

El dictamen de los servicios jurídicos de la Administración

Cassagne, Ezequiel

Publicado en: LA LEY 15/08/2012 , 1

Sumario: I. El debido procedimiento previo como requisito esencial del acto administrativo.- II. La función consultiva jurídica.- III. El dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico.

"La finalidad de una función consultiva jurídica previa a la emisión de los actos administrativos no es otra que el apego a la legalidad por parte de la actuación administrativa, más allá de la eventual responsabilidad que pudiera evitarse si la fuerza técnica del dictamen disuadiera el dictado de un acto ilegítimo."

I. El debido procedimiento previo como requisito esencial del acto administrativo

La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos prescribe en forma expresa que el procedimiento es un requisito esencial de todo acto administrativo. En efecto, el artículo 7, inciso d) de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos —LNPA— (1) señala que antes de la emisión de un acto administrativo "deben cumplirse con los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos".

El debido procedimiento previo a todo acto y, por ende, el respeto a las formas establecidas, implica no sólo una garantía frente al Administrado, sino también persigue garantizar la juridicidad del obrar administrativo y, de esta manera, alcanzar el interés público comprometido.

Este concepto, propio de un Estado de Derecho, abarca también al principio del "debido proceso adjetivo", que constituye una manifestación especial de aquél, (2) e importa una expresión de la garantía de derecho de defensa consagrada en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, y de la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 8 de la Convención Americana sobre derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en los artículos 2, inc. 3, y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, todos con jerarquía constitucional conforme lo establece expresamente nuestra propia carta fundamental (artículo 75, inciso 22).

El principio del debido proceso adjetivo, enunciado y descripto en el artículo 1, inciso f), apartados 1, 2 y 3 de la LNPA, comprende el derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas, y sobre todo el derecho a obtener una decisión fundada. (3) Y aunque no lo diga expresamente la ley, va de suyo que también comprende la publicidad de las actuaciones. (4)

Ahora bien, el debido procedimiento previo a todo acto administrativo es más genérico y apunta directamente a la legalidad y razonabilidad de la función administrativa. Como destaca Fiorini: "el debido procedimiento administrativo es toda la actividad administrativa y el debido proceso adjetivo que menciona la ley es una sección del mismo; el primero tiende a la justicia de muchos otros bienes en especial, mientras el segundo se refiere a derechos particulares". (5)

La decisión fundada no es propiedad exclusiva del principio del debido proceso adjetivo, en el que participa el administrado, ni tampoco se vincula exclusivamente con la motivación que deben tener los actos administrativos. En rigor, las decisiones fundadas son el resultado de toda conducta legítima de la Administración. En este entendimiento, es necesario el debido procedimiento previo a la formación de la voluntad estatal, a los fines de garantizar o, por lo menos, incentivar esa conducta ajustada a derecho que, por cierto, deberá ser explicada a la ciudadanía por medio de la expresión clara de los antecedentes de hecho y de derecho que sirvieron de causa a ese acto, permitiendo de este modo conocer la finalidad buscada. (6) Como aclara Coviello, cuando se hace referencia al derecho a una decisión fundada: "con ello no es que sólo nos estamos refiriendo a la motivación del acto administrativo como elemento esencial de él. Antes bien, ello apunta a algo más elevado: la forma republicana de gobierno o sana democracia significa que los poderes públicos —todos— deben dar razón de sus decisiones". (7)

A esta altura es importante destacar que entre los distintos tipos de procedimientos administrativos podemos distinguir los meros procedimientos de formación de actos, los procedimientos impugnatorios o reclamativos, y aquellos que se refieren a procesos de control. Cada uno de estos procedimientos se conforma con una cantidad determinada de actos preparatorios tendientes a la elaboración de actos que luego concretan la finalidad de interés público que persigue la Administración, (8) que se manifiesta en decisiones de alcance particular o general con efectos jurídicos directos hacia los administrados, e incluso inter orgánicas o interadministrativas.

En cualquiera de sus manifestaciones, el procedimiento administrativo constituye un instrumento de control de la legitimidad (que incluye legalidad y razonabilidad o justicia) y del buen acierto de los actos administrativos con relación al interés público que debe alcanzarse (oportunidad, mérito o conveniencia). (9) Como precisa el reconocido jurista alemán Schmidt-Assmann: "el procedimiento administrativo actual no se centra sólo ni exclusivamente en posibilitar el control posterior, ante una segunda instancia, de las decisiones administrativas una vez adoptadas. Se trata, más bien, de condicionar a priori el modo en que se toman las decisiones administrativas. Lo que se intenta es que la administración prepare con cuidado sus decisiones". (10)

En tal entendimiento, y como ya se ha señalado, la LNPA establece como requisitos esenciales de los actos administrativos "a los procedimientos esenciales y sustanciales, y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico". Al respecto, la primera impresión resulta ser que la propia ley abre un importante marco de apreciación respecto a la determinación de la condición de "esencial" de un procedimiento determinado. Lo mismo ocurre con el deber de seguir los procedimientos implícitos del ordenamiento jurídico. Sin embargo, no es menos cierto que el debido procedimiento previo que prevé la normativa es tan amplio que abarca, con una intencionalidad evidente, todas las reglas de procedimiento contempladas en las leyes especiales y generales para los casos previstos en esas normas, e incluso los principios generales del derecho que se aplican al campo de los procedimientos administrativos.

De esta manera, por ejemplo, no hay dudas de que siempre deberán seguirse los procedimientos de selección de contratistas previstos en las normativas de contrataciones si el Estado Nacional o sus órganos descentralizados pretenden contratar una obra, un bien, o un servicio. (11) Otro tanto ocurre en materia sancionatoria o en los procedimientos recursivos, donde deberán respetarse los cauces formales previstos para sus finalidades, así como también deberá respetarse, en estos casos, el debido proceso adjetivo, con la posibilidad cierta de que el particular pueda ser oído, ofrezca y produzca prueba, y obtenga luego una decisión fundada. (12) A su vez, existen procedimientos de participación ciudadana, como el de la audiencia pública, que deben respetarse cuando el ordenamiento así lo requiere; (13) y aún en los casos en que no se exija un procedimiento determinado, si están en juego los intereses de los consumidores y usuarios de servicios públicos, debe implementarse algún procedimiento tendiente a que puedan participar en el debate previo a la decisión administrativa de alcance general, conforme lo prescribe el art. 42 de la Constitución Nacional. (14)

Como lo ha sintetizado Canda: "el procedimiento previo al acto no puede ser cualquier procedimiento sino el "debido", y ello es así, porque sólo siguiéndose el procedimiento debido se verán garantizados el derecho de defensa y el dictado de un acto administrativo justo". (15)

Ahora bien, es sabido que los autores del proyecto de la LNPA, Dres. Héctor Escola, Adalberto Cozzi y Carlos YOUNG, manifestaron, en la propia Exposición de Motivos de la ley, que siguieron para el Título III de dicha norma las opiniones expuestas por el Dr. Marienhoff en su tomo II de su Tratado de Derecho Administrativo, en materia de acto administrativo. Sin embargo, en dicha obra el autor no reconoce en forma expresa al procedimiento como un elemento esencial del acto, razón por la cual cabe efectuar ciertas precisiones al respecto.

Para MARIENHOFF, el acto administrativo tiene elementos esenciales y accidentales. Entre los primeros ubica al sujeto, la causa, el objeto, la forma, la finalidad y la moralidad. (16) Los elementos accidentales o eventuales son, en cambio, los que pueden o no existir en un acto administrativo, sin que su falta o ausencia influyan en la validez y eficacia del acto, como ser el término, el modo o la condición. (17) Sentado lo anterior, resulta importante aclarar que este autor comparte el criterio amplio que debe dársele al elemento forma, sostenido por autores tales como Garrido Falla, Fernández de Velasco y Fiorini, que no sólo contempla la forma que debe observarse al emitir el acto, que exterioriza la voluntad administrativa, sino también al conjunto de formalidades o requisitos que deben respetarse para llegar a emitir el acto. (18) Según Marienhoff, estas formalidades, que incluye en el elemento forma, constituyen una parte del procedimiento administrativo, y su omisión dará lugar a un vicio de forma, que acarreará la nulidad de dicho acto. Para el reconocido autor, esta cuestión que no debiera generar mayores interrogantes, dado que "en derecho administrativo, cuando una forma es exigida o requerida, tal forma es esencial. En todo acto formal la forma es esencial. Su observancia o respeto es fundamental para la validez del acto". (19) Por lo contrario, si la forma no estuviere establecida de manera indispensable para la emisión de un acto, ella sería "no esencial" y su inobservancia no viciaría el acto. (20)

No obstante lo expuesto respecto de los procedimientos esenciales y sustanciales, la LNPA se preocupa en exigir en forma expresa que, sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, debe considerarse esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pueda afectar derechos subjetivos o intereses legítimos. En tal sentido, independientemente del procedimiento administrativo que deba seguirse en cada caso particular, siempre deberá producirse el dictamen jurídico al que alude la normativa general, antes de la emisión de un acto administrativo, si se llegaren a afectar tales derechos e intereses. (21)

II. La función consultiva jurídica

La actividad consultiva es la actividad de la administración que se dirige a ilustrar con sus pareceres, opiniones e interpretaciones a los órganos activos sobre actos que deben dictar en el ejercicio de sus funciones. (22) Como decía Bielsa: "el asesoramiento en las funciones gubernativas es una consecuencia no solamente de la división

orgánica del trabajo, sino también del progreso institucional. Se sabe que el gobernante, cualquiera sea la esfera en que actúa, rara vez tiene la preparación jurídica, ni financiera ni en materia económica, que el cargo exige". (23)

Teniendo en cuenta que toda actividad administrativa debe respetar la legalidad y, por eso, realizarse de acuerdo a normas legales y principios de derecho resulta de vital importancia institucional la función consultiva en derecho previa a la toma de decisiones por parte de la Administración activa.

La consulta jurídica ha existido en todas las épocas de desarrollo del Estado, cualquiera haya sido su forma político jurídica. De hecho, dicha función consultiva interna del Estado reconoce orígenes muy remotos, dado que, por ejemplo, ya en el Imperio Romano existía la figura de los consiliarii, que asesoraban a los prefectos de pretorio en temas de derecho. (24) A su vez, en la Edad Media, la institución de los Consejos —los "Consejos Reales", que luego fueron sucedidos por los "Consejos de Estado"— fue creada para aconsejar a la autoridad que decidía. (25)

En el ámbito nacional de nuestro país, la función consultiva fue ejercida primigeniamente por el Fiscal General, designado en 1862. Luego, en el año 1865 el Fiscal General fue sucedido por el Procurador del Tesoro de la Nación, máximo asesor jurídico del Estado, que a partir del año 1947 dirige, a esos fines, el actual Cuerpo de Abogados del Estado creado. (26)

Entre sus funciones, el Procurador del Tesoro de la Nación asesora jurídicamente al Poder Ejecutivo, Ministros, Secretarios, Subsecretarios y a las máximas autoridades de las entidades descentralizadas, además de ser el representante del Estado en juicio, cuando lo dispone el Poder Ejecutivo. (27) También debe intervenir en los trámites de recursos administrativos contra resoluciones de ministros o secretarios de Presidencia, en los casos que corresponda establecer jurisprudencia administrativa uniforme, cuando la índole del interés económico comprometido requiera su atención, o cuando el Presidente de la Nación lo estime conveniente. (28)

Por su parte, el Cuerpo de Abogados del Estado que dirige está integrado por todos los servicios de asesoramiento jurídico del Estado Nacional y de sus entidades descentralizadas. Estos abogados dependen técnica y profesionalmente de la Procuración, pero orgánicamente mantienen su posición —y por ende su vinculación administrativa (jerárquica y funcional)— en la estructura de los organismos a los que asesoran. (29)

La dependencia técnica aludida ha sido establecida en la propia ley 12.954, en cuanto dispone que la interpretación de leyes y reglamentos que la Procuración del Tesoro de la Nación realiza a través de sus dictámenes es de carácter obligatorio para los servicios jurídicos que conforman el Cuerpo de Abogados del Estado, sin perjuicio de lo cual el dictaminante podrá dejar sentado su criterio personal. (30)

La actividad consultiva de los abogados del referido cuerpo, como del Procurador del Tesoro de la Nación, se realiza a través de dictámenes jurídicos, que a continuación analizaremos.

III. El dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico

III.1 Naturaleza jurídica del dictamen

El dictamen "es opinión fundada en ciencia o arte emitida por un especialista; si versa sobre cuestión jurídica debe apoyarse en derecho (...) es un consejo que se da sobre una cuestión o asunto", afirmaba Juan Carlos Luqui en su lúcido trabajo sobre este tema. (31)

Villegas Basavilbaso sostiene que la naturaleza jurídica de los actos de los organismos consultivos no puede ser la de un acto jurídico, sino que más bien se trata de hechos administrativos, por cuanto no obligan al órgano ejecutivo. (32) En tal entendimiento, los dictámenes, a diferencia de los actos jurídicos, no tienen por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos. (33)

En rigor, los dictámenes jurídicos no son actos administrativos, sino actos internos de la Administración, en la medida que no producen efectos jurídicos directos a los particulares, (34) siendo opiniones no vinculantes que colaboran para que el funcionario pertinente decida conforme a derecho. Tal actividad consultiva, que se materializa por medio de la producción de dictámenes, importa una actividad preparatoria interna de la Administración, en cuya labor no entra en relación con terceros. (35)

Para Barra el dictamen consultivo es, en su funcionalidad procesal, un acto preparatorio, en la medida que sirve para la elaboración de actos decisorios y, en su otra faz, un elemento causal, en tanto "el elemento cognoscitivo contenido en el dictamen debe ser incorporado a la determinación y configuración de los hechos o a la identificación e interpretación del derecho aplicable". (36) De esta forma, el dictamen jurídico integra la causa del acto administrativo decisor en tanto que el dato cognoscitivo que contiene es un antecedente fáctico de aquél. (37)

Por tal motivo, los dictámenes no son objeto de impugnación, ni aun aquellos que fueren notificados al particular, salvo en el caso de que conformen el acto decisorio, y a tal fin sean adjuntados. Pero en definitiva, allí se estaría impugnando el acto administrativo que hace suyo al dictamen, y decide la cuestión remitiéndose a sus fundamentos. No obstante ello, los dictámenes notificados pueden ser contestados, (38) incluso también aquellos dictámenes que no siendo notificados, sean conocidos por los particulares, sea porque fueren públicos, o en virtud del conocimiento que pueda tenerse con motivo del acceso a las actuaciones. (39)

III.2 Su condición de requisito del acto administrativo.

Como hemos indicado al principio de este trabajo, la LNPA prescribe en forma expresa que el dictamen "proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico" es un requisito esencial del acto administrativo cuando este último "pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos". (40)

En primer lugar, hay que destacar, como bien señala Muratorio, que "el dictamen jurídico que reviste el carácter de elemento esencial del acto administrativo, en los términos del art. 7 inc. d) de la LPA y de los arts. 61, 92 y 98 del RNPA, es el que proviene del "servicio jurídico permanente", esto es, de la Dirección de Asuntos Jurídicos o Legales o asesorías letradas o legales que se encuentren en la Administración centralizada o descentralizada, como delegaciones del Cuerpo de Abogados del Estado en los términos de la ley 19.549 y su decreto reglamentario, sin perjuicio de que se puedan producir en el expediente —a juicio del órgano decisor— otros dictámenes técnicos, jurídicos o de aplicación de otras ciencias". (41)

Ello se desprende en forma clara de la letra de la propia ley. Y así lo entiende la Procuración del Tesoro de la Nación, quien tiene decidido no intervenir en casos en que no se hayan expedido con anterioridad los servicios permanentes. (42)

Es interesante observar que la LNPA establece la obligatoriedad del dictamen jurídico cuando los actos administrativos que luego se llegaren a dictar "pudieren afectar derechos subjetivos o intereses legítimos". Dada la distinción que efectúa la propia normativa, resulta necesario analizar estos dos conceptos conocidos por la doctrina. Al respecto, Cassagne precisa, siguiendo la postura clásica, que el derecho subjetivo es un poder jurídico otorgado por el ordenamiento legal a una persona, que se vincula a una actual y concreta relación con una cosa o sujeto determinados, circunscripto al orden patrimonial. A su vez, el autor explica que el interés legítimo es una categoría distinta, que importa un poder de reacción a favor del administrado que se encuentra en una situación especial frente a un reglamento o acto concreto, (43) —agregamos— cierto o eventual.

En rigor, el término interés público fue acuñado en Italia, a partir de la reforma judicial de 1889, que atribuyó a los Tribunales ordinarios la protección de los derechos subjetivos, y al Consejo de Estado la tutela de los intereses en el ámbito del derecho administrativo, luego calificados por la doctrina italiana como intereses legítimos. En Francia, en cambio, ya a principios del siglo XIX el Consejo de Estado Francés comenzaba a reconocer un recurso por exceso de poder —excès de pouvoir—, que a partir de su status legislativo en el año 1872, dejó de ser una mera denuncia para convertirse en un verdadero proceso por medio del cual se asegura el cumplimiento de la ley por la Administración Pública. Si bien la mayor parte de la doctrina francesa lo considera un recurso objetivo, donde no se valoran derechos subjetivos sino la legalidad de la conducta administrativa, en este particular sistema de protección francés se le exige al recurrente un interés directo y personal en el asunto, que por cierto luego se reconduce al interés de la buena administración. (44)

No obstante lo expuesto, compartimos la postura de los autores españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, quienes sostienen que los llamados intereses legítimos son verdaderos derechos subjetivos, en la especie reaccionales o impugnatorios, dado que cuando el particular ha sido perturbado en su esfera vital de intereses por una actuación administrativa ilegal, "el ordenamiento, en servicio del más profundo sentido de la legalidad en el Estado de Derecho como garantía de la libertad, le apodera con un derecho subjetivo dirigido a la eliminación de esa actuación ilegal y al restablecimiento de la integridad de sus intereses". (45)

Ahora bien, en nuestra opinión, el dictamen jurídico debiera ser obligatorio y previo a todo acto administrativo, con independencia de si llegare a afectar derechos e intereses de los particulares, en la medida que la función consultiva en derecho, como hemos dicho antes, no sólo importa una garantía frente al administrado, sino que representa una garantía y control de la legitimidad administrativa. La legalidad no debe respetarse únicamente cuando se estimare que pudieren afectarse derechos de terceros, sino que debe primar en toda conducta administrativa, de modo que el dictamen consultivo en derecho, que orienta esa conducta legal, resulta a nuestro criterio siempre obligatorio, como procedimiento implícito en el ordenamiento jurídico para aquellos actos administrativos que, incluso, prima facie, no llegaren a afectar derechos subjetivos e interés legítimos de los administrados.

A su vez, la necesidad de un cuerpo permanente de abogados del Estado, dirigido técnicamente por el Procurador del Tesoro de la Nación, que asesore a los órganos administrativos en forma previa, y de manera obligatoria, a la emisión de todos los actos administrativos, se inspira en el principio de unidad de acción de la Administración, (46) de manera que —como señala Muratorio— "más allá de la mayor versación jurídica de cada órgano —o de otros pareceres y estudios jurídicos que al efecto éste pueda recabar— se unifiquen, armonicen y sujeten a coherencia las diferentes interpretaciones jurídicas, tomando en cuenta que frente a los particulares la Administración se presenta como una sola entidad." (47)

Sentado ello, siendo el dictamen jurídico proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento un requisito esencial obligatorio para la validez del acto administrativo, si éste no se cumple, el acto administrativo que luego se dicte será nulo de nulidad absoluta, (48) conforme lo determina el art. 14, inc. b) de la LNPA, por haberse incumplido ese requisito esencial, exigido por el art. 7, inc. d), de dicha ley de procedimientos.

La doctrina administrativista ha sido pacífica en esta cuestión, reconociendo que el incumplimiento grave del debido procedimiento previo a todo acto administrativo (es decir, la violación de las formas esenciales, entre las que se

encuentra el dictamen jurídico exigido en forma expresa por la LNPA) ocasiona la nulidad absoluta del acto administrativo pertinente. (49) Así lo han entendido también la Corte Suprema de la Nación, (50) la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (51) y la Procuración del Tesoro de la Nación. (52)

III.3 El contenido del dictamen

Con relación al contenido de los dictámenes jurídicos, la Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que la intervención previa de los servicios jurídicos debe efectuarse mediante dictámenes que individualicen la cuestión traída en consulta, la desarrollen exhaustivamente, desde el punto de vista fáctico y jurídico, con el agregado de toda la documentación que tenga incidencia en el tema. Ello así por cuanto el dictamen jurídico supone el análisis específico, exhaustivo y profundo de una situación concreta y jurídicamente determinada, efectuada a la luz de las normas vigentes y de los principios generales que las informan, a efectos de recomendar conductas acordes con la justicia. (53)

De igual manera la Procuración también ha manifestado que el dictamen jurídico debe consistir en un análisis pormenorizado de las circunstancias fácticas del caso y de las consideraciones jurídicas aplicables, para poder recomendar conductas acordes con la justicia e interés legítimo de quien formula la consulta. (54) En este entendimiento, el dictamen jurídico no puede constituir una simple relación de antecedentes ni una agrupación de valoraciones dogmáticas. (55)

Por tal motivo, si bien a partir de la reforma al reglamento de procedimientos administrativos implementada por el Decreto 1883/91, en la tramitación de los expedientes, dada la responsabilidad primaria del funcionario interviniente, se prohibió el famoso "pase" de las actuaciones, que se había convertido en un vicio en las prácticas administrativas, (56) el propio reglamento exceptuó esta prohibición cuando debe prepararse y emitirse el dictamen obligatorio del servicio jurídico permanente del ministerio, o cuando sea necesaria la intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación, a cuyo fin podrá remitirse el expediente, (57) dado que de otra forma no podría realizarse el análisis pormenorizado y profundo de las circunstancias fácticas y legales del caso.

Con relación a las consideraciones jurídicas, es importante destacar que la Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho que los dictámenes deben atenerse a la jurisprudencia pacífica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así, deberá seguirse la interpretación que propicia esa jurisprudencia cuando, por ejemplo, es favorable al reclamo del particular, a los fines de evitar un dispendio jurisdiccional innecesario y, lo que resulta más grave, un daño patrimonial mayor a la Administración. (58) A estas razones valederas, habría que agregar dos más, a nuestro juicio: 1) por tratarse la Corte Suprema del intérprete final de la Constitución Nacional, y 2) para evitar que el agotamiento de la vía administrativa importe en los hechos únicamente una restricción temporal al acceso a la justicia.

III.3.1 Alcance del análisis jurídico

Siendo un análisis de las circunstancias fácticas del caso y de las consideraciones jurídicas aplicables, resultan excluidas las cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia, (59) las cuestiones políticas, (60) las fácticas que no pueda apreciar un servicio jurídico (61) y, por supuesto, las cuestiones técnicas que correspondan a otras ciencias o artes. (62) No obstante ello, el análisis jurídico debe comprender necesariamente también el análisis de la razonabilidad de los actos a dictarse. En tal sentido, Muratorio nos recuerda que "por razonable se entiende lo justo, proporcionado y equitativo, requiere la concurrencia de un fin público, circunstancias justificadas, adecuación del medio elegido al fin propuesto y ausencia de inequidad manifiesta". (63)

Tomás Ramón Fernández manifiesta, de manera acertada, que "es sencillamente imposible dar un solo paso en el debate jurídico sin acudir a la idea de lo razonable, sin manejar la lógica de lo razonable". (64) Coincide nuestra doctrina vernácula, al sostener —como lo hace Cassagne— que el criterio central del razonamiento jurídico "no se concibe entonces como una operación deductiva apreciada únicamente conforme el principio de legalidad, sin ocuparse de su carácter justo, razonable o aceptable". (65)

Precisamente, la legitimidad de los actos abarca tanto la legalidad, como la razonabilidad o justicia de los mismos, (66) siendo necesario, entonces, el análisis jurídico de ambos presupuestos. En efecto, el análisis de la razonabilidad de los actos administrativos que debe efectuar el asesor jurídico, resulta sumamente importante frente a las potestades discrecionales de la Administración o cuando nos encontramos de cara a los famosos "conceptos jurídicos indeterminados".

En primer lugar, es importante distinguir entre potestades regladas de la administración, y potestades discrecionales. Al respecto, la actividad reglada reduce a la Administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa, debiendo aplicar lo que la propia ley también ha determinado. (67) En cambio, la facultad discrecional requiere la necesidad de una valoración subjetiva de la propia Administración, al permitirle elegir entre una o más alternativas válidas, igualmente justas desde la perspectiva del Derecho. (68)

Dado que las alternativas deben ser justas, el dictaminante debe analizar esa justicia, esa razonabilidad. Y si bien —como sostiene Muñoz Machado— "la actuación discrecional consiste en definir con libertad lo que son intereses generales, o lo que conviene para la mejor satisfacción de los intereses generales ya definidos por el legislador sin

concretar totalmente las políticas que ha de seguir la Administración para atenderlos eficazmente", (69) lo cierto es que esta actividad discrecional debe ajustarse a derecho, o sea, ser justa, equitativa y razonable, dado que, aunque demás está decirlo, en modo alguno el ordenamiento jurídico tolera actos arbitrarios —injustos e irrazonables—. (70)

La Corte Suprema ha reiterado, en un pronunciamiento reciente, que "la circunstancia de que la entidad administrativa obrare en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco de la omisión de los recaudos que, para el dictado de todo acto administrativo, exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad —constituída por la legalidad y la razonabilidad— con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias". (71)

En efecto, el principio de interdicción de la arbitrariedad administrativa posee fundamento constitucional, dado que el art. 19 de nuestra Constitución Nacional establece que "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de los que ella no prohíbe", siendo aplicable a los funcionarios públicos, quienes tienen prohibido, por tal motivo, emitir actos administrativos contrarios a las leyes positivas, a la razón o a la justicia. Por otra parte, la prescripción contenida en el art. 28 de nuestra Carta Magna, que estatuye que "los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio", también da sustento a la prohibición de arbitrariedad, en la medida que si bien aparece concebida para las leyes, resulta extensiva a todos los actos de los distintos poderes públicos. (72) Finalmente, el derecho a la igualdad, consagrado en el art. 16 de nuestra Constitución, veda las conductas arbitrarias puntuales.

Por otra parte, el análisis jurídico que se efectúe en el dictamen también deberá valorar cada concepto jurídico indeterminado que resulte aplicable al caso. Si bien reconocemos que no resulta una tarea sencilla de afrontar, dado que estos presentan una estructura compleja, lo cierto es que no admiten más que una solución justa en cada caso determinado. (73) En tal sentido, no debe confundirse la actividad discrecionalidad con la técnica de interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados, aunque en muchas oportunidades estas dos técnicas se presenten en forma conjunta. Con relación a estos últimos, Grecco explica que "es compatible hoy sin mayor esfuerzo la idea de que las estructuras normativas encuéntrase constituidas de tal forma que los jueces y también los funcionarios administrativos no pueden fundamentar sus decisiones a través de la mera aplicación del mecanismo lógico de la subsunción en conceptos jurídicos fijos, cuyo contenido pueda ser descubierto mediante simples parámetros interpretativos, sin que, contrariamente, sea imprescindible, en mayor o menor grado, una cierta valoración autónoma (...) conceptos tales como idoneidad o reconocida aptitud, medidas necesarias, integridad moral o deshonestidad intelectual, perjuicio importante o retraso sensible, razonable rentabilidad, real jerarquía, necesidad anormal, urgente, imperiosa o súbita, no toleran su encuadramiento automático dentro del esquema prevenido por la norma". (74)

En este entendimiento, García de Enterría y Fernández sostienen que tales conceptos jurídicos indeterminados —como ser, para dichos autores, por ejemplo, necesidad pública, interés público, medidas proporcionales, justo precio, orden público— no permiten en su aplicación una pluralidad de soluciones justas, sino una sola solución para cada caso, que resulta de la valoración de las circunstancias reales determinadas, siendo en principio, un proceso reglado "que se agota con el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional". (75)

Puede presentarse, por lo tanto, un concepto jurídico indeterminado que deba valorarse —y aplicarse— a un caso concreto, sin que se encuentre autorizada la libertad de elección propia de la actividad discrecional. (76) Va de suyo que esta valoración, al igual que ocurre con la alternativa elegida que resulta de la decisión discrecional, debe efectuarse de manera razonable y lógica. En definitiva, dicha valoración es una apreciación jurídica que debe encuadrarse dentro del ordenamiento vigente, integrado, por supuesto, también por los principios generales del Derecho, (77) razón por la cual no puede escapar del análisis que debe contener el dictamen jurídico obligatorio.

3.3.2 El dictamen frente a la ley inconstitucional

Ahora bien, siendo el dictamen un análisis de una situación concreta y jurídicamente determinada, efectuada a la luz de las normas vigentes y de los principios generales que las informan, resulta importante precisar qué ocurre cuando las leyes vigentes son, a juicio del dictaminante, inconstitucionales.

En primer término, es incuestionable que la Administración debe someter su conducta a la ley y al Derecho, por imperio de la concepción de la separación de poderes propio de nuestro esquema republicano de gobierno, y del principio de legalidad propio del Estado de Derecho, que en nuestro ordenamiento reconoce la supremacía constitucional. (78) A su vez, como aclara Cassagne: "la mención al Derecho no constituye una fórmula aislada que prescribe la vinculación a la ley positiva, pues la Administración se encuentra también vinculada a los principios generales del Derecho". (79)

En tal entendimiento, la interpretación que el dictaminante deba hacer de las distintas normas jurídicas —como ser leyes y reglamentos— deberá realizarse siempre conforme a la Constitución, los Tratados Internacionales y los

principios Generales del Derecho. Si en este análisis, el asesor jurídico no encuentra una interpretación adecuada a este ordenamiento, no puede, bajo ningún motivo, apartarse del mismo y avanzar en la aplicación de una ley, reglamento o acto administrativo que repugne de manera evidente la legalidad de nuestro Estado de Derecho.

De esta forma, si en su análisis el servicio jurídico permanente reconoce la existencia de un reglamento nulo, de nulidad absoluta, por ser contrario a la Constitución, los Tratados internacionales o los principios Generales del Derecho, no debe aconsejar su aplicación mediante actos administrativos, sino más bien su inmediata revocación por razones de ilegitimidad, (80) aun a pesar de que el mismo se haya fundado en ley formal. Lo mismo debiera ocurrir si la aplicación a un caso concreto de un reglamento resulta a todas luces inconstitucional. En este último supuesto, también deberá recomendarse su revocación, dada la imposibilidad de la Administración de derogar de manera singular dicho reglamento. (81)

A su vez, si el dictamen se produce en el procedimiento de formación de ese reglamento, deberá en estos casos aconsejar que no se dicte el mismo y, de ser posible, la corrección del proyecto a los fines de encuadrarlo a Derecho. De igual manera, el dictaminante mediante su consejo también deberá intentar impedir el dictado —o ejecución— de actos administrativos nulos (82) o inconstitucionales, no obstante éstos estuvieren de acuerdo con reglamentos o leyes positivas o, peor aún, sean consecuencia directa del mandato de las mismas, si estas fueren manifiestamente inconstitucionales.

Por cierto, es evidente que el Poder Ejecutivo no puede derogar ni declarar la inconstitucionalidad de las leyes, (83) siendo una atribución propia del Poder Judicial. (84) A su vez, también es verdad que el poder Ejecutivo está obligado a ejecutar y cumplir las leyes. (85) No obstante ello, el Poder Ejecutivo tiene la atribución —como ha destacado Marienhoff desde la doctrina y desde su función de Procurador del Tesoro de la Nación— de no aplicar una ley que considera manifiestamente inconstitucional. (86)

La Procuración del Tesoro de la Nación ha reconocido esta facultad en casos en que es manifiesta e indudable la violación por parte del Congreso de facultades constitucionales propias del Poder Ejecutivo, y también cuando existen declaraciones de inconstitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, (87) e incluso en casos donde se han pronunciado en ese sentido instancias inferiores de la justicia. (88) También lo ha reconocido cuando la violación constitucional aparece de un modo indudable y manifiesto. (89)

La Corte Suprema, por el contrario, ha dicho en más de un precedente que, en estos casos, no corresponde al Poder Ejecutivo ejercer el control de constitucionalidad de una norma, actividad propia del Poder Judicial, y cualquier declaración de inconstitucionalidad que se realice en el seno de la Administración constituye una "indebida asunción de facultades judiciales". (90)

No obstante lo expuesto por el Alto Tribunal, compartimos el criterio sostenido por Marienhoff, y por otros muchos juristas, toda vez que —como explica Bidart Campos—, los órganos de la administración están obligados a respetar la supremacía constitucional cada vez que ejercen sus competencias, y si bien reconoce que no pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pueden en casos excepcionales dejar de cumplir normas o actos que vulneren en forma grosera y obvia la Constitución. (91)

Por tal motivo, coincidimos con Urrutigoity en cuanto señala que "aceptada la juricidad y supremacía de las normas constitucionales, que vinculan a todos los órganos de gobierno y habitantes en forma más fuerte de lo que pudiera hacerlo otra fuente del derecho positivo, ninguna duda puede haber de que, para no incurrir en supuestos de responsabilidad, más importante que la obediencia a la ley es la obediencia a la Constitución", (92) que surge, además, en forma expresa del principio de supremacía constitucional que consagra el art. 31 de la Constitución Nacional.

Comadira, al estudiar la posición de la Administración frente a las leyes inconstitucionales, señala que "no se puede marginar al Poder Ejecutivo de la función de proveer él también a la protección de la vigencia suprema de los valores contenidos en la Constitución nacional, cuando el plexo axiológico en ella recogido es afectado, ostensiblemente, por una disposición legal". (93) Para dicho autor, esa función, ínsita en cuanto compete a la Administración la gestión del bien común, "requiere el reconocimiento de la potestad de no aplicar, es decir, no ejecutar, las normas legales respecto de las cuales existan razones suficientes como para considerar fundadamente cuestionada su constitucionalidad". (94)

Conviene aclarar que la atribución de no aplicar una ley que se considera inconstitucional es excepcional, y debe realizarse con la mayor prudencia posible, en la medida que la obligación primaria del Poder Ejecutivo es cumplir la ley, en virtud del principio de división de poderes, que hace a la esencia de nuestro régimen constitucional. (95) Por tal motivo, de ser posible, siempre debe intentarse armonizar la ley con la Constitución Nacional, deber que por supuesto también es propio de los jueces. (96)

Por otra parte, no debe confundirse la inconstitucionalidad manifiesta y grosera de una norma, que como hemos visto permite al Poder Ejecutivo no aplicarla, con la categoría, reconocida por la propia Corte Suprema de la Nación, de leyes que se presumen inconstitucionales, siendo éstas últimas una categoría especial, en la cual se destacan los siguientes casos: a) Distinciones normativas basadas en categorías sospechosas, como ser la nacionalidad y el sexo de las personas, b) normas que violentan la libertad de expresión y c) Disposiciones que imponen el pago de una deuda ajena. (97) Desde ya que en estos casos de presunción de inconstitucionalidad de

leyes, el deber del Poder Ejecutivo de no aplicarlas es aún mayor, y evidente, debiendo asimismo procurar su inmediata derogación legislativa mediante el impulso del correspondiente proyecto de ley que derogue la norma inconstitucional, y en los casos particulares, propiciar la declaración judicial de inconstitucionalidad hasta tanto no haya sido derogada, a pesar de no aplicarla, en la medida que como señala Sammartino en un trabajo reciente, "la inobservancia razonada de la ley presuntamente inconstitucional, es la observancia de la Constitución y de los derechos fundamentales que ella reconoce". (98)

Siguiendo los lineamientos expuestos, el asesor jurídico debe analizar en su dictamen la constitucionalidad de las leyes que sirven de fundamento de los actos y reglamentos objeto de su estudio, pues al hacerlo estará analizando la constitucionalidad de estos últimos, debiendo aconsejar, como hemos dicho, su anulación, derogación o, según fuere el caso, su no dictado, si estos repugnan de manera manifiesta el ordenamiento legal, que reconoce la supremacía constitucional, la fuerza legal de los tratados internacionales por encima de las leyes positivas, y el profundo respeto por los principios generales del Derecho.

III.4 La finalidad del dictamen previo.

La Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que "el dictamen jurídico previo tiene una doble finalidad, por una parte constituye una garantía para los administrados, pues impide a la Administración el dictado de actos administrativos que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos sin la debida correspondencia con el orden jurídico vigente y, por la otra, evita probables responsabilidades del Estado, tanto en sede administrativa como judicial, al advertir a las autoridades competentes acerca de los vicios que el acto pudiera contener". (99)

Si bien corresponde que coincidamos con estas apreciaciones, debe destacarse que, en rigor, la finalidad de una función consultiva jurídica previa a la emisión de los actos administrativos no es otra que el apego a la legalidad por parte de la actuación administrativa, más allá de la eventual responsabilidad que pudiera evitarse si la fuerza técnica del dictamen disuadiera el dictado de un acto ilegítimo. Es que la obligación impuesta por la propia LNPA de requerir dictámenes jurídicos antes de la emisión de los actos administrativos constituye un importante control interno previo, que colabora con las decisiones de la Administración tendientes a la consecución del interés público, en el marco del respeto del principio de legalidad.

El interés público constituye la finalidad última de toda función estatal, que consiste, en definitiva, en la realización de la justicia, (100) y en este entendimiento, el dictamen jurídico previo contribuye a la emisión de actos justos y razonables. En este punto, vale la pena aclarar que el interés público no debe ser aquél perseguido por una administración en particular, sino el de toda la comunidad. (101)

El principio de legalidad y el respeto de los derechos fundamentales —junto a la separación de poderes y al control judicial— son piedras angulares del Estado de Derecho. Como apunta Schmidt-Assmann, la "función ordenadora y conformadora propia del Derecho exige que toda la actuación administrativa esté sometida al ordenamiento jurídico". (102) En este entendimiento, la producción de dictámenes jurídicos provenientes de los servicios permanentes de asesoramiento como requisito obligatorio de todo procedimiento tendiente a la emisión de actos administrativos, contribuye a exigir que cada conducta pública respete la legalidad, constituyéndose en un importante elemento de control interno, y una verdadera garantía para los particulares y la propia Administración, de la práctica concreta de ese Estado de Derecho.

III.5 La teoría de la subsanación

En primer término, es menester señalar que los actos nulos de nulidad absoluta no pueden, ni siquiera en el ámbito de la legislación civil, ser subsanados con posterioridad. Sin embargo, si bien la LNPA establece claramente que el dictamen debe producirse "antes de la emisión" del acto administrativo, (103) la Corte Suprema de la Nación ha sostenido que la exigencia del dictamen previo puede cumplirse en el trámite del recurso jerárquico deducido contra el acto que adoleció de dicha omisión. (104) En otros precedentes el Alto Tribunal sostuvo un criterio similar. (105)

La Procuración también ha adherido a este criterio en varias oportunidades, (106) y en otras opiniones consultivas incluso ha llegado a decir que la ausencia de dictamen es salvable si la cuestión en definitiva era arreglada a derecho. (107)

Al respecto, es importante destacar que la doctrina mayoritaria se inclina por rechazar de plano la teoría en cuestión. Así se ha pronunciado Linares, quien sostiene que la garantía de defensa en juicio debe respetarse y mantenerse en toda su plenitud. (108) Mairal, a su vez, considera que los requisitos de procedimiento constituyen el fundamento de la presunción de legitimidad de los actos administrativos. (109) Comadira, por ejemplo, considera que la teoría de la subsanación resulta una "lamentable orientación jurisprudencial". (110)

En este sentido, se ha dicho que "nunca la nulidad peticionada por vicios en el procedimiento de formación del acto administrativo es la nulidad por la nulidad misma. Ello así porque, a diferencia de lo que sucede en un litigio entre dos particulares, quien enfrenta a la Administración se enfrenta a la vez con una situación jurídica creada por ésta (...). Y, además, a resultas de esa situación jurídica, el particular debe obedecer el acto y soportar que la Administración lo ponga en práctica por sus propios medios. En otras palabras, debe convivir con las consecuencias que derivan de los dos caracteres esenciales del acto: su presunción de legitimidad y ejecutoriedad (art. 12, LNPA). Por tanto, el agraviado tiene más de una razón práctica para exigir la nulidad del acto que fue

dictado sin seguir un procedimiento esencial: la quita de ese acto del mundo jurídico implica para él la extinción de la aludida situación jurídica unilateralmente creada". (111)

Por su parte, la Procuración General de la Nación ha sostenido que "el incumplimiento por parte de la Administración de esa garantía fundamental [el derecho de defensa] no puede ser saneada a posteriori y en otra instancia, pues al ser requisito esencial para la validez del acto el concretar los procedimientos pertinentes —en el caso el debido proceso adjetivo— el acto ha quedado ya fulminado por un vicio esencial. El principio de legalidad que la Administración debe asegurar en forma preponderante impide que puedan disimularse en la instancia judicial tales apartamientos del ordenamiento jurídico que deben sancionarse sin hesitación a fin de prevenir la correcta actuación administrativa, evitando así la repetición de transgresiones a las normas jurídicas que inevitablemente debe cumplir pues devienen directamente de la Constitución Nacional y ningún organismo por peculiares que sean sus características puede ignorar". (112)

Es importante advertir que, de sostenerse la procedencia de la teoría de la subsanación, nunca podría declararse nulo un acto dictado a partir de un procedimiento viciado. En efecto, en estos casos, si en la revisión recursiva se descubriera la existencia de un vicio en algún otro elemento esencial —como el objeto o la causa—, la nulidad sería declarada en virtud de éste; por lo contrario, si no se detectara la existencia de ese vicio adicional, el acto se mantendría válido a pesar de la existencia del vicio en el procedimiento. Es decir, la Administración podría siempre prescindir del requisito previsto en el artículo 7º, inciso d) de la LNPA.

3.6 Propuestas para fortalecer su eficacia

Luego de las consideraciones efectuadas a lo largo de este trabajo, creemos necesario aportar tres propuestas para fortalecer la eficacia de la función consultiva jurídica que realizan los servicios permanentes de asesoramiento legal, en el ámbito nacional, a través de los dictámenes que emiten en el procedimiento de formación de los actos administrativos:

1) En primer término, como ya ha sido expuesto, el dictamen jurídico debiera ser obligatorio y previo a todo acto administrativo, con independencia de si llegare a afectar derechos e intereses de los particulares, en la medida que la función consultiva en derecho no sólo importa una garantía para al administrado, sino que representa una garantía y control de legitimidad —legalidad y razonabilidad— para la propia Administración pública y, por ende, contribuye a alcanzar el interés público, cuyo fin último es la realización de justicia.

2) En segundo lugar, si bien reconocemos la importancia de un cuerpo permanente de abogados del Estado, dirigido técnicamente por el Procurador del Tesoro de la Nación, que asesore a los órganos administrativos en forma previa, y de manera obligatoria, a la emisión de los actos administrativos, no consideramos adecuado que estas dependencias jurídicas tengan su posición orgánica —y por ende su vinculación administrativa (jerárquica y funcional)— en la estructura de los organismos a los que asesoran.

Como es sabido, las relaciones jerárquicas trasuntan para los órganos superiores el reconocimiento de importantes facultades, encontrándose, entre otras, la de dirigir e impulsar la actividad del órgano inferior, la facultad de vigilar y controlar sus actos y, la que consideramos más importante: la de designar y remover a los funcionarios inferiores. (113) No es difícil advertir que en la práctica administrativa las relaciones jerárquicas no permiten el grado de independencia funcional que requiere un órgano técnico que debe emitir su opinión jurídica sobre, nada menos, que la legitimidad del acto administrativo que el órgano decisor impulsa.

En rigor, no vemos la razón que justifique esta dependencia orgánica, dado que, en nuestra opinión, no es necesaria la vinculación jerárquica y funcional para trabajar en forma coordinada y profesional con el órgano al que debe asesorarse. Asimismo, si la intención es dotar a las dependencias jurídicas de un contacto permanente con la materia administrativa propia de la función del órgano decisor, no vemos inconveniente alguno en que los abogados del Estado constituyan delegaciones en cada organismo, pero manteniendo la relación orgánica y jerárquica con la Procuración del Tesoro de la Nación, y no únicamente técnica como ha sido previsto por la normativa actual. (114)

3) Finalmente, quisiéramos dejar planteado un interrogante que surge del análisis efectuado en este estudio, y apunta a repensar la vinculación entre el dictamen previo y el acto administrativo. En tal sentido, si el dictamen previo es un análisis jurídico que examina la legitimidad de los actos administrativos y, por ende, de la conducta estatal, no llegamos a comprender del todo las razones que justifican su carácter no vinculante. Es muy probable que entre tales razones se encuentren argumentos prácticos, como ser impedir que la administración de un país sea ejercida por los servicios jurídicos permanentes, o que estos entorpezcan el normal ejercicio de la función administrativa, además de algunos criterios que pueden derivarse de la propia naturaleza del dictamen, que al ser un consejo previo, formativo, no debiera generar efectos vinculantes al órgano decisor.

Sin ánimo de descartar estas atendibles razones, consideramos que cualquier valoración que se haga debe atender al bien mayor, o sea, al interés público, que debe ser siempre afianzar la justicia. Y si estamos de acuerdo con ello, y con el hecho de que la Administración debe respetar la legalidad, y consecuentemente, dictar actos verdaderamente legítimos, quizás sea hora de que el control previo que se ejerce con la opinión de los dictámenes jurídicos tenga mayor relevancia en las decisiones administrativas, más allá del peso propio de cada análisis técnico.

Una propuesta que, a nuestro criterio, podría ser considerada, sería la de otorgarle al dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico un efecto vinculante morigerado, que podría consistir en prohibirle al órgano decisor que pueda apartarse de las pautas que surjan de ese dictamen jurídico pero, a su vez, permitirle requerir, en todos esos casos, y como regla, la opinión de la Procuración del Tesoro de la Nación, cuando no comparta el consejo jurídico que su servicio permanente le ha dado y tenga intención de insistir con el dictado del acto no aconsejado. El dictamen que luego emita la Procuración, siendo el más alto asesor legal de la Administración, debiera sí ser vinculante.

Consideramos que esta propuesta fortalecerá la eficacia de los dictámenes, y su rol de contralor de los actos administrativos, en una faz que resulta de suma importancia: su formación. Y en todo caso, se trata de aportar ideas para reducir la arbitrariedad administrativa, que atenta siempre contra el bien común.

(1) Ley 19.549 (Adla, XXXII-B, 1752).

(2) Cfr. COMADIRA, Julio R. y MONTI, Laura, "Procedimientos Administrativos - Ley Nacional de Procedimientos Administrativos anotada y comentada", La Ley, Buenos Aires, 2002, pp. 62/63.

(3) Art. 1, inc. f, Ley 19.549 (Adla, XXXII-B, 1752). El derecho a ser oído implica la posibilidad de exponer las razones de las pretensiones y defensas de los particulares antes de la emisión de los actos que se refieran a sus derechos, mediante la interposición de recursos o reclamos. Se trata del derecho civil de peticionar ante las autoridades, reconocido expresamente en la Constitución Nacional (art. 14), y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que al igual que los convenios internacionales antes referidos, tiene jerarquía constitucional (art. 24). Para el ejercicio de ese derecho, es también importante y necesario el reconocimiento del derecho a ofrecer y producir en el expediente administrativo la prueba pertinente. El debido proceso adjetivo no se agota con la posibilidad cierta de ser oído y producir prueba, sino que requiere para su cumplimiento que la Administración decida en forma fundada la cuestión propuesta, debiendo considerar los principales argumentos expuestos por el particular, en tanto fueren conducentes para resolver el caso. Es importante aclarar que si bien el deber impuesto es de considerar sólo los argumentos principales expuestos, la decisión fundada debe decidir todas las peticiones formuladas por el particular, dado que de lo contrario podrían configurarse auténticas hipótesis de indefensión. Esta obligación ha sido expresamente considerada en el art. 7, inc. c, de la LNPA, que dispone como requisito esencial del acto administrativo que su objeto sea cierto y decida todas las peticiones formuladas, aunque claro está también pueda involucrar otras cuestiones no propuestas por el administrado. El deber de emitir una decisión administrativa fundada encuentra también su cimiento en la obligación de que todo acto contenga una motivación donde se exprese en forma concreta las razones que inducen a emitir dicho acto, sustentándose en los antecedentes de hecho y de derecho que le sirvieron de causa. En este entendimiento, una decisión que debe resolver una petición de un particular deberá valorar —y expresar— como antecedentes los hechos y el derecho aplicable, así como también las peticiones del administrado. Cfr. CASSAGNE Ezequiel, "El control de la inactividad formal de la Administración", LA LEY, 2010-C, 1090 y, del mismo autor, "El amparo por mora de la Administración", LA LEY, 2010-E, 881.

(4) Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. II, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 279.

(5) FIORINI, Bartolomé, "Derecho Administrativo", 2ª ed actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 457.

(6) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 250. Ver HUTCHINSON, Tomás, "Régimen de Procedimientos Administrativos", Astrea, 7ª ed. act., Buenos Aires, 2003, p. 89.

(7) COVIELLO, Pedro, "El Debido Procedimiento Adjetivo y el Procedimiento Administrativo", en AA.VV., "Cuestiones de Procedimiento Administrativo", RAP, Buenos Aires, 2006, p. 608.

(8) Siguiendo a los destacados juristas españoles Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández y Jesús González Pérez, CASSAGNE sostiene que "el procedimiento administrativo no es un acto complejo sino un complejo de actos, cada uno de los cuales tiene una vinculación jurídica propia, sin perjuicio de hallarse relacionados con los demás actos con los cuales tiene una vinculación común en mérito a la obtención de la finalidad de interés público que persigue la Administración", en CASSAGNE, "Juan Carlos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", La Ley, Prov. Buenos Aires, 2009, p. 250, con citas a GARCIA de ENTERRIA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", t. II, 2ª ed, Civitas, Madrid, 1981, pp. 368-369 y GONZALEZ PEREZ, Jesús, "Manual de Procedimiento Administrativo", 2ª ed, Civitas, Madrid, 2002, p. 75.

(9) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho Administrativo", t. II, 10ma. ed. act., La Ley, Prov. Buenos Aires, 2011, p. 3. Ver también MUÑOZ, Guillermo Andrés, en MUÑOZ - GRECCO, "Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo. Reflexiones en torno a los abogados del Estado", Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 485.

(10) SCHMIDT-ASSMANN Eberhard, "La teoría general del Derecho administrativo como sistema", Madrid, INAP-Marcial Pons, 2003, p. 361.

(11) Así, por ejemplo, la Corte Suprema ha declarado nulo de nulidad absoluta un contrato celebrado sin licitación previa, cuando ese procedimiento era requerido por ley. Ver al respecto: Fallos 310:2278.

(12) Cfr. Fallos 295:728, de fecha 02/09/1976. En este precedente, la Corte Suprema declaró la nulidad de una sanción disciplinaria en virtud de haber sido dictada con menoscabo del derecho de defensa, toda vez que "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 adecuada oportunidad de audiencia y prueba".

(13) Por ejemplo, los arts. 73 y 74 de la Ley 24.065 en el caso del sector eléctrico; los arts. 67 y 68 de la Ley 24.076 (Adla, LII-B, 1583) en el caso del servicio público del gas; y el artículo 30 del Decreto 1185/1990 en el caso del servicio de telecomunicaciones. Cfr. FONROUGE, Máximo, "Las audiencias Públicas", REDA, N° 24/26, Lexis Nexis, p. 183. Dicho autor sostiene que "la realización del procedimiento de AP no es de carácter obligatorio, a menos que así se encuentre establecido legal o reglamentariamente. Sin perjuicio de ello, cabe considerar cuál sería la consecuencia de no llevar a cabo el procedimiento de AP en los casos en que sea preceptiva su convocatoria. Al respecto, entendemos que la no realización de la AP en tales supuestos determinaría la nulidad absoluta del acto o reglamento que se emita en esas condiciones, por configurarse una violación en el elemento forma del acto al no haberse cumplido con los procedimientos esenciales previstos para la emisión del mismo". Ver también CASSAGNE, Juan Carlos, "La participación pública en el control de los servicios públicos", en RAP, núm. 250, p. 13. Para GORDILLO, en cambio, las audiencias públicas en materia de Servicios Públicos son siempre obligatorias. Ver GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", t. 2, Buenos Aires, 1998, p. X-12. Sin embargo, la Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal sostuvo, en el caso "Youssefian", que "la audiencia pública (...) constituye uno de los cauces posibles para el ejercicio de los derechos contemplados en el art. 42 de la Constitución Nacional. Ello pues, la realización de dicha audiencia no sólo importa una garantía de razonabilidad para el usuario y un instrumento idóneo para la defensa de sus derechos, un mecanismo de formación de consenso de la opinión pública, una garantía de transparencia de los procedimientos y un elemento de democratización del poder, sino que resulta una vía con la que pueden contar aquél para ejercer su derecho de participación, en los términos previstos en la citada norma constitucional, antes de una decisión trascendente", en "Youssefian, Martín c. Secretaría de Comunicaciones", LA LEY, 1998-D, 710 y ss. Cfr. también CASSAGNE, Ezequiel, "Algunas cuestiones jurídicas controvertidas en la renegociación de los contratos públicos", 2004, publicado en www.cassagne.com.ar.

(14) El art. 42 de la Constitución Nacional, incorporado con motivo de la reforma del año 1994, dispone, en lo pertinente, que "la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control". Esta cláusula es operativa. Así lo ha interpretado la jurisprudencia en los casos en que le ha tocado pronunciarse sobre el asunto. Cfr. CNFed. Contencioso Administrativo, Sala IV, caso "Youssefian" antes citado; y sentencia dictada el 23 de febrero de 1999 en "Unión de Usuarios y Consumidores c. Secretaría de Transporte y otros", LA LEY, 1999-E, 211 y ss.

(15) CANDA, Fabián, "El debido Proceso Adjetivo. La llamada Teoría de la Subsanción", AA.VV., en TAWIL Guido (dir.), "Procedimiento Administrativo", Abeledo Perrot, 2009, p. 150.

(16) Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. II, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 255.

(17) Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit. p. 318.

(18) Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando, "Tratado de Derecho Administrativo", t. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, p. 450; FERNANDEZ DE VELASCO CALVO, R., "El acto administrativo", p. 196; FIORINI, Bartolomé, "Derecho Administrativo", t. I, La Ley, Buenos Aires, 1968, p. 336.

(19) Ver MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit. p. 304. No obstante ello, el reconocido profesor aclara que hay casos en que la inobservancia de la forma establecida no acarrea la nulidad de acto, como ser: 1) cuando se hubiere observado otra forma más rigurosa y hubiere contribuido a mantener la idoneidad del acto, 2) cuando no se trate en rigor de una inobservancia sino más bien de una mera irregularidad, 3) cuando la inobservancia se relacione con la eficacia del acto y no con su validez (cuando no se hubiere cumplido con la notificación, por ejemplo), 4) cuando no obstante la omisión de la forma, el acto haya alcanzado el objeto a que estaba destinado, o 5) cuando se tratase del incumplimiento de formalidades meramente burocráticas. Ver. MARIENHOFF, M. S., ob. cit., p. 306. Compartimos con el autor las aclaraciones señaladas, salvo la cuarta, dado que en nuestra opinión su aplicación puede conducir a la inobservancia absoluta de las formas esenciales y, por ende, a su negación misma.

(20) Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., p. 484. El autor señala que "En los casos de duda acerca del alcance de una forma establecida o requerida por la norma, ha de estarse por el carácter esencial de ella, pues con tal

exigencia el Estado habríase apartado del principio de libertad formal del acto administrativo, exigencia que lógicamente debe atribuírsele un significado o alcance concreto".

(21) Barra sostiene, en una posición que compartimos, que "si el dictamen jurídico es esencial cuando se hallen comprometidos derechos de terceros, esto es así porque en el contenido de la decisión, en su elemento causa, se encuentra la aplicación o interpretación de una norma jurídica. De la misma manera, entonces, el dictamen consultivo tendrá la calidad de parte necesariamente integrante del procedimiento cuando la decisión consista en —y contenga en su causa— la aplicación de un mecanismo, o de una solución o de un procedimiento que involucre, con el mismo grado de compromiso que en el caso jurídico, cualquier ciencia, técnica o rama especial del arte o conocimiento, profesión u oficio especializado, naturalmente utilizando como fuente de producción un organismo de la Administración con el debido expertise, o, a falta de ello, recurriendo a los servicios de terceros ajenos a la propia Administración, contratados al efecto. Esta solución está prevista por el art. 7° d, LPA, cuando prescribe que, antes de la emisión del acto, deberán cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico". Ver BARRA, Rodolfo, "Administración y Actividad Consultiva", en AA.VV., Cuestiones de Procedimiento Administrativo, RAP, Buenos Aires, 2006, p. 537.

(22) Cfr. DIEZ, M. M., "Derecho Administrativo", t. I, Plus Ultra, Cap. Fed, 1974, p. 184.

(23) BIELSA, Rafael, "Ciencia de la Administración", 2ª ed. act, Depalma, Buenos Aires, 1955, p. 265.

(24) Cfr. BIELSA, R, "Ciencia de la Administración", 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1955, p. 266.

(25) Cfr. BIELSA, Rafael, "Ciencia de la Administración", 2ed. act, Depalma, Buenos Aires, 1955, p. 265. Ver también MURATORIO, Jorge, "El dictamen jurídico en la Administración Pública", Revista de Derecho Administrativo, Año 14, Lexis Nexis, 2002, p. 536.

(26) Ver la Ley 27 (Adla, 1852-1880, 354) del año 1862 que creó al Fiscal General de la Nación, y la ley 74 del año 1863 que dio origen a la figura del Procurador del Tesoro de la Nación. También ver la ley 12.954 (Adla, IV-213) del año 1947, por la cual se creó el Cuerpo de Abogados del Estado. Finalmente, con la ley 24.667 el Procurador del Tesoro de la Nación es un órgano desconcentrado dependiente en forma directa del Presidente de la Nación.

(27) Cfr. Ley 12.954, y Ley 17.516 (Adla, XXVII-C, 2812) y modificatorias, por dec. 1265/1987.

(28) Cfr. art. 92 Dec. 1759/72 (t.o. 1991) (Adla, LI-D, 3946), t.o. Dec. 1883/91 (Adla, LI-D, 3946) (RLNPA).

(29) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho Administrativo", t. I, 10ª ed., La Ley, Prov. Buenos Aires, 2011, p. 250. Es interesante destacar que el mismo autor ha sostenido que "el deber de velar por el recto procedimiento administrativo —que no excluye la colaboración— es evidente que no se agota en las funciones de asesoramiento en el caso particular sometido a consulta sino que exige una gestión activa de corrección de las deficiencias generales o particulares que pueden presentarse, promoviendo el dictado de los actos administrativos conducentes a tal finalidad", en CASSAGNE, J. C., "Función y Organización de los asesores jurídicos del Estado", ED, 57-832.

(30) Art. 6 de la ley 12.954 (Adla, IV-213) y art. 4 del Decreto N° 34.952/47. Cfr. CITARA Rubén, "La Procuración del Tesoro de la Nación. Funciones que desempeña", en AA.VV., "Control de la Administración Pública", ed. RAP, Bs. As. 2003, p. 462.

(31) LUQUI, J. C., "El dictamen jurídico", JA, 1954-IV-44.

(32) VILLEGAS BASALVIBASO, Benjamín, "Derecho Administrativo", t. II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1950, pp. 284-285.

(33) Es esa misma la definición de acto jurídico que da nuestro Código Civil en su art. 944.

(34) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho Administrativo", t. I, 10ª ed., La Ley, Prov. Buenos Aires, 2011, p. 251.

(35) Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. I, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 103.

(36) BARRA, Rodolfo, "Administración y Actividad Consultiva", en AA.VV., Cuestiones de Procedimiento Administrativo, RAP, Buenos Aires, 2006, p. 542.

(37) Cfr. BARRA, Rodolfo, "Administración y Actividad Consultiva", en AA.VV., "Cuestiones de Procedimiento Administrativo", RAP, Buenos Aires, 2006, p. 533.

(38) El derecho a ser oído implica la posibilidad de exponer las razones de las pretensiones y defensas de los particulares antes de la emisión de los actos que se refieran a sus derechos, y no se agota con la posibilidad de interposición de recursos o reclamos. Se trata del derecho civil de peticionar ante las autoridades, reconocido expresamente en la Constitución Nacional (art. 14), y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que al igual que muchos otros convenios internacionales, tiene jerarquía constitucional (art. 24).

(39) Todo ciudadano tiene el derecho de acceder a cierta actuación para evaluar si el acto a dictarse puede afectarle en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, o simplemente para conocer el contenido de un expediente (pretensión fundada en los principios de publicidad y transparencia de toda actuación administrativa conforme lo dispuesto en el Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional aprobado por Decreto 1172/2003).

(40) Art. 7 de la ley 19.549 (Adla, XXXII-B, 1752).

(41) Cfr. MURATORIO, Jorge, "El dictamen jurídico en la Administración Pública", Revista de Derecho Administrativo, Año 14, Lexis Nexis, 2002, pp. 544/45.

(42) Dictámenes 164:434, 255:390, 259:388. Ello también surge de lo dispuesto en el art. 5° de la ley 12.954.

(43) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho Administrativo", t. I, 10ª ed., La Ley, Prov. Buenos Aires, 2011, p. 503 y ss. Para este autor, la potestad también es un poder jurídico, pero genérico, no debiéndose confundir con el derecho subjetivo que consiste en un poder concreto que se refiere a un sujeto determinado o cosa particular.

(44) Cfr. GARCIA de ENTERRIA Eduardo y FERNANDEZ Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", t. II, 7ed, Civitas, Madrid, 2000, p. 39 y ss. Estos autores reconocen, a su vez, que las últimas reformas legislativas en el contencioso francés tienden a aproximar el recurso por exceso de poder al de plena jurisdicción, admitiéndose también, por ende, las condenas de hacer a la Administración propias de este último proceso.

(45) Cfr. GARCIA de ENTERRIA Eduardo y FERNANDEZ Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", t. II, 7ª ed, Civitas, Madrid, 2000, p. 55. Los autores sostienen que "ese derecho subjetivo se revela en la atribución por el ordenamiento de una acción impugnatoria, cuya titularidad y consiguiente disponibilidad ostenta a partir de ese momento plenamente. Que del ejercicio de esta acción dirigida a la protección y restauración de su círculo vital injustamente perturbado, puedan derivarse consecuencias (beneficiosas o perjudiciales) para terceros como consecuencia de la trascendencia de la actuación administrativa eliminada, resulta accidental. La acción y, consiguientemente, el derecho, no están dirigidos a purificar por razones objetivas la actuación administrativa, sino la defensa de los propios intereses".

(46) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Función y organización de los asesores jurídicos del Estado", ED, 57-862.

(47) MURATORIO, Jorge, "El dictamen jurídico en la Administración Pública", Revista de Derecho Administrativo, Año 14, Lexis Nexis, 2002, p. 548.

(48) CNCAF, Sala II, 04/05/2000, "American Airlines Inc. c/Secretaría de Comercio e Inversiones -Disp. DNCI 1085/99".

(49) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", cuarta edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, t. II, p. 483. CASSAGNE, Juan Carlos, "Ley Nacional de Procedimientos Administrativos — comentada y anotada", cit., p. 359. COMADIRA, Julio R., "Procedimientos Administrativos— Ley Nacional de Procedimientos Administrativos anotada y comentada", cit., t. I, p. 308 y ss. GORDILLO, Agustín y DANIELE, Mabel, "Procedimiento administrativo", cit., p. 200.

(50) CSJN: "Braun y Linder", Fallos 239:51; "Secchi, Antonio" Fallos 239:142, Sudamericana de Intercambio", Fallos: 306:1138, entre muchos otros.

(51) CNCAF, Sala IV, "Binaghi", sentencia del 24/12/1985; Sala I, "Benítez, Manuel", sentencia del 9/12/1999; Sala I, "Gramajo, Raúl Ambrosio", sentencia del 12/5/2000; Sala V, "AADI CAPIF", sentencia del 5/3/2001; entre muchos otros.

(52) Cfr. Dictámenes 74:391.

(53) Cfr. Dictámenes 223:200; 235:308; 254:389; 233:92; 236:91; 240:343; 241:184; 254:554; 266:84. Ver también el voto del Dr. Pedro Coviello en: CNCAF, Sala I, in re: "EN-M° y OSP c. Battioni, Julio César s/proceso de conocimiento", de fecha 31-8-2006.

(54) Cfr. Dictámenes 203:148, 258:89.

(55) Cfr. Dictámenes 197:61, 271:24, 626:566.

(56) Cfr. Art. 18 Decreto 1883/91. Cfr. HUTCHINSON Tomás, Régimen de Procedimientos Administrativos, 7ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 221.

(57) Cfr. art. 18, in fine, Decreto 1883/91.

(58) Cfr. MURATORIO, Jorge, "El dictamen jurídico en la Administración Pública", Revista de Derecho Administrativo, Año 14, Lexis Nexis, 2002, p. 555.

(59) Dictámenes 105:120, 125:273, 172:036, 249:585, 248:308, entre varios.

- (60) Dictámenes 234:235.
- (61) Cfr. Dictámenes 206:364, 207:578 y 217:244, entre varios.
- (62) Dictámenes 204:47, 207:508, 222:157 y 236:375, entre otros.
- (63) Cfr. MURATORIO, Jorge, "El dictamen jurídico en la Administración Pública", Revista de Derecho Administrativo, Año 14, Lexis Nexis, 2002, p. 553.
- (64) FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "De la Arbitrariedad de la Administración", Civitas, Madrid, 1994, p. 216.
- (65) CASSAGNE Juan Carlos, "El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa", Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 189.
- (66) Cfr. CASSAGNE Juan Carlos, "El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa", Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 119.
- (67) Cfr. GARCIA de ENTERRIA Eduardo y FERNANDEZ Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", t. I, 8 ed., Civitas, Madrid, 1997, p. 444.
- (68) Cfr. GARCIA de ENTERRIA Eduardo y FERNANDEZ Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", t. I, 8ª ed., Civitas, Madrid, 1997, p. 449 y ss.
- (69) Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General", t. I, Thompson Civitas, 1ª ed., Madrid, 2004, p. 519. Por su parte, Balbín señala que "la actuación discrecional del Ejecutivo en el ejercicio de sus funciones no es un espacio enteramente privilegiado, porque éste no puede resolver libremente en términos absolutos sin de acuerdo con el marco normativo que reconoce comúnmente un grado de libertad, pero, insistimos, dentro de ciertos límites. Claro que en el marco de las potestades regladas el arbitrio estatal es mucho menor o, según el caso, casi inexistente", en BALBIN, Carlos, "Tratado de Derecho Administrativo", t. I., La Ley, Prov. Buenos Aires, 2011, p. 806.
- (70) Al respecto, SCHMIDT-ASSMANN sostiene que "la Administración no elige libremente una opción determinada, ya que, como poder en todo momento dirigido por el Derecho, debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actuación, ponderándolos autónomamente en el marco de la habilitación actuada. Estos parámetros están constituidos, en primer lugar, por los objetivos o fines deducibles de la programación contenida en la ley y que, en ocasiones —sobre todo cuando se trata de normas de programación final—, se recogen expresamente en aquélla en forma de directrices para el ejercicio del poder discrecional atribuido. A estos parámetros se unen los de la Constitución, en particular los derechos fundamentales y los principios de proporcionalidad y de igualdad, así como los cada vez más precisos mandatos establecidos en el Derecho de la Unión Europea", en SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, "La teoría general del Derecho administrativo como sistema", Madrid, INAP-Marcial Pons, 2003, p. 221.
- (71) CSJN, en "Silva Tamayo Gustavo Eduardo c. EN - Sindicatura General de la Nación - Resol. 58/03 459/03 s/empleo público". Sentencia del 27/12/2011. Ver también Fallos: 307:639 y 320:2509. A su vez, es interesante el desarrollo que la Corte hace sobre el ejercicio de facultades discrecionales en materia de asignación de publicidad oficial, en la famosa causa "Editorial Río Negro" (Fallos: 320:1191) y en la causa "Perfil", esta última in re "Perfil c. Estado Nacional s/amparo", CSJN, sentencia del 2 de marzo de 2011. En ambos precedentes se establece que, aunque la selección de los medios de prensa para efectuar la pauta oficial trasunta una facultad discrecional, no puede ser ejercida en forma arbitraria.
- (72) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa", Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, pp. 198 y 201.
- (73) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa", Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 185.
- (74) CRECCO, Carlos Manuel, "La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa", en MUÑOZ - GRECCO, "Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo", Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 727.
- (75) Cfr. GARCIA de ENTERRIA Eduardo y FERNANDEZ Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", t. I, 8ª ed., Civitas, Madrid, 1997, pp. 450/51.
- (76) Sesín señala que "el concepto jurídico indeterminado sólo presupone en su concreción una solución justa, es fácil inferir que se opone contundentemente a la discrecionalidad, cuya esencia es la libertad de elección entre varias alternativas igualmente válidas", en SESÍN, Domingo J., Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica, 2ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 182.
- (77) Cfr. SESIN, Domingo J., "Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica", 2ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 340.
- (78) Cfr. art. 31 CN.

(79) Cfr. CASSAGNE Juan Carlos, "El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa", Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 48. No obstante ello, el autor sostiene que "como la mayoría, si no la casi totalidad de los principios generales que se vinculan con el principio de legalidad, tienen su anclaje positivo, expreso o implícito, en textos constitucionales, no puede plantearse duda alguna acerca de su prevalencia sobre las leyes y reglamentos, en atención a la jerarquía de ley suprema que posee la Constitución (art. 31 CN)."

(80) Los reglamentos administrativos son actos esencialmente revocables. Al respecto, el art. 83 del RLNPA establece que "los actos administrativos de alcance general podrán ser derogados, total o parcialmente, y reemplazados por otros, de oficio o a petición de parte y aun mediante recurso en los casos en que éste fuere procedente. Todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de las normas anteriores y con indemnización de los daños efectivamente sufridos a los administrados".

(81) Cassagne sostiene que "la Administración no puede derogar singularmente, por un acto administrativo, un reglamento, ya fuere éste de ejecución, delegado, autónomo o de necesidad o urgencia (...) ya que ello violaría la garantía de la igualdad ante la ley", en CASSAGNE, Juan Carlos, "Curso de Derecho Administrativo", t. I, 10ª ed., La Ley, Prov. Buenos Aires, 2011, pp. 550/51.

(82) Téngase en cuenta que el art. 17 de la LNPA prescribe que "El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad".

(83) Ver arts. 1, 44, 99 inc. 2, 108, 109 y 116 de la C.N.

(84) Ver. arts. 116 y 117 de la C.N.

(85) Ver arts. 1, 31, 99 inc.2 de la C.N.

(86) Cfr. Dictámenes 84:102; MARIENHOFF M. S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. I, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 430.

(87) Cfr. Dictámenes 159:83, 168:28, 168:282, 192:144, 236:25, 251:339, entre otros.

(88) Cfr. Dictámenes 101:87, 192:144, 251:339 y 186:140.

(89) Cfr. Dictámenes 239:285, 250:52 y 251:224, 207:037, 239:285.

(90) CSJN, Fallos, 269:243, 298:511 y 311:460, entre otros.

(91) Cfr. BIDART CAMPOS, Germán, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", t. I, ed. Ediar, 1986 p. 102; Sagüés coincide con esta postura, dado que entiende que "si la inconstitucionalidad de una ley es grosera y obvia, el Poder Ejecutivo debe reputarla contraria a la Ley Suprema, e inaplicarla", en SAGÜÉS, Néstor P, "Derecho Procesal Constitucional, Recurso extraordinario", t. I, 4ª ed., Astrea, 2002, p. 240; Cfr. BIDEAIN, Carlos M., "El control de constitucionalidad y la Procuración del Tesoro", en "120 años de la Procuración del Tesoro. 1863-1983", PTN, 1983. En su ya clásica obra "Introducción al Derecho Administrativo, de 1962, Gordillo sostenía que el Poder Ejecutivo podía y debía apartarse de la legislación sólo cuando la inconstitucionalidad de la misma se encontrare razonablemente demostrada. No obstante ello, años después el autor ha cambiado su criterio, ya que en la actualidad sostiene que la Administración no puede incumplir la ley inconstitucional. En las últimas ediciones de su "Tratado de Derecho Administrativo", Gordillo ha manifestado que su cambio de opinión es consecuencia de la posición que luego han adoptado Marienhoff y Bidart Campos, a quienes considera "tradicionalmente partidarios de la extensión de las facultades ejecutivas", advirtiendo, sin entrar en consideraciones, que su criterio expuesto en el año 1962 ha sido utilizado por dichos autores de modo "cesarista". Cfr. GORDILLO, Agustín, "Introducción al Derecho Administrativo", 1ed, Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 64 y ss.; y del mismo autor, "Tratado de Derecho Administrativo", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009, VII-14/15 y VII-24.

(92) URRUTIGOITY, J., "Consideraciones sobre el principio de juridicidad de la Administración y sus fuentes, a la luz de las nuevas disposiciones constitucionales", en Derecho Administrativo (Obra colectiva en Homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff), dirigida por CASSAGNE, Juan Carlos, AA.VV., Abeledo Perrot, 1998, p. 332.

(93) COMADIRA, J., "La posición de la Administración pública ante la ley inconstitucional", Revista de Derecho Administrativo, N° 1, Año 1, Abeledo Perrot, 1989, p. 161.

(94) COMADIRA, J., ob. cit., p. 161.

(95) Cfr. Dictámenes 239:285, 250:52, 251:224, 254:277, 176:116.

(96) Cfr. CSJN Fallos 112:63, 209:337, 245:552, 264:364, entre muchos otros. Ver URRUTIGOITY, J., "Consideraciones sobre el principio de juridicidad de la Administración y sus fuentes, a la luz de las nuevas disposiciones constitucionales", en Derecho Administrativo (Obra colectiva en Homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff), dirigida por CASSAGNE, Juan Carlos, AA.VV., Abeledo Perrot, 1998, p. 335.

(97) Cfr. BUTELER, Alfonso, "Presunción de inconstitucionalidad y derecho administrativo", LA LEY, 2011-C, 705 y ss.

(98) SAMMARTINO Patricio, "El Principio de Competencia en el Estado Constitucional de Derecho Contemporáneo. Alcance y límites", en AA.VV., "Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público", RAP, Buenos Aires, 2012, p. 278.

(99) Dictámenes 272:50.

(100) Cfr. BIELSA, R., "Derecho Administrativo", t. I, La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 180; CASSAGNE, J C., "Derecho Administrativo", t. I, 7ª ed., Lexis Nexis, Prov. de Buenos Aires, 2002, p. 60.

(101) Ver CASSAGNE, Ezequiel, "Las medidas cautelares contra la Administración", en AA.VV., "Tratado General de Derecho Procesal Administrativo", t. II, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 369. Al respecto, ESCOLA sostiene que "en ciertas ocasiones, sobre todo en regímenes políticos de sustancia totalitaria, se suele hablar del interés público "del pueblo", como una totalidad ideal, o de un interés público que es definido y precisado por el gobierno, por la administración pública, por el Estado, por el partido gobernante, por el monarca, o por el Jefe de Gobierno, conductor o leader de turno ... podrá darse la presencia de un interés, en cuanto se trata y consiste en una cosa o un bien a los que se considera valiosos, y que son queridos y pretendidos por quien los propone y define. Pero nunca podrá sostenerse, con propiedad, que ese interés sea un interés público, pues faltará esa coincidencia mayoritaria de intereses individuales que es la que otorga aquel carácter. Podrá hablarse, entonces, de un interés del Estado, del partido, del gobierno, de la administración pública, etc. Pero no de un interés público, condición que no adquiriría ni aun cuando ese interés, al que no se ha trepidado en llamar a veces superior, pudiera ser impuesto coactivamente a toda la comunidad: es que el interés público es sólo el resultado de querer voluntaria y libremente formulados, y nunca impuestos forzosamente a los componentes de la comunidad...", en ESCOLA, Héctor J., "El Interés Público", Depalma, Buenos Aires, 1989, pp. 240/41.

(102) SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, "La teoría general del Derecho administrativo como sistema", Madrid, INAP – Marcial Pons, 2003, p. 55.

(103) Art. 7, inc. d). de la Ley 19.549.

(104) C.S.J.N, in re "S.A. Duperial, S.A. I.C c. Estado Nacional (Ministerio de Trabajo de la Nación)", de fecha 25/10/79, Fallos 301:953.

(105) Ver, por ejemplo, Fallos 310:272. Ver también Fallos 310:370.

(106) Dictámenes 151:659 y 198:101.

(107) Dictámenes 220:44. Ver desarrollo que se hace sobre la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación en este tema, en COMADIRA, Julio R. y MONTI, Laura, "Procedimientos Administrativos - Ley Nacional de Procedimientos Administrativos anotada y comentada", La Ley, Buenos Aires, 2002, pp. 318/19.

(108) LINARES, Juan F., "La garantía de defensa ante la Administración", LA LEY, 142-1137 y 87-875.

(109) MAIRAL, H., "Los vicios del acto administrativo y su recepción por la jurisprudencia", LA LEY, 1989-C, 1014.

(110) COMADIRA, Julio R., "Procedimientos Administrativos", cit. p 317 y ss.

(111) CANDA, Fabián O., art. cit.

(112) Dictamen de la Procuración General en CSJN Fallos 301:410.

(113) Hemos obviado, a propósito, la facultad, propia del principio de jerarquía, que permite la avocación por parte del órgano superior del dictado de actos que corresponden a la competencia del órgano inferior, porque esta posibilidad no es admisible cuando la competencia hubiera sido atribuida al órgano inferior en virtud de una idoneidad especial, como es el caso de la competencia que tienen los servicios jurídicos permanentes de asesoramiento jurídico para emitir el dictamen previo a la formación de un acto administrativo.

(114) Un ejemplo de la independencia funcional que se propone se encuentra en la Provincia de Buenos Aires. En esta Provincia, la función consultiva legal interna es ejercida por el órgano Asesoría General de Gobierno, que tiene a su cargo el asesoramiento jurídico del Poder Ejecutivo y de todos los organismos que integran la Administración Pública Provincial. La ley 8019, del año 1973, dispuso que en cada Ministerio deberá funcionar una delegación de la Asesoría General de Gobierno, pudiendo crearse otras delegaciones o subdelegaciones en las entidades centralizadas o descentralizadas cuando se estime conveniente por razones de servicio. Estas delegaciones integran la Asesoría General de Gobierno y, por ende, no integran los Ministerios o Entidades donde cumplen sus funciones. De hecho, la propia normativa dispuso, en aquel entonces, que las oficinas jurídicas, asesorías letradas y toda otra dependencia cuya función sea la de emitir dictámenes, informes, opiniones jurídicas u otras funciones similares pasen a integrar la Asesoría General de Gobierno. La ley de Ministerios Nro. 13757, si bien derogó el régimen anterior, no modificó estas facultades del Asesor de Gobierno.
