

**El Derecho
Administrativo hoy.
16 años después**

**Jornadas organizadas
por la Universidad Austral
Facultad de Derecho**

Ediciones
IRAP

El Derecho Administrativo hoy. 16 años después /
Jorge Albertsen...[et.al.]. - 1a ed. - Buenos Aires:
Rap, 2013.
608 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-987-694-003-0

1. Derecho Administrativo. I. Albertsen, Jorge
CDD 342

© Ediciones *Rap* S. A.

Talcahuano 758, PB "B" (C1013AAP)

Ciudad de Buenos Aires - República Argentina

4374-0661 líneas rotativas

consulta@revistarap.com.ar

www.revistarap.com.ar

Queda hecho el depósito
que establece la Ley 11.723

ISBN: 978-987-694-003-0

IMPRESO EN LA ARGENTINA

Prohibida la reproducción total o parcial, por medios electrónicos
o mecánicos, incluidos fotocopia, grabación magnetofónica
y cualquier sistema de almacenamiento de información
sin autorización escrita del Editor.

Las colaboraciones firmadas incluidas en la presente
publicación no representan necesariamente
la opinión de la Dirección del sello editorial.

Este libro se terminó de imprimir en mayo del año 2013
en los talleres de Artes Gráficas Del Sur
sitos en la calle Alte. Solier N° 2450, Sarandí,
Pcia. de Buenos Aires (CP 1872), Tel.: 4204-2986.

EL DERECHO A LA TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA

PABLO E. PERRINO

I. NOCIONES INTRODUCTORIAS

Con la expresión tutela administrativa efectiva se hace referencia a un amplio elenco de derechos que tienen todas las personas en el seno de los procedimientos administrativos y cuya finalidad es la eficaz defensa de sus derechos y participación en dicho ámbito. Se trata de un derecho fundamental que cumple, ante todo, una función de garantía o de instrumento al servicio de otros derechos¹. De ahí que pueda calificársele como un derecho-garantía².

La tutela administrativa efectiva comprende pero no se agota en el tradicional derecho al debido proceso adjetivo (expresamente reglado en el orden nacional en el Artículo 1º, inc. f) del Decreto Ley Nº 19.549/1972, en adelante LNPA), el cual exige cumplimentar ciertos recaudos formales y de trámite atinentes a la defensa y necesarios para adoptar una decisión válida y justa³, ya que exige de parte del Estado un plus más: como es la eliminación de todas las trabas normativas, económicas o sociales, que puedan impedir u obstaculizar irrazonablemente el ejercicio de la defensa⁴.

¹ Cfr. Canosa, Armando N., "Principio de la tutela administrativa efectiva", en Pozo Gowland, Héctor; Halperín, David; Aguilar Valdez, Oscar y Lima, Fernando Juan (Directores), *Procedimiento administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 647.

² Como ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho" (Opinión Consultiva Nº OC-8/1987, del 30-1-1987, Serie A-Nº 8).

³ Ver: De los Santos, Mabel Alicia, "El debido proceso ante los nuevos paradigmas", en *LL*, 2012-B, p. 1062.

⁴ Sobre el particular cabe destacar que, en virtud del Artículo I.I de la Convención Americana de Derechos Humanos, de jerarquía constitucional en nuestro país (Artículo 75, inc. 12 de la Constitución Nacional), los Estados parte de dicho tratado están obligados al respeto y garantía de los derechos allí protegidos, entre los cuales se encuentra la tutela administrativa efectiva. En consecuencia, los Estados deben velar por su salvaguarda, lo cual exige organizar la estructura jurídica-institucional necesaria para conseguir tal cometido. En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido "que como parte de las obligaciones generales de los Estados, éstos tienen un deber positivo de garantía

De tal modo, el derecho a la tutela administrativa efectiva, como también a la tutela judicial, presenta una mayor amplitud garantística que el tradicional derecho de defensa⁵, en tanto, además de potenciar sustancialmente el derecho a la audiencia previa, a la prueba y a una decisión fundada, pone en cabeza de las autoridades estatales el deber de organizar un andamiaje jurídico institucional que posibilite a toda persona en forma efectiva la salvaguarda de sus derechos en la esfera administrativa⁶.

Al respecto, cabe resaltar que en el Estado de Derecho la persona humana y su dignidad⁷ constituyen el máximo valor de la normatividad constitucional y su reconocimiento efectivo conlleva para los poderes públicos el deber de promover o crear las condiciones jurídicas, políticas, sociales, económicas y culturales, que permitan el desarrollo de la persona. Y, para ello, la tutela efectiva es, entonces, un instrumento fundamental⁸.

Desde este punto de vista, es evidente que no se condice con la garantía de la tutela administrativa efectiva la concepción tradicional del procedimiento administrativo que lo perfila como un mero cauce formalizado y rígido, al modo del proceso judicial, en tanto lo entiende como el conjunto de actos de autoridad encadenados, cuyo único objeto es tomar una decisión formal y donde lo relevante simplemente es ese producto final: el acto administrativo⁹.

con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción. Ello supone tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce" (caso "Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago", sentencia del 21-6-2002, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_94_esp.pdf -acceso el 14 de febrero de 2013-).

⁵ Cfr. Cassagne, Juan Carlos, "La tutela judicial efectiva", en Cassagne, Juan Carlos (Director), *Tratado general de derecho procesal administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2001, 2ª edición, pp. 126/127.

⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 7 de septiembre de 2007, OEA/Ser.L/V/II.129, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/477e3dc72.pdf> (acceso el 14 de febrero 2013).

⁷ En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado: "La dignidad humana [...] es el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y del orden internacional adoptado" (*Fallos*: 333:2.306 y sus citas; 327:3.753; 330:1.989).

⁸ Como ha escrito Delpiazzo, "el Estado Constitucional de Derecho expresa una fórmula cuyo elemento medular consiste en una concepción instrumental de las instituciones al servicio de los derechos fundamentales, en la cual el principio de juridicidad supone el sometimiento del poder no únicamente a límites formales, sino también a límites sustanciales impuestos por los principios generales y por la eminente dignidad de la persona humana, de la que derivan todos sus derechos" (Delpiazzo, Carlos E., "El tiempo en el procedimiento administrativo", en *Revista da Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora -RPGMJF*, N° 2, 2012, pp. 298/299).

⁹ Evidentemente, se trata de una noción muy acotada del procedimiento administrativo pues, como afirma Javier Barnes, "la actividad administrativa no se resuelve ni se agota en un proceso decisorio. La Administración decide, sí, pero también estudia, evalúa, recaba, procesa e intercambia información, decide, sí, pero realiza prestaciones y servicios, por sí o a través de múltiples fórmulas [...]" [Aberastury, Pedro y Blanke, Josef (Coordinadores), *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*, Buenos Aires, Eudeba, 2012, p. 127].

Este enfoque, anclado en torno a una concepción procesal del procedimiento administrativo, condujo a una concepción ritualista de aquél (con claro olvido del principio del informalismo o formalismo moderado¹⁰), que lo llevó a transformar en una suerte de larga y compleja carrera de obstáculos que las personas deben sortear para alcanzar la concreción de sus derechos o para suscitar el acto denegatorio definitivo que agota la vía administrativa y habilita el inicio del proceso judicial¹¹. Ello, además de desconocer que el centro de la acción pública es la persona y sus derechos fundamentales, no se condice con las múltiples funciones y fines que debe cumplir el procedimiento administrativo en el moderno Estado de Derecho, derivados de su condición de instrumento a través del cual la Administración desarrolla su función servicial o vicarial de gestionar, con objetividad, el bien común¹².

En efecto, además de ser una herramienta imprescindible para ordenar jurídica y racionalmente el ejercicio de la función administrativa, facilitar la transparencia del obrar administrativo, permitir la participación ciudadana y ser un cauce adecuado para el equilibrio y la conciliación de intereses contrapuestos, el procedimiento tiene, entre sus funciones primordiales, resguardar, en forma real y concreta, los derechos de las personas¹³.

¹⁰ Este principio fundamental del procedimiento administrativo, receptado en el Artículo 1º de la LNPA, tiene por finalidad proteger a los particulares a fin de que no se vean perjudicados sus derechos por cuestiones meramente procesales, razón por la cual exige la relativización o flexibilización de todas las exigencias formales. Cualquier duda que se plantee en el curso del procedimiento referida a las exigencias formales debe interpretarse siempre en favor del administrado permitiendo la viabilidad del acto procesal pertinente (*in dubio pro accione*) [cfr. Ivanega, Miriam, "Principios del procedimiento administrativo: informalismo, instrucción de oficio y verdad material", en Cassagne, Juan Carlos (Director), *Procedimiento y proceso administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis – AbeledoPerrot, 2005, pp. 66/70].

¹¹ La tutela administrativa efectiva requiere también la interpretación de las normas reguladoras de los trámites administrativos en forma favorable al ejercicio de los derechos de los administrados, por lo que se debe evitar incurrir en hermenéuticas ritualistas o formalistas (cfr. Informe N° 105/1999 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso N° 10.194, "Palacios, Narciso – Argentina", emitido el 29-9-1999, en *LL*, 2000-F, p. 594, con nota de Carlos A. Botassi, "Habilitación de instancia y derechos humanos"). La regla interpretativa debe ser siempre el conocido principio *in dubio pro accione* (CSJN, *Fallos*: 313:83), que se traduce, entre otros ejemplos, en la necesidad de una interpretación flexible de los requisitos de legitimación; de agotamiento de la vía, cómputo de plazos; como así también la posibilidad de subsanación de los defectos de presentación de escritos y documentos, etcétera [SCBA, Causa B.57.576, "Otero, Rosa Noemí c/ Provincia de Buenos Aires (Poder Ejecutivo) s/ demanda contencioso administrativa", sentencia del 28-12-2010 y sus citas].

¹² Cassagne, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 36.

¹³ Cfr. Schmidt-Assmann, Eberhard, "Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el derecho administrativo alemán, europeo e internacional", en Barnes, Javier (Editor), *La transformación del procedimiento administrativo*, Sevilla, Editorial Derecho Global, 2008, pp. 76/77; Tawil, Guido S., "El procedimiento administrativo como instrumento de control de la Administración y garantía de los administrados", en Tawil, Guido S. (Director), *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, p. 1 y sigs.

II. FUNDAMENTO Y RECEPCIÓN JUDICIAL DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA EN EL DERECHO ARGENTINO

La expresión tutela administrativa y jurisdiccional efectiva, acuñada en el derecho europeo y desarrollada en el derecho internacional de los derechos humanos¹⁴, ha sido receptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Astorga Bracht"¹⁵, fallado el 14 de octubre de 2004, en el cual se declaró inconstitucional una cláusula de un pliego de bases y condiciones, aprobado por la Comisión Nacional de Comunicaciones (COMFER), por la que se exigía a los interesados en participar en concursos para la adjudicación de licencias de radiodifusión, el desistimiento de cualquier recurso administrativo o judicial que hubieren interpuesto contra las disposiciones legales o reglamentarias que regulaban el servicio de radiodifusión, o contra cualquier acto administrativo emitido por el COMFER.

La Corte consideró que dicha exigencia del pliego era violatoria del Artículo 18 de la Constitución Nacional y de las siguientes disposiciones de los tratados de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional en nuestro país, que resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectivas como son los Artículos: XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 2º, inc. 3º, apartados a) y b), y 14, inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶.

Sobre el particular cabe recordar que si bien en el texto del citado Artículo 18 de la Constitución Nacional sólo se asegura la inviolabilidad de la defensa de la persona y sus derechos en los juicios penales, desde muy antiguo la Corte Nacional efectuó una interpretación que amplió profundamente el círculo de los derechos protegidos originariamente por dicha disposición al afirmar que las normas sustanciales de la garantía de la defensa deben ser observadas en toda clase de juicios¹⁷, incluso en procedimientos ante autoridades administrativas¹⁸.

¹⁴ Perrino, Pablo E., "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa", en *Revista de Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni, 2003-I, Proceso administrativo -I, p. 257 y sigs.

¹⁵ CSJN, *Fallos*: 327:4.185.

¹⁶ Destaca Ricardo Alberto Muñoz (h) que el derecho a la tutela administrativa efectiva tiene un particular sustento en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -Artículo 2º, inc. 3º, apartados a) y b)-, toda vez que éste -a diferencia de los demás tratados- "hace expreso reconocimiento del derecho esencial a un recurso efectivo por ante autoridad competente administrativa o de cualquier especie" (*LL*, 2012-B, p. 919).

¹⁷ CSJN, *Fallos*: 237:193; 310:1.797; 312:779.

¹⁸ CSJN, *Fallos*: 198:78; 325:1.649. En el derecho público provincial las Constituciones de las Provincias de Buenos Aires (Artículo 15), Río Negro (Artículo 22), Salta (Artículo 18), Jujuy (Artículo 29), San Luis (Artículo 43), y La Rioja (Artículo 29) contienen disposiciones en las que se declara la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en los procedimientos administrativos.

A su vez, en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha resuelto¹⁹ que las numerosas garantías judiciales previstas en el Artículo 8²⁰ de la Convención Americana de Derechos Humanos no se limitan a los procesos judiciales en sentido estricto, sino que también deben ser respetadas en los procedimientos administrativos²¹. Así, en casos y situaciones que involucran derechos de los traba-

¹⁹ Como apunta Patricio M. Sammartino, la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH basada en la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos "gravita directamente y obligatoriamente sobre todas las autoridades públicas, nacionales, provinciales y municipales que desarrollan función administrativa" ("El procedimiento administrativo en el Estado Constitucional Social de Derecho", en Pozo Gowland, Héctor; Halperín, David; Aguilar Valdez, Oscar y Lima, Fernando Juan (Directores), *Procedimiento administrativo*, Tomo I, *op. cit.*, p. 626).

²⁰ Artículo 8°. *Garantías judiciales*.

"1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia".

²¹ En el caso "Ivcher Bronstein c/ Perú" la Corte Interamericana de Derechos Humanos en forma contundente expresó: "[...] pese a que el Artículo 8.1 de la Convención alude al derecho de toda persona a ser oída por un 'juez o tribunal competente' para la 'determinación de sus derechos', dicho artículo es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos" (sentencia del 6-2-2001, Serie C-N° 74; cfr. caso "Comunidad Indígena Sawhoyamaya c/ Paraguay", sentencia del 29-3-2006, Serie C-N° 146; ver: Acosta Alvarado, Paola A., *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2007, pp. 39/40).

jadores, de los migrantes y de los pueblos indígenas, la Corte IDH ha tenido oportunidad de remarcar la plena aplicabilidad de la garantía de la tutela efectiva en sede administrativa²².

En forma elocuente, en el caso “Baena, Ricardo y otros c/ Panamá”, el Tribunal sostuvo: “Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la Administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”²³.

A su vez, en el caso “Claude Reyes y otros”²⁴ la Corte IDH señaló que “el Artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos”.

También el Máximo Tribunal de la República, con arreglo a la jurisprudencia de la Corte IDH, ha expresado: “En el Estado de Derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el Artículo 8° de la citada Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial –en el ejercicio eminente de tal función–, sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales”. Por tal motivo, consideró que el carácter administrativo de un procedimiento sumarial llevado a cabo por una autoridad administrativa no puede erigirse en un óbice para la aplicación de los principios consagrados en la norma citada²⁵.

²² Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 7 de septiembre de 2007, OEA/Ser.L/V/II.129, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/477e3dc72.pdf> (acceso el 14 de febrero 2013).

²³ Caso “Baena, Ricardo y otros vs. Panamá”, sentencia del 2-2-2001, Serie C-Nº 72. En dicho pronunciamiento la Corte también expresó: “La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del Artículo 8° de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso”.

²⁴ Caso “Claude Reyes y otros c/ Chile”, sentencia del 19-9-2006, Serie C-Nº 151.

²⁵ Causa “Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA – Resolución Nº 169/2005 (Expte. 105666/B6 SUM FIN 708)”, sentencia del 26-6-2012, en *LL*, 2012-E, p. 592; ver nota al fallo de Gutiérrez Colantuono, Pablo A., “Derechos y prerrogativas públicas: aspectos de un nuevo orden”, en *LL*, 2012-E, p. 592. Cita Online: AR/JUR/32230/2012.

III. ALCANCE DEL DERECHO A LA TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA

El contenido y alcance del derecho a la tutela administrativa efectiva es sumamente vasto y complejo, ya que comprende un amplio elenco de derechos. Básicamente, el mismo se traduce en los siguientes derechos: 1) derecho a ser oído; 2) derecho a la prueba; y 3) derecho a una decisión expresa y fundada que resuelva el trámite dentro de un plazo razonable.

III.1. El derecho a ser oído

El derecho a ser oído, también denominado derecho a la audiencia, se traduce en la posibilidad de poder exponer las defensas y pretensiones en forma previa a que la Administración adopte un determinado curso de acción o se pronuncie sobre una cuestión que pueda afectar la esfera jurídica de una persona²⁶.

Bien se ha dicho que “el principio de audiencia alberga en su seno uno de los valores más arraigados en la conciencia social de todas las épocas: el de exponer la postura propia antes de que la autoridad pública adopte una decisión capaz de incidir de manera negativa en la esfera jurídica personal. Oír a la otra parte (*audi alteram partem*), no infligir un daño a nadie sin antes escucharle (*nemine damnatur sine audiat*) constituye una de las columnas del derecho en general y del derecho administrativo en particular”²⁷.

La relevancia en el procedimiento administrativo del principio de oír al interesado no se limita a su función primigenia y fundamental (la defensa), ya que, como afirma Gordillo, “es también un importante criterio de eficacia política y administrativa, hasta de buenas relaciones públicas y buenas maneras. Y por qué no, un principio y un deber ético. [...]. Además, asegura un mejor conocimiento de los hechos y ayuda a una mejor administración y a una más justa decisión”²⁸.

²⁶ Brewer Carías, Allan R., *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Bogotá, Legis, 2003, p. 268. En el orden nacional, el Artículo 1º, inc. f), apartado 1º de la LNPA recepta expresamente este derecho. Allí se dispone: “Derecho de los interesados al debido proceso adjetivo, que comprende la posibilidad:

Derecho a ser oído.

1) De exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente. Cuando una norma expresa permita que la representación en sede administrativa se ejerza por quienes no sean profesionales del derecho, el patrocinio letrado será obligatorio en los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas”.

²⁷ Cierco Seira, César, “El principio de audiencia y contradicción”, en Santamaría Pastor, Juan Alfonso (Director), *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, Madrid, La Ley, 2011, p. 328.

²⁸ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, FDA, 2009, 9ª edición, p. IX-15; cfr. CIDH Informe N° 49/1999, Caso N° 11.610, “Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz”, México, del 13-4-1999, con cita de Gordillo.

La forma en que este derecho puede materializarse es diversa, ya que depende del tipo de procedimiento de que se trate (v. gr. descargos, reclamaciones, recursos, etcétera). Pero, cualquiera sea la modalidad prevista para su ejercicio, lo relevante es que el interesado (y también los denominados contrainteressados)²⁹ siempre tenga la oportunidad real de exponer su defensa previamente a que la Administración resuelva³⁰. Por tratarse de un trámite esencial y de realización inexcusable, el incumplimiento por la Administración del derecho a ser oído acarrea la nulidad absoluta de la decisión que se adopte, sin que sea posible, por tanto, su subsanación en sede administrativa o judicial³¹.

Como veremos seguidamente, a fin de que el ejercicio de este derecho no se transforme en una mera formalidad, la legislación y los tribunales han establecido la necesidad de que concurra una serie de condiciones que garanticen la posibilidad de la efectiva participación de los interesados en el procedimiento, lo cual se traduce en un amplio número de derechos, tales como: a) derecho a la vista; b) derecho a ser oído dentro de plazos razonables; c) derecho a contar con patrocinio letrado; d) derecho a ejercer la defensa sin que la misma se vea impedida por cargas económicas; e) derecho a la imparcialidad; f) derecho a ser debidamente notificado; g) derecho a solicitar y obtener tutela cautelar.

III.1.1. El derecho a la vista de las actuaciones

El acceso sin cortapisas a las actuaciones administrativas durante todo el trámite constituye una elemental y básica condición para la eficaz participación y defensa del interesado, pues nadie puede defenderse o participar seriamente en un procedimiento administrativo si no tiene un pleno conocimiento de los datos y documentos que componen el expediente y puede obtener una copia de los mismos.

Se trata, por lo demás, de un derecho que se conecta con un principio republicano básico como es el de la publicidad y transparencia de los actos estatales³².

²⁹ Ver: Comadira, Julio Pablo, "Procedimiento administrativo recursivo y contrainteressados", en AA VV, *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006, p. 339 y sigs.

³⁰ Canosa, Armando N., *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2008, p. 256.

³¹ Comadira, Julio R.; Escola, Héctor Jorge y Comadira, Julio Pablo (Coordinador, Colaborador y Actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, p. 452; Canda, Fabián O., "El debido proceso adjetivo. La llamada teoría de la subsanación", en Tawil, Guido S. (Director), *Procedimiento administrativo*, op. cit., p. 145; Canosa, Armando N., *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, op. cit., pp. 261/262.; Sammartino, Patricio M., "El procedimiento administrativo en el Estado Constitucional Social de Derecho", op. cit., p. 634.

³² CSJN, *Fallos*: 311:750; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, causa "Edesur S.A. c/ Defensor del Pueblo de la Nación.", sentencia del 15-11-1995, en *LL*, 1996-D, p. 76, con nota de Horacio D. Creo Bay.

Con buen criterio, el RLNPA y la legislación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) contienen una regulación sumamente detallada de este derecho tendiente a combatir o desalentar prácticas administrativas que obstaculicen el acceso a las actuaciones. Así, en los Artículos 38 del RLNPA y 60 de la Ley de Procedimiento Administrativo de la CABA, se prevé que la vista de las actuaciones se debe tomar en la oficina en la que se encuentre el expediente, aunque no sea la mesa de entradas o receptoría, que "el día de vista abarca, sin límites, el horario de funcionamiento de la oficina en que se encuentre el expediente", y que "a pedido del interesado, y a su cargo, se facilitarán fotocopias de las piezas que solicitare".

Asimismo, se establece que el pedido de vista puede efectuarse verbalmente o por escrito precisándose que, en el primer caso, la Administración debe concederla automáticamente, sin resolución expresa y que, en el segundo, deberá fijarse un plazo por medio de resolución expresa.

Pero lo más importante es que, en el orden nacional y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en virtud de lo dispuesto en los Artículos 76 del RLNPA y 95 de la LPACABA, el simple pedido de vista produce automáticamente la suspensión de los plazos para la interposición de los recursos administrativos o para promover la pretensión procesal administrativa (Artículos 25 de la LNPA y 7º del CCAYT CABA). Evidentemente, se trata de una garantía fundamental para asegurar la efectividad de la defensa, pues mientras la Administración no se pronuncie concediendo, como ocurre normalmente, o denegando la vista, los plazos quedan detenidos³³.

III.1.2. El derecho a defenderse dentro de plazos razonables

La extensión del plazo dentro del cual el interesado pueda ejercitar su defensa es otro aspecto de capital importancia. Plazos breves pueden producir una limitación a la defensa a extremos tales que hagan prácticamente imposible su ejercicio.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado la inconstitucionalidad de normas que establecían plazos de veinticuatro horas para interponer recursos administrativos por entender que ellas tornaban ilusorios los derechos, ya que no es razonable una defensa eficaz en tan breve tiempo³⁴. Así, en dos causas en las cuales se habían cuestionado sendas sanciones expulsivas, sostuvo: "La naturaleza de la potestad disciplinaria exige que las sanciones de mayor gravedad sean aplicadas so-

³³ Si la Administración concede la vista, el plazo pertinente continuará suspendido por el plazo de 10 días (Artículo 1º, inc. e), apartado 4º, LNPA), dentro del cual el interesado podrá tomar la vista de las actuaciones, vencido el cual se reiniciará el curso del plazo para recurrir o accionar judicialmente.

³⁴ Perrino, Pablo E. y Padulo de Perrino, Adriana María A., "La garantía constitucional de la defensa en el procedimiento administrativo. Inconstitucionalidad del plazo de 24 horas para recurrir medidas disciplinarias", en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 15/16, Buenos Aires, Depalma, enero/agosto de 1994, p. 161 y sigs.

bre la base del respeto a los principios del debido proceso, para lo cual es menester contar con una adecuada oportunidad de audiencia y prueba, extremos éstos que no satisface el exiguo plazo de 24 horas acordado al recurrente, toda vez que no es dable pensar que éste puede preparar en ese término el descargo y ofrecimiento de pruebas de que intentare valerse”³⁵.

III.1.3. Derecho a la asistencia letrada

El derecho a contar con patrocinio letrado integra el derecho de defensa. Mas, como consecuencia del principio del informalismo, como regla general, el patrocinio letrado es facultativo³⁶ en el procedimiento administrativo³⁷. Sin embargo, en algunos procedimientos especiales, por sus peculiares características y la complejidad de la materia que se ventila, se lo suele exigir en forma obligatoria. Tal es lo que ocurre en materia tributaria en los procedimientos que se llevan a cabo ante el Tribunal Fiscal de la Nación³⁸ y de la Provincia de Buenos Aires³⁹.

III.1.4. Derecho a ejercer la defensa sin que la misma se vea impedida por cargas económicas

A pesar de que el principio que impera en el procedimiento administrativo es el de la gratuidad, la realidad demuestra la existencia de exigencias patrimoniales que deben ser cumplidas para el ejercicio del derecho de defensa en la órbita de la Administración. Un claro ejemplo de ello es el antiguo y conocido requisito del pago previo o, por su denominación en latín, *solve et repete*⁴⁰.

³⁵ CSJN, *Fallos*: 295:726; 316:2.539.

³⁶ En el ámbito nacional, el Artículo 1º, inc. f), apartado 1º, último párrafo de la LNPA determina la obligatoriedad de la asistencia jurídica cuando el administrado opta por actuar ante la Administración por intermedio de un representante en lugar de hacerlo directamente y cuando se planteen o debatan cuestiones jurídicas.

³⁷ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo V: “Primeras obras”, Buenos Aires, FDA, 2012, 1ª edición, p. PRA-6-11.

³⁸ El Artículo 161 de la Ley Nº 11.683 dispone: “La representación y patrocinio ante el Tribunal Fiscal de la Nación se ejercerá por las personas autorizadas para actuar en causas judiciales.

Tales funciones podrán ser desempeñadas, además, por doctores en ciencias económicas o contadores públicos, inscriptos en la respectiva matrícula y por todas aquellas personas que al 30 de diciembre de 1964 estuvieran inscriptas y autorizadas a actuar ante el Tribunal Fiscal de la Nación por haber cumplido los requisitos exigidos por el Decreto Nº 14.631/1960”.

³⁹ El Artículo 120 del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires, Ley Nº 10.397 (t.o. 2011) establece: “El recurso de apelación deberá interponerse por escrito, expresando punto por punto los agravios que cause al apelante la resolución recurrida. El recurrente deberá constituir domicilio en la ciudad de La Plata y ser representado o patrocinado por abogado o contador público matriculado en la Provincia de Buenos Aires”.

⁴⁰ Urrutigoity, Javier, “El principio de tutela administrativa efectiva”, en *JA*, 2005-IV, p. 1383. Las garantías de impugnación, que en los procedimientos de licitación suelen prever los pliegos de bases y

Si bien este recaudo procesal se lo suele exigir tanto en el derecho provincial⁴¹ como en el federal⁴² como una condición para el acceso a la órbita judicial, en algunos casos se lo requiere también para la interposición de recursos administrativos⁴³.

No obstante existir sólidos cuestionamientos a su constitucionalidad⁴⁴ por lesionar el derecho a la tutela judicial y administrativa efectivas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en forma inveterada, ha sostenido que la regla del *solve et repete* resulta constitucional, ya que no restringe indebidamente el derecho de defensa en juicio (Artículo 18 de la Constitución Nacional)⁴⁵, ni contraría el Artículo 8º, inc. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁶.

Sin embargo, la aplicación de esta exigencia ha sido morigerada en aquellos casos en los que su cumplimiento obstaculizaba real y efectivamente el acceso a la jurisdicción⁴⁷, lo cual se ha entendido que acontece cuando se acredita que existe una

condiciones, constituyen otro ejemplo de exigencias económicas que afectan el derecho de defensa en la órbita administrativa (al respecto ver: Comadira, Julio R., *La licitación pública. Nociones. Principios. Cuestiones*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, 2ª edición, pp. 45/47; y Tawil, Guido S., *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, Capítulo XXII).

⁴¹ Artículo 19 (según Ley Nº 13.101) del CCA Ley Nº 12.008 de Buenos Aires; Artículo 4º del CCA Ley Nº 848 de Chaco; Artículo 8º del CCA Ley Nº 2.403 de Catamarca; Artículo 9º del CCAT Ley Nº 189 de la Ciudad de Buenos Aires; Artículo 9º CProcCA Ley Nº 7.182 de Córdoba; Artículos 14, 15 y 16 del CCA Ley Nº 4.106 de Corrientes; Artículo 9º CProcCA Ley Nº 7.061 de Entre Ríos; Artículo 9º CProcCA Ley Nº 584 de Formosa; Artículo 11 del CCA Ley Nº 1.888 de Jujuy; Artículo 17 CProcCA Ley Nº 952 de La Pampa; Artículo 10 CProcCA Ley Nº 3.918 de Mendoza; Artículo 15 CProcCA Ley Nº 3.064 de Misiones; Artículo 7º CProcCA Ley Nº 1.305 de Neuquén; Artículo 14 CProcCA Ley Nº 2.600 de Santa Cruz; Artículo 8º Recurso Cont. Adm. Ley Nº 11.330 de Santa Fe; Artículo 9º, Ley Nº 2.297 de Santiago del Estero; Artículo 28 CProcCA Ley Nº 793 de Salta; Artículo 14 LPA Ley Nº 133 de Tierra del Fuego.

⁴² Por ejemplo, Artículo 39 bis, inc. b) del Decreto Ley Nº 1.285/1958, modificado por la Ley Nº 24.463; Artículo 42 de la Ley Nº 21.526; Artículo 9º de la Ley Nº 21.844; Artículo 83 de la Ley Nº 20.091.

⁴³ Artículo 101 del Código Fiscal de la Provincia de Entre Ríos (t.o. 2006) y Artículo 64 del Código Fiscal de la Provincia de Santa Fe.

⁴⁴ Ver: Cassagne, Juan Carlos y Perrino, Pablo E., *El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, p. 208.

⁴⁵ Fallos: 285:302; 291:99; 295:314; 312:2.490; 322:1.284; 323:3.012; causa "FRIMCA S.A. -RQU- c/ Resolución Nº 836/1997 SAGPyA", sentencia del 20-11-2001, en JA, 2000-I, p. 13; entre otros.

⁴⁶ En tal sentido, la Corte Suprema Nacional ha resuelto: "los alcances que cabe otorgar a lo dispuesto por el Artículo 8º, inc. 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos -a la que el inciso 22 del Artículo 75 de la Constitución Nacional otorga jerarquía constitucional- son equivalentes, en relación con el principio *solve et repete*, a los fijados por la jurisprudencia del Tribunal elaborada con mucha antelación a dicho tratado, con fundamento en el derecho de defensa garantizado por el Artículo 18 de la Constitución Nacional" (Fallos: 319:3.415; 322:1.284).

⁴⁷ Por dicho motivo se ha excepcionado el cumplimiento del *solve et repete* en los casos en que el impugnante haya concursado o quebrado (CNCont. Adm. Fed., Sala V, Causa Nº 26.216/2001, "Castest y Tanino S.R.L. c/ Resolución Nº 4.425/2001 - CNRT (Expte. 969/99)", sentencia del 17-9-2002; Cám. Nac. Seg. Soc., Sala II, Causa Nº 24.858/1999, "El Halcón S.A.T. c/ AFIP - DGI", sentencia del 28-3-2000; Causa Nº 12.957/1995, "Juan Bracho García e Hijos S.A.C.I.A. c/ DGI", sentencia del 23-2-2000). Sin embargo, en algún pronunciamiento la SCBA ha expresado que no constituye un impedimento válido para

desproporcionada magnitud entre la suma que el contribuyente debe ingresar y su concreta capacidad económica o su estado patrimonial⁴⁸, y también al admitirse su cumplimiento mediante la entrega de una garantía⁴⁹.

III.1.5. Derecho a ser debidamente notificado

La notificación de los actos administrativos tiene una relevancia fundamental para el correcto ejercicio del derecho de defensa. Ello es así porque, a partir de su producción, como regla, el acto produce efectos jurídicos⁵⁰ y comienza el cómputo del plazo para desarrollar la actividad procesal de que se trate.

De ahí que, para que sea válida una notificación, el medio empleado debe garantizar, además de la certeza de la fecha en que ello se produjo, que el notificado tome conocimiento en forma cierta tanto de los fundamentos como de la parte dispositiva del acto administrativo⁵¹.

Por tanto, no es un medio válido para notificar actos administrativos de alcance individual la carta certificada con aviso de retorno⁵² pues sólo prueba que aquélla se ha recibido, pero no su contenido.

La notificación no puede ser reemplazada por la publicación del acto administrativo de alcance individual en el Boletín Oficial⁵³, pues ésta supone el conocimiento ficto por parte del eventual afectado⁵⁴ frente al conocimiento personal y fehaciente que asegura la notificación⁵⁵. La publicación es la forma de publicidad prevista para

excepcionar el cumplimiento del *solve et repete* el estado concursal del contratista demandante (AyS 1989-III-307, voto de la mayoría). También se ha considerado que el haberse hecho lugar al beneficio de litigar sin gastos mediante sentencia definitiva –en virtud de la cual se consideró que el recurrente no poseía capacidad económica para afrontar los gastos– es elemento suficiente para eximirlo del pago del depósito previo exigido por los Artículos 15 de la Ley N° 18.820 y 12 de la Ley N° 21.864 (Cám. Nac. Seg. Soc., Sala I, Causa N° 35.341/1997, “URRA, Hugo Omar c/ DGI”, sentencia del 18-5-2000).

⁴⁸ CSJN, Fallos: 285:302; 319:3.415; 321:1.741; 322:337 y 1.284; 324:3.722; entre otros.

⁴⁹ CSJN, Fallos: 331:2.480 y Causa G.2212.XXXIX, RHE “Gubelco S.R.L. c/ Administración General de Ingresos Públicos – Dirección General Impositiva”, sentencia del 5-6-2007.

⁵⁰ Artículo 11 de la LNPA.

⁵¹ Artículos 41 y 43 del RLNPA.

⁵² Cfr. Cam. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, Causa N° 10.698/2003, “Club Atlético Newells Old Boys (TF 16.141-I) c/ DGI”, sentencia del 16-3-2006 y SCBA, AyS 1997-II-479.

⁵³ Así lo dispone el Artículo 53 de la Ley de Procedimiento Administrativo de la Provincia de Neuquén, Ley N° 1.284.

⁵⁴ “La publicación es esencial: constituye la base de la presunción de conocimiento de la ley atribuida a los habitantes del país. Por esta vía queda satisfecho el precepto constitucional según el cual ‘ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe’ (Artículo 19 de la Constitución)” (Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1977, 2ª edición, p. 213).

⁵⁵ Cassagne, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, Tomo I, op. cit., p. 551.

el reglamento⁵⁶, por su condición de “acto creador de normas jurídicas generales y obligatorias y, por tanto, de regular situaciones objetivas e impersonales”⁵⁷. A través de ella se otorga autenticidad al texto publicado y certeza jurídica respecto de la fecha en que comienza su vigencia⁵⁸.

Por lo dicho, se comprende con facilidad que la publicación de un acto de alcance general no puede ser suplida por su notificación a los interesados⁵⁹. En suma, la notificación y la publicación no son formas de publicidad que puedan válidamente intercambiarse entre sí⁶⁰.

Con buena técnica, en el orden nacional y en la Ciudad de Buenos Aires, para asegurar la efectividad de la tutela de los administrados, se rodea a la notificación de un conjunto de exigencias tales como la indicación de “los recursos que se puedan interponer [...] y el plazo dentro del cual deben articularse los mismos, o en su caso si el acto agota las instancias administrativas”⁶¹.

III.1.6. Derecho a pedir y obtener tutela cautelar

Otro aspecto fundamental de la tutela administrativa efectiva concierne al derecho a peticionar y obtener medidas de tutela urgente en sede administrativa a fin de proteger el derecho cuyo reconocimiento o actuación se persigue en el marco del procedimiento administrativo, cuya virtualidad o eficacia podría perderse durante la tramitación de las actuaciones⁶².

⁵⁶ El Artículo 11 de la LNPA exige que, para que los actos administrativos de alcance general adquieran eficacia, deben ser publicados, mientras que, por su parte, el Artículo 103 del RLNPA dispone que aquéllos producirán efectos a partir de su publicación oficial y desde el día que en ellos se determine, y si no designan tiempo, producirán efectos después de los ocho días, computados desde el siguiente al de su publicación oficial.

⁵⁷ Cassagne, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, Tomo I, *op. cit.*, p. 130.

⁵⁸ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I, *op. cit.*, p. 212.

⁵⁹ En la causa “Gartner” la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que era nula por lesionar la garantía de defensa en juicio la sanción administrativa impuesta con sustento en un reglamento que no fue publicado en el Boletín Oficial, y que había sido notificado a las partes. La mayoría del Tribunal sostuvo: “la falta de publicidad hizo que en el caso la disposición no adquiriese obligatoriedad y, por tanto, que no resultase el derecho vigente al que la Administración debe sujetar su conducta [...] ausente la publicidad, cualquiera sea la bondad de la nueva disposición con relación a la anterior, tratándose de un requisito que hace a la obligatoriedad de la ley, la sanción que contempla la norma causa lesión a la garantía constitucional de la defensa en juicio, en cuanto exige que aquélla se encuentre prevista por la ley con anterioridad al hecho del proceso (Artículo 18, Constitución Nacional y Fallos: 298:717)” (Fallos: 325:1.808; cfr. Fallos: 333:600).

⁶⁰ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo IV, Buenos Aires, FDA, 2010, 10ª edición, p. V-17.

⁶¹ Artículos 40, párrafo primero del RLNPA, y 60, párrafo primero de la Ley de Procedimiento Administrativo de la CABA.

⁶² Sammartino, Patricio E., *Amparo y Administración en el Estado Constitucional Social de Derecho*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 915 y sigs.

Los medios de tutela urgente constituyen instrumentos de armonización y equilibrio entre las prerrogativas estatales conferidas al servicio del interés público (las denominadas autotutela declarativa y autotutela ejecutiva⁶³) y las garantías de los particulares.

Normalmente, las normas que regulan el procedimiento administrativo suelen contemplar sólo uno de los tipos de medida de urgencia o cautelar, como es la suspensión de efectos del acto administrativo. Así ocurre en el ámbito federal, en el cual el Artículo 12 de la LNPA faculta a la Administración a disponer, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, la suspensión de la ejecución "por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta".

Sin embargo, creemos que ello no es un óbice para que, en virtud del principio de tutela administrativa efectiva, los órganos administrativos emitan otros tipos de medidas de urgencia, como son por ejemplo las denominadas medidas de naturaleza positiva, las cuales están informadas por una nítida impronta anticipatoria y recaen directamente sobre la relación sustancial controvertida, ya que constituyen una decisión anticipada de mérito, destinada a durar hasta tanto se dicte el acto definitivo⁶⁴.

En tal sentido, Urrutigoity sostiene que la tutela administrativa efectiva tiene una virtualidad expansiva importante de la protección cautelar. "La misma debe ser reconocida y desarrollada, por la función integradora de las omisiones, lagunas o faltas de desarrollos normativos. No tan sólo arrojando nueva luz en la interpretación de esas normas y de sus presupuestos de procedencia, sino también, en clara analogía con el poder cautelar 'innominado' o 'genérico', y hasta el 'urgente', 'anticipatorio', etcétera, que se reconoce al juez en sede judicial, ampliando las respuestas y posibilidades de protección liminar y urgente de los derechos fundamentales en el procedimiento administrativo, sin necesidad de aguardar la decisión definitiva, ni obligar al administrado a incursionar en sede judicial, articulando la llamada 'medida cautelar autónoma'. Siempre que ello resulte necesario para no tornarlos ilusorios, o de reconocimiento tardío en el acto administrativo o judicial definitivos"⁶⁵.

Lamentablemente, la experiencia demuestra la poca o nula eficacia de los medios administrativos de tutela urgente, razón por la cual cobran una especial relevancia los remedios judiciales de tal naturaleza, tales como las medidas cautelares y autosatisfactivas, la pretensión de amparo, etcétera.

⁶³ Grecco, Carlos Manuel, "Autotutela administrativa y proceso judicial", en *Fragmentos y Testimonios de Derecho Administrativo*, en colaboración con Guillermo A. Muñoz, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 215 y sigs. Dichas prerrogativas están expresamente consagradas en el Artículo 12 de la LNPA, el cual, al igual que la generalidad de las leyes provinciales de procedimiento administrativo, atribuye al acto administrativo dos caracteres sustanciales: la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad.

⁶⁴ Berizonce, Roberto O., "La tutela anticipatoria en la Argentina (Estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos)", en *JA*, 1998-II, p. 905.

⁶⁵ Urrutigoity, Javier, "El principio de tutela administrativa efectiva", *op. cit.*, p. 1383.

III.2. El derecho a ofrecer, producir y controlar la prueba

El derecho a la prueba constituye otra de las facetas esenciales para que la tutela de los administrados en la órbita administrativa sea realmente eficaz. No es necesario explicar la relevancia que la actividad probatoria tiene: al igual que en el proceso judicial, a través de ella se persigue dar certeza sobre los hechos en que se funda una defensa o pretensión⁶⁶.

La actividad probatoria en las actuaciones administrativas está gobernada por dos relevantes principios que rigen en el procedimiento⁶⁷, como son el de la verdad jurídica material⁶⁸ y de la oficialidad⁶⁹, en virtud de los cuales, como regla, corresponde a la autoridad estatal instar y dirigir el trámite así como ordenar que se practiquen todas las diligencias necesarias para el esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva.

El derecho a probar conlleva, básicamente, el derecho a ofrecer la prueba, a la producción de aquella conducente a la dilucidación del caso y también el control de su realización⁷⁰; todo lo cual, obviamente, debe ocurrir con anterioridad a que la Administración decida⁷¹.

⁶⁶ Hutchinson, Tomás, *Procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires. Ley N° 7.647 y Ordenanza General N° 267/1980 comentadas, anotadas y concordadas con las normas nacional y provinciales vigentes*, Buenos Aires, Astrea, 1995, pp. 165/167.

⁶⁷ Halperín, David, "La prueba en el procedimiento administrativo. El alegato", en Tawil, Guido S. (Director), *Procedimiento administrativo*, op. cit., p. 293 y sigs.

⁶⁸ Artículo 1°, inc. f), apartado 2° de la LNPA y Artículo 48 del RLNPA. Como explican Comadira y Escola, en virtud del principio de la verdad jurídica objetiva, "el procedimiento debe desenvolverse en la búsqueda de la verdad material, de la realidad y sus circunstancias tal cual aquélla y éstas son, independientemente de cómo hayan sido alegadas y, en su caso, probadas por las partes", agregando que "los órganos administrativos deben superar, incluso con su actuación oficiosa, las restricciones cognoscitivas que puedan derivar de la verdad jurídica meramente formal presentada por las partes, deliberadamente o no" [Comadira, Julio R.; Escola, Héctor Jorge y Comadira, Julio Pablo (Coordinador, Colaborador y Actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, op. cit., pp. 1149/1150].

⁶⁹ Artículo 1°, inc. a) de la LNPA. Señala Cassagne que una de las consecuencias que emergen del principio de oficialidad es que el órgano administrativo debe "ordenar la producción de toda clase de medidas de prueba, aun cuando no fueran peticionadas por la Administración" (Cassagne, Juan Carlos, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 95).

⁷⁰ Así dispone el Artículo 1°, inc. f), apartado 2° de la LNPA que el derecho de los interesados al debido proceso comprende la posibilidad "(2) de ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, dentro del plazo que la Administración fije en cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto y a la índole de la que deba producirse, debiendo la Administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva; todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio".

⁷¹ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo IV, op. cit., p. VI-1.

III.3. El derecho a que el procedimiento se resuelva mediante el dictado de un acto expreso debidamente fundado y dentro de un plazo razonable

El derecho a la tutela administrativa efectiva no se agota con la posibilidad cierta de ser oído y producir prueba, sino que requiere también que la Administración decida en forma expresa y fundada la cuestión propuesta⁷² y dentro de un plazo razonable.

III.3.1. El derecho a obtener una resolución expresa

El deber de la Administración de resolver en forma expresa las peticiones que se le formulen, además de derivar del principio de la obligatoriedad de la competencia receptado en la generalidad de las normas reguladoras del procedimiento administrativo⁷³, es el correlato necesario del derecho constitucional de peticionar (Artículo 14, Constitución Nacional), el cual no se agota con el hecho de que el particular pueda pedir, sino que conlleva el de obtener una respuesta –independientemente del contenido de aquélla–⁷⁴. En tal sentido, el Artículo XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de jerarquía constitucional⁷⁵, dispone: “Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por medio de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución”.

Por tal motivo, el denominado silencio administrativo no es un modo apto para dar respuesta a las peticiones o recursos de los ciudadanos. El silencio desestimatorio no es más que un artificio establecido por el legislador para proteger a los administrados ante su inactividad formal y evitar que los particulares queden en situación de indefensión cuando la autoridad incumple su deber de responder⁷⁶.

III.3.2. Derecho a obtener una decisión fundada

La tutela administrativa efectiva también exige que las decisiones administrativas se encuentren debidamente fundadas, a cuyo fin es preciso que en ellas se realice una expresa consideración y resolución de las cuestiones propuestas y de los argumentos, fácticos y jurídicos, en que aquéllas se apoyan en la medida que sean conducentes para la solución del caso⁷⁷.

⁷² Artículo 1º, inc. f), apartado 3º de la LNPA. Cfr. Cassagne, Ezequiel, “El control de la inactividad formal de la Administración”, en *LL*, 2010-C, p. 1990.

⁷³ V. gr. Artículo 3º de la LNPA.

⁷⁴ Sagüés, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, Tomo II, Buenos Aires, Astrea, 1999, 3ª edición, p. 508.

⁷⁵ Artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

⁷⁶ CSJN, *Fallos*: 316:2.477; 318:1.349.

⁷⁷ Artículo 1º, inc. f), apartado 3º de la LNPA.

El deber de fundamentación mencionado concierne a uno de los requisitos de validez de los actos administrativos, como es la motivación, la cual consiste en la explicitación, en forma clara, comprensible y suficiente, de las razones que han llevado al órgano a su emisión y, en especial, la expresión de los antecedentes de hecho y de derecho que preceden y justifican su dictado⁷⁸.

La motivación del acto, amén de ser un requisito que concierne a su validez⁷⁹, es imprescindible para el adecuado y efectivo ejercicio de la defensa y el control administrativo y judicial del obrar administrativo. Además, es un corolario ineludible del principio republicano⁸⁰ de la publicidad de los actos estatales, en tanto "permite que los habitantes del país conozcan no sólo la acción que lleva a cabo el Estado, sino también por qué actúa así"⁸¹.

Como señala Rodríguez-Arana, "una de las condiciones del ejercicio del poder en las democracias es que sea argumentado, razonado, motivado. El poder que se basa en la razón es legítimo. El que no se justifica es, sencillamente, arbitrariedad. Por eso, todas las manifestaciones del poder debieran, como regla, motivarse. Su intensidad dependerá, claro está, de la naturaleza de los actos de poder. Si son reglados, la motivación será menor. Pero si son discrecionales, la exigencia de motivación será mayor⁸². Es

⁷⁸ Cassagne, Juan Carlos, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y anotada, op. cit.*, pp. 249/250.

⁷⁹ Artículo 7º, inc. e) de la LNPA. Ver Sacristán, Estela B, "La motivación como requisito esencial del acto administrativo", en AA VV, *Acto administrativo y reglamento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2002, p. 65 y sigs.

⁸⁰ En tal sentido se ha expresado: "La obligación de motivar el acto administrativo, como modo de reconstrucción del íter lógico seguido por la autoridad administrativa para justificar una decisión de alcance particular que afecta situaciones subjetivas, a más de comportar una exigencia inherente a la racionalidad de su decisión, así como a la legalidad de su actuar (Artículo 108, Decreto Ley N° 7.647/1970, al igual que su similar Artículo 108 de la Ordenanza General N° 267/1980 de Procedimiento Administrativo municipal) y ser, también, derivación del principio republicano de gobierno (Artículos 1º, Constitución Nacional; 1º, Constitución Provincial), es postulada prácticamente con alcance universal por el moderno derecho público" (SCBA, Causa B.58.076, "Guenzatti, Gustavo c/ Municipalidad de Olavarría s/ demanda contencioso administrativa", sentencia del 22-8-2012).

⁸¹ Coviello, Pedro J. J., "La fuerza de las autolimitaciones administrativas y de la motivación del acto administrativo en un pronunciamiento de la Corte Suprema", en *EDA*, Buenos Aires, 30 de marzo de 2012, N° 12.969, Año L, 2012.

⁸² Ello es así porque, en los casos de ejercicio de una potestad discrecional, el ordenamiento jurídico confiere al órgano administrativo "un margen de maniobra" para elegir una solución entre varias alternativas igualmente justas (Cassagne, Juan Carlos, "La discrecionalidad administrativa y el control judicial", en *LL*, del 8-9-2008, y *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 193; cfr. Sainz Moreno, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, p. 304; Sesin, Domingo J., *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, Buenos Aires, LexisNexis - Depalma, 2004, 2ª edición, p. 133.). Si la Administración no explicara las razones que la llevaron a adoptar una de esas posibles soluciones justas, el afectado no estaría en condiciones de ejercitar eficazmente su defensa. Una situación análoga se presenta frente a los

tan importante la motivación de las resoluciones públicas que bien puede afirmarse que la temperatura democrática de una Administración es proporcional a la intensidad de la motivación de los actos y normas administrativos⁸³.

No hay motivación válida y se lesiona la defensa cuando se emplean fórmulas genéricas o clichés, que no permiten conocer cuál ha sido el juicio lógico jurídico que llevó a la Administración a seguir un determinado curso de acción⁸⁴. Así, en forma contundente ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "[...] si bien no existen formas rígidas para el cumplimiento de la exigencia de motivación explícita del acto administrativo, la cual debe adecuarse, en cuanto la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo, no cabe la admisión de fórmulas carentes de contenido, de expresiones de manifiesta generalidad o, en su caso, circunscribirla a la mención de citas legales, que contemplan una potestad genérica no justificada en los actos concretos" (*Fallos*: 314:625)⁸⁵.

denominados conceptos jurídicos indeterminados, los cuales, en su zona de incertidumbre o halo conceptual, generan un cierto marco de apreciación en favor de la Administración (Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, op. cit., p. 185; y Blanke, Hermann Josef, "La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo. Márgenes de discrecionalidad y apreciación", op. cit., p. 36).

⁸³ Rodríguez-Arana, Jaime, "El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y Administración pública", en AA VV, *Aportes para un Estado eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Lima, Palestra Editores, 2012, p. 135.

⁸⁴ En reiteradas ocasiones la SCBA ha resuelto: "la obligación de motivar el acto administrativo, como modo de reconstrucción del iter lógico seguido por la autoridad para justificar una decisión de alcance particular que afecta situaciones subjetivas, a más de comportar una exigencia inherente a la racionalidad de su decisión, así como a la legalidad de su actuar (Artículo 108, Decreto Ley N° 7.647/1970, al igual que su similar Artículo 108 de la Ordenanza General N° 267/1980 de Procedimiento Administrativo municipal) y ser, también, derivación del principio republicano de gobierno (Artículos 1°, Constitución Nacional; 1°, Constitución Provincial), es postulada prácticamente con alcance universal por el moderno derecho público (CSJN, *Fallos*: 315:2.771, 2.930; 319:1.379; 320:1.956, 2.590; 321:174; 322:3.066; 324:1.860; Scarciglia, Roberto, *La motivazione dell atto amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1999, p. 53 y sigs.; Fernando Pablo, Marcos M., *La motivación del acto administrativo*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 36 y sigs.; De Laubadère, A.; Venezia, J. C. y Gaudemet, I., *Traité de Droit Administratif*, Tomo I, París, 1996, 14ª edición, p. 677 y sigs.; Chapus, René, *Droit Administratif General*, Tomo I, París, Montchrestien, 1995, 9ª edición, p. 1000 y sigs.; Boquera Oliver, José María, *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, Civitas, 1986, 4ª edición, p. 218; entre otros)". (Causas B.62.126, "Gioda, Ester María c/ Municipalidad de La Plata, s/ demanda contencioso administrativa", sentencia del 13-7-2011, y B.63.744, "Pecoraro, Juan c/ Municipalidad de Lanús s/ demanda contencioso administrativa", sentencia del 29-8-2012 y sus citas).

⁸⁵ CSJN, *Fallos*: 334:909.

III.3.3. Derecho a que el procedimiento se resuelva dentro de un plazo razonable

El tiempo es un elemento decisivo en la protección de los derechos. De poco sirve una decisión acertada si no llega oportunamente. Es evidente que, en muchos casos, la duración excesiva del procedimiento administrativo es susceptible de provocar un grave daño o tornar estéril el derecho cuya protección se persigue. Por tal motivo, es fundamental que la Administración tramite los procedimientos sin dilaciones y evite prácticas que no sean las estrictamente necesarias para adoptar o ejecutar sus decisiones.

Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁸⁶ como la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸⁷ han considerado que una demora prolongada en la resolución de un procedimiento administrativo puede configurar una violación al Artículo 8º del pacto.

Del mismo modo se ha expedido el más Alto Tribunal de la República en la causa "Losicer"⁸⁸, en la cual consideró que la dilación de un procedimiento administrativo sumarial que se había extendido por más de 20 años es incompatible con el derecho al debido proceso amparado por el Artículo 18 de la Constitución Nacional y por el Artículo 8º, inc. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por el cual se reconoce el derecho de toda persona "a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente".

Para así decidir, la Corte Suprema, con arreglo a la jurisprudencia de la Corte IDH, sostuvo que el "plazo razonable" de duración del proceso que se menciona en el inciso 1º del Artículo 8º del citado tratado, constituye una garantía que "no se encuentra limitada al Poder Judicial —en el ejercicio eminente de tal función—, sino que debe ser respetada por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales"⁸⁹.

⁸⁶ Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Comunidad indígena Sawhoyamaya del Pueblo Enxet-Lengua y sus Miembros vs. Paraguay", Caso Nº 12.419, del 2-2-2005.

⁸⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Comunidad Indígena Yakye Axa c/ Paraguay", sentencia del 17-6-2005, Serie C-Nº 125; y caso "Comunidad Indígena Sawhoyamaya c/ Paraguay", sentencia del 29-3-2006, Serie C-Nº 146.

⁸⁸ Causa "Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA – Resolución Nº 169/2005 (Expte. 105666/B6 SUM FIN 708)", sentencia del 26-6-2012, en LL, 2012-E, p. 34. Ver: Durand, Julio C., "La duración razonable del procedimiento administrativo, como garantía vinculada al debido proceso, y condición de validez del acto administrativo (comentario al fallo 'Losicer, Jorge A. y otros c/ BCRA – Resolución Nº 169/2005')", en *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, del 14-12-2012 (IJ-LXVI-909).

⁸⁹ Seguidamente el Alto Tribunal agregó que no era un "óbice a la aplicación de las mencionadas garantías la circunstancia de que las sanciones como las aplicadas por el Banco Central en el caso de autos hayan sido calificadas por la jurisprudencia de esta Corte como de carácter disciplinario y no penal

Más adelante, la Corte consideró que la garantía a obtener un pronunciamiento sin demoras indebidas no puede traducirse en un número fijo de días, meses o años y que, ante lo indeterminado de la expresión “plazo razonable”, empleada por la Convención Interamericana para determinar si se ha configurado un supuesto de retardo injustificado de la decisión, cabe aplicar las pautas elaboradas al efecto por la Corte Interamericana y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a saber: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales; y d) el análisis global del procedimiento.

(*Fallos*: 275:265; 281:211, entre otros), pues en el mencionado caso ‘Baena’ la Corte Interamericana —con apoyo en precedentes de la Corte Europea— aseveró que la justicia realizada a través del debido proceso legal se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse a esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del Artículo 8º de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales, pues admitir esa interpretación ‘equivaldría dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso’ (caso ‘Baena’, párrafo 129)”.