

I. REFLEXIONES ACERCA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA. GARANTÍAS JURÍDICAS EN EL PROCEDIMIENTO, EL CONTROL JUDICIAL Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Dra. Miriam M. IVANEGA

Sumario: 1. Evolución del Derecho administrativo en la República Argentina. 1.1 Introducción. 1.2 Particularidades del Derecho Administrativo argentino. El impacto de la reforma constitucional de 1994. 2. El procedimiento administrativo: Avances de su regulación en clave de garantía. 2.1 Comentarios de la regulación normativa. a) El decreto-ley 19549. b) La normativa vinculada al acceso a la información pública y a la participación ciudadana. 2.2 La tutela administrativa efectiva y la reinterpretación de los principios generales del procedimiento administrativo en la jurisprudencia de la CSJN. a) El alcance del principio. El caso «Astorga Bracht». b) El principio del plazo razonable en el procedimiento administrativo. c) Criterios jurisprudenciales acerca del acceso a la información y la participación ciudadana. 3. El control judicial de la Administración Pública: Fortalezas y debilidades. 3.1 Características generales. 3.2 El agotamiento de la instancia administrativa. 3.3 Comentarios acerca las medidas cautelares. 4. La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. 4.1 Síntesis de la evolución de la responsabilidad patrimonial estatal. 4.2 La Ley 26.944. Aciertos y desaciertos. a) La responsabilidad por actividad ilegítima. La regulación imprecisa de la omisión. b) La responsabilidad por actividad legítima. 5. Breves reflexiones acerca de las perspectivas evolutivas del Derecho administrativo.

1. EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

1.1 INTRODUCCIÓN

SE ha indicado que el derecho administrativo argentino «es el más desarrollado de Latinoamérica» y que los autores argentinos son citados en el resto del continente cuyos tratados son más numerosos y tanto o más extensos que los france-

I. REFLEXIONES ACERCA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA REPÚBLICA...

ses. (1), percepción que –aun cuando pudiera no coincidirse totalmente con ella– deja entrever la imposibilidad de abarcar en estas páginas la evolución y el desarrollo del procedimiento administrativo, el control judicial de la Administración y la responsabilidad del Estado.

Por ello, hemos de abordar algunas de las características de esas instituciones, considerando principalmente las garantías jurídicas involucradas, con los aportes que la jurisprudencia y la doctrina han realizado en cada caso.

En ese plano entonces, hemos de recordar los primeros pasos de la disciplina reflejados en los estudios científicos y remitirnos a Benjamín Villegas Basavilbaso, que en el prólogo a la edición de 1964 del Tratado de Derecho Administrativo de Miguel Marienhoff, refiere al libro de Ferreira Ramón (Derecho Administrativo General y Argentino, de 1866) como primigenio de la disciplina en la República Argentina, destacando que desde aquella época el derecho administrativo se presentaba como un derecho *in fieri* «agravada su sistematización científica no solamente por las incesantes leyes y decretos-leyes que la dificultan, sino también por las profundas transformaciones políticas, económicas, sociales y tecnológicas del Estado». Allí reconoce que habían pasado las épocas en las que era considerado como una mera legislación administrativa sujeta a la escuela de la exégesis, donde el ámbito propio se lo disputaban el derecho constitucional y el derecho civil, pues se trataba de una disciplina incuestionable cuya jerarquía como ciencia jurídica no podía ser discutida. Por ello, no puede concebirse un Estado de Derecho sin derecho administrativo, por aquel «pone valladares a la arbitrariedad y al despotismo. Su desconocimiento o violación implica el retorno al Estado de policía que es la negativa de la libertad y de los derechos humanos» (2).

Ya en las disposiciones del Código Civil que había sido sancionado en 1869 existían remisiones al derecho administrativo en caso de arrendamientos de bienes nacionales, provinciales, municipales o de establecimientos de utilidad pública y restricciones al dominio privado por interés público (arts. 1502 y 2611)(3) lo que muestra, aun con esfuerzo, la identidad que iba adquiriendo.

En sus inicios, la disciplina era mirada con recelo y hasta con desprecio como lo identifica Mairal al citar a José Manuel de Estrada cuya crítica apuntaba a que se trataba de «una faz enfermiza del derecho moderno», llegando a sostenerse que ni siquiera era moderna pues, «aun después de estar en vigor la Constitución de 1853, continuaba aplicándose, en algunas materias administrativas, la Real Ordenanza de Intendentes de 1782» (4).

(1) MAIRAL Héctor, «El Derecho Administrativo y la Decadencia Argentina», Conferencia brindada al incorporarse como Académico de Número a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en sesión pública del 22 de agosto de 2012, <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/15Mairal12.pdf>

(2) VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, «Prólogo al Tratado de Derecho Administrativo de Miguel S. Marienhoff», tomo I, quinta edición actualizada, reimpresión, Buenos Aires, 2000, pp. 7-8.

(3) BLABIN, Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2008, pp. 10-13

(4) MAIRAL, Héctor, *op. cit.*, p. 15 ss. Este autor, indica que Juan Bautista Alberdi previó el futuro cuando advertía en sus Bases y Puntos de Partida para la Organización Nacional: «no dejemos que el derecho administrativo europeo conculque las libertades que nuestra Constitución nos debe garantizar».

Además de la obra de Ramón Ferreira, se reconocen como precursores de la doctrina administrativista argentina a Juan Bautista Alberdi (Derecho público provincial, 1856), Vicente Fidel López (Escritos, 1870), Lucio V. López (Derecho administrativo argentino, 1902) y Adolfo Horma (Conferencias sobre derecho administrativo, 1902-1914).

Luego, las obras generales de juristas de la talla de los profesores Villegas Basalvilbaso, Bielsa, Diez, Marienhoff, Gordillo, Fiorini, Linares, Cassagne forjaron un camino de excelencia académica que trascendió las fronteras del país. El incesante desarrollo de la disciplina se ve reflejado en la cantidad de obras, producto de medulosas investigaciones de eminentes profesores en todo el país, que a través del tiempo realizaron y realizan aportes con aires renovados.

1.2 PARTICULARIDADES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO. EL IMPACTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Destacamos tres de las características del derecho administrativo en la República Argentina: su carácter local por la estructura federal de gobierno; las fuentes históricas de la Constitución Nacional (CN) y el modelo del control judicial; el rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).

El federalismo argentino convierte a la disciplina en un derecho local, un derecho provincial (5). De acuerdo a la estructura constitucional, las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación al constituir la unión nacional y son preexistentes a ella. Uno de los poderes reservados y no delegados es el de legislar en materia administrativa, es decir darse y regirse por sus propias instituciones locales.

Ahora bien, sin perjuicio de los poderes no delegados por las provincias, para cumplir con los fines que la Constitución puso a su cargo, la Nación goza de todas las potestades de carácter administrativo, del mismo modo que, en sus ámbitos, lo hacen las provincias. Puede comprobarse entonces la repercusión que ello tiene en la distribución de competencias, pues habrá materias administrativas cuya legislación será de resorte exclusivo de las provincias (el uso de los bienes de dominio público) otras en las que la Nación será competente (Policía sanitaria animal cuan-

(5) El carácter local también comprende a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A partir de la reforma constitucional del año 1994 la Ciudad de Buenos Aires adquirió el status constitucional que se expresó en el artículo 129 CN: «La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad». La CSJN confirmó recientemente que «la asignación de competencias en el sistema federal no implica, por cierto, subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin; por lo cual no debe verse un enfrentamiento de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes (...). El armónico desenvolvimiento del sistema federal de gobierno depende de la buena fe, de la coordinación y de la concertación recíproca entre los distintos estamentos de gobierno (Nación, Provincias, Ciudad de Buenos Aires y municipios), pues esos principios constituyen el modo razonable para conjugar los diferentes intereses en juego y encauzarlos hacia la satisfacción del bien común (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti)». Fallo CSJN «Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires C/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) S/Acción Declarativa de Inconstitucionalidad», del 4 de mayo de 2021

do el interés público protegido sea de orden nacional) y finalmente existirán materias en las que se presente concurrencia de competencias (Disponer una expropiación por utilidad pública) (6).

Desde la perspectiva constitucional, los lineamientos básicos de la estructura político institucional del país son de inspiración norteamericana, motivo por el cual la doctrina y la jurisprudencia de ese origen tuvo especial influencia en el derecho constitucional. En cambio, el derecho administrativo abrevó tradicionalmente en la doctrina francesa y española, con aportes de la italiana y la alemana.

Esta particularidad imprimió a la disciplina de características propias, pues del derecho norteamericano se adoptó el juzgamiento de la Administración por parte del Poder Judicial (que en el ámbito nacional y en la mayoría de las provincias están a cargo de tribunales con competencias en lo contencioso administrativo) y del derecho continental europeo se tomó la concepción de la exorbitancia del derecho administrativo (7).

Si bien como se reseñará más adelante la doctrina argentina al explicar el control jurisdiccional encuentra raíces ajenas al sistema de EE.UU., lo cierto es que su similitud con éste radica en la imposibilidad de que el Poder Ejecutivo pueda ejercer ese tipo de funciones.

Cabe aquí recordar que entre la doctrina argentina se postula la inutilidad de emplear el término jurisdiccional, porque se lo suele confundir con el control por un órgano administrativo (jurisdicción administrativa) en lugar del judicial. De ahí entonces que en el derecho argentino podrá encontrarse la denominación control jurisdiccional como sinónimo de control judicial (8).

En esa línea de pensamiento, la crítica doctrinaria de la supuesta distinción entre jurisdicción judicial y jurisdicción administrativa se basa en que ella implica una *contradictio in terminis*, pues si hay jurisdicción no hay administración y viceversa. La idea de que existe una impropiedad lingüística, una incorrección conceptual encuentra sentido en que, si la diferencia entre ambas se da por el órgano y no por la función, se estaría afirmando que la Administración puede realizar funciones de los jueces, posición que en el derecho argentino está vedado (entre otras normas) por lo dispuesto en el artículo 109 de la Constitución Nacional, que indica «En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas». Si en lugar de ello se pretende diferenciar ambas jurisdicciones por la función, es necesario declarar reservada a los jueces y prohibida a la administración la decisión definitiva con fuerza de verdad legal de controversias entre partes. Así, aquella objeción es totalmente válida pues en la República Argentina no corresponde referirse a la jurisdicción administrativa» (9).

(6) MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, T. I, 5.ª edición actualizada, reimpresión, Buenos Aires, 2020, pp. 160-161.

(7) COMADIRA, Julio Rodolfo, ESCOLA Héctor Jorge, COMADIRA Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualización), *Curso de derecho administrativo*, Abeledo Perrot, T. I, Buenos Aires, 2012, pp. 18-19.

(8) HUTCHINSON, Tomás, «El sistema argentino de control judicial de la Administración», en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*; año 7, núm. 40, Universidad Nacional de La Plata, 2010, pp. 152-179.

(9) Cfr. GORDILLO Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, 11.ª ed., ahora como 1.ª ed. del Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Buenos Aires, F. D. A., 2013, pp. IX. 19-23.

Con esas particularidades, se consolidó un derecho administrativo de base constitucional junto a una construcción significativa a través de las sentencias del poder judicial, en particular de la CSJN, cuyas decisiones han nutrido el contenido de sus principales figuras e instituciones; en ese contexto tiene una especial importancia el control de constitucionalidad que pueden ejercer todos los jueces y la Corte (10).

Una rápida mirada en la evolución de los precedentes demuestra que una ley de procedimientos administrativos del año 1972, la ausencia de una ley de responsabilidad del Estado hasta el año 2014 y una suma de normas dictadas en épocas de emergencia pública, no fueron obstáculos para que desde la jurisprudencia se consolidaran las bases y principios de esta disciplina. No han escapado del análisis del Máximo Tribunal los temas más relevantes como el principio de legalidad, las fuentes de la disciplina, el acto y el contrato administrativos, el procedimiento administrativo, la responsabilidad del Estado, la función pública, el control judicial de la Administración, entre otros.

En su evolución, la injerencia progresiva del derecho administrativo contemporáneo sobre las esferas que se habían reservado con exclusividad al derecho privado, sumado a la necesidad de regular nuevas conductas y situaciones que no se encontraban reguladas por normas especiales, provocó un quiebre de la ecuación Administración Pública-Derecho Administrativo. De ahí entonces que se lo entienda como una «categoría histórica», cuya ampliación de contenido es producto de consecuencias históricas (11).

Otro aspecto relevante que contribuyó a la transformación de la disciplina ha sido el reconocimiento supranacional e internacional de determinadas garantías y libertades, sucedido en las postrimerías del siglo xx y fortalecido en el siglo xxi, cuya recepción constitucional se concretó con la reforma del 1994 en el artículo 75 inc. 22, que establece «La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aproba-

(10) COMADIRA, Julio Rodolfo, ESCOLA, Héctor Jorge, COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualización), *op. cit.*, pp. 19-20. Ver análisis de precedentes jurisprudenciales en pp. 20-34.

(11) CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, T. I., 2.^a edición, Palestra, Lima-Perú, 2017, pp. 133-134.

dos por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional».

Esa reforma introdujo nuevos ejes de análisis en la disciplina, no solo en el reconocimiento de derechos y de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, sino también en la competencia del Poder Ejecutivo respecto al dictado de decretos de necesidad y urgencia y delegados, la incorporación del Jefe de Gabinete de Ministros a cuyo cargo se puso el ejercicio de la administración general del país, la inclusión de la Auditoría General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Consejo de la Magistratura.

Pero nos interesa recalcar que, en el germen del derecho administrativo argentino, en palabras de Gordillo, existen una serie de derechos inalienables que deben ser respetados por el Estado que no puede desconocer, porque son superiores y preexistentes a él, acentuándose una «nueva etapa de la larga y difícil lucha contra las inmunidades del poder» (12).

En síntesis, la persona humana y su dignidad como núcleos del derecho administrativo han de impactar necesariamente en tres de sus instituciones: el procedimiento administrativo, el control judicial de la Administración y la responsabilidad del Estado, de los que se brindarán unas pinceladas, principalmente, de su evolución normativa y jurisprudencial.

2. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: AVANCES DE SU REGULACIÓN EN CLAVE DE GARANTÍA

2.1 COMENTARIOS DE LA REGULACIÓN NORMATIVA

a) El Decreto-Ley 19549

El régimen normativo nacional (Decreto-Ley 19.549(13)) data del año 1972. Junto con su reglamento (Decreto 1759/72 y mdifics.-TO Decreto 893/17) constituyen un cuerpo legal que regula la actuación de los funcionarios, organiza y sistematiza los medios de protección del particular para defender sus derechos, además fija normas de carácter procedimental y de fondo –como las vinculadas a los elementos del acto administrativo y al régimen de nulidades– y además incluye normas procesales como la habilitación de instancia judicial (14).

La ley se aplica a la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad (15) con ajuste a los siguientes principios: Impulsión e instrucción de oficio, celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites, informalis-

(12) GORDILLO, Agustín, *op. cit.*, T. 8, p. 41.

(13) Régimen modificado por la Ley 21.686, Decreto 1023/2001 y Ley 25.344.

(14) HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 51.

(15) Ampliar en COMADIRA, Julio Rodolfo, ESCOLA, Héctor Jorge, COMADIRA, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualización) y HUTCHINSON, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, *op. cit.*