad o irrevocabilidad en sede administrativa del acto que confiere o reconoce derechos subjetivos<sup>112</sup> ha sido planteada como cuestión axiológica y política, desde ángulos opuestos.

Para algunos autores se trata de “un pensamiento netamente liberal, que [...] ha dado además la adecuada protección de los derechos constitucionales en juego;” “un justo valladar a la discrecionalidad de la Administración Pública.”<sup>113</sup> Para otros autores, al contrario, era en su momento un esquema “injustificadamente individualista.”<sup>114</sup> La segunda opinión, publicada por primera vez en 1981, tal vez hubiera merecido una reevaluación al haber cambiado posteriormente los parámetros entonces existentes en la sociedad. Pues cabe recordar, en efecto, que en la actualidad se han producido y repotenciado recíprocamente varios fenómenos diversos: la liberalización de la economía, la apertura de los mercados y en general el modelo liberal vigente desde la reforma del Estado,<sup>115</sup> con más la

<sup>109</sup> CAPUTI y SACRISTÁN, *op. loc. cit.*

<sup>110</sup> *Infra*, cap. VI, § 7.2.2, “La suspensión del acto y la estabilidad: no procede la suspensión en sede administrativa del acto estable” y 7.2.3, “Consecuencias de la indebida ejecución de un acto nulo o la indebida desobediencia a un acto regular” y cap. XIII, § 7.3, la revocación por razones de oportunidad procede solamente si el acto fue otorgado expresa y válidamente a título precario: cap. VI, § 10.1.3, “La revocación de los actos precarios.”

<sup>111</sup> Ver *infra*, cap. VI, donde se cita la seguridad jurídica como fundamento de la estabilidad del acto a favor del individuo, no de la prohibición de que éste lo impugne.

<sup>112</sup> Ver VEGA, “La desprotección del particular...,” *op. cit.*, nota a *Gordillo*; en contra, CRESPO, FERNANDA, “La anulación de los actos administrativos irregulares ¿Resabios de la confusión entre derechos adquiridos y derechos ejercidos?” *LL, Sup. Adm.*, en preparación.

<sup>113</sup> BIANCHI, “La acción de amparo y los límites de la potestad revocatoria de la administración pública,” *op. cit.*, nota al fallo *Hernández*, resuelto coincidentemente en tres instancias.

<sup>114</sup> COMADIRA, *La anulación de oficio del acto administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1981, pp. 176 y 192; 2ª ed., 1998.

<sup>115</sup> Algunos confunden la *crítica* al sistema con su *existencia* o vigencia, o sus *efectos*. No hace falta ser “neo-liberal,” como se dice ahora, para comprender que las soluciones jurídicas difícilmente pueden escapar a esta nueva realidad.

consagración de los derechos humanos enfatizada desde la Constitución de 1994.<sup>116</sup> En este nuevo sistema jurídico no parece excesivo o injustificado individualismo la protección de los individuos y la seguridad jurídica de sus derechos frente al poder,<sup>117</sup> más allá de que anhelemos un pleno Estado de Bienestar cuando ello sea materialmente posible, lo cual es cuestión diversa. Otra manifestación del mismo criterio general es la preferencia por las soluciones menos gravosas para la invalidez del acto, o al contrario la simple imparcialidad del tercero desinteresado del proceso.<sup>118</sup>

### 10. *Prevenir o coadyuvar a la corrupción*

Así como hay países gravemente amenazados por el narcotráfico, otros lo están por la corrupción.<sup>119</sup> La forma de prevenir o responder a estas amenazas a la sociedad no depende solamente de la política legislativa o gubernativa,<sup>120</sup> depende también de que los jueces apliquen las directrices *preventivas* que les manda claramente, como principios jurídicos imperativos, la Convención Interamericana Contra la Corrupción.<sup>121</sup> No se trata de sostener, por cierto, que cada vez que no se han cumplido las medidas preventivas hay necesariamente corrupción (lo cual sería un falacia formal de razonamiento y por implicancia también informal): puede haber simplemente negligencia, ineptitud, despilfarro de fondos públicos, sin corrupción.

<sup>116</sup> *Supra*, t. 1, caps. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo” y VII “Fuentes nacionales del derecho administrativo;” *Después de la reforma...*, *op. cit.*, cap. I.

<sup>117</sup> Ver también cap. V, § 7.2, “Derecho nacional y comparado,” donde nuevamente se vincula otra institución (la ejecutoriedad), con la seguridad jurídica, pero a favor del acto y no a favor de los derechos de los individuos.

<sup>118</sup> *Infra*, cap. XI, § 17, “Crítica de la valoración usual de los vicios del acto administrativo.”

<sup>119</sup> Sobre el crecimiento de la corrupción organizada y el financiamiento de la política en nuestro país, ver “Axel en la Justicia Administrativa de la Provincia de Buenos Aires,” *op. cit.*

<sup>120</sup> Sin embargo, desde la legislatura y el gobierno se puede hacer más. Ver nuestros arts. “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 955-962; “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, México, octubre de 2003, pp. 19-32; Ángel Estrada, *JA*, 2005-III, fascículo n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; reproducido en *Res Publica, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, número 2, mayo-agosto de 2005, México, 2005, pp. 307-31; “La modernización de la administración pública,” en *AÍDA. Ópera prima de Derecho Administrativo*, Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, *opus* No. 1, México, Enero-Junio de 2007, pp. 153-71.

<sup>121</sup> Ver nuestros arts. citados *supra*, nota 29. Estas convenciones están pasando por ahora por la prueba de fuego del silencio y la omisión, como también le tocó en su momento pasar a la Convención Americana de Derechos Humanos y luego a los tratados internacionales de derechos humanos, por fin a la Constitución de 1994. Es una técnica conocida en “derecho,” como recuerda ALTERINI, ATILIO ANÍBAL, “Cómo desbaratar la protección del consumidor,” *LL*, 1999-A, 783. La protección al consumidor se desbarata del mismo modo que la tutela constitucional. Afortunadamente no todos optan por la omisión: Juzg. CA N° 1 de La Plata, *Ecodyma*, 2004. El Juez aplicó los principios de transparencia y concurrencia de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, a los fines de conceder una medida precauteladora, la cual si bien fue revocada, no fue cuestionada por la Fiscalía de Estado en cuanto a la aplicación del tratado.

Pero si la corrupción se descubriera en ese caso, más tarde y el juez no hubiera controlado *oportunamente* la estricta aplicación de las medidas *preventivas* que la Convención impone como principios jurídicos generales, su inaplicación preventiva del derecho contra la corrupción constituiría casi una hipótesis de *mala praxis* digna al menos *prima facie* de atención por los órganos constitucionales de contralor del Poder Judicial. En tal caso la sentencia que dictó no será tal vez corrupta, pero fue una sentencia que por negligencia o impericia no supo aplicar el derecho encaminado a prevenir la corrupción. Eso es, lo decimos respetuosamente, *mala praxis* judicial. Considerar o no vicio del acto administrativo la violación de las medidas preventivas previstas en la Convención Interamericana contra la Corrupción, es una opción que no debiera justificar la duda de nadie y sin embargo la tiene de casi todos. También existe, a nivel interamericano, un mecanismo de seguimiento<sup>122</sup> cuyas recomendaciones en su mayoría no han sido aún recogidas; ellas pueden ser consultados en [www.oas.org](http://www.oas.org).

### 11. Quo vadis?

La *Hidra* tiene más de siete cabezas y harán falta varios HÉRCULES en el ámbito judicial para cortarlas. Pero hace falta un esfuerzo social concertado,<sup>123</sup> en primer lugar, para que ello suceda y es *la doctrina la que tiene la responsabilidad moral primaria* para posibilitar esa construcción crítica.<sup>124</sup> Todo eso construye el Estado —de Derecho, o no— que tenemos.

<sup>122</sup> Ver “Bases para un proyecto de Plan de Acción para la implementación de las recomendaciones formuladas por el Comité de expertos del Mecanismo de Seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción a la República Argentina,” REJTMAN FARAH, (consultor nacional), Buenos Aires, Oficina Anticorrupción, 2006.

<sup>123</sup> Ver NIETO, ALEJANDRO / GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, comentario n° 16, “La justicia,” p. 85; nuestro art. “Axel en la Justicia Administrativa de la Provincia de Buenos Aires,” *op. loc. cit.*; “La sociedad civil vs. el poder político,” nota al fallo de la SCJBA (Corte de Conjuces), *Flores, LL*, 2003-E, 263; “Hay jueces en la Argentina: La inconstitucionalidad de la prohibición de imponer *astreintes* a los funcionarios públicos,” *LL*, 2004-C, 152-5, nota al fallo *D’Ormea*, JNF CA n° 4; en la publicación el título salió truncado luego de “imponer;” “Licitación pública, audiencia pública, referendo, participación popular y prestación de servicios públicos,” *LL*, 2002-A, 954; “La progresiva expansión del control de constitucionalidad de oficio,” *LL*, 2004-E, 1231-3; “La Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires, acciones de clase, tribunales judiciales y tribunales administrativos; un futuro proyecto de tribunales administrativos para los servicios públicos,” *LL*, 2005-A, 818-823; “La modernización de la administración pública,” *op. cit. supra*, nota 120; “An Ombudsman for Argentina: Yes, but...”, *International Review of Administrative Sciences*, Bruselas, vol. L-1984, n° 3, p. 230 y ss.; traducido al portugués y publicado en la *Revista de Direito Público*, n° 75, San Pablo, 1985, pp. 76 a 81; traducido al castellano y publicado en la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, 105: 16, bajo el título “Un Ombudsman para la Argentina. Sí, pero...”

<sup>124</sup> Como lo explicamos en GORDILLO / FLAX y otros, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2007, 6ª ed., cap. I y en el prólogo de nuestro libro *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, IEAL, 1984.