

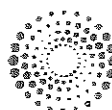
---

# DERECHO ADMINISTRATIVO: HACIA UN ESTADO MÁS CONFIABLE

LIBRO DE PONENCIAS DEL VII CONGRESO NACIONAL  
DE DERECHO ADMINISTRATIVO

---

ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO



THOMSON REUTERS™

**DERECHO ADMINISTRATIVO:  
HACIA UN ESTADO MÁS CONFIABLE**  
LIBRO DE PONENCIAS DEL VII CONGRESO NACIONAL  
DE DERECHO ADMINISTRATIVO

© ECB Ediciones S. A. C.  
Año 2016  
Derechos reservados  
D. Leg. 822 (22.04.96)  
[www.thomsonreuters.com.pe](http://www.thomsonreuters.com.pe)  
correo electrónico: [tr.publicaciones@thomsonreuters.com](mailto:tr.publicaciones@thomsonreuters.com)

© Asociación Peruana de Derecho Administrativo

Prohibida la reproducción total o parcial  
sin la autorización expresa de la editorial.  
Depósito legal - Ley 26905 (20.12.97)

Editor:  
ECB Ediciones S.A.C.  
Para su sello editorial Thomson Reuters  
Domicilio: Av. Víctor Andrés Belaunde N° 332,  
oficina 302, San Isidro.

Primera edición - año 2016  
350 ejemplares  
Hecho el depósito legal en la  
Biblioteca Nacional del Perú: 2016-05472  
Registro ISBN: 978-612-4293-36-8  
Registro del Proyecto Editorial: 11501311600432

Artistas gráficos:  
Alfredo Armenta, Omar Valdívila, Ángel Barajas  
Adrián Orozco, María Hernández

Impresión y encuadernación:  
Editorial Tinco S. A.  
Talleres Gráficos de Editorial Tinco S.A.  
Calle Arquímedes 114  
Urb. La Campiña - Chorrillos  
Teléfono: 719-1137 • 719-1139

## ÍNDICE

|                                                                                                                                                                                                                                                                                |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| NOTA DE PRESENTACIÓN .....                                                                                                                                                                                                                                                     | 9          |
| <b>I. LA PARTE GENERAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL RÉGIMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....</b>                                                                                                                                                                        | <b>11</b>  |
| 1) BALANCE A CASI QUINCE AÑOS DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL: LO AVANZADO Y LO QUE PODRÍA MEJORARSE AL RESPECTO EN EL ACTUAL TEXTO DE ESTA NORMA POR ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA .....                                         | 13         |
| 2) LA MOTIVACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y SU INCIDENCIA EN LAS REGLAS DE CONSERVACIÓN: UNA NECESIDAD DE REFORMA POR GONZALO CRUZ SANDOVAL .....                                                                                                                | 29         |
| 3) PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CONVENCIONALIDAD Y SU RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL EN LOS FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE LA REPÚBLICA ARGENTINA POR IRMA PASTOR DE PEI-ROTTI Y MARÍA INÉS DEL C. ORTIZ DE GALLARDO ..... | 43         |
| 4) LA EVOLUCIÓN DEL ORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL PERÚ POR JORGE DANÓS ORDÓÑEZ.....                                                                                                                                                                                        | 55         |
| 5) REFORMA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA POR PABLO ESTEBAN PERRINO.....                                                                                                                                                                    | 89         |
| 6) PERSPECTIVAS ACTUALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, EN PARTICULAR, EL DERECHO A LA TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA POR RAMÓN A. HUAPAYA TAPIA.....                                                                                                                       | 123        |
| 7) LA POTESTAD NORMATIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y SU CONEXIÓN CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO NACIONAL POR ROBERTO JIMÉNEZ MURILLO.....                                                                                                                    | 157        |
| 8) EL ESTADO Y LA NULIDAD DE PLENO DERECHO POR LA FALTA DE OPINIÓN DEL MEF EN EL DECRETO LEGISLATIVO 1224 Y SU REGLAMENTO POR ROBERTO C. SHIMABUKURO MAKIKADO.....                                                                                                             | 185        |
| <b>II. LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA, EL RÉGIMEN DE SUPRESIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS Y PARTES ESPECIALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.....</b>                                                                                                                              | <b>197</b> |
| 9) SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA Y BARRERAS BUROCRÁTICAS POR AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ.....                                                                                                                                                                                       | 199        |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 10) "ABRIENDO LOS HORIZONTES". LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN REFERENCIA AL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES. A PROPÓSITO DEL PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA APROBADO MEDIANTE RESOLUCIÓN N° 0888-2014/SCO-INDECOPI POR ANTHONY LIZÁRRAGA VERA-PORTOCARRERO..... | 223        |
| 11) EL DESARROLLO DE CAPACIDADES PARA LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA: CUANDO LAS NORMAS, POLÍTICAS E INSTITUCIONES NO SON SUFICIENTES POR DANTE MENDOZA ANTONIOLI.....                                                                                                                                               | 235        |
| 12) ANÁLISIS DE LAS RECIENTES REFORMAS DISPUESTAS POR EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1212 AL RÉGIMEN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS POR LAURA FRANCIA ACUÑA .....                                                                                                                                                                 | 247        |
| 13) EL SERVICIO PÚBLICO DE RADIODIFUSIÓN POR LUIS GERARDO RODRÍGUEZ LOZANO .....                                                                                                                                                                                                                                       | 257        |
| 14) LA SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE LA BIOENERGÍA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA POR MARTÍN GALLI BASUALDO.....                                                                                                                                                                                                       | 279        |
| 15) CONFLICTOS DE COMPETENCIA Y SU REPERCUSIÓN EN LA GESTIÓN AMBIENTAL: SOBRE LA IMPORTANCIA DE LA DETERMINACIÓN DE COMPETENCIAS PARA LA PROTECCIÓN OPORTUNA DEL AMBIENTE POR MAURICIO CUADRA MORENO Y MILAGROS GRANADOS MANDUJANO .....                                                                               | 293        |
| 16) LA GOBERNANZA, LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y EL GOBIERNO ABIERTO COMO EXPRESIONES DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA Y SUPRESIÓN DE BARRERAS POR VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE                                                                                                                                        | 307        |
| 17) EN DEFENSA DE LA TRANSMISIBILIDAD DE LAS LICENCIAS DE FUNCIONAMIENTO POR ORLANDO VIGNOLO CUEVA .....                                                                                                                                                                                                               | 337        |
| <b>III. EL NUEVO RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA....</b>                                                                                                                                                                                                                                                  | <b>359</b> |
| 18) LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN EL SECTOR DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO POR ALBERTO CAIRAMPOMA ARROYO Y PAUL VILLEGAS VEGA.....                                                                                                                                                                               | 361        |
| 19) ALCANCES SOBRE EL ROL DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS BAJO LA NUEVA LEGISLACIÓN EN ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS POR JOAQUÍN JESÚS VÁSQUEZ CÓRDOVA.....                                                                                                                                                      | 389        |
| 20) OBRAS POR IMPUESTOS. UN ENFOQUE JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DEL RÉGIMEN Y DE LA NUEVA RELACIÓN PÚBLICO-PRIVADA QUE SUSCITA POR LUCIO ANDRÉS SÁNCHEZ POVIS.....                                                                                                                                                         | 411        |
| 21) LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LOS CONTRATOS DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA POR VICIOS DE CORRUPCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN POR RICHARD J. MARTIN TIRADO.....                                                                                                                                        | 433        |

|                                                                                                                                                                                                  |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 22) LA ADQUISICIÓN Y EXPROPIACIÓN DE INMUEBLES PARA LA EJECUCIÓN DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA POR TANIA ZÚÑIGA FERNÁNDEZ.....                                                                     | 461        |
| 23) RÉGIMEN INSTITUCIONAL DE LA PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN EL URUGUAY POR PABLO SCHIAVI.....                                                                                               | 483        |
| <b>IV. EL NUEVO RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ESTATAL.....</b>                                                                                                                                         | <b>513</b> |
| 24) LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO. ANÁLISIS PRELIMINAR DESDE EL PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y OBSERVACIONES SOBRE LA SUPERVISIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES POR MARIO ERNESTO LINARES JARA..... | 515        |
| 25) LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DE GESTIÓN PATRIMONIAL EN DERECHO PERUANO POR VÍCTOR SEBASTIÁN BACA ONETO.....                                                         | 531        |
| 26) RÉGIMEN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO EN LOS CONTRATOS ESTATALES POR LIBARDO RODRÍGUEZ.....                                                                                            | 551        |
| 27) EL ESTATUTO JURÍDICO DEL SEGUNDO MEJOR POSTOR EN LAS LICITACIONES: ¿EXPECTATIVA, DERECHO U OBLIGACIÓN? POR JUAN CARLOS MORÓN URBINA.....                                                     | 573        |
| 28) SUPUESTOS DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS POR JOSÉ RICARDO MONTERO WONG.....                                                                                          | 589        |
| 29) LA DIRECTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN POR JAIME RODRÍGUEZ-ARANA.....                                                                                          | 601        |
| 30) EL FRACCIONAMIENTO PROHIBIDO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VENEZOLANA POR ALEJANDRO CANÓNICO SARABIA.....                                                                                       | 625        |
| <b>V. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR .....</b>                                                                                                                                               | <b>649</b> |
| 31) PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR POR JUAN CARLOS REBAZA MERINO Y HENRY VLADIMIR GUEVARA ROSALES.....                                                  | 651        |
| 32) EL RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES EN LA LEY DE PROTECCIÓN ANIMAL: ¿UN FOMENTO A LA IMPUNIDAD? POR JORGE PANDO VÍLCHEZ.....                                                              | 669        |
| 33) SOBRE LA TENSA RELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR POR FRANCISCO GONZALES ALLENDE .....                                                        | 683        |
| 34) LA UTILIZACIÓN DE CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS EN LA TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS: BREVE APROXIMACIÓN A SU ESTUDIO POR DIEGO ZEGARRA VALDIVIA.....                     | 697        |

|                                                                                                                                                                                                                                          |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 35) LEGALIDADE E TIPICIDADE NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO SANCIONADORA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR VITOR RHEIN SCHIRATO.....                                                                                                                 | 713        |
| <b>VI. LA FUNCIÓN PÚBLICA Y EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS .....</b>                                                                                                                             | <b>731</b> |
| 36) EL "PACTO LEGAL DE PERMANENCIA" EN LA LEY N° 30057, LEY DEL SERVICIO CIVIL: CONFRONTACIÓN ENTRE EL INTERÉS PÚBLICO Y LA LIBERTAD DE TRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR ALBERTO HUAMÁN ORDÓÑEZ Y ROBERTO FARROÑAY ESPINOZA..... | 733        |
| 37) EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO DESDE LA TEORÍA DE LAS RELACIONES DE ESPECIAL SUJECCIÓN: ¿UN JARDIN DE SENDEROS QUE SE BIFURCAN? POR JANEYRI BOYER CARRERA.....                                                        | 749        |
| 38) DE REALIDADES Y UTOPIÁS EN LAS RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS POR MIRIAM M. IVANEGA.....                                                                                                                             | 765        |
| 39) EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN EN MÉXICO, UN ANÁLISIS A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2015 POR RODRIGO SALAZAR MUÑOZ ...                                                                                                                  | 779        |
| 40) LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN POR VERÓNICA ROJAS MONTES.....                                                                                                    | 797        |
| 41) RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN MÉXICO. HACÍA UN MODELO PROCESAL PUBLICISTA DE REPARACIÓN POR JUAN ANGEL SALINAS GARZA.....                                                             | 811        |

## REFORMA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA

**PABLO ESTEBAN PERRINO**

Abogado graduado en la de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Abogado graduado en la de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Integrante del staff de colaboradores del Suplemento de Derecho Administrativo que edita El Derecho. Ha participado como expositor y panelista en numerosos Congresos y seminarios en la Argentina y en el exterior

### RESUMEN

A través del presente ensayo acercamos al lector algunas breves reflexiones sobre la necesidad de repensar y reformar el procedimiento administrativo, en tanto, estimamos que sus normas reguladoras y su aplicación práctica no se ajustan cabalmente a las exigencias del derecho constitucional a la tutela administrativa efectiva y a los fines y funciones que justifican su existencia consistentes, básicamente, en encauzar y ordenar jurídica y racionalmente, el ejercicio de la función administrativa para asegurar la eficacia y el acierto en la actuación de la Administración y la protección de los derechos de los particulares

### PALABRAS CLAVE

Procedimiento Administrativo; Tutela Administrativa Efectiva; Estado de Derecho

### I- OBJETO DEL PRESENTE ENSAYO.

A través del presente ensayo acercamos al lector algunas breves reflexiones sobre la necesidad de repensar y reformar el procedimiento administrativo, en tanto, estimamos que sus normas reguladoras y su aplicación práctica no se ajustan cabalmente a las exigencias del derecho constitucional a la tutela administrativa efectiva y a los fines y funciones que justifican su existencia consistentes, básicamente, en encauzar y ordenar jurídica y racionalmente, el ejercicio de la función administrativa para asegurar la eficacia y el acierto en la actuación de la Administración y la protección de los derechos de los particulares.

Además, las leyes de procedimiento administrativo no han sufrido reformas (o las que se han efectuado no han sido sustanciales) que acompañen las profundas transformaciones que ha experimentado la Administración contemporánea. La Administración se ha vuelto más compleja y técnica y ha tenido un enorme crecimiento derivado

en gran medida, de la necesidad de dar respuesta a mayores y múltiples necesidades de la sociedad.

En efecto, hoy se requiere una Administración más ágil y abierta a escuchar demandas de todos los sectores de la comunidad, capaz de garantizar derechos –que es mucho más que proclamarlos– y gestionar lo público con eficacia, eficiencia y transparencia.

Si, al fin y al cabo, el procedimiento es la Administración Pública en acción<sup>1</sup> o, como se ha dicho, “en el fondo, toda Administración es procedimiento administrativo”, es posible concluir que uno de los grandes desafíos del derecho administrativo actual es la reforma del procedimiento administrativo, tanto en su dimensión normativa como en la de las conductas de quienes tiene un papel decisivo en su ejecución.

Decimos que el cambio debe tener lugar no sólo en el plano normativo<sup>2</sup> sino también en el de las conductas porque cualquier reforma legislativa que se efectúe caerá en saco roto si no se produce una transformación cultural profunda que lleve al abandono de la usual práctica formalista del procedimiento que, muchas veces pierde de vista su condición de cauce adecuado para el equilibrio y la conciliación de intereses contrapuestos (no sólo de los particulares con la Administración, sino también, en muchos casos, de particulares entre sí) y desatiende las múltiples funciones que aquel debe cumplir en el moderno Estado de Derecho, derivadas de su condición de instrumento a través del cual la Administración desarrolla su función servicial o vicarial de gestionar, con objetividad, los intereses generales<sup>3</sup>. Intereses generales que no siempre coinciden con los coyunturales del gobierno de turno y que, en el Estado de Derecho no se deben definir unilateralmente por las Administraciones Públicas, tal como se lo afirma en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano, aprobada el 10 de octubre de 2013 por el Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD).

Acertadamente afirma Sagüés que “el interés público no se confunde necesariamente con el bien de la mayoría, ni tampoco, automáticamente, con el bien del Estado. El bien común es un bien general, de todos, del público, de los muchos y de los pocos. Por ello, las mayorías no pueden expropiar a las minorías, ni el Estado, so pretexto de su engrandecimiento, puede operar violando derechos constitucionales

<sup>1</sup> Barnes, Javier, “Reforma e innovación del procedimiento administrativo”, AA.VV. *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press, Sevilla 2008, p. 15.

<sup>2</sup> Javier Barnes, en un profundo estudio sobre la materia, considera que la necesidad de reformar la legislación tradicional del procedimiento administrativo obedece a tres razones fundamentales, todas ellas plenamente al derecho argentino: primero porque no son representativas de la actividad administrativa contemporánea, segundo porque el procedimiento no se ha sustraído de la vieja concepción procesal en las que se inspiró en su nacimiento y tercero porque no reflejan otro método de regulación que el clásico basado en una Administración jerárquica, cerrada y piramidal que actúa mediante decisiones unilaterales e imperativas, inaplicación de normas emanadas de un centro superior. Nada dicen sobre las nuevas formas de regulación y gobernanza (Barnes, Javier, “Reforma e innovación del procedimiento administrativo”, AA.VV. *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press, Sevilla 2008, p. 21).

<sup>3</sup> Cassagne, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, La Ley, Bs. As., 2011, t. I, p. 36.

de las personas. Por el contrario, la doctrina de la primacía absoluta e irrestricta del bien del Estado sobre los bienes de los individuos es tributaria de otra tesis, la razón de Estado, de fibra autoritaria y absolutista, contra la que se levanta históricamente el movimiento constitucionalista (...) En otras palabras, no se puede cuidar del bien común y del interés público sin proteger, al mismo tiempo, los derechos constitucionales de los sujetos privados o de la colectividad"<sup>4</sup>.

## II.-PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y ESTADO DE DERECHO

Al igual que ha ocurrido con la mayoría de las instituciones clásicas del derecho administrativo que se han forjado sobre la base de figuras y técnicas de otras ramas del derecho (generalmente el derecho civil)<sup>5</sup>, el procedimiento administrativo se construyó con los principios propios del proceso judicial<sup>6</sup>, lo cual dio lugar a una concepción procesalista o litigiosa.

Como consecuencia de ello, las leyes de procedimiento han perfilado al procedimiento como un cauce formalizado y rígido, al modo de la contienda judicial, que las personas deben seguir para luego continuar la defensa de sus derechos en la órbita judicial. El procedimiento es así considerado como un conjunto de actos de autoridad encadenados cuya finalidad es la adopción de una decisión formal, y donde lo relevante es ese producto final: el acto administrativo. En efecto, en todas estas leyes el producto estrella del procedimiento administrativo es el acto administrativo, como ocurre en el proceso judicial con la sentencia, al que se lo dota de prerrogativas análogas a las de las decisiones jurisdiccionales<sup>7</sup>.

El enfoque procesalista en su faz práctica condujo o mejor dicho degeneró en una concepción y práctica burocrática y absolutamente ritualista del procedimiento administrativo (con claro olvido, entre otros, de los principios de la tutela efectiva, del informalismo o formalismo moderado<sup>8</sup> y de la búsqueda de la verdad material), que

<sup>4</sup> Sagüés, Néstor P., "El papel del 'interés público' en la ley 26854 sobre Medidas cautelares", AbeledoPerrot, JA, 2013- III, 1, ps. 15/16.

<sup>5</sup> Ver: Retortillo Baquer, Sebastián Martín, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones* Civitas, Madrid, 1996, p. 25.

<sup>6</sup> Balbín, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, La Ley, Bs. As., 2010, T. III, p. 469.

<sup>7</sup> Barnes, Javier, "Tres generaciones de procedimiento administrativo", AA.VV. *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*, Eudeba y Fundación Konrad Adenauer, Pedro Aberastury y Hermann-Josef Blanke, directores, Bs. As., 2012, p.119 y ss.

<sup>8</sup> Este principio fundamental del procedimiento administrativo, receptado en el derecho argentino en el art. 1º, inc. de la LNPA y en el derecho peruano en el art. III, 1.6. de la ley 27.444, 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 administrativo permitiendo la viabilidad del acto procesal pertinente (in dubio pro accione) (conf. Ivanega, Miriam, "Principios del procedimiento administrativo: informalismo, instrucción de oficio y verdad material", *Procedimiento y proceso administrativo*, Cassagne, Juan Carlos director, LexisNexis Abeledo-Perrot, UCA, 2005, ps. 66/70).

lo llevó a convertirse en una suerte de larga y compleja carrera de obstáculos que las personas deben sortear para alcanzar la concreción de sus derechos o suscitar el acto definitivo que agota la vía o causa estado y habilita el inicio del proceso judicial, bajo pena en caso de incumplimiento, de no poder plantear el tema ante la justicia y perder en forma definitiva, el derecho material en juego.

Ciertamente, el enfoque tradicional descripto ha llevado a que se minusvalore el procedimiento administrativo y se pierda de vista su condición de pieza central del Estado de Derecho y que, en definitiva, el centro de la acción pública es la persona<sup>9</sup> y sus derechos fundamentales<sup>10</sup>.

Cabe aclarar, que decimos que el procedimiento administrativo es una pieza básica del Estado de derecho porque opera o funciona como un puente o vínculo entre el bloque de legalidad y la actuación de la Administración. De ahí que se afirme que el acto -y lo mismo vale para los contratos, los reglamentos y los hechos- son la concretización singularizada de la legalidad<sup>11</sup>. Y para que se produzca esa concretización o aplicación de la legalidad - que en muchos casos conllevará individualizar los márgenes de apreciación propios de la discrecionalidad<sup>12</sup>-, debe cumplirse ineludiblemente con el debido procedimiento administrativo previsto por el ordenamiento jurídico. De modo tal que, legalidad, potestad, procedimiento y actuación administrativa constituyen ingredientes ineludibles del obrar válido de la Administración.

<sup>9</sup> Como ha escrito Delpiazzo: "el Estado constitucional de Derecho expresa una fórmula cuyo elemento modular 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", Revista da Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora - RPGMJF n° 2, 2012, ps. 298/299).

<sup>10</sup> Explica Maurer que "En la jurisprudencia y doctrina recientes se atribuye al procedimiento -así como también a la organización- un significado y una importancia cada vez más mayores a los efectos de la realización de los derechos fundamentales individuales ("realización de los derechos a través de la organización y del procedimiento"). Según ello, no sólo las decisiones estatales deben estar en consonancia con los derechos fundamentales, sino que también el procedimiento administrativo y el subsiguiente sistema de garantías judiciales deben configurarse y desarrollarse de tal modo que aseguren una adecuada realización de las posiciones jurídicas garantizadas por los derechos fundamentales individuales (...). Las exigencias procedimentales de los derechos fundamentales vinculan tanto al legislador, que deberá poner a disposición un procedimiento efectivo desde el punto de vista de aquéllos, como a la Administración que debe interpretar, aplicar e incluso completar las normas procedimentales conforme a los derechos fundamentales". (Maurer, Harmut, *Derecho administrativo. Parte general*, Marcial Pons Madrid, 2011, p. 479).

<sup>11</sup> Sammartino, Patricio Marcelo E., "Introducción al estudio del acto administrativo en el Estado constitucional social de derecho", *Rev. de Der. Adm* n° 81 p. 719.

<sup>12</sup> Ver: Blanke, Hermann-Josef, "La función del procedimiento para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo", AA.VV, *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*, Eudeba y Fundación Konrad Adenauer, Pedro Aberastury y Hermann-Josef Blanke, directores, Bs. As., 2012, p. 21 y ss.

Por eso, las leyes reguladoras del procedimiento establecen como un requisito esencial de validez del obrar administrativo, el acatamiento al debido procedimiento administrativo previo<sup>13</sup>.

La relevancia del procedimiento y su vinculación con el Estado de Derecho también está dada porque a través de aquél, se incrementa la transparencia de la actividad estatal, y se facilita o ejerce según los casos el control de la actividad de la Administración y la participación ciudadana<sup>14</sup>, todo lo cual fortalece el régimen democrático y el sistema republicano.

No está de más recordar al respecto, que la Corte Interamericana en el caso "*Claude Reyes y otros*", fallado el 19 de septiembre de 2006, estableció que, "*en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación*", receptado en el art. 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos<sup>15</sup>, de modo que "*toda la información en poder del Estado se presuma pública y accesible, sometida a un régimen limitado de excepciones*"<sup>16</sup>.

La visión tradicional del procedimiento tampoco se condice a los nuevos métodos de dirección, regulación y gobernanza<sup>17</sup> sustentados en esencia, sobre una intensa colaboración<sup>18</sup> entre Administraciones Públicas, y entre el sector público y el privado<sup>19</sup>,

<sup>13</sup> Así lo hace, por ejemplo, el art. 7, inc. d, del Decreto-Ley 19.549/72, Ley Nacional de Procedimiento Administrativo de la Argentina (en adelante LNPA) y el art. 1º, inc. 5º de la Ley del Procedimiento Administrativo General de Perú (Ley 27444).

<sup>14</sup> Ver: Comadira, Julio Rodolfo, "El principio de participación ciudadana en la función administrativa (con especial referencia a la formación de la voluntad de la Administración y a la selección de autoridades públicas)", EDA, 2005-400.

<sup>15</sup> Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. Párr. 92. Disponible en: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf) Las pautas reconocidas por la Corte IDH en el citado pronunciamiento han sido en gran parte recogidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas "Asociación de Derechos Civiles c. Estado Nacional -PAMI-", sent. del 4/12/12, Fallos: 335:2393 y "CIPPEC c. Ministerio de Desarrollo Social s/Amparo", sent. del 26/3/14, LL, 2014-C, 500.

<sup>16</sup> Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219. Párr. 230. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf)

<sup>17</sup> Barnes, Javier, "Reforma e innovación del procedimiento administrativo", AA.VV *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press, Sevilla 2008, p.48.

<sup>18</sup> Según Rodríguez Arana Muñoz "la nueva funcionalidad requerida de la Administración reclama "que los ciudadanos no deben ser sólo sujetos pasivos de las potestades públicas, sino que deben aspirar a ser legítimos colaboradores y protagonistas de la propia Administración para la gestión de los intereses que les afectan" (Rodríguez Arana-Muñoz, Jaime, *Cuestiones de ética social*, Lugo, 2000, p. 33).

<sup>19</sup> Conf. Cassagne, Juan Carlos, "A cuarenta años de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo", AA. VV. *Procedimiento administrativo*, dirigida por Pozo Gowland, Héctor; Halperín, David; Aguilar Valdez, Oscar y Juan Lima, Fernando, La Ley, Bs. As., 2012, t. I, p. 29. Al respecto afirma Tawil: "La idea del enfrentamiento entre la Administración y los administrados debe ser erradicada. Forma parte de la esencia misma del procedimiento administrativo que la decisión emanada del órgano estatal no sea consecuencia de una disputa entre ellos sino, por el contrario, el fruto de una conjunción de esfuerzos, una interacción imprescindible entre el particular y la Administración destinada a obtener un resultado justo y provechoso para el individuo

pues busca combinar las fortalezas de ambos para satisfacer, con eficacia y eficiencia, necesidades de interés público. Y tampoco son representativas de toda la actividad que desarrolla la Administración contemporánea la cual no se agota en una actividad meramente decisoria<sup>20</sup>.

### III.- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA

Tampoco la regulación y, fundamentalmente, la praxis del procedimiento administrativo no se condice con el derecho fundamental a la tutela administrativa efectiva, el cual cumple, ante todo, una función de garantía o de instrumento al servicio de otros derechos<sup>21</sup>, por lo que puede calificársele como un derecho-garantía<sup>22</sup>.

La tutela administrativa efectiva engloba 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.

La tutela administrativa efectiva comprende pero no se agota en el tradicional derecho al debido proceso adjetivo<sup>23</sup>, el cual exige cumplimentar ciertos recaudos formales y

y la comunidad en su conjunto". (Tawil, Guido Santiago, "El principio de colaboración en el procedimiento administrativo" AA.VV *Procedimiento administrativo*, Guido Tawil director, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2009, p. 159 y ss.; conf. Martín Tirado, Richard J., "Reformas a los mecanismos de colaboración administrativa a propósito de los diez años de vigencia de la ley 27444", Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho n° 67, El procedimiento administrativo a los 10 años de entrada en vigencia de la LPAG, p. 309 y ss.).

<sup>20</sup> Explica Schmidt-Assmann que "los procedimientos administrativos no han de concluir por definición en una resolución jurídica de carácter formal. Son muchas las actuaciones que no desembocan en una decisión formalizada, como sucede, por ejemplo, en el caso de las prestaciones administrativas, de la coordinación administrativa interna o con tantas informaciones que la Administración ha de facilitar ante circunstancias diversas y que no nacen de un concreto procedimiento (escenarios mediambientales, situaciones, etc.) Estos supuestos aunque no concluyan en una resolución formalizada, bien pueden insertarse en el seno de un procedimiento administrativo". (Schmidt-Assmann, Eberhard, "Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el derecho alemán, europeo e internacional", AA.VV *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press, Sevilla 2008, p. 75).

<sup>21</sup> Conf. Canosa, Armando N., "Principio de la tutela administrativa efectiva", obra colectiva *Procedimiento administrativo*, dirigida por Pozo Gowland, Héctor; Halperín, David; Aguilar Valdez, Oscar y Juan Lima, Fernando, La Ley, Bs. As., 2012, t. I, p. 647.

<sup>22</sup> Como ha expresado la Corte IDH, "las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho" (Opinión Consultiva OC, 8/87, del 30/17, Serie A. n° 8).

<sup>23</sup> En el derecho argentino el derecho al debido proceso está expresamente reglado en el art. 1°, inc. f de la LNPA, el cual dispone: "Debido proceso adjetivo.

f) 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.

Derecho a ofrecer y producir pruebas.

2) De ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, debiendo la administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos todo con el contralor de los interesados

de trámite atinentes a la defensa y necesarios para adoptar una decisión válida y justa<sup>24</sup>, 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 defensa<sup>25</sup>.

De tal modo, como explica Cassagne, el derecho a la tutela administrativa efectiva, como también a la tutela judicial, presenta una mayor amplitud garantística que el tradicional derecho de defensa<sup>26</sup>, 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 administrativa<sup>27</sup>.

Cabe recordar que la expresión tutela administrativa y jurisdiccional efectiva, acuñada en el derecho europeo y desarrollada en el derecho internacional de los derechos humanos<sup>28</sup>, ha sido receptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso

y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio; Derecho a una decisión fundada.

3) Que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso". En el derecho peruano la regulación de este derecho y principio del procedimiento administrativo se encuentra en el art. IV, 1.2., el cual dispone: ". Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo". Ver: Morón Urbina, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*, 5ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 65 y ss.

<sup>24</sup> Ver: De los Santos, Mabel Alicia, "El debido proceso ante los nuevos paradigmas", LL, 2012-B, 1062.

<sup>25</sup> Sobre el particular cabe destacar que, en virtud del art. I.I de la Convención Americana de Derechos Humanos, de jerarquía constitucional en nuestro país (art. 75, inc. 12 de la CN) los Estados partes 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, estos tienen un deber positivo de garantía 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", sent. del 21/6/02, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_94\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_94_esp.pdf)).

<sup>26</sup> Conf. Cassagne, Juan Carlos, "La tutela judicial efectiva", obra colectiva *Tratado general de derecho procesal administrativo*, Cassagne, Juan Carlos director, 2ª ed., La Ley, Bs. As. 2001, t. I, ps. 126/127.

<sup>27</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *El Acceso a la Justicia de Como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los estándares Certificación 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>; conf. Huapaya Tapia, Ramón A., *Tratado del proceso contencioso administrativo*, Jurista Editores, Lima, 2006, p. 391.

<sup>28</sup> Perrino, Pablo E., "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa", *Revista de Derecho Público*, Rubinzal-Culzoni, 2003-I, Proceso administrativo -I, p. 257 y ss.

"Astorga Bracht"<sup>29</sup>, 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.

El alto tribunal argentino consideró que dicha exigencia del pliego era violatoria del art. 18 CN<sup>30</sup> 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; 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 2º inc. 3, apartados a y b; y 14 inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>31</sup>.

A su vez, en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, "la línea jurisprudencial de la Corte (IDH) confirma que si bien el artículo 8<sup>32</sup> de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se

<sup>29</sup> CSJN, Fallos: 327: 4185.

<sup>30</sup> Si bien en el texto del art. 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 Suprema de Justicia de la Nación 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 juicios, incluso en procedimientos ante autoridades administrativas (CSJN, Fallos: 198:78 y 325:1649). En el derecho público provincial las constituciones de las provincias de Buenos Aires (art. 15), Río Negro (art.22), Salta (art. 18), Jujuy (art. 29), San Luis (art. 43), La Rioja (art.29) contienen disposiciones en las que declara la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en los procedimientos administrativos.

<sup>31</sup> 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 (arts. 2º inc. 3, 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, 919).

<sup>32</sup> 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;*

limita a los procesos judiciales en sentido estricto, "sino (al) conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales"<sup>33</sup>, a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos<sup>34/35</sup>, lo cual incluye a los procedimientos administrativos<sup>36</sup>.

En forma elocuente, en el caso "Baena" Ricardo y otros Vs. Panamá" la Corte IDH 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"<sup>37</sup>.

A su vez, en el caso "Claude Reyes y otros"<sup>38</sup> el mismo tribunal 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

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".

<sup>33</sup> Corte IDH. Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N° 9, párr. 27 y Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N° 71, párr. 69.

<sup>34</sup> *Ibidem*, párr. 69 y 70.

<sup>35</sup> Ibáñez Rivas, Juana María, *Convención Americana sobre Derecho Humanos. Comentario*, AA.VV. Christian Steiner y Patricia Uribe editores, Konrad Adenauer Stiftung y Eudeba, Bs. As., 2014, p. 211. 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", obra colectiva *Procedimiento administrativo*, dirigida por Pozo Gowland, Héctor; Halperín, David; Aguilar Valdez, Oscar y Juan Lima, Fernando, La Ley, Bs. As., 2012, t. I, p. 626).

<sup>36</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *El Acceso a la Justicia de Como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los estándares Certificación 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>.

<sup>37</sup> Caso "Baena" Ricardo y otros Vs. Panamá" sent. del 2/2/01, 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".

<sup>38</sup> Caso "Claude Reyes y otros" Vs. Chile", sent. del 19/9/06, Serie C No. 151.

las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos”.

Del mismo modo, la Corte Suprema argentina, con arreglo a la jurisprudencia de la Corte IDH, ha expresado: “en el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 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, concluyó 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 citada<sup>39</sup>.

El contenido y alcance del derecho a la tutela administrativa efectiva es sumamente vasto y complejo, ya que comprende, como lo adelantamos, 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.

#### 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 persona<sup>40</sup>.

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”<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Causa “Losicer, Jorge Alberto y otros c. BCRA - Resol. 169/05 (expte. 105666/B6 SUM FIN 708)”, sent. del 26/6/12, Fallos: 335:1126 y LL, 2012-E, 592; ver nota al fallo de Gutiérrez Colantuono, Pablo A., “Derechos y prerrogativas públicas: aspectos de un nuevo orden”, LL, 2012-E, 592. Cita Online: AR/JUR/32230/2012

<sup>40</sup> Brewer Carías, Allan R., *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Legis, Bogotá, 2003, p. 268. En el orden nacional, el art. 1º, inc. f, apart. 1) 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”.

<sup>41</sup> Cierco Seira, César, “El principio de audiencia y contradicción”, obra colectiva *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, Santamaría Pastor, Juan Alfonso director, La Ley, Madrid, 2010, p.328).

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".<sup>42</sup>

La forma en que este derecho puede materializarse es diversa ya que depende del tipo de procedimiento de que se trate (vgr. descargos, reclamaciones, recursos, etc.). Pero, cualquiera sea la modalidad prevista para su ejercicio, lo relevante es que el interesado (y también los denominados contrainteresados)<sup>43</sup> siempre tenga la oportunidad real de exponer sus defensas previamente a que la Administración resuelva<sup>44</sup>. 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 judicial<sup>45</sup>.

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 concurren 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) el derecho a ejercer la defensa sin que la misma se vea impedida por cargas económicas; e) derecho a ser debidamente notificado; f) el derecho a solicitar y obtener tutela cautelar y g) derecho a la imparcialidad.

#### **a) El derecho de acceso o 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.

<sup>42</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 9ª ed., Bs. As., F.D.A., 2009, T. 2, p. IX-15; conf. CIDH Informe N° 49/99 Caso 11.610 Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz", México, 13/4/99, con cita de Gordillo.

<sup>43</sup> Ver: Comadira, Julio Pablo, "Procedimiento administrativo recursivo y contrainteresados", obra colectiva *Cuestiones de procedimiento administrativo*, RAP, Bs. As., 2006, p. 339 y ss.

<sup>44</sup> Canosa, Armando N, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2008, p.256.

<sup>45</sup> Comadira, Julio R., Escola, Héctor Jorge, Comadira Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2012, t. I, p. 452; Canda, Fabián O., "El debido proceso adjetivo. La llamada teoría de la subsanación", obra colectiva *Procedimiento administrativo*, Tawil, Guido S., director, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2010, p.145; Canosa, ob. cit. ps. 261/262.; Sammartino, "El procedimiento administrativo en el Estado Constitucional Social de Derecho", obra colectiva *Procedimiento administrativo*, cit. t. I, p. 634.

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 estatales<sup>46</sup>.

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 arts. 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 arts. 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 (arts. 25 LNPA y 7 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 detenidos<sup>47</sup>.

#### **b) 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 tiempo<sup>48</sup>. Así, en dos causas en las cuales se habían

<sup>46</sup> CSJN, Fallos: 311:750; Cam. Nac. Cont. Adm. Fed, sala IV, causa "Edesur S. A. c. Defensor del Pueblo de la Nación.", sent. del 15/11/95, LL, 1996-D, 76, con nota de Horacio D. Creo Bay.

<sup>47</sup> Si la Administración concede la vista el plazo pertinente continuará suspendido por el plazo de 10 días (art. 1, inc. e, apart. 4, 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.

<sup>48</sup> 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", Rev. de Der. Adm. N° 15/16, p. 161 y ss.

cuestionado sendas sanciones expulsivas, sostuvo: "La naturaleza de la potestad disciplinaria exige que las sanciones de mayor gravedad sean aplicadas sobre 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 estos 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"<sup>49</sup>.

#### c) 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 facultativo<sup>50</sup> en el procedimiento administrativo<sup>51</sup>. 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 Nación<sup>52</sup> y de la Provincia de Buenos Aires<sup>53</sup>.

#### d) 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*<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> CSJN, Fallos: 295: 726 y 316: 2539.

<sup>50</sup> En el ámbito nacional, el art. 1º, inc. f), apart. 1º, último párr. 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.

<sup>51</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, t. 5, Primeras obras, 1ª ed., Bs. As. FDA, 2012, PRA-6-11.

<sup>52</sup> El art. 161 de la ley 11.683 dispone: "La representación y patrocinio ante el TRIBUNAL FISCAL DE LA NACION 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 NACION por haber cumplido los requisitos exigidos por el Decreto N° 14.631/60".

<sup>53</sup> El art. 120 del Código Fiscal de la Prov. de Bs. As., ley 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".

<sup>54</sup> Urrutigoity, Javier, "el principio de tutela administrativa efectiva", JA, 2005-IV, 1383. Las garantías de impugnación, que en los procedimientos de licitación suelen prever los pliegos de bases y 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*, 2ª ed. LexisNexis, Bs. As., 2006, ps.45/47 y Tawil, Guido S., *Estudios de Derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2012, capítulo XXII).

Si bien este recaudo procesal se lo suele exigir tanto en el derecho provincial<sup>55</sup> como en el federal<sup>56</sup> como una condición para el acceso a la órbita judicial, en algunos casos se lo requiere también para la interposición de recursos administrativos<sup>57</sup>.

No obstante existir sólidos cuestionamientos a su constitucionalidad<sup>58</sup> 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 (art. 18 de la CN)<sup>59</sup>, ni contraría el art. 8° inc. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>60</sup>.

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 jurisdicción<sup>61</sup>, lo cual se ha entendido que acontece cuando se acredita que existe una desproporcionada magnitud entre la suma que el contribuyente debe ingresar y su

<sup>55</sup> Art. 19 (Según ley 13.101) del CCA Ley 12.008 de Buenos Aires, art. 4 del CCA Ley 848 de Chaco; art. 8 del CCA ley 2403 de Catamarca; art. 9 del CCAT ley 189 de la Ciudad de Buenos Aires; art. 9 CProcCA ley 7182 de Córdoba; arts 14, 15 y 16 CCA ley 4106 de Corrientes; art. 9 CprocA ley 7061 de Entre Ríos; art. 9 CprocA ley 584 de Formosa; art. 11 CCA ley 1888 de Jujuy; art. 17 CprocCA ley 952 de La Pampa; art. 10 CprocA ley 3918 de Mendoza; art. 15 CprocCA ley 3064 de Misiones; art. 7 CprocA ley 1305 de Neuquén; art. 14 CprocCA ley 2600 de Santa Cruz; art. 8 Recurso Cont. Adm. ley 11330 de Santa Fe; art. 9 de la CA ley 2297 de Santiago del Estero; art. 28 CProcCA ley 793 de Salta; art. 14 LPA ley 133 de Tierra del Fuego.

<sup>56</sup> Por ejemplo; art. 39 bis, inc. b, del Decreto - Ley 1285/58, modificado por la ley 24.463; art. 42 de la ley 21.526; art. 9 de la ley 21.844; art. 83 de la ley 20.091.

<sup>57</sup> Art. 101 del Código Fiscal de la Provincia de Entre Ríos (t.o. 2006) y art. 64 del Código Fiscal de la Provincia de Santa Fe.

<sup>58</sup> Ver: Cassagne, Juan Carlos y Perrino, Pablo E., *El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, LexisNexis, Bs. As., 2006, p. 208.

<sup>59</sup> Fallos: 285:302; 291:99; 295:314; 312:2490; 322:1284; 323: 3012; causa "FRIMCA S.A. -RQU- c/ Resol. 836/97 SAGPyA", sent. del 20/11/01, JA 2000-I-13; entre otros.

<sup>60</sup> En tal sentido, la Corte Suprema nacional ha resuelto: "los alcances que cabe otorgar a lo dispuesto por el art. 8°, inciso 1° 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 re 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 art. 18 de la Constitución Nacional" (Fallos: 319: 3415 y 322:1284).

<sup>61</sup> Por dicho motivo se ha excepcionado el cumplimiento del "*solve et repete*" en los casos en que el impugnante se concursado o quebrado (CNCont. Adm. Fed. Sala V, causa N° 26.216/01, "Castest y Tanino S.R.L. c/ Resol. 4425/01 -CNRT (Expte. 969/99)", sent. del 17/09/02; Cam Nac. Seg. Soc., Sala II, causa N° 24858/1999, "El Halcón S.A.T. c/ A.F.I.P. - D.G.I.", sent. del 28/03/00, causa N°12957/95. "Juan Bracho García E Hijos S.A.C.I.A. c/ D.G.I.", sent. del 23/02/00. Sin embargo, en algún pronunciamiento la SCBA ha expresado que no constituye un impedimento válido para excepcionar el cumplimiento del *solve et repete* el estado concursal del contratista demandante (Ay S 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 arts. 15 de la ley 18.820 y 12 de la ley 21.864 (Cam Nac. Seg. Soc., Sala I, causa N° 35341/97, "Urre, Hugo Omar c/ D.G.I.", sent. del 18/5/00).

concreta capacidad económica o su estado patrimonial<sup>62</sup>, y también al admitirse su cumplimiento mediante la entrega de una garantía<sup>63</sup>.

#### e) 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 jurídicos<sup>64</sup> 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 administrativo<sup>65</sup>.

Por tanto, no es un medio válido para notificar actos administrativos de alcance individual la carta certificada con aviso de retorno<sup>66</sup> 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 Oficial<sup>67</sup>, pues ésta supone el conocimiento ficto por parte del eventual afectado<sup>68</sup> frente al conocimiento personal y fehaciente que asegura la notificación<sup>69</sup>. La publicación es la forma de publicidad prevista para el reglamento<sup>70</sup>, por su condición de "acto creador de normas jurídicas generales y obligatorias y, por tanto, de regular situaciones objetivas e impersonales"<sup>71</sup>. A través de ella se otorga autenticidad al texto publicado y certeza jurídica respecto de la fecha en que comienza su vigencia<sup>72</sup>.

<sup>62</sup> CSJN, Fallos: 285: 302; 319: 3415; 321:1741; 322: 337 y 1284; 324:3722, entre otros.

<sup>63</sup> CSJN, Fallos: 331: 2480 y causa G. 2212. XXXIX; RHE "Gubelco S.R.L. c/Administración General de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva", sent. del 5/6/07.

<sup>64</sup> Art. 11 de la LNPA.

<sup>65</sup> Arts. 41 y 43 del RLNPA.

<sup>66</sup> Conf. Cam. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, causa 10.698/03, "Club Atlético Newells Old Boys (TF 16.141-I) c/ D.G.I.", sent. del 16/03/06 y SCBA, AyS 1997 II, 479.

<sup>67</sup> Así lo dispone el art. 53 de la Ley de procedimiento administrativo de la Provincia de Neuquén, ley 1284.

<sup>68</sup> "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*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1977, t. I, p. 213).

<sup>69</sup> Cassagne, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, cit., t. I, p. 551.

<sup>70</sup> El art. 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 art. 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.

<sup>71</sup> Cassagne, *Curso de derecho administrativo*, cit. t. I, p.130.

<sup>72</sup> Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, cit. t. I, p.212.

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 interesados<sup>73</sup>. En suma, la notificación y la publicación no son formas de publicidad que puedan válidamente intercambiarse entre sí<sup>74</sup>.

Con buena técnica, en la legislación reguladora del procedimiento administrativo nacional y de 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"<sup>75</sup>.

#### f) 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 actuaciones<sup>76</sup>.

Los medios de tutela urgente constituyen instrumentos de armonización y equilibrio entre las prerrogativas estatales conferidas al servicio del interés público (las denominadas autotutela<sup>77</sup> declarativa y autotutela ejecutiva<sup>78</sup>) 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 art. 12 de la LNPA faculta a la Administración a disponer, de oficio o a pedido de

<sup>73</sup> 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 (art. 18, Constitución Nacional y Fallos: 298:717)" (Fallos: 325:1808; conf. Fallos: 333:600).

<sup>74</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 10ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2010, t. 4, p. V-17.

<sup>75</sup> Arts. 40, 1º párraf. del RLNPA y 60 1º párraf. de la Ley de procedimiento Administrativo de la CABA.

<sup>76</sup> Sammartino, Patricio E., *Amparo y Administración en el Estado Constitucional Social de Derecho*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2012, t. II, p. 915 y ss.

<sup>77</sup> Grecco, Carlos Manuel, "Autotutela administrativa y proceso judicial", en la obra *Fragmentos y Testimonios de Derecho Administrativo* (en colaboración con Guillermo A. Munoz), AdHoc, Bs. As., 1999, p. 215 y ss.

<sup>78</sup> Estas prerrogativas están expresamente consagradas en el art. 12 de la LNPA el cual, al igual que la generalidad de las leyes provinciales de procedimiento administrativo, atribuye al acto administrativo dos caracteres: la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad.

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 definitivo<sup>79</sup>.

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"*<sup>80</sup>.

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, etc.

#### **g) Derecho a la imparcialidad**

Como señala Brewer Carías *"dentro de los principios generales que rigen el procedimiento administrativo está el principio de la imparcialidad, derivado del principio de igualdad y no discriminación de los administrados, conforme al cual la Administración en el curso del procedimiento y al decidirlo, no debe tomar partido, ni inclinar la balanza o beneficiar ilegítimamente a una parte en perjuicio de otra, sino que debe tomar su decisión únicamente conforme al ordenamiento jurídico y con la finalidad de interés general que la motiva"*<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> Berizonce, Roberto O., *"La tutela anticipatoria en la Argentina (Estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos)"*, JA 1998-II-905.

<sup>80</sup> Urrutigoity, Javier, *"el principio de tutela administrativa efectiva"*, JA, 2005-IV, 1383.

<sup>81</sup> Brewer Carías, Allan Randolth, *"Régimen general del procedimiento administrativo en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela de 1981"*, obra colectiva *Procedimiento administrativo*, dirigida por Pozo Gowland, Héctor; Halperín, David; Aguilar Valdez, Oscar y Juan Lima, Fernando,

Este derecho y principio, además de estar consagrado en el derecho iberoamericano en las normas de cada país reguladoras del procedimiento administrativo<sup>82</sup>, ha sido receptado a través de un texto muy claro en el punto 18 de la Carta Iberoamericana de Derecho y Deberes de los Ciudadanos en relación con la Administración Pública, en el cual se establece: *"De acuerdo con el principio de objetividad, fundamento de los principios de imparcialidad e independencia, las autoridades y funcionarios, así como todas las personas al servicio de la Administración Pública, deberán abstenerse de toda actuación arbitraria o que ocasione trato preferente por cualquier motivo, actuando siempre en función del servicio objetivo al interés general, prohibiéndose la participación en cualquier asunto en el que él mismo, o personas o familiares próximos, tengan cualquier tipo de intereses o en los que pueda existir conflicto de intereses según el ordenamiento jurídico correspondiente"*.

A fin de asegurar la idoneidad subjetiva de los funcionarios y empleados públicos y la consiguiente confianza en su imparcialidad, las normas reguladoras del procedimiento administrativo<sup>83</sup> suelen prever que ellos puedan ser apartados del conocimiento de un asunto, por petición de interesados (recusación) o por propia determinación (excusación o abstención).

La recusación es, entonces, un medio procesal cuyo objetivo es desplazar a un funcionario público del conocimiento de un asunto cuando median sospechas acerca de su imparcialidad<sup>84</sup>.

La Ley, Bs. As., 2012, t. II, p.1268. Explica Danós Ordoñez que "El principio de imparcialidad opera tanto cuando la Administración resuelve procedimientos en los que existen intereses contrapuestos entre particulares, como sucede en las licitaciones, concursos, en los denominados procedimientos trilaterales, e incluso cuando tramita solicitudes de licencias, autorizaciones, permisos, etc., en los que pueden existir interesados en impugnar un acto administrativo que a su vez beneficia a otro, como también incide en los procedimientos que se tramitan únicamente entre un particular y la Administración (procedimientos lineales), en ambos casos el principio de imparcialidad asegura que la Administración permita la participación igualitaria de los interesados." (Danós Ordoñez, Jorge, "El procedimiento administrativo en el Perú", AA.VV. *Procedimiento administrativo*, AA.VV. *Procedimiento administrativo*, dirigida por Pozo Gowland, Héctor; Halperín, David; Aguilar Valdez, Oscar y Juan Lima, Fernando, La Ley, Bs. As., 2012, II, p.1155).

<sup>82</sup> En derecho argentino y en el orden nacional el principio de imparcialidad está expresamente receptado en el art. 4, inc. b, del decreto 229/2000 que aprueba el Programa Carta Compromiso con el Ciudadano, el cual dispone que *"las unidades organizativas alcanzadas por el presente Decreto deben basar su comportamiento respecto a los ciudadanos en criterios de objetividad, justicia e imparcialidad"*. En Perú su regulación se encuentra en el art. III, 1.5, en el cual se dispone: *"Principio de imparcialidad.- Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general"*.

<sup>83</sup> Así lo hace en el derecho argentino el art. 6 de la LNPA y en el derecho peruano el art. 88 de la ley 27.444 (Ver: Morón Urbina, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*, 5ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 318 y ss.).

<sup>84</sup> Ver: Biasco, Emilio, "El principio de imparcialidad y sus corolarios: la excusación y la recusación", <http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderpu/material/imparcialidad.PDF>

## h) Las vías previas administrativas.

La necesidad de acudir a vías previas administrativas para demandar al Estado configura una exigencia que, con toda razón, viene siendo duramente controvertida por la doctrina. Ya sea por su -muchas veces- inadecuada regulación, o bien, en otros casos, debido a su irrazonable aplicación, en un número muy significativo de casos dicho recaudo se erige en una trampa o carrera de obstáculos para el litigante y demora injustificadamente el acceso a la jurisdicción<sup>85</sup>, acarreando una clara violación del principio constitucional de tutela administrativa y judicial efectiva<sup>86</sup>.

La vida real muestra, además, la desmesurada expansión que ha experimentado esta exigencia, que ha conducido a que se obligue a transitar vías administrativas aun cuando se presenten como un ritualismo inútil, dilatorio u obstructivo del proceso judicial<sup>87</sup>. El cumplimiento de este recaudo pasa a convertirse, en no pocos casos, en una etapa compleja y plagada de dificultades<sup>88</sup>, que en nada se compadece con

<sup>85</sup> Cassagne, Juan Carlos, "La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa", en: *Revista de Derecho Administrativo* N° 32, p. 525 y ss.

<sup>86</sup> Ver Cassagne, Juan Carlos, "La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa", en: *Revista de Derecho Administrativo* N° 32, ps. 525 y sigtes. y Perrino, Pablo E., "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativo", *Revista de Derecho Público. Proceso administrativo I*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 270 y ss.

<sup>87</sup> Es importante llamar la atención que, en algunos supuestos el tránsito por vías administrativas puede ser inexorable no para dar cumplimiento a la criticada exigencia del acto previo o para agotar la vía, sino por un motivo muy diferente como es la configuración de un "caso judicial", es decir, de un asunto susceptible de ser sometido al juzgamiento de los órganos judiciales. Así lo exige el art. 116 de la Constitución Nacional que requiere para activar la jurisdicción de los tribunales, cualquiera sea la pretensión que se deduzca, que se verifique una "causa", es decir una controversia o conflicto de intereses de orden fáctico o jurídico (Fallos: 306:1125; 307:2384; 321:1352, entre otros). Antigua y reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación exige que el control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa se ejerza frente a la existencia de un "caso" o "controversia judicial", pues ello es necesario "para la preservación del principio de la división de poderes". Así ha resuelto: "El poder conferido a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales nacionales por los artículos 108, 116 y 117 de la Constitución se define, de acuerdo con una invariable interpretación, como el que se ejercita en las causas de carácter contencioso a las que se refiere en el artículo 2° de la ley 27, es decir, aquéllas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho entre partes adversas" (Fallos: 325:474; 327:1813; 328:3586).

Por tanto, no se configura esta exigencia cuando lo que se presenta ante los jueces para su decisión, no es una colisión efectiva de derechos, sino tan sólo una mera consulta o cuando la controversia es prematura debido a que los agravios del actor son potenciales o conjeturales (Fallos: 2:254; 236:673; 325:474).

De ahí que muchas veces (vgr. cuando se pretenda un dar o un hacer de la Administración) para que exista una situación litigiosa que dé sentido al proceso será imprescindible que medie un reclamo o petición de un administrado inatendido por la Administración (Conf. González Pérez, Jesús, "El procedimiento administrativo como presupuesto del proceso administrativo", AA.VV., *El procedimiento administrativo y el control judicial de la Administración pública*, p. 49 y sigtes., INAP, Madrid, 2001).

<sup>88</sup> Al respecto cabe recordar que en un relevante dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitido el 29 de setiembre de 1999 se expresó que el principio de tutela judicial efectiva, protegido por el Pacto de San José de Costa Rica, exige "que el acceso a la justicia no se convierta en un desagradable juego de confusiones en desmedro de los particulares" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 105/99 emitido en el caso 10.194, Palacios, Narciso -Argentina,

las múltiples funciones que tiene el procedimiento administrativo<sup>89</sup>, una de las cuales es la de garantizar los derechos e intereses de las personas<sup>90</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en más de una ocasión, ha reaccionado frente a casos patológicos, en los que se lesionaba el derecho de acceso a la jurisdicción al exigirse la presentación de recursos administrativos innecesarios como paso ineludible para arribar a la instancia judicial. Así ha ocurrido, por ejemplo, respecto de la interposición obligatoria del recurso administrativo de revocatoria o reconsideración para agotar la vía administrativa. Son numerosas, por tanto, las decisiones del alto tribunal mediante las cuales se dejaron sin efecto fallos de superiores tribunales provinciales que exigían la interposición del recurso de revocatoria para habilitar la instancia judicial. Así, la Corte Suprema argentina ha considerado que se incurre en un injustificado rigor formal, incompatible con el derecho de defensa, cuando se exige la deducción del recurso de reconsideración para agotar la vía, pues ello constituye un ritualismo inútil lesivo del principio de tutela efectiva<sup>91</sup>.

Por lo demás, la experiencia pone de resalto que a menudo no se verifica el motivo principal que se esgrime tradicionalmente para justificar la articulación de

1999/09/19, publicado en LA LEY, 2000-F, 594, con nota de Carlos A. Botassi, *Habilitación de instancia y derechos humanos*).

<sup>89</sup> Eberhard Schmidt-Assmann menciona entre las múltiples funciones que debe satisfacer el procedimiento administrativo las siguientes: 1) garantizar la tutela de los derechos e intereses individuales; 2) posibilitar la participación; 3) constituir un cauce para el equilibrio y conciliación de intereses contrapuestos; 4) incrementar la transparencia y claridad administrativa; 5) facilitar la cooperación administrativa; y 6) promover la eficacia y eficiencia de la acción administrativa ("Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el Derecho alemán, europeo e internacional", en *La transformación del procedimiento administrativo*, Barnes, Javier, editor y coordinador, Global Law Press - Editorial Derecho Global, 2008, p. 76).

<sup>90</sup> Blanke, Hermann-Josef, "La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo", en *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*, Aberastury, Pedro - Blanke, Hermann-Josef coordinadores, Eudeba, Bs. As. 2012, p. 30.

<sup>91</sup> CSJN, Fallos 311:2082; criterio reiterado en Fallos 312:767, 1168, 1306 y 1908, 313:326 y 318:315. En alguna ocasión, al partirse del error de conceptuar al silencio administrativo negativo como un acto tácito y olvidándose de su función de garantía para el administrado, un tribunal provincial exigió como presupuesto procesal de la pretensión judicial la deducción del recurso de revocatoria. Con acierto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación descalificó dicho criterio. Para así decidir, el alto tribunal sostuvo que ante el reclamo formulado por un administrado de que se anulara un decreto del Gobernador de la Provincia del Chaco, la autoridad administrativa había tenido la posibilidad de revisar el caso y realizar el control de legitimidad y conveniencia. Al no hacerlo y, por ende, no haber incorporado nuevos argumentos en contra del interesado, exigirle a este último que reitera su planteo mediante el recurso de revocatoria ante la denegatoria por silencio conducía a transformar el recaudo del agotamiento de la vía administrativa en un innecesario ritualismo. La Corte concluyó, entonces, que el fallo apelado padecía de un injustificado rigor formal lesivo de la garantía amparada en el art. 18 de la Constitución Nacional, que en dicho caso asumía gravedad porque la omisión del nuevo rito allí exigido conducía a la imposibilidad absoluta de volver a plantear el caso ante la justicia, y con ello la pérdida del derecho material en juego (Fallos: 311:689).

reclamos y recursos administrativos, consistente en dar cabida a una etapa de conciliación previa al juicio, y en otorgar a la Administración la oportunidad de revisar el caso y corregir errores<sup>92</sup>.

Lamentablemente, es común que se rechacen los recursos administrativos sin efectuarse un estudio serio de la cuestión, desaprovechando una valiosa ocasión de revisar la legitimidad y la oportunidad de la actuación administrativa<sup>93</sup>. Ante semejante proceder, la exigencia de articular una vía recursiva (en muchos casos lo mismo puede decirse de la vía reclamativa) se presenta como una forma de dilación innecesaria del inicio del pleito judicial<sup>94</sup>, que en definitiva no hace otra cosa que generar una serie de peligros para el administrado, resultantes, por un lado, de los exigüos plazos usualmente consagrados para deducir los recursos administrativos, y por el otro, de la posibilidad que se le brinde a la Administración para ejecutar el acto recurrido<sup>95</sup> durante ese período<sup>96</sup>.

De ahí que, ante los abusos en que se ha incurrido en su reglamentación y aplicación, las opiniones doctrinarias mayoritarias postulan, cuando no su eliminación, su morigeración mediante una reforma sustancial al régimen del procedimiento administrativo, propugnando el carácter facultativo de los reclamos y recursos administrativos<sup>97</sup>.

Tal es, de hecho, lo que ocurre en el Derecho francés con relación a los recursos administrativos: el sistema galo constituye el paradigma de regímenes en los cuales

<sup>92</sup> Linares, Juan Francisco, *Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, p.22, Astorea, Buenos Aires, 1974; Perrino, Pablo E., *Procedimiento administrativo y agotamiento de la vía*, obra colectiva *Procedimiento Administrativo. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Ciencias de la Administración, Bs. As., 1998, p. 165.

<sup>93</sup> Cfr. Canosa, Armando N., Los recursos, obra colectiva *Procedimiento Administrativo. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, p. 101.

<sup>94</sup> Cfr. Cajarville Peluffo, Juan Pablo, *Recursos administrativos*, 3ª ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000, p. 9.

<sup>95</sup> Salvo que se obtenga su suspensión en sede administrativa o judicial mediante una medida cautelar.

<sup>96</sup> Cfr. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de derecho administrativo*, vol. II, 2ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 601.

<sup>97</sup> Ver: García de Enterría, *Hacia una justicia administrativa*, 2ª ed. amp., Civitas, Madrid, 1992, ps. 66/67; González Pérez, Jesús, *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Temis, Bogotá, Colombia, 1985, p.177, nota 26, y en *La reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa*, separata de Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas", n° 75, curso académico 1997-1998, Madrid, 1998, ps. 318/319. Fernández, Tomás R., *Reflexiones sobre la vía administrativa de recurso*, Documentación Administrativa, n° 221, ps. 5 y ss. Garrido Falla, Fernando y Fernández Pastrana, José M., *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992)*, Civitas, Madrid, 1995, ps. 244/245; Piñar Mañas, José Luis, *La pretendida especialidad de los recursos especiales*, Documentación Administrativa, n° 221, p. 132; Rivero Ysern, José Luis, "Vía administrativa de recurso y jurisdicción contencioso-administrativa", en *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, antes cit., ps. 201 y ss.

no es preciso agotar la vía administrativa. Allí, por regla, los recursos administrativos son de carácter optativo para el particular<sup>98</sup>.

La misma solución impera en Italia, en donde hasta el dictado de la ley 1.034<sup>99</sup> del 6 de diciembre de 1971, para demandar al Estado ante los tribunales administrativos en defensa de los intereses legítimos era obligatorio el agotamiento de los remedios administrativos mediante la interposición de un recurso jerárquico<sup>100</sup>. A partir de esa fecha, el recurso judicial se puede presentar directamente contra actos no definitivos<sup>101</sup>, siendo el recurso jerárquico de carácter facultativo. En cambio, para la impugnación de actos que lesionen derechos subjetivos nunca se exigió tal requisito.

En suma, en la Argentina el panorama respecto de la obligatoriedad de transitar vías previas administrativas es muy complejo y disímil<sup>102</sup>. Mientras algunas legislaciones provinciales más modernas y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires han morigerado el tránsito de vías previas para acceder a la justicia<sup>103</sup>, y en el ámbito nacional se la ha, incluso, eliminado respecto del proceso de amparo<sup>104</sup>, lamentablemente, otras regulaciones provinciales, así como la vigente en el orden nacional a partir de la modificación introducida por la ley 25.344 a los arts. 30 a 32 de la LNPA, han dado nuevos bríos a dicho recaudo de admisibilidad de la pretensión procesal administrativa al exigírselo en un relevante número de asuntos<sup>105</sup>.

<sup>98</sup> Turpin, Dominique, *Contentieux Administratif*, p. 98, París, Hachette, 1994, y Sarmiento Acosta, Manuel J., *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1996, p. 369.

<sup>99</sup> Publicada en el *Codice delle leggi amministrative*, Milán, Ulrico Hoepli, 1996, p. 2522 y ss.

<sup>100</sup> Cassarino, Sebastiano, "Los recursos administrativos en el Derecho italiano", p. 43, *Documentación Administrativa*, N° 221.

<sup>101</sup> Virga, Pietro, *Diritto Amministrativo*, T. II, Milán, Giuffrè, 1987, p. 195; Mazzarolli, L.; Pericu, G.; Romano, A.; Roversi Monaco, F. A. y Scoca, F. G., *Diritto Amministrativo*, T. II, Monduzzi, 1993, p. 1495; Falcon, Giandomenico, "La justicia administrativa", en la obra colectiva *La justicia administrativa en el derecho comparado*, p. 225, coordinada por Barnés Vázquez, Javier, Madrid, Civitas, 1993 y Sarmiento Acosta, Manuel J., *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, p. 390. Madrid, Civitas, 1996.

<sup>102</sup> Como consecuencia del régimen federal adoptado en la Constitución Nacional (art. 1°), el gobierno federal, las Provincias y la Ciudad Autónoma de tienen facultades propias para reglar el régimen procesal administrativo y el procedimiento administrativo (arts. 121, 122 y 129 de la Const. Nac.).

<sup>103</sup> Tal la situación imperante en la Provincia de Buenos Aires en la cual después de la reforma constitucional de 1994 (art. 166, último párrafo) y el nuevo Código Contencioso Administrativo, se abandonó el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa e impera como regla general el principio de demandabilidad directa al relativizarse el agotamiento de la vía y convertirse en una exigencia excepcional (ver: Cassagne, Juan Carlos, y Perrino, P., *El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, ps. 19 y sigtes. y 219 y sigtes., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006).

<sup>104</sup> Cfr. el art. 43 de la Constitución Nacional, tras la reforma de 1994.

<sup>105</sup> Pablo E. Perrino e Ignacio M. de la Riva, "Las vías previas administrativa para el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa", AA.VV. *Procedimiento administrativo*, AA.VV. *Procedimiento administrativo*, dirigida por Pozo Gowland, Héctor; Halperín, David; Aguilar Valdez, Oscar y Juan Lima, Fernando, La Ley, Bs. As., 2012, T. II, p. 450 y ss.

## 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 pretensión<sup>106</sup>.

La actividad probatoria en las actuaciones administrativas está gobernada por dos relevantes principios que rigen en el procedimiento<sup>107</sup>, como son el de la verdad jurídica material<sup>108</sup> y de la oficialidad<sup>109</sup>, 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 para la dilucidación del caso y también el control de su realización<sup>110</sup>, todo lo cual, obviamente, debe ocurrir con anterioridad a que la Administración decida<sup>111</sup>.

<sup>106</sup> Hutchinson, Tomás, *Procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires. Ley 7647 y ordenanza general 267/80 comentadas, anotadas y concordadas con las normas nacional y provinciales vigentes*, Astrea, Bs. As., 1995, ps. 165/167.

<sup>107</sup> Halperín, David, "La prueba en el procedimiento administrativo. El alegato" obra colectiva *Procedimiento administrativo*, Tawil, Guido S., director, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2010, p. 293 y ss.

<sup>108</sup> Art. 1º, inc. f, apart. 2, LNPA y art. 48 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 aquella 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, Comadira Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Bs. As., 2012, t. II, ps. 1149/1150).

<sup>109</sup> Art.1, inc. a 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*, La Ley, Bs. As, 2009, p. 95).

<sup>110</sup> Así dispone el art. 1º, inc. f, apart. 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".

<sup>111</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, T. 4, 10ª edición, Bs. As., F.D.A., 2010, p. VI-1.

**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 propuesta<sup>112</sup> y dentro de un plazo razonable.

**a) 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 administrativo<sup>113</sup>, es el correlato necesario del derecho constitucional de peticionar (art. 14 CN), 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 aquella–<sup>114</sup>. En tal sentido, el art. XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de jerarquía constitucional en el derecho argentino<sup>115</sup>, dispone: *“Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquiera autoridad competente, ya sea por motivo 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 puedan en situación de indefensión cuando la autoridad incumple su deber de responder<sup>116</sup>.

**b) 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 aquellas se apoyan en la medida que sean conducentes para la solución del caso<sup>117</sup>.

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

<sup>112</sup> Art. 1º inc. f, ap. 3, 3º LNPA; conf. Cassagne, Ezequiel, “El control de la inactividad formal de la administración”, LL, 2010-C, 1990.

<sup>113</sup> Vgr. art. 3 de la LNPA.

<sup>114</sup> Sagües, Néstor P., Elementos de derecho constitucional, Astrea, 3ª ed., Bs. As., 1999, t. II, p.508.

<sup>115</sup> Art. 75, inc. 22 Constitución Nacional

<sup>116</sup> CSJN, Fallos: 316: 2477 y 318:1349.

<sup>117</sup> Art. 1º, inc. f, apart. 3 de la LNPA.

al órgano a su emisión y, en especial, la expresión de los antecedentes de hecho y de derecho que preceden y justifican su dictado<sup>118</sup>.

La motivación del acto, amén de ser un requisito que concierne a su validez<sup>119</sup>, 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 republicano<sup>120</sup> 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"<sup>121</sup>.

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 mayor"<sup>122</sup>. Es tan importante la motivación de las re-

<sup>118</sup> Cassagne, Juan Carlos, *Ley nacional de procedimientos administrativos. Comentada y anotada*, cit., ps. 249/250.

<sup>119</sup> Art. 7, inc. e), LNPA; ver Sacristán, Estela B, "La motivación como requisito esencial del acto administrativo", obra colectiva *Acto administrativo y reglamento*, RAP, Bs. As., 2002, p. 65 y ss.

<sup>120</sup> 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 (art. 108, dec. ley 7647/1970 -al igual que su similar art. 108. de la Ord. Gral. 267/1980 de Procedimiento Administrativo municipal) y ser, también, derivación del principio republicano de gobierno (arts. 1º, Const. Nac.; 1º, Const. provincial) es postulada prácticamente con alcance universal por el moderno derecho público" (SCBA, causa B 58076. "Guenzatti, Gustavo c/Municipalidad de Olavarría s/Demanda contencioso administrativa", sent. del 22/8/12).

<sup>121</sup> Coviello, Pedro J.J., "La fuerza de las autolimitaciones administrativas y de la motivación del acto administrativo en un pronunciamiento de la Corte Suprema", EDA, [2012] - (30/03/2012, n° 12.969).

<sup>122</sup> 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", LL, supl. del 8/9/08 y *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Bs. As. 2009, p.193; conf. Sainz Moreno, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, p.304; Sesin, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2ª. ed., LexisNexis-Depalma, Bs. As., 2004, 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 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, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 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", en la obra colectiva *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*, Aberastury, Pedro y Blanke, Hermann Josef coordinadores, Eudeba, Bs. As., 2012, p.36).

soluciones 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 administrativos"<sup>123</sup>.

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 acción<sup>124</sup>. Así, en forma contundente ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación Nacional: "...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)"<sup>125</sup>.

### c) 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.

<sup>123</sup> Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, "El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y administración pública" obra colectiva *Aportes para un Estado eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra Lima 2012, p.135.

<sup>124</sup> 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 (art. 108, decreto ley 7647/1970 al igual que su similar art. 108 de la ordenanza general 267/80 de Procedimiento Administrativo municipal) y ser, también, derivación del principio republicano de gobierno (arts. 1, CN; 1, Const. pcial.) es postulada prácticamente con alcance universal por el moderno derecho público (C.S.J.N., Fallos 315:2771, 2930; 319:1379; 320:1956, 2590; 321:174; 322:3066; 324:1860; Scarciglia, Roberto, "La motivazione dell Atto Amministrativo", Milano, 1999, págs. 53 y sigtes.; Fernando Pablo, Marcos M., "La motivación del acto administrativo", Madrid, 1993, págs. 36 y sigtes.; De Laubadère, A Venezia, J.C. Gaudemet, I., "Traité de Droit Administratif", 14e. Ed. Paris, 1996, tº I, pág. 677 y sigtes.; Chapus, René, "Droit Administratif General", 9e Ed., Paris 1995, tº I, págs. 1000 y sigtes.; Boquera Oliver, José María, "Estudios sobre el acto administrativo", 4ª ed., Madrid, 1986, pág. 218; entre otros)". (Causas B-62126, Gioda, Ester María c/Municipalidad de la Plata s/Demanda contencioso administrativo", sent. Del 13/7/11 y B 63744, "Pecoraro, Juan c/ Municipalidad de Lanús s/ Demanda contencioso administrativa", sent. del 29/8/12 y sus citas).

<sup>125</sup> CSJN, Fallos: 334:909.

Tanto la Comisión (IDH)<sup>126</sup> como la Corte (IDH)<sup>127</sup> han considerado que una demora prolongada en la resolución de un procedimiento administrativo puede configurar una violación al art. 8 del pacto.

Del mismo modo se ha expedido la Corte Suprema argentina en la causa "Losicer"<sup>128</sup>, 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 art. 18 de la Constitución Nacional y por el art. 8, inc. 1 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, el alto tribunal, con arreglo a la jurisprudencia de la Corte IDH, sostuvo que el "plazo razonable" de duración del proceso que menciona en el inc. 1º, del art. 8 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"<sup>129</sup>.

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<sup>130</sup>.

<sup>126</sup> Demanda de la Comisión IDH ante la C IDH en el caso "Comunidad indígena Sawhoyamaya del Pueblo Enxet-Lengua y sus Miembros vs. Paraguay", caso N° 12.419, 2/2/05.

<sup>127</sup> Corte IDH, "Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay", sent. del 17/6/05, Serie C N° 125 y "Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay", sent. del 29/3/06, Serie C N° 146.

<sup>128</sup> Causa "Losicer, Jorge Alberto y otros c. BCRA - Resol. 169/05 (expte. 105666/B6 SUM FIN 708)", sent. del 26/6/12., Fallos: 335:1126 y LL, 2012-E, 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-Resol. 169/05")", *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, 14-12-2012 (IJ-LXVI-909).

<sup>129</sup> 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 (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 art. 8 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)".

<sup>130</sup> Ampliar en Ibáñez Rivas, Juana María, *Convención Americana sobre Derecho Humanos. Comentario*, AA. VV. Christian Steiner y Patricia Uribe editores, Konrad Adenauer Stiftung y Eudeba, Bs. As., 2014, p. 226 y ss.

#### IV.- EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRACIÓN Y EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

Cualquier reforma que se intente efectuar a las normas que regulan el procedimiento administrativo y en lo inmediato, su praxis, debe tener en consideración las exigencias que impone a las autoridades estatales el denominado derecho fundamental a la buena administración, cuyo origen se encuentra en el derecho europeo y ha sido recientemente receptado en el derecho iberoamericano.

En efecto, en los últimos tiempos se ha desarrollado en el derecho europeo un nuevo derecho fundamental de las personas y a la vez principio rector de la actuación de las administraciones públicas, denominado "a una buena administración"<sup>131</sup>, el cual tiene un expreso reconocimiento en el artículo 41<sup>132</sup> de la Carta Europea de Derechos Fundamentales<sup>133</sup>.

Según afirma Tornos Más: "el principio de buena administración responde a las concepciones más recientes del derecho administrativo, caracterizadas por el intento de superar la visión estrictamente formal que legitima la Administración para el mero cumplimiento neutral y objetivo de la norma que le otorga las potestades de actuación

<sup>131</sup> Ver: Meilán Gil, José Luis, "Una construcción jurídica de la buena administración", Rev. de Der. Adm. N° 91, p. 121 y la Ponce Solé, Juli, "Procedimiento administrativo, globalización y buena administración", JA, 2008-IV-1289.

<sup>132</sup> El art. 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales dispone: "*Derecho a una buena administración 1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deber de recibir una contestación en esa misma lengua*". La regulación de este derecho se complementa con lo dispuesto en el art. 42 de la citada Carta Europea de Derechos Fundamentales en el que se establece el derecho de los particulares al acceso a los documentos y con lo normado en el art. 43 en el que se prevé la posibilidad de dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo en los supuestos denominados de "*mala administración*".

<sup>133</sup> Aprobada el 7/12/00, en el Consejo Europeo celebrado en Niza. Explica Rodríguez-Arana Muñoz que: "Desde el punto de vista normativo, es menester reconocer que la existencia positiva de este derecho fundamental a la buena administración parte de la Recomendación núm. R (80) 2, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de marzo de 1980 relativa al ejercicio de poderes discrecionales por las autoridades administrativas así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia. Entre el Consejo de Europa y la Jurisprudencia comunitaria, desde 1980, se fue construyendo, poco a poco, el derecho a la buena administración, derecho que la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000 recogería en el artículo 41 que, como es sabido, aunque no se integró directamente en los Tratados, se ha incorporado en bloque al proyecto de Tratado Internacional por el que se instituye una Constitución para Europa en su artículo II-101, proyecto que esperamos, con los cambios que sean necesarios, algún día vea la luz" (Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, "El derecho fundamental a la buena administración y centralidad del ciudadano en el derecho administrativo", RAP n° 408, p.11 y ss.).

y, por otro lado, por la voluntad de situar al ciudadano en el centro de la preocupación de las normas que ordenan la actividad administrativa<sup>134</sup>.

Se trata de un derecho de contenido plural y complejo que, como surge del citado art. 41 de la Carta Europea, se integra con el derecho a un trato imparcial, equitativo y guiado por el principio de celeridad; el derecho de audiencia antes de la imposición de una medida individual desfavorable; el derecho de acceso al expediente y a una resolución motivada; el derecho a indemnización en caso de lesión producida por la Administración, y el derecho al pluralismo lingüístico en el trato con las instituciones europeas.

En el derecho iberoamericano el derecho a una buena administración ha sido contemplado en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública<sup>135</sup>, aprobada el 10 de octubre de 2013 por el Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD)<sup>136</sup>; la cual, por su condición de *soft law*, no es una normativa jurídica de cumplimiento obligatorio, pues, tal como lo expresa en el último párrafo del preámbulo, *"la presente Carta constituye un marco de referencia que posibilita, en la medida en que no se oponga a lo dispuesto en las legislaciones de cada uno de los países de la región, una ordenación de los derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública, los cuales pueden adecuarse a las particularidades de*

<sup>134</sup> Tornos Más, Joaquín, "El derecho a una buena administración", dictamen elaborado a petición de la Sindicatura de Greuges del Sector de Servicios Generales del Ayuntamiento de Barcelona, 2007, [http://www.sindicadegreugesbcn.cat/pdf/monografics/administracio\\_es.pdf](http://www.sindicadegreugesbcn.cat/pdf/monografics/administracio_es.pdf)

<sup>135</sup> De acuerdo a lo establecido en el art. 1º de dicho instrumento *"La Carta de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública tiene como finalidad el reconocimiento del derecho fundamental de la persona a la buena Administración Pública y de sus derechos y deberes componentes. Así, los ciudadanos iberoamericanos podrán asumir una mayor conciencia de su posición central en el sistema administrativo y, de esta forma, poder exigir de las autoridades, funcionarios, agentes, servidores y demás personas al servicio de la Administración pública, actuaciones caracterizadas siempre por el servicio objetivo al interés general y consecuente promoción de la dignidad humana"*.

<sup>136</sup> Señala Pérez Hualde que "Como resultado de numerosas conferencias Iberoamericanas de Ministros de Administración y sucesivas Cumbres –también iberoamericanas– de Jefes de Estado y de Gobierno, bregando por una mejora en la calidad de la gestión y de la administración en nuestros países, en la última de éstas, celebrada en Caracas en octubre de 2013, se ha aprobado la "Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública"; en esa oportunidad se invoca expresamente el mandato recibido por la XV Conferencia Iberoamericana de Ministros celebrada en Panamá en junio del mismo año.

Esta "Carta de derechos y deberes" es consecuencia y fruto de otras anteriores, también impulsadas por el CLAD, como las de "Función Pública", de "Gobierno Electrónico", de "Calidad en la Gestión Pública", de "Participación Ciudadana en la Gestión Pública" y del "Código Iberoamericano de Buen Gobierno", y se orientan a la persecución de la mejora constante y permanente de las condiciones de vida de las personas en procura de que puedan ejercer en mejores condiciones todos sus derechos humanos". (Pérez Hualde, Alejandro, "Participación y derecho a "una buena administración"", ponencia presentada en la VII Jornada de Derecho Administrativo Iberoamericano, "La reforma de las Administraciones Públicas", organizadas por el Grupo de Investigación Derecho Público Global de la Universidade da Coruña, entre el 31 de marzo y el 4 de abril de 2014, <http://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2014/03/document7.pdf>).

*las normas relacionadas a la Administración Pública y a la idiosincrasia de cada uno de los países iberoamericanos”.*

Según lo explica Rodríguez-Arana Muñoz, quien redactó a pedido de la Secretaría General del CLAD el borrador del texto finalmente aprobado de la mencionada Carta, “La buena Administración Pública puede ser concebida como obligación de los Poderes Públicos, como derecho humano y, también, como no, como principio general del Derecho Público y de la Ciencia de la Administración Pública. Extremo que explica también claramente el preámbulo de la Carta (CIDYDCAP): “La buena Administración Pública adquiere una triple funcionalidad. En primer término, es un principio general de aplicación a la Administración Pública y al Derecho Administrativo. En segundo lugar, es una obligación de toda Administración Pública que se deriva de la definición del Estado Social y Democrático de Derecho, especialmente de la denominada tarea promocional de los poderes públicos en la que consiste esencialmente la denominada cláusula del Estado social: crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y facilitando la participación social. En tercer lugar, desde la perspectiva de la persona, se trata de un genuino y auténtico derecho fundamental a una buena Administración Pública, del que se derivan, como reconoce la presente Carta, una serie de derechos concretos, derechos componentes que definen el estatuto del ciudadano en su relación con las Administraciones Públicas y que están dirigidos a subrayar la dignidad humana”<sup>137</sup>.

Con un contenido más extenso y rico que el enunciado en el citado art. 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en el punto 25, 1º párrafo de la Carta Iberoamericana se establece: “Los ciudadanos son titulares del derecho fundamental a la buena Administración Pública, que consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana”. En el párrafo siguiente se precisa: “En concreto, el derecho fundamental a la buena Administración Pública se compone, entre otros, de los derechos señalados en los artículos siguientes, que se podrán ejercer de acuerdo con lo previsto por la legislación de cada país”.

Estos derechos componentes del derecho a la buena Administración están previstos en los puntos 26 a 46 de la Carta Iberoamericana. Allí se mencionan los siguientes:

1. Derecho a la motivación de las actuaciones administrativas.
2. Derecho a la tutela administrativa efectiva<sup>138</sup>.

<sup>137</sup> Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, “La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano y la reforma administrativa. Consideraciones generales”, <http://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2011/05/la-carta-iberoamericana-de-los-derechos-y-la-reforma-administrativa-1.pdf>

<sup>138</sup> La Carta Iberoamericana, a diferencia de la Carta Europea, incluye expresamente al derecho a la tutela administrativa efectiva como uno de los derechos que integran el derecho a la buena administración de los ciudadanos. Así, en el punto 27 de la primera se dispone: “Derecho a la tutela administrativo

3. Derecho a una resolución administrativa amparada en el ordenamiento jurídico, equitativa y justa, de acuerdo con lo solicitado y dictada en los plazos y términos que el procedimiento señale.
4. Derecho a presentar por escrito o de palabra peticiones de acuerdo con lo que se establezca en las legislaciones administrativas de aplicación, en los registros físicos o informáticos.
5. Derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de la Administración Pública, absteniéndose de hacerlo cuando estén a disposición de otras Administraciones públicas del propio país.
6. Derecho a ser oído siempre antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente.
7. Derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas
8. Derecho a servicios públicos y de interés general de calidad.
9. Derecho a opinar y conocer sobre el funcionamiento y la calidad de los servicios públicos y de responsabilidad administrativa.
10. Derecho a formular alegaciones en el marco del procedimiento administrativo.
11. Derecho a presentar quejas, reclamaciones, recursos y denuncias ante la Administración Pública.
12. Derecho a conocer las evaluaciones de gestión que hagan los entes públicos y a proponer medidas para su mejora permanente de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente.
13. Derecho de acceso a la información pública y de interés general, así como a los expedientes administrativos que les afecten en el marco del respeto al derecho a

*efectiva: durante la sustanciación del procedimiento administrativo la Administración estará sometida plenamente a la Ley y al Derecho y procurará evitar que el ciudadano interesado pueda encontrarse en situación de indefensión". Sin embargo, su alcance es más acotado al que se le suele conferir en el derecho argentino (ver: Perrino, Pablo, "El derecho a la tutela administrativa efectiva", AA.VV. *El derecho administrativo hoy. 16 años después*, Ediciones RAP, Bs. As., 2013, p. 75 y ss.) de modo tal que muchos derechos que en este trabajo se incluyen dentro del elenco de los que integran la tutela administrativa efectiva (v.gr. el derecho a la motivación de las actuaciones y a la resolución de los asuntos en un plazo razonable) son mencionados en la Carta Iberoamericana como integrantes del derecho a una buena administración. Va de suyo que se trata de una simple cuestión terminológica que en nada incide en la protección y trato jurídico que las autoridades estatales deben conferirle a todas las personas en el desarrollo de su accionar.*

la intimidad y a las declaraciones motivadas de reserva que habrán de concretar el interés general en cada supuesto en el marco de los correspondientes ordenamientos jurídicos.

14. Derecho a copia sellada de los documentos que presenten a la Administración Pública.
15. Derecho de ser informado y asesorado en asuntos de interés general y a que en las resoluciones desfavorables consten los medios de impugnación que el ordenamiento jurídico pone a su alcance, con expresa mención de los plazos y consecuencias jurídicas de la interposición de tales reclamaciones o recursos.
16. Derecho a ser tratado con cortesía y cordialidad.
17. Derecho a conocer el responsable de la tramitación del procedimiento administrativo.
18. Derecho a conocer el estado de los procedimientos administrativos que les afecten.
20. Derecho a ser notificado por escrito en los plazos y términos establecidos en las disposiciones correspondientes y con las mayores garantías, de las resoluciones que les afecten.
21. Derecho a participar en asociaciones o instituciones de usuarios de servicios públicos o de interés general.
22. Derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades de las personas al servicio de la Administración Pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas de acuerdo con el ordenamiento jurídico respectivo.

## **V.- LAS REFORMAS QUE DEBEN EFECTUARSE AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

Por todo lo dicho, consideramos imprescindible efectuar una profunda transformación del procedimiento administrativo a fin de:

- 1) adaptarlo a los estándares actuales de tutela de los derechos de las personas previstos en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, y al derecho a la buena administración<sup>139</sup> previsto en la citada Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano;

---

<sup>139</sup> Como dice Moscariello para una "buena Administración" es fundamental "el factor humano, ya que sin buenos funcionarios no habrá - ni será posible una buena administración. Recordemos al respecto que la Constitución Nacional exige la "idoneidad como condición para la admisión en el empleo público" (Moscariello, Agustín, "El principio de la buena Administración", EDA 2013-423).

- 2) fortalecer la legitimidad democrática de la Administración a través de una mayor transparencia, elemento fundamental en la lucha contra el flagelo de la corrupción, y la participación del sector privado<sup>140</sup> en el desarrollo de las políticas públicas<sup>141</sup>;
- 3) mejorar la eficacia y la calidad de las actividades y servicios que la Administración brinda a la sociedad, para lo cual, claro está, juega un papel muy relevante la introducción de las modernas tecnologías de gestión<sup>142</sup>; y
- 4) simplificar los procedimientos administrativos a fin de hacerlos más sencillos, más ágiles y racionales y menos complicados<sup>143</sup> y reducir las cargas administrativas para los administrados.

Pero, fundamentalmente, es necesario efectuar una transformación en el plano cultural o de las conductas, a fin de incorporar una matriz de valores basados en la centralidad de la persona humana y su dignidad<sup>144</sup>, para generar un ambiente en el cual se considere debidamente la capacitación y la responsabilidad de los gestores públicos, se abandone el formalismo burocrático y se revalorice la función de garantía de los derechos y de instrumento para la satisfacción del bien común del procedimiento administrativo. Es imprescindible que el procedimiento administrativo garantice el

<sup>140</sup> Ver: Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, FDA, Bs. As., 2013, T.I, cap. II-28.

<sup>141</sup> Cassagne, Juan Carlos, "A cuarenta años de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo", AA.VV. *Procedimiento administrativo*, dirigida por Pozo Gowland, Héctor; Halperín, David; Aguilar Valdez, Oscar y Juan Lima, Fernando, La Ley, Bs. As., 2012, t. I, p. 29.

<sup>142</sup> "El procedimiento administrativo electrónico es una consecuencia natural de la transformación de la Administración Pública contemporánea al influjo de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones" (Delpiazzo, Carlos E., "Lo nuevo y lo permanente de la actuación administrativa a través del procedimiento administrativo electrónico", Rev. de Der. Adm. n° 83 p. 1417). En tal sentido en la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, elaborado por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) y aprobado en sesión del Consejo de Ministros del 9/1/15: "una Administración sin papel basada en un funcionamiento íntegramente electrónico no sólo sirve mejor a los principios de eficacia y eficiencia, al ahorrar costes a ciudadanos y empresas, sino que también refuerza las garantías de los interesados. En efecto, lo que consta en un registro y en un archivo electrónico ofrece mayores garantías de control e integridad documental, a la vez que facilita el cumplimiento de las debidas obligaciones de transparencia, pues permite ofrecer información puntual, ágil y actualizada a los interesados"

<sup>143</sup> Conf. Ver: Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, FDA, Bs. As., 2013, T.II, cap. IX-53.

<sup>144</sup> 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 333:2306 y sus citas, Fallos 327:3753 y 330:1989). Bien se afirma en el Preámbulo de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, aprobada el 10 de octubre de 2013 por el Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) que: "Desde la centralidad del ser humano, principio y fin del Estado, el interés general debe estar administrado de tal forma que en su ejercicio las diferentes Administraciones Públicas hagan posible el libre y solidario desarrollo de cada persona en sociedad. Es decir, hace a la condición de la persona, es inherente al ser humano, que el Gobierno y la Administración del interés general se realice en forma que sobresalga la dignidad y todos los derechos fundamentales del ciudadano".

adecuado equilibrio entre la eficacia de la actuación administrativa y la imprescindible salvaguarda de los derechos de las personas<sup>145</sup>.

Todos los esfuerzos que hagamos para su mejora beneficiarán la labor de la Administración Pública, la cual constituye un factor determinante en el desenvolvimiento social, económico, cultural, científico y técnico de cualquier país<sup>146</sup>. Y si ello ocurre veremos una clara mejora en la calidad de las instituciones, lo que se traducirá por añadidura en el bienestar y la prosperidad de la sociedad.

---

<sup>145</sup> Hutchinson, Tomás, "La posibilidad de unificación del procedimiento administrativo en América Latina", AA.VV. *Procedimiento administrativo*, AA.VV. *Procedimiento administrativo*, dirigida por Pozo Gowland, Héctor; Halperín, David; Aguilar Valdez, Oscar y Juan Lima, Fernando, La Ley, Bs. As., 2012, t. I, p.73 y ss.

<sup>146</sup> Sainz Moreno, Fernando, "La reforma administrativa en España", VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, 28-31 Oct. 2003, <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0047822.pdf>