

CAPÍTULO IX

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. CONCEPTO Y PRINCIPIOS GENERALES

SUMARIO

I. <i>Concepto de procedimiento administrativo</i>	IX-1 / 389
1. El proceso: Concepto amplio	IX-1 / 389
2. Concepto restringido	IX-2 / 390
3. Alcances del problema	IX-3 / 391
3.1. La aplicación de reglas “procesales” al “procedimiento” ..	IX-3 / 391
3.2. La aplicación de reglas “procedimentales” al “proceso” ..	IX-4 / 392
4. Peligro de la noción amplia	IX-5 / 393
5. Derecho procesal administrativo	IX-5 / 393
6. El procedimiento administrativo y la función administrativa ..	IX-6 / 394
6.1. Los órganos administrativos	IX-6 / 394
6.2. Los órganos judiciales	IX-6 / 394
6.3. Los órganos legislativos	IX-7 / 395
7. Procedimientos administrativos de órganos judiciales y legislativos	IX-7 / 395
8. Definición de procedimiento administrativo	IX-8 / 396
II. <i>Principios generales del procedimiento administrativo</i>	IX-9 / 397
9. Enumeración de los principios	IX-9 / 397
9.1. Ámbito de aplicación	IX-9 / 397
9.2. Los grandes principios formadores: Debido proceso, informalismo, contradicción, imparcialidad	IX-9 / 397
9.3. El principio de la legalidad objetiva o principio supremo de razonabilidad y justicia	IX-10 / 398
9.4. Otros principios	IX-11 / 399
10. Primer principio: Debido proceso (garantía de la defensa) ...	IX-11 / 399

10.1. Su aplicación al procedimiento administrativo.....	IX-11 / 399
10.2. El principio de la defensa como criterio de eficacia administrativa	IX-15 / 403
10.3. El principio de la defensa como criterio de eficacia política	IX-18 / 406
10.4. Elementos de la garantía de la defensa.....	IX-19 / 407
10.4.1. Derecho a ser oído y a una decisión fundada	IX-21 / 409
10.4.2. Derecho a ofrecer y producir la prueba de des- cargo	IX-24 / 412
10.5. Campo de aplicación del principio de la defensa	IX-25 / 413
10.6. Nuevos desarrollos del principio.....	IX-26 / 414
11. Principio del informalismo en favor del usuario y del admi- nistrado.....	IX-27 / 415
11.1. El informalismo como arbitrariedad	IX-27 / 415
11.2. El informalismo en favor del administrado. Origen	IX-28 / 416
11.3. Su formulación en el derecho argentino	IX-30 / 418
11.4. Aplicación del principio en materia de denominación de los recursos.....	IX-31 / 419
11.5. Otras aplicaciones del principio.....	IX-32 / 420
11.6. Conclusión	IX-33 / 421
12. Principio de contradicción.....	IX-35 / 423
12.1. Contenido y alcance del principio de contradicción	IX-35 / 423
13. Principio de imparcialidad.....	IX-38 / 426
13.1. La imparcialidad en la práctica.....	IX-39 / 427
13.2. Regla contra el prejuicio	IX-39 / 427
13.3. Deber de excusación.....	IX-39 / 427
13.4. Continuación. Principios permanentes del derecho.....	IX-40 / 428
13.5. Imparcialidad del sumariante.....	IX-40 / 428
14. Principio de la legalidad objetiva o juridicidad	IX-40 / 428
14.1. Alcances del principio.....	IX-40 / 428
14.2. El principio de la legalidad o juridicidad objetiva como criterio de eficiencia administrativa	IX-42 / 430
15. Principio de la oficialidad.....	IX-44 / 432
15.1. Principio de la impulsión de oficio	IX-44 / 432
15.2. Excepciones al principio de la impulsión de oficio	IX-45 / 433
15.3. Comparación con el proceso civil.....	IX-46 / 434
15.4. Otras consecuencias del principio	IX-46 / 434
15.5. Principio de la instrucción.....	IX-47 / 435
15.6. Principio de la verdad material.....	IX-47 / 435
16. Otros principios	IX-48 / 436
16.1. Carácter escrito y oral del procedimiento	IX-48 / 436

16.2. La oralidad como regla	IX-49 / 437
16.3. Mediación o inmediatez	IX-50 / 438
16.4. Ausencia de costas	IX-51 / 439
16.4.1. Improcedencia de la condena en costas	IX-51 / 439
16.4.2. El caso particular del sellado de actuación.....	IX-52 / 440
16.4.2.1. Supresión a nivel nacional.....	IX-52 / 440
16.4.2.2. Su mantenimiento en algunas jurisdicciones locales.....	IX-52 / 440
16.4.3. Caso en que hay dos particulares en contradicción	IX-53 / 441
16.5. Celeridad, economía, sencillez y eficiencia.....	IX-53 / 441
16.6. Transparencia, objetividad, justicia	IX-54 / 442

Capítulo IX

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. CONCEPTO Y PRINCIPIOS GENERALES¹

I. Concepto de procedimiento administrativo

1. El proceso: Concepto amplio

La idea jurídica de proceso puede ser concebida muy en general, en sentido amplio, como una secuencia o serie de actos que se *desenvuelven progresivamente, con el objeto de llegar a un acto estatal determinado*, destacando entonces en el concepto la *unidad* de los actos que constituyen el proceso y su carácter *teleológico*, es decir que éstos se caracterizan por estar encaminados en su conjunto a un determinado fin.

En este sentido amplio habría *proceso* en cualquier función estatal y podríamos hablar entonces de: *a)* Proceso judicial (civil, penal, comercial, contencioso administrativo); *b)* proceso legislativo (es decir, el conjunto de actos parlamentarios que tienen por fin el dictado de una ley); *c)* proceso administrativo (el conjunto de actos de la administración que tienen por objeto la emanación de un acto administrativo). No parece un concepto útil.²

En ese concepto no interesaría, pues, quién dicta los actos que integran y resuelven el proceso: Bastaría que sea “el sujeto activo de la función pública, en cualquiera de sus especies,”³ pudiéndose definir entonces al proceso como la “Serie o sucesión de actos coordinados que fijan los datos según los cuales ha de

¹Mantenemos los lineamientos y principios que introdujéramos en 1964 con la 1ª ed. de nuestro libro *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Álvarez, 1964, reproducido como Libro III del t. 5, *Primeras obras*. Este ha sido el germen expositivo de la tesis que hoy desarrollamos en el cap. VII, “Normas y principios,” del Libro II del t. 9.

²Nos remitimos al cap. I, “El método en derecho,” del t. 1.

³BALLBÉ, MANUEL, “La esencia del proceso (El proceso y la función administrativa),” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2ª época, t. XIV, Madrid, 1947, p. 5 y ss., p. 30.

ejecutarse la función pública, con derecho del sujeto o sujetos pasivos de la misma a participar, con el sujeto activo, en su formación.”⁴

2. Concepto restringido

No obstante que se suele usar así el término, este criterio no pareciera ser conveniente. En efecto, razones históricas y políticas han dado a la idea de proceso un significado más alto y valioso que el de mera secuencia finalista de actos:

Le han atribuido el fin específico de decidir una controversia entre partes (litigio) *por parte de una autoridad imparcial e independiente (juez)*, con fuerza de verdad legal. (Autoridad de cosa juzgada.) Es una de las funciones esenciales del Estado de derecho.

No importa que el acto del juez resuelva estrictamente un litigio, o que en cambio se refiera a las materias llamadas de “jurisdicción voluntaria;”⁵ pero sí es básico que el acto final del proceso sea un acto judicial, es decir, una decisión proveniente de una autoridad imparcial e independiente, “desinteresada,”⁶ con respecto al proceso. La clave es la existencia de una autoridad independiente del poder político e imparcial en la contienda que lo tiene a dicho poder como parte.⁷

Aplicar el concepto de *proceso* a todo conjunto de actos dirigidos a la formación o a la aplicación de normas jurídicas (sean éstas jurisdiccionales, administrativas o legislativas) implica quitarle ese carácter fundamental y tradicional de medio o técnica para la administración de *justicia*.

Bien es cierto que también la actuación de los órganos administrativos y legislativos está sujeta a ciertos principios también comunes al proceso; pero no por ello puede olvidarse que es en el proceso judicial donde se hará la determinación definitiva y correctora del derecho y la justicia en un caso concreto, controlando de manera imparcial e independiente las decisiones de los órganos legislativos y administrativos. Por esas razones y por la conveniencia de establecer una unidad terminológica en el conjunto de actos judiciales que versan sobre actos de la administración, creemos preferible mantener la designación de *proceso* estrictamente para el *proceso judicial*.⁸

⁴ BALLBÉ, *op. cit.*, pp. 38-9. En igual criterio amplio, BECKER, FRANZ, *Das Allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung*, Stuttgart, 1960, p. 10 y ss.

⁵ Admite la idea de proceso sin litigio: CARNELUTTI, FRANCESCO, *Instituciones del proceso civil*, vol. I, Buenos Aires, 1959, p. 21 y ss.: En el proceso voluntario el conflicto sería potencial, no actual (p. 26 y ss., p. 44 y ss.); una crítica en BECKER, *op. cit.*, pp. 13-6.

⁶ CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 22.

⁷ Ver mis glosas en el libro de NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003.

⁸ Es la orientación dominante: GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Derecho procesal administrativo*, t. I, Madrid, 1955, p. 45 y ss.; NAVA NEGRETE, ALFONSO, *Derecho procesal administrativo*, México, 1959, p. 70 y ss., pp. 75-6; ABERASTURY (H.), PEDRO y CILURZO, MARÍA ROSA, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998 p. 19.

3. Alcances del problema

3.1. La aplicación de reglas “procesales” al “procedimiento”

Ahora bien, negarle el nombre o carácter de “proceso” al procedimiento administrativo, no puede en modo alguno implicar que por tal circunstancia la administración no habrá de estar sujeta a ninguna regla o principio de derecho en su tramitación. En efecto, pareciera ser evidente hoy día que ciertos principios generales del derecho y ciertas normas constitucionales consustanciadas con el Estado de Derecho y el sistema republicano de gobierno, no están destinadas a ser aplicadas únicamente en el proceso judicial: También la administración está sometida a esos principios y sus procedimientos no estarán menos ligados a ellos por el hecho de que no los cubramos con la calificación de “proceso.”

La terminología en sí no es fundamental: Lo importante es señalar que participando en algo de lo esencial del proceso judicial, en el sentido de afectar los derechos de un individuo, le son de aplicación los principios y garantías de protección de esos derechos en el proceso judicial.

El respeto al debido proceso legal, la irrestricta garantía de defensa, la actuación imparcial del funcionario, el acceso permanente a las actuaciones y toma de fotocopia completa de ellas, la producción amplia de la prueba, etc., no son sino algunos.

De allí entonces que rechazar la calificación de “proceso” no implica en absoluto desechar la aplicación analógica, en la medida de lo compatible, de todos los principios procesales;⁹ ni tampoco dejar de sustentar el principio de que el procedimiento administrativo tenga regulación jurídica expresa y formal para la administración, que encauce su trámite y determine con precisión los derechos de los individuos durante la evolución del procedimiento.¹⁰ Esa aspiración cabe hoy día hacerla extensiva al procedimiento de audiencia pública.¹¹

Incluso cuando se pasa al sistema de tribunales administrativos independientes para dictar el primer acto administrativo¹² el procedimiento sigue siendo

⁹ Confr. LINARES, JUAN FRANCISCO, “Efectos suspensivos de los recursos ante la administración,” *LL*, 85: 906, 907; LANGROD, GEORGES, “El procedimiento administrativo no contencioso,” *LL*, 106: 1124, 1128. Comp. SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1959, p. 463.

¹⁰ Esta aspiración se encuentra parcialmente realizada en el orden nacional con el decreto-ley 19.549/72; en el orden provincial Corrientes, Formosa, Mendoza, etc. Un análisis comparativo del decreto-ley nacional con la actual legislación de la CABA en GORDILLO / DANIELE (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, 2ª ed.

¹¹ *Infra*, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.”

¹² Ver nuestros arts. “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962; previamente: “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” en: *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, 2003, pp. 19-32. Ver

administrativo, pero con mucha mayor razón se aplicarán en todo su rigor todas y cada una de las exigencias del debido proceso legal. Y en aquellos casos que por algún motivo excepcional existe una revisión judicial limitada en cuanto a la posibilidad de recibir prueba *ex novo*, la exigencia del tribunal es todavía mucho mayor respecto al más estricto cumplimiento del debido proceso en sede administrativa.¹³ Nuestros tribunales, en cambio, son más “comprensivos,” para usar la aguda descripción literaria que GUMBROWICZ utilizara para describir el país entero.

3.2. La aplicación de reglas “procedimentales” al “proceso”

Hay situaciones en que se han aplicado bien criterios del trámite administrativo para flexibilizar el proceso judicial, p. ej. en materia de informalismo,¹⁴ legitimación amplia,¹⁵ etc. Hay inversamente casos, en materia de recursos directos, en que se ha sostenido que el litigio judicial no era en verdad un proceso entre partes y no correspondía entonces condenar en costas a la administración,¹⁶ solución disvaliosa, máxime que la actora debe entonces sin motivo soportar sus propias costas, la tasa de justicia, peritos, etc. Los fundamentos de tales fallos no encuentran sustento alguno en el CPCCN, son sólo afirmaciones dogmáticas traídas de los antiguos códigos contencioso administrativo provinciales, o de los viejos libros.¹⁷ Son, como explicamos en el cap. XIII,¹⁸ producto de emplear una terminología errada, pues a nadie se le ocurriría hacer esas construcciones en

también nuestras notas a los caps. XVII y XXII en GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO / FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 12ª ed., t. II, 9ª ed., Buenos Aires, Thompson-Civitas - La Ley, 2006, 1ª ed. argentina con notas de AGUSTÍN GORDILLO.

¹³ Así ocurre p. ej. en el Tribunal Administrativo de la OIT, según lo explicamos en el cap. “La justicia administrativa internacional” del t. *Hacia el derecho administrativo global*, cuyos fallos pueden consultarse en <http://www.ilo.org/dyn/triblex/triblexmain.byKeyword>. La mayor cantidad de fallos se refieren, precisamente, al procedimiento administrativo previo al judicial.

¹⁴ CNCiv, Sala M, *Kreutzer, LL*, 1997-F, 245, con nota de GAMBIER, BELTRÁN, “Audacia sí, pero no tanta: un fallo que confirma una medida cautelar dictada en una acción de amparo por mora,” *LL*, 1997-F, 244; CNFed. CA, Sala II, *Rodríguez Fuchs, LL*, 1997-A, 81, con nota “Informalismo y amparo por mora,” reproducido en nuestro libro *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 49, p. 129.

¹⁵ Sala II, *Luis Gomez SRL, LL*, 1996-A, 638 del año 1995, con nota “El interés legítimo en el amparo por mora,” *LL*, 1996-A, 637, reproducida en GORDILLO, *Cien notas de Agustín, op. cit.*, § 23, p. 80 y ss., esp. p. 82 y las referencias de la nota 23.2. Recientemente, la CSJN ha admitido una legitimación amplia en materia de derechos de incidencia colectiva y acciones de clase en las causas CSJN, *Mendoza, Fallos*, 331: 1622, 2008; *Halabi, Fallos*, 332: 111: 2009; 21-VIII-13, *PADEC*; 6-III-14, *Unión de Usuarios y Consumidores*.

¹⁶ Dicha doctrina se remonta a la época mentada en el cap. XIII, “La tutela judicial,” sec. I, “La herencia del pasado,” pero subsiste aun; Sala I, *ED*, 121: 661; CNCom, Sala A, *Círculo de Inversores, ED*, 186: 175 año 1998; solución que critican ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 53. Ver *infra*, cap. XIII, § 3, “Las confusiones entre «lo contencioso administrativo» y el derecho procesal administrativo.”

¹⁷ Entre ellos y para ser honestos, alguno de los nuestros.

¹⁸ *Infra*, cap. XIII, “La tutela judicial,” § 1, “Dificultades del tema,” § 2, “Diferencias entre «plena jurisdicción» y «anulación»,” § 3, “Las confusiones entre «lo contencioso administrativo» y el derecho procesal administrativo.”

un proceso civil, comercial, etc. También hay explicaciones más profundas en la psique humana aplicada al poder y al derecho administrativo, como señalan BONINA y DIANA.¹⁹

4. Peligro de la noción amplia

Por otra parte, la tesis amplia acerca de la noción de proceso es peligrosa, pues siendo “proceso” sinónimo usual de “juicio,” podría llegar a entenderse, como alguna vez se ha sugerido, que no hay violación de la defensa en juicio si los derechos de un individuo son definitivamente resueltos por la administración, siempre que ésta haya oído al interesado. Pero, por supuesto, defensa en juicio es algo más que oír al interesado; *es también que haya un juzgador imparcial e independiente*, cualidades éstas que en ningún caso puede reunir la administración. Por esta razón también es conveniente reservar el concepto de proceso y por ende de juicio para el proceso o juicio estrictamente judicial, evitando con esta terminología posibles confusiones como las que se acaban de recordar.²⁰

5. Derecho procesal administrativo

Se sigue de lo anterior que al hablar de *derecho procesal* nos estaremos refiriendo únicamente a las ramas de la ciencia del derecho que estudian las normas que rigen los distintos procesos *judiciales*: Civil, comercial, penal, “contencioso administrativo.” Respecto al último, es de destacar que modernamente se ha simplificado la denominación y en lugar de hablarse de *proceso contencioso administrativo* (o sea, contiendas ante la justicia de un particular contra la administración o viceversa,) se prefiere designarlo simplemente como *proceso administrativo*, el cual será estudiado entonces por el *derecho procesal administrativo*.²¹ En tal terminología, por lo tanto, el *derecho procesal administrativo* se refiere sólo a los *procesos judiciales contra la administración* y no abarca el estudio del procedimiento administrativo en que se desenvuelve la función administrativa. Incluso cuando se reconozca imparcialidad e independencia a los entes reguladores independientes de los servicios públicos (algo de lo cual todavía carecen, pues hay alza, intervención, etc.),²² de todas maneras su calidad de órganos de la administración parece hacer poco recomendable, semánticamente, reconocerles carácter jurisdiccional a sus actos y llamar procesos a sus procedimientos; pues siempre habrán de estar sometidos al necesario control judicial

¹⁹ BONINA, NICOLÁS y DIANA, NICOLÁS, *La deconstrucción del derecho administrativo argentino*, Buenos Aires, Lajouane, 2009.

²⁰ Ver *supra*, t. 1, cap. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo,” § 7-16. Esto, que es válido para el derecho argentino, aunque no para todos sus expositores, es también la elección terminológica habitual en el mundo contemporáneo.

²¹ GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 105 y ss.; ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. loc. cit.*; comp. SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, pp. 463-4.

²² Ver t. 1, cap. XV, “Los entes reguladores.”

stricto sensu, suficiente y adecuado, para conformarse al sistema constitucional.²³ Toda otra terminología se presta a la confusión institucional y afecta la vivencia democrática.

6. *El procedimiento administrativo y la función administrativa*

Así la serie o secuencia de actos a través de los cuales se desenvuelve la actividad principalmente de los organismos administrativos (no de los judiciales, como regla) no se denominará ya “proceso administrativo” sino “procedimiento administrativo.” Toda actividad estatal de tipo administrativo se manifestará a través del procedimiento administrativo y por ello existe una coincidencia entre el concepto de función administrativa y el de procedimiento administrativo. La función administrativa²⁴ es básicamente “toda la actividad que realizan los órganos administrativos y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccional, excluidos respectivamente los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales,” con las siguientes consecuencias:

6.1. *Los órganos administrativos*

Los órganos administrativos no realizan sino función administrativa, siendo impropio y antijurídico pretender reconocerles función jurisdiccional o legislativa; se sigue de ello que los procedimientos de los órganos administrativos constituyen “procedimientos administrativos,” sea que se trate de órganos de la administración central, o de organismos descentralizados del Estado. (Entes autárquicos, etc.) Sólo se podría hablar de jurisdicción en sede administrativa si se crearan, a la usanza de Canadá o Gran Bretaña, tribunales administrativos imparciales e independientes para dictar el primer acto administrativo.²⁵

6.2. *Los órganos judiciales*

Los órganos judiciales realizan sólo su propia función, la jurisdiccional y la función administrativa; no les corresponde el ejercicio de la función legislativa. En cuanto al criterio de distinción entre su función específica —la jurisdiccional— y

²³ Ver nuestro art. “Ángel Estrada,” en *JA*, número especial, 2005-III, fascículo n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; reproducido en *Res Publica*, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, año I, número 2, mayo-agosto de 2005, México, 2005.

²⁴ De acuerdo con el concepto que expusieramos en el t. 1, cap. IX, “Las funciones del poder.”

²⁵ Ver nuestros arts. “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962; “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” en: *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, 2003, pp. 19-32. Ver también nuestras notas a los caps. XVII y XXII en GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO / FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 12ª ed., t. II, 9ª ed., Buenos Aires, Thompson-Civitas - La Ley, 2006, 1ª ed. argentina con notas de AGUSTÍN GORDILLO.

la administrativa, él es negativo: Toda la actividad de los órganos judiciales que no sea materialmente jurisdiccional,²⁶ será administrativa; en esa medida, pues, los órganos judiciales realizarán excepcionalmente procedimientos administrativos.

6.3. Los órganos legislativos

Similarmente, los órganos legislativos no realizan función jurisdiccional,²⁷ sino sólo la suya propia —legislativa— y además la administrativa; toda la actividad del Congreso que no sea producción de leyes constituirá pues un procedimiento administrativo.

7. Procedimientos administrativos de órganos judiciales y legislativos

De esto se advierte que existen procedimientos administrativos no sólo dentro del ámbito de actuación de los órganos administrativos (centralizados o descentralizados: Entes autárquicos, empresas del Estado,²⁸ entes federales o interprovinciales,²⁹ etc.), sino también de los órganos jurisdiccionales y legislativos. En estos dos últimos casos, se trata en general de todo lo que se refiere a la organización interna y, medios materiales y personales de los respectivos organismos. Así, en la Justicia y el Congreso, todo lo referente al personal administrativo y sus relaciones entre sí y con sus superiores (nombramiento, remoción, deber de obediencia, sanciones disciplinarias, recursos, etc.); lo referente a las contrataciones efectuadas (compras de los diferentes elementos necesarios; contratos de obra pública para la construcción o refacción de sus edificios; contratos de edición de libros; concesiones de servicio de cafetería, etc.) y en general a la disposición de los respectivos fondos públicos (inversiones, gastos, patrimonio, contralor de la inversión, etc.), pertenece al ejercicio de funciones administrativas y se desenvuelve por lo tanto a través de procedimientos administrativos, terminando en el dictado de actos administrativos. Desde luego, tanto el Poder Judicial como el Congreso tienen separación respecto al Poder Ejecutivo en todo

²⁶ Excluimos la “jurisdicción voluntaria,” que no es función ni procedimiento administrativo; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Madrid, 2002, pp. 26, 356 y ss.

²⁷ Salvo tal vez el juicio político. Ver *supra*, t. 1, cap. IX, “Las funciones del poder.”

²⁸ Ver *supra*, t. 1, cap. XIV, “Clasificación de los entes públicos.”

²⁹ Ver nuestro libro *Empresas del Estado*, Buenos Aires, Macchi, 1966, pp. 119-40; respecto a la situación posterior a la reforma constitucional ver nuestro art. “La región argentina a partir de la Constitución de 1994,” en *Después de la reforma del Estado*, 1998, 2ª ed., cap X, ambos reproducidos *infra*, t. 11, *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 12ª ed., t. II, 9ª ed., Thomson/Civitas-La Ley, Buenos Aires, 2006, 1ª edición argentina con notas de AGUSTÍN GORDILLO, cap. VI, “El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos: sistema de relaciones.” La comparación con nuestra realidad es harto compleja. Ver nuestras notas al t. I: VI.1, “Las comunidades autónomas en España,” p. 366-A; VI.2, “Nuestra historia es un proceso constante de centralización,” pp. 366-A y 366-B; VI.3, “Federalismo por Provincias o por Regiones,” pp. 366-B a 366-D.

lo que respecta a sus propias actividades administrativas y algunas de ellas son confiadas a órganos especiales como es el Consejo de la Magistratura.³⁰

Si bien puede haber ciertos puntos de contacto, en general se trata de jerarquías diferenciadas. En consecuencia, los decretos del Poder Ejecutivo reglamentando el procedimiento administrativo no son aplicables sino al procedimiento de los órganos de él dependientes (en la administración nacional centralizada o descentralizada), pero no a los que dependen exclusivamente de los otros poderes.

Con todo, los principios fundamentales a aplicarse son iguales y en ausencia de normas específicas para el procedimiento administrativo de los órganos judiciales y legislativos, le son de aplicación analógica las existentes para el procedimiento administrativo de los órganos dependientes del Poder Ejecutivo.

8. Definición de procedimiento administrativo

Definimos al procedimiento administrativo como la parte del derecho administrativo que estudia las *reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa*. Estudia por lo tanto la participación y defensa de los interesados (un particular, un funcionario o una autoridad pública; una persona jurídica, p. ej. una asociación de vecinos, usuarios, interesados o administrados) en todas las etapas de la preparación de la voluntad administrativa (sea de tipo individual como general; en este último caso es específicamente el procedimiento de audiencia pública el que debe también seguirse, sin perjuicio del trámite administrativo corriente) y desde luego, cómo debe ser la tramitación administrativa en todo lo que se refiere a la defensa, participación e intervención de dichos interesados.

Estudia en particular la defensa de los interesados³¹ y como lógica consecuencia de ello la impugnación de los actos y procedimientos administrativos por parte de éstos; se ocupa pues de los recursos, reclamaciones y denuncias administrativas: sus condiciones formales de procedencia, el trámite que debe dárseles, los problemas que su tramitación puede originar y cómo y por quién deben ser resueltos; pero no estudia cómo deben ser resueltos todos los problemas de fondo que dichos recursos, etc., puedan plantear, salvo que estén íntimamente ligados a un problema procedimental.

³⁰ Nos parece en cambio insostenible, e indefendible, que la CSJN desde 2005, de oficio y por acordada, dictada en ejercicio de función administrativa —casi legislativa—, pero en todo caso claramente no jurisdiccional, haya resuelto en abstracto no cumplir íntegramente en su esfera con la ley de ética pública 25.188, sin excusarse por motivo alguno de dictar normas supralegales en materia que les concierne, situación que recién se ha visto modificada, parcialmente, con el dictado de la acordada n° 9 del 30-IV-14 en virtud de la sanción de la ley 26.857.

³¹ El *desiderátum* es no depender de la tutela del Estado sino que el particular pueda hacer eficazmente su propia *defensa activa*, o que agrupaciones o asociaciones no gubernamentales puedan coadyuvar en la materia.

II. Principios generales del procedimiento administrativo

9. Enumeración de los principios

9.1. *Ámbito de aplicación*

Los principios que veremos se aplican a todos los procedimientos administrativos clásicos, e igualmente a los procedimientos administrativos especiales mentados por el decreto 722/96, como por fin a los supuestos de procedimientos especiales como los de audiencia pública y licitación pública, que por cierto se subsumen dentro de la categoría general del procedimiento administrativo.

9.2. *Los grandes principios formadores: Debido proceso, informalismo, contradicción, imparcialidad*³²

Los grandes principios del procedimiento administrativo son de carácter constitucional, de justicia natural y de derecho supranacional.³³ Garantizan tanto: a) La defensa de los derechos civiles y humanos en general del individuo y de las asociaciones en el procedimiento singular, como b) la indispensable participación de la sociedad y la defensa de los derechos de incidencia colectiva en la previa elaboración y debate no solamente individual sino específicamente público, de normas generales y grandes proyectos que afectan a la colectividad y al medio ambiente, grandes contrataciones,³⁴ licencias³⁵ o concesiones, renegociaciones,³⁶ etc.

A ellos se agrega el principio del informalismo a favor del administrado, tanto en su actuación individual como colectiva. El criterio del informalismo debe a su turno estar informado por el principio de contradicción de intereses contrapuestos

³² Ampliar en nuestra *Introducción al derecho*, editada como e-book en www.gordillo.com, cap. II, “¿Qué es el derecho?”, esp. § 2, “Principios y valores, no «conceptos»,” también en su versión inglesa, *An Introduction to Law*, prólogo de SPYRIDON FLOGAÏTIS, Londres, Esperia, 2003, cap. II, § 2.

³³ En punto a la importancia de identificar los principios generales del procedimiento administrativo y su fuerza expansiva, ver SÁENZ, JORGE A., “Principios Generales del Procedimiento Administrativo, en POZO GOWLAND, HÉCTOR; HALPERÍN, DAVID; AGUILAR VALDEZ, OSCAR; JUAN LIMA, FERNANDO y CANOSA, ARMANDO (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2012, 1ª ed., pp. 326-367. También ver SAMMARTINO, PATRICIO MARCELO E., “Procedimiento administrativo en el Estado Constitucional Social de Derecho,” en POZO GOWLAND, HALPERÍN, AGUILAR VALDEZ, JUAN LIMA y CANOSA (dirs.), *op. cit.*, pp. 609-644.

³⁴ Un caso resonante en que no se cumplió con la audiencia pública quedó, quizás por ello, deslegitimado ante la opinión pública desde su origen mismo. Nos referimos al proyecto de hacer un tren bala que uniría las ciudades de Buenos Aires, Rosario y Córdoba, anunciado públicamente en el año 2008, cuando ni siquiera los trenes normales funcionan adecuadamente.

³⁵ El siglo XXI comienza mal para el derecho argentino: Las licencias de medios de comunicación han sido prorrogadas en forma supuestamente unilateral por un insólito plazo de diez años, sin audiencia pública. Su nulidad absoluta clama al cielo: Ver supra cap. II, § 11. Posteriormente, se ha dictado la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, que generó un fuerte debate público hasta el dictado de la sentencia definitiva por parte de la CSJN en el caso *Grupo Clarín SA y otros*, 19-X-13.

³⁶ Las renegociaciones de la mayor parte de las tarifas de los servicios públicos, del mismo modo, se han llevado a cabo sin audiencia pública previa. Saque el lector sus conclusiones.

y la indispensable imparcialidad que debe guiar el procedimiento.³⁷ Estos últimos principios tienden no sólo a proteger al particular contra la administración, sino también a la administración contra sus propios funcionarios;³⁸ concurren aquí el interés público, los derechos de incidencia colectiva y el derecho individual del recurrente.³⁹

9.3. *El principio de la “legalidad objetiva” o principio supremo de razonabilidad y justicia*

Se menciona también el principio de la legalidad objetiva del procedimiento, aunque es frecuente que se lo confunda con el apego ciego a la irrazonabilidad de la norma reglamentaria, como supuesto “cumplimiento de la ley.”

El principio de la juridicidad (COMADIRA) o legalidad objetiva no es otra cosa que la aplicación razonada y jerárquica de los grandes principios jurídicos, tales como el de razonabilidad o justicia natural, ambos de nivel constitucional y supraconstitucional, por encima de los frecuentes desvaríos de la norma reglamentaria o del acto o comportamiento administrativo.⁴⁰ Quien no comprenda el exacto alcance del principio de legalidad objetiva así entendido, estará destinado a manejar el procedimiento siempre en forma contraria al derecho, aunque conforme

³⁷ Conf. ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 58 y sus referencias. El *Committee on Administrative Tribunals and Enquiries* presidido por SIR OLIVER FRANK se pronunció en 1957, en Inglaterra, acerca de los principios que debían guardarse en el procedimiento administrativo: publicidad, justicia, imparcialidad. (*Openness, fairness, impartiality.*) Ver WADE, H. W. R., *Towards Administrative Justice*, Ann Arbor, 1963, pp. 4-5. La misma solución en el derecho comunitario europeo: CHITI, MARIO P., *Diritto amministrativo europeo*, Milán, Giuffrè Editore, 1999, pp. 316-7, con cita de los casos *Alvis* (1963), *Transocean Marine Paint Association* (1974), *Hauptzollamt München-Mitte* (1991). Por sobre las diferencias terminológicas es obvio en todos los países la común aspiración a un procedimiento razonable, equilibrado, transparente, abierto a la discusión, imparcial, contradictorio, etc. Ver LAUBADÈRE, ANDRÉ DE; VENEZIA, JEAN-CLAUDE y GAUDEMET, YVES, *Traité de droit administratif*, t. 1, París, L.G.D.J., 1999, 15ª ed, p. 729, n° 939.

³⁸ Por ello, como dice GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1966, Giuffrè, p. 48, respecto del recurso jerárquico, en la medida en que satisfacen un interés privado sirven también al interés de la administración pública. Con todo, no debe olvidarse la distinción entre interés público e interés de la administración pública, que expusimos supra, cap. VI. Ver también WOLFF, HANS J. *Verwaltungsrecht*, t. I, Munich, Beck, 1968, 7ª ed., p. 148. En palabras de LANDI, GUIDO y POTENZA, GIUSEPPE, *Manuale di diritto amministrativo*, Milán, 1967, 3ª ed., p. 609, estos medios son dados por el ordenamiento jurídico no sólo para la tutela de los derechos e intereses de los particulares, sino también en “el interés público de una recta acción administrativa.”

³⁹ Lo cual confirma lo expuesto sobre el concepto de interés público en el cap. VI, “Servicios públicos,” § 5.1, “Interés público e interés individual,” 5.2, “El interés público no es el interés de la administración pública,” 5.3, “El interés público no es sólo conveniencia material.” Ver también los caps. II, “Derechos de incidencia colectiva” y IV, “El interés legítimo.”

⁴⁰ Nuestra jurisprudencia ha admitido el derecho a la vigencia del principio de legalidad objetiva de la administración, en una cautelar autosatisfactiva dentro de una acción de amparo. Es el caso *Torello*, resuelto por la CNFed. CA, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, “Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad.” Existen varios precedentes de igual tenor, pero es mucho más lo que resta aún por hacer. Esa es una tarea de la sociedad entera, no solamente de legisladores y jueces o abogados. Ampliar en SAENZ, *op. cit.*, esp. § V.

al reglamento.⁴¹ Así entendido, este principio se subsume dentro del principio de razonabilidad o debido proceso sustantivo. Obsérvese que no nos estamos refiriendo al clásico principio de legalidad de la actuación administrativa, tema que merece otras reflexiones.⁴² Por ello parece atinada la propuesta de COMADIRA de llamarlo principio de juridicidad.

9.4. Otros principios

Existen además otros principios importantes del procedimiento, de rango si se quiere menor, similares al proceso penal: Destacan su carácter oficial e instructorio, donde priman la impulsión de oficio y la verdad material.

Aquí pueden también incluirse algunas características externas del procedimiento: Ausencia de costas, carácter escrito, no obligatoriedad de contar con patrocinio letrado, gratuidad,⁴³ etc. Procedimientos como el de audiencia pública tienen una dosis mixta de oralidad y escritoria.⁴⁴

10. Primer principio: Debido proceso (garantía de la defensa)⁴⁵

10.1. Su aplicación al procedimiento administrativo

El principio de la defensa en juicio, o debido proceso (razonabilidad, racionalidad, proporcionalidad, justicia natural, *fairness*, etc.), es un principio general del derecho, de carácter universal en los países que tienen Estado de derecho.⁴⁶ Es por

⁴¹ Ver cap. VI, "Servicios públicos," § 5.1, "La inefable felicidad colectiva," § 5.2, "Interés público e interés individual," § 5.3 "El interés público no es el interés de la administración pública," y *supra*, t. 1, cap. VII, "Fuentes nacionales del derecho administrativo."

⁴² Ver p. ej. BLUSKE, GUILLERMO, "Notas sobre derecho administrativo, legalidad, tutela judicial efectiva y giro ético en la realidad argentina de la posmodernidad: El pensamiento de Alejandro Nieto, Agustín Gordillo, Inés D'Argenio y Miguel Ángel Ciuro Caldani," *RPA, Res Publica Argentina*, 2009-1, 29, esp. p. 30; también BONINA, NICOLÁS, y DIANA, NICOLÁS, *La deconstrucción del derecho administrativo argentino*, op. cit., pp. 97-9; DIANA, NICOLÁS, "El estado de sitio económico: estado de emergencia (¿o emergencia del Estado?)," *LL, Supl. Adm.*, 22-VI-09, pp. 1-10; ALEJANDRO NIETO / AGUSTÍN GORDILLO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, op. cit., pp. 76-80. FLOGAITIS, SPYRIDON, "The General Principles of Administrative Law in the Jurisprudence of the United Nations Administrative Tribunal," en prensa en el libro de Homenaje a Sabino Casesse. Desarrollamos esta cuestión en *An Introduction to Law*, op. cit.; *Introducción al derecho*, Buenos Aires, Thomson/ La Ley, 2007.

⁴³ Ver ABERASTURY (H.) y CILURZO, op. cit., pp. 39-40.

⁴⁴ Ver *infra* cap. XI, "El procedimiento de audiencia pública." Por ej. los procedimientos establecidos por el decreto 1172/03 aplicable en el ámbito de la administración pública nacional, la ley 6 y sus modificatorias aplicables en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la ley 13.569 de la provincia de Buenos Aires, entre otras.

⁴⁵ Ampliar en THEA, FEDERICO G., "Las garantías del debido proceso en la toma de decisiones públicas," *LL*, 2009-D, 791.

⁴⁶ Pueden citarse entre los cuerpos normativos que se rigen por este principio: Nuestro Proyecto de 1964, arts. 236 y 237; Bolivia, art. 4° inc. c); Brasil, art. 2; España, art. 3° inc. 1°), art. 35 incs. a), e), g), h), i), k), arts. 41, 85 y 89 incs. 1°) y 2°); Perú, art. IV inc. 1°) ap. 2°). Algunos autores argentinos, tomando las nuevas formas semánticas de expresar el mismo principio en Europa, creen que se ha descubierto algo nuevo y distinto al *due process of law*, *fair procedure*, etc., y sus viejas

lo tanto aplicable también, desde luego, en el procedimiento administrativo⁴⁷ y con criterio amplio, no restrictivo.⁴⁸ Así lo ha reconocido el decreto-ley 19.549/72, en su art. 1.º, inc. f).

Ese reconocimiento a nivel de derecho subjetivo individual se torna derecho colectivo con la introducción en el art. 43 de la Constitución de los derechos de incidencia colectiva. Ellos requieren también una previa audiencia, en este caso pública, al conjugarse con el art. 18.⁴⁹ Todo ello se explica por el carácter axiológico que la Constitución da a este principio en su formulación tradicional⁵⁰ y por constituir prácticamente un principio general del derecho,⁵¹ consustanciado con la esencia misma de derecho, de Estado de Derecho y de la justicia natural.⁵²

Así como dijimos siguiendo a RIVERO que hoy en día la democracia no es ya solamente una forma de acceder al poder, sino que es también una forma de ejercer el poder, resulta claro que hace también al Estado de Derecho que el poder

traducciones. Pero por supuesto son disquisiciones meramente verbales que nada nuevo sustantivo incorporan al debate. Lo hemos mencionado en nuestra nota "XXIV.1. La terminología," en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, t. II, *op. cit.*, p. 618-A. Nada obsta a cambiar y actualizar el léxico, desde luego, siempre que no se piense que con ello se está renovando el orden jurídico. Y cuando el cambio terminológico es del texto constitucional como en España o ahora la Provincia de Buenos Aires, el ajuste terminológico es necesario; pero es una mejora semántica, buena a tener en cuenta, pero insusceptible de ser celebrada como un "cambio de paradigma."

⁴⁷ La doctrina y jurisprudencia es uniforme. Recordamos solamente algunas: LINARES, "La garantía de defensa ante la administración," *LL*, 142: 1137; ALTAMIRA GIGENA, JULIO I., "El derecho de defensa en sede administrativa (artículo 18 de la Constitución Nacional)," *JA*, 1967-III, 34; WADE, *Administrative Law*, Oxford, 1961, p. 141 y ss.; 7ª ed., con FORSYTH, CHRISTOPHER F., Oxford, Clarendon Press, 1994, cap. 13, p. 463.

⁴⁸ ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *op. cit.*, p. 598 y sentencia del Tribunal Supremo español que cita. WADE & FORSYTH, *op. loc. cit.* Ver CCAyT CABA, Sala II, *Mindar S.A.*, 08-IV-2003, con nota de PLUS, LILIANA E., "Sin valor el revalúo. La mansa fuerza de los principios atados a los hechos del caso," *LL*, 2004-E, 505.

⁴⁹ Señala SÁENZ que "la superación del estado autoritario por el Estado de Derecho por la aplicación del derecho al debido proceso adjetivo a los procedimientos en los que estaban en juego derechos subjetivos o intereses legítimos, debería ensancharse ahora a los que tienen como objeto la consagración de los nuevos derechos, como los económicos y sociales, los derechos de incidencia colectiva y también a aquellos que son propios del derecho de la democracia participativa ... un campo muy importante de aplicación del principio que estamos tratando es el de las audiencias públicas, en tanto procedimiento administrativo específico previo a la adopción de políticas públicas, emisión de actos administrativos que afectan los derechos de los ciudadanos o a la creación de normas generales ... Este procedimiento, que debe generalizarse en nuestra práctica institucional dotándolo de todas las garantías y salvaguardias para que se convierta en una instancia útil de participación, no sólo debe resguardar el derecho de los ciudadanos a ser oídos, argumentar y probar desde su punto de vista ... sino que debe posibilitar que la Administración pueda tomar la mejor decisión posible (eficiencia) tanto desde el punto de vista de la legalidad como del mérito." (Ampliar en SÁENZ, *op. cit.*, esp. § V.)

⁵⁰ Ver *supra*, t. 1, cap. VI "Fuentes supranacionales del derecho administrativo."

⁵¹ La doctrina es en esto uniforme. Recordamos en tal sentido, entre muchos otros, a DE LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, I.G.D.J., París, 1999, 15ª ed., p. 738, n.º 951; REAL, ALBERTO RAMÓN, "Las garantías en el procedimiento administrativo," *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, XVII-2/4, 219, Montevideo, 1966.

⁵² WADE, *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 141 y ss.; WADE & FORSYTH, *op. loc. cit.*; REAL, *los principios...*, *op. loc. cit.*; ENTRENA CUESTA, *op. cit.*, p. 598.

ejercido democráticamente⁵³ no pueda jurídicamente manifestarse en úkases unilaterales sin previa oportunidad de debate tanto en la opinión pública como en los sectores interesados y afectos, todo en un pleno campo de libertad de prensa.

Como afirma WADE, “la regla que exige una audiencia es de validez casi universal. Puede ser planteada sin incompatibilidad desde su nativo suelo judicial a cualquier parte del campo de la administración... esta regla abarca toda la noción de procedimiento leal (*fair procedure*), o debido proceso y es apta de gran elaboración en detalle.”⁵⁴

Dicho carácter universal, sin necesidad de norma que lo consagre, ha sido también reconocido por el derecho comunitario europeo.⁵⁵ Este principio es de aplicación⁵⁶ por imperio de una norma superior de jerarquía constitucional, por los principios generales del derecho público, por la justicia natural, por la vigencia misma del Estado de Derecho.⁵⁷

Y ello se aplica no solamente a la audiencia del individuo o la persona jurídica concreta en un caso singular, particular o concreto; también se ha de aplicar como principio constitucional y de justicia natural, con mayor razón, al indispensable procedimiento de audiencia pública antes de que se adopten normas generales que afectarán a un universo de usuarios, vecinos, consumidores, administrados, etc.

Más aun, incluso aunque normas reglamentarias expresamente nieguen este derecho o pretendan cercenarlo, de todas maneras debe cumplirse el principio de vista, audiencia y prueba, aplicando así la norma de jerarquía superior.⁵⁸ Claro está, es una larga y perenne lucha la que se libra entre los funcionarios de inferior jerarquía administrativa, que ignoran la norma constitucional y los particulares que deben bregar porque se respeten los verdaderos principios del procedimiento

⁵³ Se trata así de un complejo sistema de valores jurídicos que hacen a todo el enfoque del derecho administrativo en este tratado. Lo ha explicado excepcionalmente bien, aunque con especial generosidad y afecto que no empece a su exactitud, SÁENZ, JORGE A., “Gordillo, la función administrativa y la democracia,” en BOTASSI, CARLOS A. (dir.), *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, LEP Librería Editora Platense, 2003, pp. 69-78. En igual sentido BOTASSI, CARLOS A., *Procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, 1994, p. 7 y ss.; “Presentación,” en BOTASSI (dir.), *Temas...*, op. cit., pp. 9-14, BERIZONCE, ROBERTO, “Palabras del Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata,” en BOTASSI (dir.), *Temas...*, op. cit., pp. 19-21.

⁵⁴ WADE, *Administrative Law*, 1ª ed., op. cit., p. 141. Ver también WADE & FORSYTH, op. cit., parte V, cap. 13, p. 463, cap. 14, pp. 471-91 y cap. 15, pp. 494-570.

⁵⁵ CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo*, op. loc. cit. Ver también WEBER, ALBRECHT, “El procedimiento administrativo en el derecho comunitario,” en BARNES VAZQUEZ, JAVIER (coord.), *El procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 83 y 86.

⁵⁶ WADE, *Towards Administrative Justice*, op. cit., pp. 16-63 y el *leading case* de 1963 que cita.

⁵⁷ SÁENZ, op. cit., pp. 69-78; BOTASSI, “Presentación,” op. cit., pp. 9-14. Ver también *supra*, nota 10.7.

⁵⁸ PTN, *Dictámenes*, 101: 117. Se trata una vez más de la aplicación del criterio general que explicamos en *Introducción al derecho*, op. cit., también en su versión inglesa, *An Introduction to Law*, op. cit. Ver también COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Procedimientos administrativo, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 63 y 64, esp. nota 233. Ampliar *infra*, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.”

administrativo, con la secuela de recursos y reclamos que a veces es necesario interponer para obtener su cumplimiento. El reconocimiento práctico en el procedimiento administrativo de la garantía del art. 18 de la Constitución surge de la jurisprudencia de la Corte Suprema⁵⁹ y ha sido ampliamente reconocido y aplicado uniformemente por la Procuración del Tesoro de la Nación, a partir de un viejo dictamen: “En opinión del suscripto el parr. 2º [...]”⁶⁰ se limita a consagrar para el caso particular al que esa norma se refiere, la aplicación del principio de que «nadie puede ser condenado sin ser oído»; debiendo entenderse en el sentido de que la Superintendencia, antes de dictar resolución alguna que afecte a las sociedades, debe hacerles conocer las conclusiones del sumario incoado, darles oportunidad para formular los pertinentes descargos y habiendo puntos de hecho controvertidos, abrir a prueba las actuaciones por el término indispensable. De este modo el orden de los procedimientos sería el siguiente: Sumario, defensa, prueba, si hay hechos controvertidos, decisión y contra esa decisión, recurso de apelación o jerárquico ante el Ministerio de Hacienda.” En el caso de los actos que afectan derechos de incidencia colectiva, *mutatis mutandis* el procedimiento ha de ser el mismo: La audiencia pública.

La Procuración del Tesoro de la Nación, en un dictamen cuyo borrador fuera preparado por JORGE TRISTÁN BOSCH, dijo hace mucho tiempo que “El principio enunciado tiene tanta antigüedad como el hombre, a estar a lo que expresó en 1724 una corte inglesa en el famoso caso del doctor BENTLEY: «Hasta Dios mismo no sentenció a Adán antes de llamarlo a hacer su defensa. ¿Adán —dijo Dios— dónde estabas tú? ¿no has comido del árbol del que no debías hacerlo?» (WADE & PHILIPS, *Constitutional Law*, London, 1946, 4ª ed., p. 276.)”⁶¹ El Comité designado por el Lord Canciller de Inglaterra para estudiar la extensión de los poderes ministeriales, al emitir su informe en 1932, sostuvo de acuerdo con la jurisprudencia de la Cámara de los Lores, el más alto tribunal de aquel país, que los principios de la justicia natural eran de aplicación indispensable en materia de procedimiento administrativo, siendo el segundo de tales principios aquél que imponía no condenar sin oír a la parte [...] (COMMITTEE ON MINISTER’S POWERS, *Report*, London, 1936, pp. 76-80). Sobre el fundamento aportado por la enmienda XIV de la Constitución acerca del debido proceso legal, entendido con sentido procesal, igual principio se aplica ineludiblemente en el procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América. (HART, J., *An Introduction to*

⁵⁹ Ver los casos que reseñamos y comentamos en nuestro *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963, p. 89 y ss. Ver también CSJN, *Fallos*: 330: 3563, 2007, *Gardebled Hermanos S.A. c/ Poder Ejecutivo Nacional*.

⁶⁰ Se refiere a una norma de la reglamentación existente para un organismo administrativo, la Superintendencia de Seguros.

⁶¹ La cita es textual del dictamen. En cambio ENTRENA CUESTA, Curso de derecho administrativo, vol. I/1, Madrid, Tecnos, 1999, 13ª ed., p. 259, texto y nota 20, presenta ligeras variantes en la versión bíblica, tomada de un caso posterior. Se trata de Cooper v. Wandsworth Board of Works, 1863, con cita de los mismos WADE y PHILIPS, *Constitutional Law*, pero en otra ed., Londres, 1955, p. 313.

administrative Law, 1940, p. 258 y ss.; SCHWARTZ, B., “Procedural Due Process in Federal Administrative Law,” *New York University Law Review*, tomo 25, p. 52 y ss.) Igual ocurre entre nosotros en virtud de lo dispuesto por el artículo 29 (antes 18)⁶² de la Constitución Nacional y de la jurisprudencia que lo ha interpretado.”⁶³

Incluso, el art. 18 de la Constitución acerca de la garantía de la defensa se encuentra reforzado por el art. 36 que condena toda forma antidemocrática o de facto de ejercicio del poder público y por los demás nuevos derechos y garantías de la Constitución de 1994.

La necesidad del respeto al principio de la defensa individual o colectiva, previo a las decisiones que se adopten, ha sido consagrada por la jurisprudencia argentina incluso para organismos públicos no estatales que estén facultados por ley para aplicar alguna sanción de tipo administrativo. La Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital ha establecido, p. ej., que “La Federación Argentina de Box no pudo aplicar a [...] una sanción [...] sin darle audiencia para formular sus descargos y otorgarle una razonable oportunidad para producir la prueba que eventualmente pudiera ofrecer. Se ha violado de ese modo el principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio que en este caso principalmente debió ser respetado estrictamente por [...] dejar al sancionado en un estado de indefensión total.” “El olvido de la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución torna arbitraria e ilegal la medida dispuesta por la Federación Argentina de Box y debe dejarse sin efecto por vía de recurso de amparo.”⁶⁴

Esta saludable extensión del principio a organismos no estatales demuestra la necesidad de su aplicación respecto a los propios organismos estatales.

10.2. *El principio de la defensa como criterio de eficacia administrativa*

El principio cardinal del procedimiento administrativo, como de cualquier otro procedimiento a través del cual se haya de ejercer poder sobre un individuo,⁶⁵ o grupo de individuos es el del debido proceso, o procedimiento leal y justo. Esto se aplica no solamente a la actuación de los órganos del Estado y a los que ejercen

⁶² Se refiere al texto constitucional de 1949; antes y ahora es el art. 18.

⁶³ *Dictámenes*, 39: 271, 275: uniforme. Para una comparación del *Report* de 1932 y el emitido por el FRANKS COMMITTEE en 1957, ver BECKER, “The Donoughmore Report and the Franks Report,” en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. XXIV, n° 4, Bruselas, 1958, p. 453 y ss. Hemos modificado ligeramente el original, poniendo la puntuación hoy en boga y marcando *italics* y versalitas, que por cierto no figuran en el original.

⁶⁴ CNCrim. y Correc., *González Lorenzo*, 1960, *LL*, 99: 739, 753. Respecto a si estas decisiones de personas no estatales son o no actos administrativos, ver *infra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. I, § 12.6, “Otros casos. La potestad a medio camino entre derecho público y privado.” Enfatiza la defensa en los actos de gravamen RODRÍGUEZ R., LIBARDO, *Derecho administrativo general y colombiano*, Bogotá, Temis, 2000, 12ª ed., p. 252.

⁶⁵ “El gran problema [...] (de) cómo aplicar poder sin olvidar la justicia es obviamente universal, que cada Estado debe afrontar si cree en la democracia y en el imperio de ley” (*rule of Law*): WADE, *Towards Administrative Justice*, op. cit., p. 2; ver también pp. 12 y 63.

poder económico sino también en relaciones entre simples particulares. Como también dice WADE, “tanto de la sustancia de la justicia reposa en un justo procedimiento!” (*fair procedure*).⁶⁶ Este principio es obvio en cualquier procedimiento ante un tribunal de justicia; debiera ser igualmente evidente en un procedimiento administrativo, pero de hecho no siempre lo es en realidad.⁶⁷ Cualquier estudiante de derecho o de administración, dice WADE, estará de acuerdo en que el derecho a ser oído cuando se va a tomar una decisión que afecta los derechos de una persona es tanto una regla de buena administración como de buena decisión judicial. “No podemos concebir una decisión judicial tomada de otra manera. Podemos concebir —porque a veces lo hacemos— que las decisiones administrativas sean tomadas de otra manera. Sin embargo esto debiera ser imposible.”⁶⁸

El principio de oír al interesado y al público antes de decidir algo que los va a afectar no es solamente un principio de justicia. Es también un importante criterio de eficacia política y administrativa, hasta de buenas relaciones públicas y buenas maneras. Y por qué no, un principio y un deber ético. Un gobierno que se preocupe por su imagen en la opinión pública y por sus electores, haría bien en no maltratarlos privándoles de la audiencia previa a la decisión. Además, asegura un mejor conocimiento de los hechos y ayuda a una mejor administración y a una más justa decisión,⁶⁹ con menor costo político. El principio se mantiene incólume incluso cuando los hechos sobre los cuales debe decidirse parecen absolutamente claros y la prueba existente sea contundente y unívoca, porque si la administración tiene en cuenta no solamente razones o motivos de legitimidad, sino también motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, —e interés público como suma de intereses individuales coincidentes— entonces es meridiano que la voz de los afectados potenciales, incluso en el más “claro” de los casos, aporta siempre más elementos de juicio a tener en cuenta para el juzgamiento del mérito u oportunidad del acto y su grado de satisfacción del interés público comprometido.

Relata WADE el caso de un conductor de taxímetro al cual se le imputaba una falta que estaba totalmente acreditada: Su licencia estaba a punto de serle

⁶⁶ WADE, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, p. 2, p. 90. La garantía de la defensa, en un procedimiento administrativo leal y justo, es una adición a la lista de las medidas que preservan las libertades individuales, entroncada en la Carta Magna y al *Bill of Rights*: WADE, *op. cit.*, p. 85, la misma conclusión surge de los fallos del Tribunal Europeo de Justicia.

⁶⁷ WADE, *op. ult. cit.*, p. 9.

⁶⁸ WADE, *op. loc. cit.*; CHITI, *op. loc. cit.* En contra LINARES, *Sistema...*, *op. cit.*, pp. 53-5. Relata WADE con su sobrio humor dos muy antiguos casos en que el Arzobispo de Canterbury y el Decano de Harvard dictaron actos sin oír previamente al afectado, para concluir que si el primero había pecado y el segundo ignorado el derecho, ¡qué les quedaba a los demás mortales!

⁶⁹ En sentido similar WADE, *op. cit.*, p. 11: “Si su importancia fuera comprendida correctamente, debería ser establecido tan rígidamente por los administradores, en su propio interés, como por los abogados. Porque inevitablemente tiende a una decisión más justa y así a una mejor administración.” La bastardilla es nuestra. Además, vale la pena recordar las palabras de LA ROCHEFOUCAULD: “*La promptitude à croire le mal sans l'avoir assez examiné est un effet de l'orgueil et de la paresse.*” (*Réflexions*, CCLXVII.)

revocada sin citación alguna para su defensa, pero a instancia de uno de los miembros del Comité que debía resolver la cuestión, se lo citó para su defensa: El individuo no aportó ningún elemento de juicio sobre los hechos que constituían la falta, pero en cambio puso de manifiesto su situación personal muy difícil (ex combatiente; invirtió sus ahorros en un criadero de pollos, pero una peste los eliminó a todos; no tenía ahora sino su taxi para poder vivir, etc.). “Nada podría haber tenido menos que ver con el cargo ante el Comité. Sin embargo, cuando la carta fue leída, sus corazones comenzaron a ablandarse y comenzaron a ver que podría haber otro lado del caso, con un aspecto humano;”⁷⁰ así fue como le aplicaron una sanción condicional, bajo apercibimiento de que si reincidía en la falta su licencia le sería cancelada: El taxista no reincidió y continuó luego en el ejercicio de su actividad.⁷¹

El principio de la defensa es frecuentemente olvidado en el ámbito administrativo —también, por qué no decirlo, en el judicial, donde hay jueces y Salas que rechazan acciones *in limine litis*—, justamente donde nunca debe serlo, precisamente porque la decisión administrativa, a diferencia de la judicial, no sólo debe tener en cuenta la solución normativa del caso, sino también los criterios ya mencionados de oportunidad, conveniencia, interés público, etc. Si en el ámbito judicial, donde solamente se juzgan los hechos y su encuadre normativo, no se concibe —salvo los casos de arbitrariedad manifiesta ya recordados— una decisión tomada sin oír a los interesados, mucho menos se puede concebir una decisión tomada de esa manera cuando además de la legitimidad del acto ha de evaluarse, indispensablemente, su mérito y conformidad al interés público. No ha de pensarse tampoco que esto es mera cuestión de sensiblería; que en el caso del taxista inglés, p. ej., la decisión que *debiera* “legalmente” haberse tomado era la de revocar la licencia. Pues si el Estado moderno adopta como una de sus finalidades fundamentales la satisfacción del interés público, a veces la realización del bienestar de los ciudadanos⁷² y si toma sobre sí —en forma hoy limitada— la responsabilidad de atender a las clases menos favorecidas de la sociedad⁷³ a

⁷⁰ WADE, *Towards Administrative Justice*, op. cit., p. 10.

⁷¹ WADE, op. loc. cit.

⁷² Según la concepción del “Estado de Bienestar,” *supra*, t. 1, cap. III, § 21-5. Y que mantiene su vigencia en Europa: MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO y otros (directores), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, Civitas y Escuela Libre Editorial, 2000; en particular cap. IV, “La europeización de las garantías de los derechos y la universalización en Europa de algunas políticas de bienestar.” En cuanto a la relación entre “Estado de Bienestar” y publicidad del procedimiento, ver WADE, op. cit., p. 23.

⁷³ Según la ley 62-900 del cuarto plan francés, de 1962, art. 1º, 2º parte, eran objetivos del plan “De una parte, el mejoramiento de la condición de las categorías más desfavorecidas de la Nación, en particular: ancianos, responsables de familia, repatriados [...] asalariados de bajo ingreso.” Ver BAUCHET, PIERRE, *La Planification Française*, 1966, p. 351. Esos objetivos parecen pocos para una sociedad como la argentina actual, donde aparecen fenómenos mayores de exclusión social, que explica MERKLEN, DENIS, *Pobres Ciudadanos. La clases populares en la era democrática*. [Argentina, 1983-2001], Buenos Aires, Gorla, 2005, pp. 66-67.

través de un complejo y caro aunque ineficiente sistema de asistencia social, salud pública, previsión, etc., no es coherente que en la resolución de los casos concretos pretenda olvidar esos postulados de interés público,⁷⁴ bienestar, etc. y decidir en cambio según la pura letra de la norma legal o reglamentaria, con olvido de los principios superiores de orden constitucional y supraconstitucional. No decimos que debe abrirse más a la globalización o hacer beneficencia en cada una de sus decisiones, pero sí que no puede dejar de *tener en cuenta*, positiva o negativamente, lo que cada individuo y asociación o grupo de individuos tenga que decir y probar, no sólo sobre sus derechos e intereses o derechos de incidencia colectiva desde el punto de vista legal, sino también, si así lo desean, sobre las razones de globalización, oportunidad, humanidad, justicia o lo que a su entender sea pertinente sobre el caso. De donde, entonces, el cumplimiento individual y colectivo del principio de la audiencia por parte de la administración le es casi más imperativo a ella que a la justicia, pues hace a la realización de uno de sus fines —el desarrollo económico y el bienestar de la persona humana— que la justicia no tiene en cuanto tal sobre sí.

10.3. *El principio de la defensa como criterio de eficacia política*

Un procedimiento leal y justo en el que se respete integralmente el derecho de los individuos y grupos a ser oídos y a producir prueba, y controlar la producida por la administración, por fin, sirve también a un criterio de eficacia política y de legitimidad de ejercicio del poder. “Ninguna clase de gente se beneficia más a la larga de una justa administración que los administrados mismos, porque el Estado está consustanciado (*permeated*) desde la cúspide hasta el fondo con la verdad de que *el gobierno depende de la aprobación de los gobernados*. El *fair play* en la administración enrolará las simpatías del ciudadano y reducirá enormemente la fricción con que funciona la maquinaria del gobierno.”⁷⁵

En efecto, es bien evidente que una gran parte del descontento de un pueblo con su gobierno, cualquiera que éste sea, nace no solamente de las grandes líneas o acciones políticas que él emprenda, sino también de las pequeñas pero numerosas injusticias que a diario se cometen a través del aparato administrativo, por acción u omisión.

El descontento por el trato descortés, por el procedimiento injusto, originado en una tramitación por el control del servicio eléctrico, telefónico, de aguas, de transportes, o por la modificación de la tarifa o las condiciones del servicio sin audiencia pública, se torna fácil y rápidamente en descontento contra el gobierno, cualquiera sea su signo.

⁷⁴ Ver *supra*, cap. VI, “Servicios públicos,” § 5.1-5.4.

⁷⁵ WADE, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, p. 19.

La falta de publicidad y transparencia es sospecha y antesala de corrupción, como surge inequívocamente de la Convención Interamericana contra la Corrupción.⁷⁶ Un gobierno que pudiera operar con un aparato administrativo que no cometiera estas innecesarias injusticias de trato, que asegurara un procedimiento leal y respetuoso, que garantizara en todo momento un efectivo derecho a ser oído, a discutir los actos administrativos en todo nivel, a tratar de probar lo contrario de lo sostenido por el funcionario o el concesionario o licenciataria, y que eliminara así esta enorme cuota de fricciones e insatisfacción, seguramente vería que la *aprobación de los gobernados* se le brinda con mucha mayor facilidad y le permite en último análisis cumplir con mayor eficacia los objetivos que se haya trazado.

Un gobierno que se gana el descontento con esas pequeñeces, por no corregirlas, es un gobierno signado por el destino común de sufrir al mediano plazo la frialdad y la oposición de los gobernados; sin el apoyo y el asentimiento de los cuales nada duradero puede construirse desde el poder.

Así pareció haberlo entendido el Poder Ejecutivo nacional al dictar normas reafirmando los derechos de los habitantes en el procedimiento administrativo.⁷⁷

10.4. *Elementos de la garantía de la defensa*

La jurisprudencia y doctrina argentina y comparada han apuntado que este trámite es sustancial e inexcusable,⁷⁸ que debe practicarse de oficio aunque el interesado no lo solicite o alegue.⁷⁹ No ha de transformarse en una “mera ritualidad” “rutinaria y externa,”⁸⁰ o en “una apariencia formal de defensa,”⁸¹ ni en “la mera formalidad de la citación de los litigantes,” sino que consiste “en la posibilidad de su efectiva participación útil”⁸² en el procedimiento.

⁷⁶ Ver BOTASSI, “El derecho frente a la corrupción política,” *JA*, 2002-I, 1029; nuestro art. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091; MAIRAL, HÉCTOR A., *Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, RPA, 1^o ed., Buenos Aires, RAP, 2007; JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, “El derecho administrativo ¿es fuente de corrupción?,” en AA.VV. *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho*, Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, RAP, 2009, pp. 385-389.

⁷⁷ Decr. 229/00 (Carta Compromiso con el Ciudadano), *B.O.* 14-III-2000, arts. 3^o a 5^o. La “*Carta Compromiso*” fue adoptada como política estratégica por diversas reparticiones (ver Disposición N^o 286/AFIP/00, Resolución N^o 53/ORSNA/01, Resolución N^o 1186/ANSES/04, Resolución N^o 1727/COMFER/04, Resolución N^o 117/ENRE/05, Resolución 5758/CNRT/07 y Resolución 34/ERAS/08, entre otras.) Después, inexplicablemente, se pasó a las constantes vías de hecho de la administración.

⁷⁸ TS español, Sentencias del 11-II-1915, 18-I-1932, etc.; SERRANO GUIRADO, “El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo,” *RAP*, Madrid, 1951, 4: 129, 142-3.

⁷⁹ TS español, S. del 8 de junio de 1933; SERRANO GUIRADO, *op. cit.*, p. 142.

⁸⁰ TS español, Sentencias del 26-XI-11 y del 18-XI-30; SERRANO GUIRADO, *op. cit.*, p. 142.

⁸¹ CSJN, *Fallos*, 189: 34, *Rojas Molina*, 1941.

⁸² CSJN, *Fallos*, 215: 357, *Luis Cesar Rojo*, 1949; nuestro libro *Estudios de derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 92.

Estas advertencias señalan la existencia de una resistencia al cumplimiento efectivo de la garantía, sea violando el deber de citación y audiencia, sea dando los pasos formales que se le requieren, pero prestando oídos sordos a lo alegado y probado.

Es que, en última instancia, el derecho a ser oído es un derecho transitivo, que requiere alguien que quiera escuchar para poder ser real y efectivo: Tener presente esta última gran dificultad para la plena vigencia de esta garantía ha de hacernos extremar el cuidado para que se cumplimenten todas y cada una de sus etapas y aspectos.

Además, podrá observarse que en cada uno de los aspectos de esta garantía, desde el tener acceso a las actuaciones, presentar sus alegaciones, producir prueba, etc., se insiste en que ellos deben ser respetados desde antes de tomarse la decisión que puede afectar los derechos del individuo o grupos de individuos.

Esto tiene significativa importancia no sólo para una más eficaz defensa de los interesados, sino también como un modo de poner mayor énfasis en los controles preventivos que en los represivos:⁸³ “*melius est intacta jura servare, quam vulneratæ causæ remedium quærere,*” lo cual confiere mayor eficacia y economía procesal a todo el procedimiento administrativo.⁸⁴

Dicha garantía comprende varios aspectos, consagrados en el decreto-ley 19.549/72, art. 1º, inc. *f*) y art. 7º, incs. *b*), *d*) y *e*). Dice la norma citada en primer lugar:

“f. derecho de los interesados al debido proceso adjetivo, que comprende la posibilidad:

“1º de exponer las razones de sus pretensiones y defensas *antes*⁸⁵ de la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos,⁸⁶ interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente [...]

“2º de ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, [...] debiendo la Administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos [...] todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio.”

A ello se agrega el apartado 3º, con el derecho a una decisión fundada. Lo reafirma el inc. *i*) del art. 3º del decreto 229/00:

⁸³ Ver CATALDI, GIUSEPPE, *Il procedimento amministrativo nei suoi attuali orientamenti giuridici e non giuridici*, Milán, 1967, p. 4.

⁸⁴ Ver CATALDI, *op. loc. cit.*

⁸⁵ El destacado es nuestro.

⁸⁶ A lo que cabe agregar los derechos de incidencia colectiva ahora garantizados por la Constitución nacional, y reconocidos por la reciente jurisprudencia de la CSJN (ver fallos *Mendoza*, *Halabi*, *Padec* y *Unión de Usuarios y Consumidores* citados *supra*, nota 17), como explicamos en los caps. II y III.

“Derecho a que la Administración dicte resolución expresa ante sus peticiones, solicitudes o *denuncias*.”⁸⁷

Esto se aplica a la denuncia de ilegitimidad, que alguna antigua doctrina y jurisprudencia de fines del siglo XX pretendía era discrecional resolver. Esta norma retoma la buena y más antigua doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación, en las primeras décadas de la segunda mitad del siglo XX, que nunca debió abandonarse.⁸⁸ Sin embargo, resta mucho camino a desandar aún.

10.4.1. *Derecho a ser oído y a una decisión fundada*

Lo que a su vez presupone:

10.4.1.1. *Publicidad del procedimiento*,⁸⁹ en un primer aspecto manifestada en el *leal conocimiento de las actuaciones administrativas*,⁹⁰ lo que se concreta en la llamada “vista” y fotocopia completa⁹¹ de las actuaciones en el caso individual.⁹² Afirmar SCHEIBLER con acierto que tras la sanción del reglamento de acceso a la información contenido en los anexos del decreto 1172/03, se ha consagrado un nuevo principio de publicidad del procedimiento administrativo que excede a las partes y no diferiría del que rige — con excepciones en los fueros penal y de familia, entre otras — respecto de los expedientes judiciales.⁹³ A ello cabe agre-

⁸⁷ Mi proyecto de 1964, art. 236 incs. 4º y 5º; Bolivia, art. 16 inc. *h*) y art. 17; Brasil, arts. 48 y 50; España, art. 35 inc. *e*) y art. 89 incs. 1º y 2º; Perú, art. IV inc. 1º) ap. 2º) y art. 6º; a los ya citados cabe agregar entre otros: Colombia, art. 31; Costa Rica, art. 329; México, art. 16, x, LPFA y art. 39, X y XI, LPADF; Uruguay, art. 118; Venezuela, art. 2º; según lo indican GONZALEZ PÉREZ, *Procedimiento Administrativo Federal*, México, Porrúa, 2000, 3ª ed., p. 54 y BREWER CARÍAS, *Principios del Procedimiento administrativo en América Latina*, Bogotá, Legis, 2003, p. XIII, pto. II, pp. 88-9. Por supuesto, no puede ignorarse el giro político operado en varios países de América Latina, que si bien ha reivindicado valores indigenistas o populares antes injustamente preteridos, lo ha hecho en desmedro del Estado de Derecho.

⁸⁸ Para acercarse a una explicación del fenómeno es siempre útil recurrir a BONINA y DIANA, *La deconstrucción del derecho administrativo argentino*, op. cit.

⁸⁹ WADE, *Towards Administrative Justice*, op. cit., p. 19 y ss.; *Franks Committee* de 1957; DE LAUBADÈRE, VENEZIA Y GAUDEMET, op. cit., t. I, p. 729; BIDART CAMPOS, op. cit., p. 177. Entre los muchos países que erigen este principio, pueden citarse, Bolivia, art. 4º inc. *m*); Perú, art. IV, inc. 1º) ap. 12). Además, este último ordenamiento recepta la confianza legítima (España lo hace en el art. 3º inc. 1º) que denomina como “principio de predictibilidad,” estableciendo que “la autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o a sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.” (art. IV, inc. 1º) ap. 15). Ampliar en nuestra *Introducción al derecho*, op. cit., cap. II, “¿Qué es el derecho?” § 2, “Principios y valores. No «conceptos»” y en su versión inglesa, ampliada, *An Introduction to Law*, op. cit., cap. II, § 2.

⁹⁰ Decreto 229/00, art. 3º, incs. *a*), *b*), *d*), *e*), *f*), *g*); art. 4º, inc. *e*).

⁹¹ Nuestro Proyecto, arts. 254 a 256; decr. 229/00, art. 3º, inc. *d*): “Derecho a conocer el estado de tramitación de las actuaciones administrativas en las que tenga la condición de interesado y a obtener copias de los documentos contenidos en ellas;” Bolivia, art. 16 incs. *d*) y *j*); Brasil, art. 3º inc. II) y art. 46; España, art. 35 inc. *a*); Perú, art. 160; Honduras, art. 118.

⁹² Reglamento del DL 19.549/72, art. 38; decr. 229/00, art. 3º, incs. *a*), *b*), *e*), *g*); art. 4º, inc. *e*).

⁹³ SCHEIBLER, GUILLERMO M., “Acceso a la información en manos del estado: el pueblo [*debe poder*] saber de qué se trata,” Buenos Aires, *RAP* 325, octubre 2005, p. 111. Ver también BRUNO DOS

gar, como derivación razonada del mismo principio, la audiencia pública para la defensa de los usuarios y afectados y de los derechos de incidencia colectiva, cuya omisión o defectuosa realización en buenos principios acarrea la nulidad del acto.

Como dijo la CSJN “desde luego la audiencia del interesado supone la leal información del mismo de la existencia de la cuestión que le incumbe —*Fallos*, 193: 405; 198: 83— porque lo que la garantía constitucional tutela no es la mera formalidad de la citación de los litigantes sino la posibilidad de su efectiva participación útil en el litigio.”⁹⁴

El “secreto” sólo muy excepcionalmente se justifica, y por decisión expresa de autoridad competente,⁹⁵ que la justicia puede invalidar.

La publicidad del procedimiento, o transparencia, viene exigida por el art. III inc. 5° de la Convención Interamericana contra la Corrupción, para el caso de las contrataciones estatales, pero es un principio general del derecho internacional e interno.⁹⁶

Cabe reconocer, con todo, que las realizaciones empíricas van a la zaga de los progresos normativos.

SANTOS, MARCELO y FERNÁNDEZ LAMELA, PABLO, “Acceso a la información y participación pública. Los derechos de incidencia colectiva y el decreto 1172/2003,” *JA*, 2006-III, 162; REJTMAN FARAH, MARIO, “Los caminos por recorrer en materia de libre acceso a la información” y GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “El acceso a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: derecho fundamental y sostén político de la República,” ambos en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *Acceso a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012; SACRISTÁN, ESTELA B. y RATTI MENDAÑA, FLORENCIA S., “Procedimiento Administrativo y Acceso a la Información Pública, en POZO GOWLAND, HALPERÍN, AGUILAR VALDEZ, JUAN LIMA y CANOSA (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, t. IV, *op. cit.*, pp. 869-908,

La Corte Suprema ha destacado el lugar eminente que corresponde en una sociedad democrática al derecho de acceso a la información pública, advirtiendo que transparencia y publicidad de la gestión de gobierno son pilares de una sociedad democrática; y reconoció que el fundamento central del acceso a la información en poder del Estado consiste en el derecho que tiene toda persona a conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan. (*Asociación por los Derechos Civiles c/ EN - PAMI (dto. 1172/03) s/ amparo ley 16.986*, sentencia de 4-XII-12.)

⁹⁴ *Fallos*, 215: 357; PTN, *Dictámenes*, 39: 271-6, 278; BECKER, *op. cit.*, pp. 48 y 53; LANGROD, “El procedimiento administrativo no contencioso,” *LL*, 106: 1124, 1128.

⁹⁵ ROWAT, DONALD C., “The Problem of Administrative Secrecy,” *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. XXXII, 1996-2: 90; GALLOUEDEC-GENUYS, FRANÇOISE, “Informatique et secret dans l’administration,” igual revista, vol. XXXVIII, 1972-2: 141. Ver también ROBLEDOS, DANIEL, “La ley de lavado de dinero y la ‘entronización’ del secreto de las actuaciones,” *RPA*, 2006-2: 53-8.

⁹⁶ Lo admite el decr. 229/00, art. 3° inc. a); 4° incs. e) y g); 5° incs. a), d), f); los decr. 1023/01 y 893/12; nuestro Proyecto, art. 307 y ss.; Bolivia, art. 4° inc. m); Brasil, art. 2° inc. V); España, art. 3° inc. 5°); Perú, art. IV inc. 1°) ap. 12); Colombia, art. 3°; Comunidad Andina, art. 5°; Venezuela, art. 13. Ver otras referencias de derecho argentino *infra*, cap. XI, nota 1.30; cap. XII, nota 7.7, esp. RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, “Leyes secretas. ¿Antagónicas con un Estado de Derecho?” *LL*, 2005-D, 481. Ver también REJTMAN FARAH, MARIO, “Contrataciones públicas transparentes: Un desafío en la emergencia,” en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *El contrato administrativo en la actualidad*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 103-122 y “Desencuentros entre la Corte Suprema y la administración pública en materia de contrataciones administrativas,” en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *LL, Suplemento Extraordinario Administrativo 75 Aniversario*, Buenos Aires, 2010, pp. 197-2009, también publicado como cap. XXVII del t. 7.

10.4.1.2. *Oportunidad de expresar las razones del interesado antes de la emisión del acto administrativo*⁹⁷ y desde luego también después.

A nuestro juicio la violación de la secuencia temporal prevista en la norma es causal de nulidad absoluta.

La jurisprudencia, en cambio, piensa que sólo acarrea anulabilidad si no hay circunstancias agravantes.⁹⁸ Incluso considera que la ulterior discusión judicial sana el vicio, lo cual equivale a decir que no hay vicio alguno si uno no hace juicio. Nunca lograremos entender esta actitud, opuesta a la de todos los tribunales administrativos, en particular el de la O.I.T.

En el derecho administrativo de los tribunales administrativos internacionales, al contrario, la indefensión en sede administrativa, o el defectuoso cumplimiento del debido proceso en sentido procedimental en sede administrativa, se castiga siempre judicialmente con la nulidad. Basta consultar las bases de datos de tales tribunales en *Internet*. La justicia que no anula los actos administrativos dictados con indefensión se mira a sí misma en el espejo de su propia eficiencia (terminar el caso) pero sacrifica la eficiencia de su objeto de control que es la que debiera cuidar.

10.4.1.3. *Consideración expresa de sus argumentos y de las cuestiones propuestas*,⁹⁹ en cuanto sean conducentes a la solución del caso.¹⁰⁰ Esa expresa consideración de sus argumentos se refiere al acto decisorio, el cual debe además cumplir otros requisitos, el conjunto de los cuales se resume en el derecho a obtener una decisión fundada.¹⁰¹

10.4.1.4. *Obligación de decidir expresamente las peticiones. (Inclusive denuncias)*¹⁰² Esto es una obligación básica de la administración, de la cual no se desliga ni siquiera por el transcurso de los plazos de denegación tácita. Estos plazos son optativos para el interesado, quien puede elegir, si lo quiere, hacer un amparo por mora de la administración y obtener una decisión expresa.

⁹⁷ De no ser así se violan el texto y espíritu del DL 19.549/72 y decr. 229/00.

⁹⁸ TJE, *Transocean Marine Paint Association*, 1974, en CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo*, *op. cit.*, p. 317; decreto-ley 19.549/72, art. 1º, inc. f), ap. 1º.

⁹⁹ Art. 1º, inc. f), ap. 3º; decr. 229/00, art. 3º inc. i). En forma paralela, el art. 7 inc. c) del decreto-ley faculta a la administración a incluir cuestiones no propuestas, siempre que se confiera previa audiencia. Conf. TJE, *Hauptzollamt München-Mitte*, en CHITI, *op. cit.*, p. 317.

¹⁰⁰ Esto se desprende del principio de la razonabilidad de los actos administrativos, que la CSJN ha incorporado: ver t. 1, cap. VI, "Fuentes supranacionales del derecho administrativo," § 8 y ss. LINARES, *El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Kraft, 1994; *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1970, 2º ed.

¹⁰¹ Decreto-ley 19.549/72, art. 1º, inc. f), ap. 3º; decreto 229/00, art. 3º, incs. h) e i); nuestro Proyecto de 1964, art. 106; Bolivia, art. 16 inc. h); Brasil, art. 50; España, arts. 54 y 89; Perú, art. 6º. Ver *supra*, t. 3, *El acto administrativo*, *op. cit.*, cap. X, "Formalidades," § 6.

¹⁰² Lo último se encuentra establecido por el art. 3º, inc. i) del decreto 229/00, lo cual alcanza a la denuncia de ilegitimidad que se pretendía eliminar en décadas recientes.

10.4.1.5. *Obligación de fundar las decisiones.* La administración debe necesariamente analizar los puntos propuestos por las partes.¹⁰³ Es el requisito de la adecuada motivación.¹⁰⁴

10.4.1.6. *Derecho a hacerse patrocinar por letrado,*¹⁰⁵ con su asistencia e intervención y necesario acceso al expediente¹⁰⁶ en todo momento.

10.4.2. *Derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo*

10.4.2.1. *Derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida*¹⁰⁷ aunque deba producirla la administración. (Informes,¹⁰⁸ pericial, testimonial, etc.)¹⁰⁹

10.4.2.2. *Que la producción de la prueba sea efectuada antes de que se adopte decisión alguna sobre el fondo de la cuestión.*

10.4.2.3. *Derecho a controlar la producción de la prueba hecha por la administración,* sea ella pericial o testimonial,¹¹⁰ como otra manifestación del principio de la publicidad.

¹⁰³ Decreto-ley 19.549/72, art. 7º, inc. e); decreto 229/00, art. 3º, incs. h) e i). Este principio está contenido dentro de la razonabilidad, que exige que la decisión esté fundada. BECKER, *op. cit.*, p. 55 y ss.; LANGROD, *op. cit.*, p. 1129; GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos, op. cit.*, p. 113; *Procedimiento Administrativo Federal, op. cit.*, pp. 58-9. Desde luego, más importante es que se sustente fácticamente, sin lo cual ningún derecho podrá ser correctamente aplicado, como explicamos en el cap. I, “El método en derecho,” del t. 1 y también en el cap. I del presente y sus remisiones.

¹⁰⁴ “No cumple los requisitos de una motivación válida cualquier frase o conjuntos de frases, carentes de contenido, expresiones de manifiesta generalidad, o la sola mención de todas las ordenanzas, [...] Se requiere el análisis de los hechos y el derecho aplicable al caso concreto, además debe existir un nexo lógico entre el supuesto fáctico y la decisión que se adopta.” CCAyT CABA, Sala II, *Mindar S.A., op. cit.*, cons. 10.2 del voto de la mayoría. La Cámara, en un fallo reciente, exigió la misma motivación para los dictámenes, toda vez que “la intervención de diversos órganos consultivos como una mera sucesión de pasos procedimentales no garantiza *per se* la validez del procedimiento y del acto que es su consecuencia, si el producto de su actuación no resulta idóneo para dar cumplimiento a la actividad que están llamados a desarrollar.” (Conf. CNFed. CA., Sala III, 2-II-09, *Paiva, Verónica T. c/ Estado Nacional - Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas - CONICET*.) Ver *supra*, t. 3, *op. cit.*, cap. X, “Formalidades,” § 6, “La fundamentación o motivación,” 6.1 a 6.5.

¹⁰⁵ Decreto-ley 19.549/72, art. 1º, inc. f), ap. 1º; nuestro Proyecto de 1964, art. 282; Brasil, art. 3º inc. IV); España, art. 85 inc. 2º); Perú, art. IV inc. 1º) ap. 8º) y art. 160. Ampliar *infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, cap. I, “Las partes,” § 13, “Patrocinio,” hasta § 13.7.

¹⁰⁶ AUBY y DRAGO, R., *Traité de contentieux administratif*, t. II, París, L. G. D. J., 1962, p. 616.

¹⁰⁷ Ver REAL, “Obligación administrativa de diligenciar la prueba de descargo,” en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, 60-2/3: 55, Montevideo, 1963; Corte Suprema de Justicia, Uruguay, *Grezzi*, 1960, en REAL, *op. cit.*, p. 76 y ss., p. 80; PTN, *Dictámenes*, 94: 264; GRAU, *op. loc. cit.*; TJE, *Hauptzollamt München-Mitte*, en CHITI, *op. loc. cit.*

¹⁰⁸ Decreto 229/00, art. 3º, inc. g); art. 4º, inc. e): “Derecho a la información: los usuarios y beneficiarios de servicios comprendidos en el presente programa deben contar con la posibilidad de tener un efectivo acceso a la información en las condiciones que establece la normativa vigente.”

¹⁰⁹ Más evidente es que “el Estado no debe retener pruebas que alguien necesita para hacer valer sus derechos,” como expresa WADE, *Towards Administrative Justice, op. cit.*, p. 4.

¹¹⁰ Confr. GRAU, *op. loc. cit.*; ampliar en WILKEY, p. 7 y ss.

10.5. *Campo de aplicación del principio de la defensa*

Toda decisión susceptible de afectar los derechos o intereses de una persona o grupo de personas debe ser dictada habiendo oído previamente a las personas alcanzadas por el acto. Es ésta una forma o procedimiento de llegar a la resolución y por ello la regla no debe variar, cualquiera sea el tipo de decisión a adoptarse. Salvo supuestos de extrema urgencia o estado de necesidad pública, en que la precariedad del tiempo y la gravedad de la situación puedan hacer indispensable tomar alguna decisión en forma inmediata,¹¹¹ lo cierto es que normalmente nada justifica que no se escuchen las razones y se consideren las pruebas que puedan presentar los interesados, y sus alegatos sobre la prueba, antes de adoptarse una decisión que haya de afectar sus derechos o intereses. Es una regla de justicia y también de buena administración, en la medida que implica y asegura un más acabado conocimiento y valoración de los hechos sobre los cuales se ha de resolver, por lo tanto una más objetiva y mejor decisión.

Si bien este principio se vincula con el de publicidad, de todos modos no se confunde con él ya que es perfectamente concebible un procedimiento del que no se informe al público en general, pero en el que se dé adecuada oportunidad de defensa a la persona afectada por él. Por ello, en los asuntos reservados o incluso secretos es un requisito jurídico también exigible.

Por fin, quizá no esté de más señalar que la garantía de la defensa también le corresponde a la persona que ha cometido una falta grave o delito, por grave que él sea, aunque su culpabilidad esté probada o incluso reconocida por el culpable. No ha de cometerse, en efecto, el clásico defecto lógico de razonar, p. ej., que si el consumo de tabaco delante de terceros violenta el art. 41 de la Constitución nacional, entonces el fumador contaminante puede ser tratado injustamente;¹¹² se trata de la falacia lógica del razonamiento *ad hominem*.¹¹³

En otras palabras, por más culpable que sea una persona, por mejor que está acreditada su falta, ello no puede fundar que no sea escuchada para que exprese lo que quiere decir en su descargo, o la prueba que quiere ofrecer. Sin perjuicio de que el hecho esté probado, la prueba por él ofrecida puede servir para mitigar su culpa, dar un diverso encuadre normativo de la cuestión, graduar la pena, pedir luego gracia o indulto, etc. Este es un claro derecho suyo del que no puede

¹¹¹ Nos remitimos a nuestro trabajo "Legalidad y urgencia en el derecho administrativo," en el libro *Después de la reforma del Estado*, 1998, 2ª ed., cap. VI.

¹¹² DAVIS, *Administrative Law Treatise*, New York, 1958, párrs. 7 y 19, citado por WADE, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, p. 68. Cabe sí impedir su condena dañosa, desde luego, pero con razonable proporcionalidad en el uso de la fuerza en legítima defensa de la propia salud atacada.

¹¹³ COPI, IRVING, *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, Eudeba, 1962, p. 63; ampliar *infra*, *El acto administrativo*, *op. cit.*, t. 3, cap. IX, "Vicios de la voluntad," § 8.4.2, donde tratamos esta falacia como vicio del acto administrativo.

arbitrariamente privárselo. Por ello en ningún caso será válido prescindir del cumplimiento de este principio.

La violación de la garantía de la defensa es uno de los principales vicios en que puede incurrirse en el procedimiento administrativo y también uno de los vicios más importantes del acto administrativo.¹¹⁴ Por lo tanto, a menos que la transgresión sea de poca trascendencia, la indefensión del particular cometida por la administración debe sancionarse con la nulidad del procedimiento. Ese es el criterio de los tribunales administrativos internacionales. Sin embargo, existe una cierta tendencia de los jueces argentinos a no anular retroactivamente los procedimientos administrativos en los cuales no se ha respetado esta garantía, en base al argumento de que de todos modos los argumentos del interesado son oídos en la instancia procesal de que se trata. Esto permite a la administración desconocer los derechos que en teoría tienen los administrados, en la tranquilidad de que los jueces no anularán los actos que dicten en contradicción a tales normas. El decreto 229/00 puede transformarse en un documento anodino si los jueces no castigan con la nulidad sus violaciones. Es una lástima que de esa manera se pierda el tiempo, pues los particulares no tendrían necesidad de acudir a la justicia, si hubieran sido escuchados en la administración. Si no se sanciona con la nulidad el trámite incorrectamente efectuado, nunca aprenderá el funcionario que lo hizo mal, cuál es la forma correcta de hacerlo. Lo seguirá entonces haciendo mal, no oyendo a los interesados ni recibiendo sus pruebas, etc., durante tanto tiempo como los jueces digan que eso no importa si ellos oyen al quejoso en la etapa judicial. Si bien la administración formula en los dictámenes el debido respeto a la defensa¹¹⁵ y lo reafirma en el decreto 229/00, cons. 12, las “sinergias positivas” de que allí se habla serán “sinergias negativas” si los jueces no sancionan su incumplimiento con la nulidad del acto. Toca a los afectados utilizar el acceso a la tutela internacional.¹¹⁶ Los jueces suelen utilizar la sinergia como elemento potenciador de la nulidad cuando los vicios se acumulan,¹¹⁷ la indefensión les sabe a poco: Prefieren sacarse un caso de encima antes que devolverlo a la administración, anulado, para que esta aprenda y haya, por ende, menos juicios.

10.6. *Nuevos desarrollos del principio*

Esos principios a veces ya no son mencionados como parte de la garantía de la defensa en juicio o debido proceso, sino que han tomado identidad propia: Así

¹¹⁴ Ver *infra*, t. 3, *op. cit.*, cap. IX, “Vicios de la voluntad,” § 4.1, “La garantía de defensa. El sumario previo.”

¹¹⁵ Consideró que existía nulidad en 71: 173 *bis*; anulabilidad en: 57: 215, *infra*, t. 3, cap. IX, “Vicios de la voluntad,” § 4.1, “La garantía de defensa. El sumario previo.”

¹¹⁶ *Supra*, t. 1, cap. VI y cap. XVI, del presente tomo.

¹¹⁷ Ver *infra*, t. 3, cap. IX, § 4.7, “Efecto sinérgico de los vicios” y 4.8, “Circunstancias mitigantes;” cap. X, § 18, “El efecto sinérgico de los vicios de forma y otros;” cap. XI, § 17, “Crítica de la valoración usual de los vicios del acto administrativo.”

la razonabilidad,¹¹⁸ la publicidad y transparencia de los actos y procedimientos estatales,¹¹⁹ la fundamentación de los actos administrativos, el control de la producción de la prueba, la lucha contra la corrupción, etc.

11. Principio del informalismo en favor del usuario y del administrado

11.1. El informalismo como arbitrariedad

Uno de los rasgos distintivos del procedimiento administrativo es su carencia de formas estrictas,¹²⁰ o sea, su informalismo.¹²¹ Pero este término puede ser interpretado de dos formas diametralmente opuestas, por lo que es esencial fijar con precisión el alcance y significado de dicho informalismo.

En una concepción se identifica formalismo con certeza, seguridad, uniformidad, protección jurídica. En el derecho francés, en que por un eficaz sistema de control jurisdiccional no se había sentido en igual grado la necesidad de establecer protecciones para el administrado durante la tramitación del procedimiento ante la misma administración, se identificó a veces informalismo con “discrecionalidad técnica.”¹²² Se estimaba antiguamente que el procedimiento era informal en el sentido que la administración no estaba sujeta a ninguna regla y que podía llevar el procedimiento por el cauce que le pareciera más conveniente. En esa tesitura, afirmar que el procedimiento es *cuasijurisdiccional*, como hace a veces el Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, puede llegar a parecer una

¹¹⁸ *Supra*, t. 1, cap. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo;” *infra*, t. 3, cap. IX, “Vicios de la voluntad,” § 7, “Arbitrariedad,” y 8, “Distintos casos de arbitrariedad.”

¹¹⁹ Mucho declara el decreto 229/00 en su art. 4º incs. *d*), *e*), *g*); art. 5º incs. *a*), *c*), *d*) y *f*); nuestro Proyecto de 1964, Bolivia, art. 4º inc. *m*); Brasil, art. 2º inc. V); España, art. 3º inc. 5º); art. 307 y ss.; Perú, art. IV inc. 1º) ap. 12); Colombia, art. 3º; Reglamento de la Secretaría de la Comunidad Andina, art. 5º; Venezuela, art. 13. Ampliar en SÁENZ, *op. cit.*, esp. § V.

¹²⁰ Salvo el plazo —en la actualidad jurisprudencial— por su impacto en el acceso a la justicia. Ver *infra*, t. 4, cap. III, “Los recursos administrativos,” § 1.2, “Carga del administrado y privilegio incausado de la administración. Valladar para el acceso a la justicia” y 18.3, “El plazo del art. 25: sus problemas empiezan en sede administrativa;” cap. VIII, “El tiempo en el procedimiento,” § 1.3, 1.5, 2.3.2, 2.3.6, 14.1, 14.2; cap. IX, “Los recursos de reconsideración,” § 13, “El potestativo recurso de reconsideración previo a la acción judicial,” nota 13.4; cap. X, “El recurso jerárquico,” § 1.3 y 9.2; cap. XI, “Recurso de alzada,” § 5.4, “La cuestión de los plazos.”

¹²¹ O su “antiformalismo”: ENTRENA CUESTA, *op. cit.*, p. 246; ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Tratado de derecho administrativo formal*, Venezuela, Valencia, Vadell, 1998, 3ª ed., p. 130 y ss.

¹²² BECKER, *op. cit.*, p. 7; DUEZ, PAUL y DEBEYRE, GUY, *Traité de droit administratif*, París, 1952, pp. 25-6. Comparar ISAAC, GUY, *La procédure administrative non contentieuse*, París, 1968, p. 287. El sistema francés no puede ser juzgado severamente por este aspecto, ya que toda su atención estuvo concentrada siempre en el control posterior, contencioso, de la actividad administrativa y no en el anterior no contencioso: Ver HAMSON, *op. cit.*, p. 19. También ha de tenerse presente la doble evolución que ha tenido el concepto de discrecionalidad técnica: *Supra*, t. 1, cap. X, “Clasificación jurídica de la función administrativa,” § 12.4, “Regulación técnica (antes llamada «discrecionalidad técnica»),” p. 15 y § 12.5, “Discrecionalidad cero,” pp. 16-7, donde recordamos a PEDRIERI, ALBERTO, “Le norme techniche como fattore di erosione e di trasferimento di sovranità,” en UNIVERSITÀ DI VENEZIA, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, t. IV, Módena, Mucchi, 1996, p. 1415 y ss.

buena idea para concluir en la necesidad de proveer al interesado todas las garantías propias de un debate judicial.

Si se toma en cambio la experiencia del Consejo de Estado y demás tribunales administrativos franceses, puede resultar cierta correlación entre la eficacia del control judicial y la importancia del procedimiento administrativo. Cuanto más efectivo es el control judicial,¹²³ menos acuden los interesados a buscar soluciones en el procedimiento administrativo.¹²⁴ Menos se desarrolla, por ende, un régimen administrativo del procedimiento. El problema es que la cantidad de asuntos que resuelve la administración es mucho más alta que la cantidad de asuntos que pueden resolver a tiempo, supuestamente mejor, los tribunales. Es importante entonces, que desde la justicia se oriente a la administración a actuar correctamente.

Además, en los tribunales administrativos internacionales se asesora a los interesados, se señalan puntos a subsanar de sus escritos, etc. En todo el mundo se tiene aguda conciencia de la dificultad incluso cultural de acceder a la justicia¹²⁵ y se actúa para corregirlo. Evidentemente, la concepción de no asegurar un buen procedimiento administrativo inicial con respeto al debido proceso legal, debiera llevarnos al más terminante rechazo del informalismo del trámite administrativo si ése es el resultado. Bien se advierte, p. ej., que BECKER es guiado por ese pensamiento cuando se empeña en demostrar el carácter “procesal” de este procedimiento, para poder entonces sostener que el mismo es “jurídico” y debe estar sometido a reglas jurídicas predeterminadas.¹²⁶ Sin embargo, ésta es sólo una de las formas de entender el principio del informalismo y por ende, de aplicarlo.

11.2. *El informalismo en favor del administrado. Origen*

Existe una segunda forma de comprender el informalismo y es la que proviene del derecho español y ha sido recibida en el derecho argentino y comparado. El

¹²³ El sistema francés, mientras tanto, ha progresado. El Consejo de Estado creó una oficina de información pública en 1974 y también lo ha hecho la justicia francesa, para orientar a los que acuden a preguntar acerca de sus derechos y las formas de defenderlos. Se ha publicado también una guía del justiciable. Ver BRAIBANT, GUY y STIRN, BERNARD, *Le droit administratif français*, París, Presses de Sciences Po y Dalloz, 1999, 5ª ed, pp. 534-7.

¹²⁴ En el derecho brasileño, sólo recientemente se ha tratado el tema, p. ej. BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Curso de direito administrativo*, Malheiros, San Pablo, 2004, 17ª ed., cap. VIII, I, 1, p. 444 y ss. La ley federal de procedimiento n° 9784/99 ha comenzado a integrar el contenido de las obras generales, p. ej. MUKAI, TOSHIO, *Direito administrativo sistematizado*, San Pablo, Saraiva, 1999, pp. 236-40.

¹²⁵ Las reflexiones de BRAIBANT y STIRN, *op. cit.*, p. 536, han sido formuladas para el derecho inglés por el *Master of the Rolls*. Y la solución es la legitimación de asociaciones de todo tipo (BRAIBANT y STIRN, *op. cit.*, p. 537), entre nosotros mediante los derechos de incidencia colectiva.

¹²⁶ BECKER, *op. cit.*, pp. 3 y ss., 7 y ss., 33 y ss. Pero esto no es así al presente en el derecho francés, que comienza a ocuparse de señalar los principios jurídicos del procedimiento administrativo: publicidad, carácter contradictorio, imparcialidad, efectividad. (AUBY, J. M., *La procédure administrative non contentieuse*, Dalloz, 1956, cap. 27; DE LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *op. cit.*, t. 1, p. 729.)

Tribunal Supremo español declaró ya en 1922 que “Las reclamaciones producidas en vía gubernativa no [...] están sometidas a formalidades precisas, *debiendo interpretarse su contenido con espíritu de benignidad*,” pudiéndose afirmar que “Esta doctrina se ha venido aplicando en beneficio de los recurrentes, evitando que por defecto de forma dejen de tramitarse recursos erróneamente calificados.”¹²⁷ En verdad, este criterio ha existido y existe, en mayor o menor medida, en otros países;¹²⁸ pero el mérito del derecho español y argentino reside en haberlo erigido en principio fundamental del procedimiento administrativo. Nuestro país siempre se caracterizó por una evolución pendular, dado que la CSJN a veces restringía la tutela y, en cambio, las instancias de grado la ampliaban;¹²⁹ también alguna doctrina hizo lo propio para desandar el camino, prefiriendo hablar de un formalismo moderado en lugar de un informalismo a favor del administrado. Todo lo contrario sucedió recientemente con la actual conformación de la CSJN.¹³⁰

Por ello dependerá de una evaluación profesional puntual, determinar si ante la inexistencia de pronta, suficiente y adecuada tutela judicial de los derechos e intereses lesionados por la administración, no es solución práctica o conducente acudir inmediatamente a la justicia en búsqueda de una elusiva protección de esos derechos. O si, al contrario, la justicia es capaz de reaccionar a tiempo contra el obrar ilegítimo de la administración.

Si la justicia prefiere intervenir cuando los actores del poder están fuera de él, o se aproxima el fin de su poder y sólo entonces condena sin ambages los actos de quienes son ya personajes de la historia, habrá que hacer un cálculo temporal. Quizás, en tal caso, conviene mantener encendida la vela del plazo, acudiendo para ello a la administración a fin de esperar *otra* administración y/u otra mirada judicial.

La mayor importancia empírica del procedimiento administrativo, cuando ocurre, no es sino una muestra de la menor fuerza del control judicial. Nos remitimos a lo expuesto en los parágrafos 11.1 a 11.5 del capítulo XVII del t. 7, “El procedimiento administrativo en la práctica,” donde se advierte la escasa tutela que el particular encuentra para la defensa de sus derechos.¹³¹ Ello lleva,

¹²⁷ GARRIDO FALLA, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, p. 294.

¹²⁸ NAI, SIRO, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Milán, 1957, p. 19, para el derecho italiano; ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, Manzschke, 1954, p. 225, para el derecho austríaco. En el derecho francés hoy se dice que “sobre todo muchas de estas reglas tienden a asegurar garantías a los administrados, existiendo entonces las formas y procedimiento esencialmente en su interés.” DE LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *op. loc. cit.* En la Argentina, ya lo proponíamos en nuestro Proyecto de 1964, arts. 246 y ss., 324. También encontramos este principio en Bolivia, art. 4° inc. 1°); Brasil, 2° inc. IX) y art. 22; España, art. 110 inc. 2°); Perú, art. IV inc. 1°) ap. 6°); Uruguay, art. 9°, decreto 500/91.

¹²⁹ Ver los casos reseñados en el cap. II de este vol. 2, “Derechos de incidencia colectiva.”

¹³⁰ Fallo *Halabi*... citado en notas 17 y 87 de este capítulo.

¹³¹ Ver también RODRIGUEZ PRADO, JULIETA, “La violencia del procedimiento administrativo en la práctica,” *LL*, 2006-F, 897, reproducido en el cap. XVIII del t. 7.

en regímenes como el nuestro, a un crecimiento desmesurado del procedimiento administrativo, que en este tratado insume todo el vol. 4 de la obra, frente a pocos y escasos capítulos sobre el contralor judicial en el presente volumen. Esas páginas son un reflejo cuali-cuantitativo de esa realidad. De todas maneras, sea una u otra la solución, es claro que jamás debiera permitirse a la administración dictar, válidamente, actos en los que el particular no ha sido debidamente oído, con pleno cumplimiento de la garantía del debido proceso en sentido adjetivo y sustantivo. Esta posición es la que asumen los tribunales administrativos internacionales, conscientes de la necesidad de promover un cambio administrativo hacia un comportamiento conforme a derecho.

11.3. *Su formulación en el derecho argentino*¹³²

En el derecho argentino, por impulso de la Procuración del Tesoro de la Nación, se han fijado a través de los años las características esenciales de aquel informalismo administrativo a favor del administrado. El procedimiento es *informal sólo para los administrados*¹³³ y *usuarios de servicios públicos, consumidores, vecinos*, en especial los de menor condición económica, social o cultural. Son ellos quienes pueden invocar la elasticidad de las normas de procedimiento, en tanto y en cuanto ellas les benefician. Ese informalismo no puede ser empleado por la administración para dejar de cumplir las normas, ni para eludir el debido proceso; o sus deberes de control de los servicios que ha concedido o licenciado en monopolio. Tampoco lo pueden invocar los concesionarios o licenciatarios de poderes económicos monopólicos otorgados por el Estado, no al menos como si fuera un usuario.¹³⁴ Es superior el principio del informalismo para el administrado y los usuarios (consumidores, vecinos, etc.), respecto al del formalismo para todos. En efecto, la práctica administrativa demuestra que los recurrentes y reclamantes en

¹³² Ver y comp. CANOSA, ARMANDO N., *Los recursos administrativos*, Buenos Aires, Ábaco, 1996, p. 130; HUTCHINSON TOMÁS, *Ley nacional de procedimiento administrativo comentada y concordada*, Buenos Aires, Astrea, t. I, 1985, t. II, 1988; *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1991; ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, pp. 31-3; GAMBIER, "El procedimiento administrativo: algunas cuestiones que suscita el principio del informalismo," *JA*, 1992-III, 673; "Recursos administrativos, informalismo y denuncia de ilegitimidad," *RDA*, 5: 585.

¹³³ Esta fue la formulación tradicional del principio, que en su momento recogimos. En igual sentido ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, pp. 31-3. Comp. COMADIRA, *op. cit.*, p. 61. BREWER CARÍAS, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina, op. cit.*, p. 54, "No sólo este principio tiende a obviar los efectos del incumplimiento de trámites no esenciales por parte de los particulares, sino que también puede aplicarse a la propia Administración, en el sentido de que siempre que el acto administrativo aparezca expresado en forma clara y comprensible, podrán obviarse algunas exigencias no esenciales [...] de manera que la Administración no pueda, ella misma excusarse por la ausencia de un elemento formal para que pueda haber una manifestación de voluntad, y así deba ser entendida."

¹³⁴ SARMIENTO GARCÍA, JORGE, *Concesión de servicios públicos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, pp. 243-4, nota 243, recordando a la Sala III en *Edesur c. ENRE*, 2-IV-1996, causa 14.968/95: "el principio del informalismo en favor del administrado no puede ser invocado por la recurrente con la misma intensidad que pudiera hacerlo en general otro interesado."

vía administrativa son en una gran proporción gente de modestos recursos que actúan sin patrocinio letrado y sin posibilidad alguna de dominar los vericuetos del procedimiento, perdiendo frecuentemente los plazos para recurrir y efectuando presentaciones que no reúnen los caracteres de un escrito judicial. Es para ellos que está destinado el informalismo, una suerte de discriminación positiva. Establecer un procedimiento formal, a semejanza del judicial, implicaría hacer perder a esa gran mayoría de administrados y usuarios toda posibilidad seria de recurrir administrativamente, por cuanto pocas veces podrían presentar sus reclamaciones en un todo de acuerdo con las siempre cambiantes prescripciones positivas.

Formalizar el procedimiento ante la administración significa desproveer de medios de protección administrativa eficiente a la mayoría de los particulares, sean usuarios o administrados. Las normas deben mantener el principio del informalismo en favor del administrado. Así lo prescribe el decreto-ley 19.549/72, que consagra en su art. 1º, inc. c), la “Excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente” y en el art. 5º de su reglamentación, inc. d), que el funcionario debe “señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos de que adolezca, ordenando que se subsanen de oficio o por el interesado dentro del plazo razonable que fije, disponiendo de la misma manera las diligencias que fueren necesarias para evitar nulidades.” Incluso, el decreto 229/00 establece, adicionalmente, la obligación administrativa de ayudar a los presentantes en sus trámites y requisitos (art. 2º inc. b), lo cual sería totalmente autocontradictorio con una aplicación rigurosa e inflexible de los recaudos sobre los cuales debió informarle (inc. a) y asesorarlo (inc. b.)

11.4. *Aplicación del principio en materia de denominación de los recursos*

Ha dicho la Procuración del Tesoro de la Nación: “Tengo para mí que la determinación del recurso, tanto quiere decir como la voluntad intergiversable de obtener un nuevo pronunciamiento, sin que sea menester que se califique jurídicamente la petición y aunque se la haya calificado erróneamente...Lo contrario sería instituir un formalismo y formulismo tan estéril y pernicioso para la administración pública que serviría para *frustrar en la práctica los escasos remedios procesales que las leyes acuerdan a los administrados.*”¹³⁵ El fundamento es no “frustrar en la práctica los escasos remedios procesales que las leyes acuerdan a los *administrados*” e individuos o asociaciones más débiles en general, tales como usuarios, consumidores, vecinos, etc.; o sea, que la finalidad es dar una más efectiva protección jurídica a los más débiles frente al poder político o económico

¹³⁵ PTN, *Dictámenes*, 39: 113, 119; 62: 112; 64: 208; 66: 225; 69: 97, 102 y 105; 70: 210; 73: 69; ENTRENA CUESTA, *op. cit.*, 13ª ed., p. 278 y su referencia de nota 7.

y no conferir mayor discrecionalidad a la administración y sus concesionarios o licenciatarios monopólicos. También aparece el informalismo cuando se trata de licitaciones públicas.¹³⁶ Una aplicación del principio es el art. 81 de la reglamentación del decreto-ley 19.549/72: “Los recursos deberán proveerse y resolverse cualquiera sea la denominación que el interesado les dé.”¹³⁷ Se ha dicho también que “los recursos administrativos han de interpretarse no de acuerdo a la letra de los escritos que los expresan, sino conforme a la intención del recurrente, inclusive cuando éste los haya calificado erróneamente usando términos técnicos inexactos” y así p. ej.: “Si erróneamente se interpusiera en término [...] un recurso contra una decisión de entidad autárquica con la denominación de revocatoria o bien de reconsideración, pero se desprendiera la intención del recurrente de seguir la vía jerárquica, debe admitirse y tramitarse como recurso jerárquico cuando sustancialmente reúna las condiciones que para el mismo son exigidas reglamentariamente.”¹³⁸ O sea que los escritos se deben interpretar “no de acuerdo a la letra sino a la intención del recurrente”¹³⁹ y sus deficiencias formales pueden ser suplidas ulteriormente.¹⁴⁰

11.5. Otras aplicaciones del principio

Se ha hablado igualmente de “el derecho (*que a la vez es un deber*) de la administración de corregir evidentes equivocaciones de los administrados”¹⁴¹ y usuarios no sólo relativas a la calificación, sino también cuando se trata de otras fallas formales, que es su deber ayudar a subsanar por aplicación del principio *pro actione*.¹⁴² “Aunque el trámite de dicho recurso adolece de algunas fallas formales, ellas no son suficientes como para declarar su improcedencia por ese motivo, pues

¹³⁶ *Infra*, cap. XII, “La licitación pública.”

¹³⁷ Ver también Perú, art. 213 y Venezuela, art. 86, según lo indica BREWER CARÍAS, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, op. cit., p. 55.

¹³⁸ *Dictámenes*, 67:95; en igual sentido, 59: 156; 62: 112; 64: 208; 66: 225; 70 210; 3: 86; 83: 72, MARIENHOFF, MIGUEL, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, t. I, 5ª ed., p. 709. Los dictámenes corresponden a una época en que no se distinguía entre alzada y recurso jerárquico.

¹³⁹ *Dictámenes*, 73: 86; 68: 210 y 225 y los citados en la nota anterior; GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, Troquel, 1967, 3ª ed., p. 530. En esta tesitura se ha aceptado que una notificación hecha “en disconformidad” implica una clara voluntad de obtener un nuevo pronunciamiento y es por lo tanto válida interposición de recurso: Dictamen del 5-IX-1968, en expediente 1186/67 de la Secretaría de Estado de Agricultura y Ganadería, que fue adoptado y resuelto como recurso jerárquico por el decreto 7523 del 29 de noviembre de 1968, *B.O.* del 27-II-1969. Posteriormente ha habido algunas voces discrepantes, que a nuestro juicio no alcanzan a conmovir la firmeza del principio: TORRES, ISMAEL, “La firma en disconformidad en el ámbito de la Ley N° 19.549 y su reglamentación ¿importa la interposición de un recurso?” *RAP*, 266: 17, Buenos Aires, 2003.

¹⁴⁰ Reglamentación del decreto-ley 19.549/72, art. 77.

¹⁴¹ *Dictámenes*, 70: 162; la bastardilla es nuestra.

¹⁴² Así lo sostuvo la Sala II del Tribunal Fiscal de Apelaciones de Buenos Aires en los fallos *Boldt S.A.*, del 21-VI-07; *Montani, Laura Susana*, del 19-IV-07; *F Group S.R.L.*, del 13-III-07 y *Elacin S.A.*, del 1-III-07, entre otros. También el Tribunal Fiscal de la Nación en TF, Sala E, 2-VI-06, *Bio Sidus S.A. c/ DGA*.

se han cumplido las etapas sustanciales, máxime cuando en la materia existe *un criterio de amplitud en favor del recurrente* en los casos que han sido objeto de dictámenes por parte de esta Procuración.¹⁴³

Ello, a su vez, ha sido objeto de variadas aplicaciones, entendiéndose que la equivocación en el destinatario del recurso (es decir, el error respecto a la autoridad para ante quien se lo interpone,) tampoco afecta la procedencia del recurso y que debe ser tramitado por la administración en la forma pertinente,¹⁴⁴ inclusive cuando la calificación hecha por el recurrente es clara y terminante: Si el recurso que el administrado quiso interponer es improcedente, la administración debe considerarlo y resolverlo como si fuera el recurso que en su lugar era procedente.¹⁴⁵ Ha dicho así el Poder Ejecutivo: “Que no obstante el error cometido por el peticionante al recurrir en la forma que lo ha hecho, procede conforme al criterio aceptado en numerosos casos análogos, que la administración, ante la voluntad del administrado de perseguir una revisión del acto, imprima a su solicitud el trámite del recurso jerárquico.”¹⁴⁶ Ello se conforma con los principios del decreto-ley 19.549/72, art. 1º, inc. e), ap. 7º: “la interposición de recursos administrativos interrumpirá el curso de los plazos, aunque aquéllos *hubieren sido mal calificados*, adolezcan de defectos formales insustanciales.” Con el mismo criterio se ha entendido que si no consta la fecha de notificación del acto impugnado, o de la presentación del recurso, debe entenderse que él ha sido interpuesto en término.¹⁴⁷ Lo mismo ocurre si el recurso es interpuesto ante autoridad incompetente por error excusable (decreto-ley 19.549/72, art. 1º, inc. e), ap. 7º). Si el error es inexcusable y doloso, desde luego no tiene efecto suspensivo de la prescripción.¹⁴⁸

11.6. *Conclusión*

De todo ello se desprende la mecánica del informalismo. Es *informalismo únicamente en favor del administrado y los usuarios*, para facilitarles la defensa de sus

¹⁴³ *Dictámenes*, 74: 302. Confr. *Dictámenes*, 69: 105; 64: 176, etc.

¹⁴⁴ *Dictámenes*, 73: 69; 66: 210; 64: 176; 60: 34, etc. Decreto 2392/69, *B.O.* 12-VI-1969, cons. 1º; decreto 6794/1965, *B.O.* 11-X-1965, cons. 2º; decreto-ley 19.549/72, art. 1º, inc. e), ap. 7º. Es parte del deber de informar, asesorar y ayudar al presentante en sus trámites, como surge del art. 2º, incs. a) y b) del decreto 229/00.

¹⁴⁵ *Dictámenes*, 66: 225; decreto 7529/68, *B.O.* 26-III-1969, cons. 1º. Ahora bien, la interposición en término se ha vuelto absurdamente condicionante del acceso a la vía judicial, como explicamos en el cap. XIII, “La tutela judicial,” § 3.1.3, “La cuestión del agotamiento de la vía administrativa” y § 7, “Los progresos y sus limitaciones.”

¹⁴⁶ Decreto 2392/69.

¹⁴⁷ *Dictámenes*, 66: 225; decreto 7529/68, *B.O.* 26-III-1969, cons. 1º.

¹⁴⁸ CSJN, *Compañía Azucarera Concepción S.A. c. Estado nacional*, Fallos, 322: 496, 1999, cons. 20 a 22, que condicionan la aparente doctrina del cons. 19, que es la que recoge la publicación. Este es uno de los casos que obliga a repasar el tema, “Cómo leer una sentencia,” inicialmente publicado en *Actualidad en el Derecho Público*, 2000, 14: 29/53, Buenos Aires, 2001; reproducido en *Revista universitaria La Ley*, III, 4: 9-21, año 2001; también reproducido como cap. V del libro *Introducción al derecho*, op. cit. y como cap. V de su versión inglesa, *An Introduction to Law*, op. cit.

derechos tanto frente a la administración como a los concesionarios o licenciatarios de servicios. Nada tiene que ver este informalismo con la discrecionalidad de la administración. No se pueden fundar en él soluciones *en contra de los intereses de los recurrentes*, de los principios fundamentales del debido proceso y del procedimiento jurídico en general. A lo largo del tema¹⁴⁹ se encontrará una proficua aplicación del principio, que ha de resultar llamativa para quien no se encuentre familiarizado con este procedimiento.

De la lectura de tales enunciados resulta a veces, aparentemente, una “excesiva” generosidad para el particular. Sin embargo, el beneficio para el particular sólo aparecerá precisamente con la existencia de un estricto procedimiento que fije regladamente y cumpla las obligaciones de la *administración*. Y no las del administrado, como con gran ingeniosidad hacen algunas leyes provinciales y proyectos de la materia. Aunque parezca superfluo decirlo, quien necesita protección es el particular contra la administración, no la administración contra el particular. El usuario contra el concesionario o licenciatario y no a la inversa. En definitiva, el débil contra el poderoso. Es una deuda que arrastra todo el derecho desde Roma hasta nuestros días: Civil y comercial, especialmente derecho del consumidor,¹⁵⁰ procesal¹⁵¹ y particularmente el derecho administrativo.¹⁵² Claro está, si la ley y quienes la interpretan o finalmente la aplican se preocupan de inventar qué más trabas, dificultades y requisitos pueden exigir al individuo desamparado y débil frente al poder, entonces es mejor no hacerla y dejar todo en el desorden.

Será siempre más proclive al nacimiento de un buen orden, un benigno informalismo,¹⁵³ que un rígido y autoritario reglamentarismo cuando es hecho para fortalecer aún más los privilegios y potestades de la administración contra el administrado. Por ejemplo, y esto no es culpa de la norma sino de sus intérpretes, pero creyeron encontrar base normativa, alguna jurisprudencia ha resuelto, sin base fáctica alguna y con increíble grado de injusticia, que se pierde *también* la vía judicial si no se articula el recurso administrativo en los diez o quince días que para ello se disponen. Los plazos, contraviniendo el informalismo, se han transformado pretonariamente y *contra legem*, en fatales.¹⁵⁴ El decreto 229/00

¹⁴⁹ Ampliar *infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo, op. cit.*

¹⁵⁰ Entre otras, la ley 25.065 intenta corregir los desfases en materia de tarjeta de crédito. Antes de ella, la ley 24.240 de defensa del usuario y del consumidor, modificada por la ley 26.361.

¹⁵¹ El CPCCN sigue la norma romana de eximir de contracautela al poderoso, no al débil.

¹⁵² Aunque algunos lo niegan, a pesar del art. 42 de la Constitución.

¹⁵³ El CE de Italia elaboró una jurisprudencia que al legislarse se transformó en normas escritas: GIANNINI, *La giustizia amministrativa, op. cit.*, 1966, p. 43. En Francia no se ha codificado el procedimiento, pero sus reglas y principios lo harían codificable: BRAIBANT, GUY y STIRN, BERNARD, *Le droit administratif français*, Sciences Po y Dalloz, 1999, 5ª ed., p. 256.

¹⁵⁴ Los casos *Gorordo* y *Romero*, que analizamos en el cap. XIII, “La tutela judicial” y en el t. 4, caps. III, § 16, V, § 6, § 6.5, § 10.2, VIII, § 1.4, nota 1.27, § 2.4, X, § 2.1, § 9.2, XI, § 5.4. La CSJN, en su actual conformación, mantiene esta postura (ver CSJN, *Ramírez, Andrés Lionel c/ Estado*

da una base para el cambio, al establecer la obligatoriedad administrativa de resolver las denuncias,¹⁵⁵ lo cual incluye al recurso fuera de plazo o denuncia de ilegitimidad. El problema subsiste; mientras tanto, ha de tratarse en lo posible de morigerar sus resultados perniciosos, señalando los principios jurídicos aplicables.

12. Principio de contradicción

12.1. Contenido y alcance del principio de contradicción

A veces hay intereses contrapuestos de distintos administrados: Concursos, procedimientos de contratación,¹⁵⁶ solicitudes de autorizaciones, permisos, franquicias, exenciones, grandes proyectos de inversión, reglamentaciones, tarifas de servicios públicos, audiencias públicas,¹⁵⁷ etc. En tales casos el procedimiento adquiere un pleno carácter contradictorio¹⁵⁸ y la administración está obligada a asegurar la participación *igualitaria* de los interesados, so pena de ilegitimidad de su decisión,¹⁵⁹ por afectar la imparcialidad que ella debe guardar en el trámite.¹⁶⁰ En este sentido la Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho que “el

Nacional - Secretaría Presidencia de la Nación, Fallos, 332: 875, 2009) al destacar que la reforma de la ley 25.344 al art. 31 del decreto-ley 19.549/72 “vino a convalidar el criterio de este Tribunal favorable a la revisión de oficio de los recaudos de admisibilidad de la acción procesal administrativa,” que también fue compartida por la Cámara del fuero Contencioso Administrativo Federal. (Ver CNFed. CA., Sala II, 18-VIII-05, *Poletti, Nélide O. c/ Estado Nacional*, con nota de VILLOLA, L. MATÍAS, “La autolimitación de la justicia en el control del acto administrativo,” *LL*, 2006-E, 299.) Ampliar en AGUILAR VALDEZ, OSCAR R., “El agotamiento de la vía administrativa,” en TAWIL (dir.), *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009, 1ª ed., pp. 73-91, quien critica la exigencia del agotamiento de la vía y propone una modificación legislativa que le quite a dicho recaudo el carácter de presupuesto procesal de la pretensión. Una exhaustiva crítica del régimen vigente y la formulación de los cambios necesarios, lo que incluye todo lo referido al agotamiento de la vía administrativa, puede verse en MAIRAL, HÉCTOR, “Análisis crítico de la Legislación Nacional de Procedimientos Administrativos,” en POZO GOWLAND, HALPERÍN, AGUILAR VALDEZ, JUAN LIMA y CANOSA (dirs.), *op. cit.*, pp. 307-323.

¹⁵⁵ Dice así el art. 3º, inc. i) “que la Administración dicte resolución expresa ante sus peticiones, solicitudes o denuncias.”

¹⁵⁶ Ver *infra*, cap. XII, “La licitación pública.”

¹⁵⁷ *Infra*, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.” La legitimación se ha expandido mucho: *supra* cap. III, “EL derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva,” § 6.1 a 6.9.

¹⁵⁸ BODDA, *op. cit.*, p. 50; BREWER CARÍAS, *Principios del procedimiento administrativo*, Madrid, Civitas, 1990, p. 151 y ss.; ARAUJO JUÁREZ, *op. cit.*, pp. 193-5. También hay contradicción por la impugnación del particular, lo que da a administración y administrado carácter de partes: CAMMEO, FEDERICO, *Corso di diritto amministrativo*, Padua, 1960, p. 664 y por la controversia que el recurrente plantea y el necesario derecho de defensa que debe respetársele: DE LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *op. cit.*, t. I, 1999, 15ª ed., pp. 738-9, § 951. En palabras de DYROFF, citado por FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 326, es “el derecho de ser oído con ataque y defensa.”

¹⁵⁹ BODDA, *op. loc. cit.*

¹⁶⁰ Ello, sin perjuicio de que la parcialidad o prejuicio son causales de recusación, según lo explicamos *infra*, t. 4, cap. VI. Conf. PTN, *Dictámenes*, 93: 264. Esa indispensable objetividad e imparcialidad está también exigida por el art. 4º inc. b) del decreto 229/00: “Imparcialidad: las unidades organizativas alcanzadas por el presente Decreto deben basar su comportamiento respecto a los ciudadanos en criterios de *objetividad, justicia e imparcialidad*. Las normas que regulan las

principio de contradicción, que es uno de los principios «formativos» del proceso, así lo impone,¹⁶¹ tanto en el orden judicial como en el administrativo. No requiere especial fundamentación este aserto, pues no hace sino traducir un principio de vigencia universal.¹⁶² El principio de la contradicción, con todo, no siempre se cumple cabalmente en la práctica, por cuanto los funcionarios frecuentemente son reacios a favorecer la plena discusión que dicho principio supone. Cuando se tiene que otorgar una autorización, permiso, exención, radicación industrial, etc., suele ocurrir que el funcionario que debe decidir acerca de la solicitud pertinente, no es proclive a favorecer su impugnación por los “contrainteresados”¹⁶³ e incluso llega a tratar de impedir la eficaz tramitación de tales impugnaciones, pensando que así resolverá más fácilmente a su arbitrio. En tales casos se da la contradicción en el propio interés público, pues la administración contará con mayores elementos de juicio y estará en más adecuadas condiciones de tomar la decisión que mejor responda a los intereses de la colectividad. Si, en cambio, se resuelve el expediente sólo en vista a las argumentaciones y documentaciones del propio solicitante, la decisión administrativa tiene un margen mayor de error y de inoportunidad. Será ilegítima, en todo caso, la determinación tomada en tales condiciones de parcialidad, más allá de que exista o no desviación de poder. Lo mismo ocurre si un particular impugna un acto que beneficia a otro;¹⁶⁴ éste debe participar en el trámite. Si no se lo ha citado y se decide sin haberlo oído, él puede impugnar el acto por indefensión.¹⁶⁵ La citación de los contrainteresados es fundamental para posibilitar su participación útil. En el derecho italiano esa citación y la previa individualización de las personas afectadas puede ser hecha por el propio recurrente,¹⁶⁶ quien asume la responsabilidad de la correcta cita-

condiciones generales y específicas de prestación de *los servicios públicos deben ser interpretadas respetando esta obligación.*” El destacado es nuestro.

¹⁶¹ Se refiere a la necesaria participación, en igual carácter de parte que el interesado principal, del tercero. Ver t. 4, cap. I, “Las partes,” § 11, “Terceros.”

¹⁶² PTN, *Dictámenes*, 57: 264.

¹⁶³ En la terminología italiana se habla de “recurso” y “contrarecurso,” “interesado” y “contra-interesado” pues la contradicción se da también entre particulares y no sólo entre el individuo y la administración, p. ej. *infra*, cap. XII, “La licitación pública.” Ver LESSONA, SILVIO, *Introduzione al diritto amministrativo e sue strutture fondamentali*, Firenze, 1964, p. 197; *La giustizia amministrativa*, Bologna, 1955, p. 61. Otra terminología *infra*, nota 14.8.

¹⁶⁴ Al que a su vez se lo denomina a veces “resistente” —CAMMEO, *op. cit.*, p. 664— o “cointeresado” por oposición a “contrainteresado,” GIANNINI, *op. cit.*, p. 41; surge fácil, asimismo, el recuerdo de la expresión “coadyuvante” con la cual el derecho español designa al particular que defiende el acto impugnado, en el procedimiento “contencioso administrativo;” igual terminología recogen los códigos provinciales de la materia en nuestro país: ARGANARAZ, MANUEL J., *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, T.E.A., 1955, p. 225 y ss. Pero quizá baste hablar de “interesado” y “contrainteresado.”

¹⁶⁵ CAMMEO, *op. cit.*, p. 669.

¹⁶⁶ LESSONA, *op. cit.*, p. 197; GIANNINI, *op. cit.*, p. 51. Señala GIANNINI, *op. cit.*, p. 72 que en el recurso jerárquico del derecho italiano, la administración puede hacer ella misma las citaciones, o invitar al recurrente a efectuarlas él; en cambio, en el recurso extraordinario al Presidente de la República, la carga de realizar esta notificación corresponde directamente al recurrente. Por eso afirma GIANNINI,

ción de aquéllas bajo pena de declararse la nulidad del procedimiento.¹⁶⁷ Dado el informalismo del procedimiento y la tendencia incluso dentro del derecho procesal a la delegación de actos procesales de tipo meramente formal (tales como traslados, notificaciones, pedidos de informes),¹⁶⁸ pensamos que esa solución es loable y puede ser aceptada dentro del procedimiento administrativo en general.

En Francia, donde la distinción entre el procedimiento jurisdiccional y el administrativo se efectúa denominando al primero “procedimiento administrativo contencioso” y al segundo “procedimiento administrativo no contencioso,” de todos modos se admite el carácter *contradictorio* que debe darse dentro del así llamado procedimiento no contencioso.¹⁶⁹

También en España, después de dictada la ley de procedimiento administrativo de 1958, se introdujo en la reforma de 1963 el principio de que “si hubiera terceros interesados se les dará, en todo caso, traslado del escrito de recurso para que en el propio plazo establecido en el art. 91, párr. 1, aleguen cuanto estimen procedente en defensa de sus intereses legítimos” o, por cierto, de sus derechos subjetivos; en el caso de actos generales o grandes proyectos públicos, se trata de los derechos subjetivos y derechos de incidencia colectiva que deben tener audiencia previa en el procedimiento de la audiencia pública; lo mismo en los estudios de impacto ambiental.

El carácter contradictorio, como se ve, tiende a afirmarse universalmente y desde luego es recibido en el derecho latinoamericano.¹⁷⁰ Es que, en verdad, sería cerrar los ojos a la realidad pretender que en el procedimiento administrativo existe una sola parte cuyos derechos serán discernidos, sin conflicto ni contienda alguna, por un órgano desinteresado del asunto. Por el contrario, los recursos, reclamos y denuncias administrativas suponen casi necesariamente un conflicto de intereses entre el recurrente, el contrainteresado por un lado y el órgano autor del acto por el otro. Esto desemboca muy concretamente en una impugnación que no es otra cosa que nueva contienda, en la cual la administración pasa a tomar el carácter de parte cuando se llega a la instancia judicial.

op. cit., p. 72, que en este recurso el principio de la contradicción adquiere carácter perfecto, sin ser con ello jurisdiccional: “Esto no es sin embargo un rasgo típico de la jurisdiccionalidad, porque se observa la tendencia del derecho administrativo moderno a extender el principio de la contradicción.”

¹⁶⁷ GIANNINI, *op. cit.*, p. 52, “pero también si son (mal) individualizados por la Administración pública, el procedimiento está viciado, porque la presencia de los contrainteresados en el recurso está dada en el interés público general.”

¹⁶⁸ Ver art. 137 y art. 400 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, respecto a la firma por el letrado de las cédulas de notificación y oficios de pedido de informes respectivamente, lo que constituye sólo un modesto avance en la materia.

¹⁶⁹ AUBY y DRAGO, *Traité du contentieux administratif*, t. II, París, L.G.D.J., 1962, p. 608 y ss.; AUBY, *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, Dalloz, 1956, cap. 27; DE LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *op. cit.*, t. 1, 1999, 15ª ed., pp. 738-9, § 951.

¹⁷⁰ P. ej. Brasil, ley 9.784/99, art. 2º. Así también Costa Rica, art. 275 y Perú, art. 50, según lo recuerda BREWER CARÍAS, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, *op. cit.*, pp. 90-1.

De allí la indispensable discusión plena del asunto en su mismo nacimiento, con ataque y prueba, a través de un procedimiento imparcial, público, etc.¹⁷¹ Lo mismo cabe decir de los procedimientos en que la administración contempla la imposición de sanciones al individuo.¹⁷² Este carácter contradictorio del procedimiento ante la administración señala la imposibilidad de considerar que luego en la instancia judicial a que es llevada por el particular afectado por su acto, pueda *no* ser parte. Sin embargo es lo que algunas Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal entienden en los llamados recursos directos, a nuestro juicio equivocadamente. (V. *gr.*, la Sala I; en cambio las Salas IV y V tienen tomada posición opuesta. Pero éstas son viejas composiciones de las salas: Habrá que estar atento a lo que resuelvan sus nuevos integrantes.)

13. Principio de imparcialidad

No se concibe jurídicamente a un funcionario o magistrado judicial actuando de manera parcial, con conflicto de intereses contrarios al art. III de la CICC, a la ley de ética pública 25.188 o al decoro público.

No hay en ello, pues, diferencia alguna de principio con los magistrados y funcionarios judiciales.

La imparcialidad, en efecto, es un principio cardinal del procedimiento;¹⁷³ en este sentido dice también REAL¹⁷⁴ que “la parcialidad y el prejuicio demostrado por el funcionario interviniente son causales de recusación.

Desde luego, es ilegítima la decisión tomada en condiciones de parcialidad.” También la CSJN tiene sostenido que es requisito integrante de la garantía de la defensa que el caso sea considerado “por funcionarios imparciales.”¹⁷⁵

¹⁷¹ Las cuatro grandes reglas que enuncia AUBY son justamente publicidad, carácter contradictorio, imparcialidad y efectividad (*op. loc. cit.*); también en este sentido DE LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *op. loc. cit.*

¹⁷² AUBY DRAGO, *op. cit.*, p. 612.

¹⁷³ Decreto 229/00, art. 4° inc. b): “Imparcialidad: las unidades organizativas alcanzadas por el presente deben basar su comportamiento respecto a los ciudadanos en criterios de objetividad, justicia e imparcialidad. Las normas que regulan las condiciones generales y específicas de prestación de los servicios públicos deben ser interpretadas respetando esta obligación.” Ver ALLEGRETTI, UMBERTO, *L'imparzialità amministrativa*, Padua, 1965; BREWER CARÍAS, *Principios del procedimiento administrativo*, pp. 156-9, quien hace una revista del derecho comparado, que es uniforme en este punto. En igual sentido la legislación vigente, p. ej.: Bolivia, art. 4° inc. f); Brasil, arts. 18 a 21; España, art. 3° inc. 1°) y art. 28 y ss.; Perú, art. IV inc. 1°) ap. 5°). Así como Colombia, art. 3° según lo recuerda BREWER CARÍAS, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, *op. cit.*, p. 146.

¹⁷⁴ REAL, “Los principios del procedimiento administrativo en el Uruguay,” en UNIVERSIDAD DE CHILE, *Anuario de Derecho Administrativo*, t. I, Santiago, 1975/6, p. 269 y ss., pp. 287-8.

¹⁷⁵ *Provincia de Santiago del Estero c. Enrique N. Compagno, Fallos*, 198: 78 (1944). Ver BLOCH, DENISE, “La recusación y la excusación de los funcionarios intervinientes,” en TAWIL (dir.), *op. cit.*, pp. 205-213.

13.1. *La imparcialidad en la práctica*

Ahora bien, es obvio que el funcionario administrativo a veces se encuentra constreñido por la necesidad de adecuarse a criterios demasiado imperativos de los funcionarios de jerarquía política; como también que “Los jueces de esos tribunales parecerían olvidar que tal tipo de jurisdicción se implanta, no para proteger al Estado contra el individuo, sino al individuo contra el Estado.”¹⁷⁶ Resulta de ello que el grado real de imparcialidad tanto de un funcionario administrativo como judicial no puede postularse en términos genéricos. Ambos están sujetos al mismo deber, pero el cumplimiento efectivo que le den depende del funcionario o magistrado de que concretamente se trate. Los hay que son imparciales e independientes en el seno de la administración, como es generalmente el caso del Procurador del Tesoro de la Nación y los hay en el seno de la justicia que no tienen empacho en decir que suelen fallar a favor del Estado o del gobierno.

13.2. *Regla contra el prejuicio*

Dijimos en otro lugar que la regla contra el prejuicio (*rule against bias*) no es un mero aspecto de trámite que pueda existir o no según que algún reglamento la reconozca. Es principio de justicia natural, aplicable al procedimiento administrativo, asegurar la imparcialidad.¹⁷⁷ Y ha sostenido la Procuración del Tesoro de la Nación que “La imparcialidad exigida a las personas oficiales del proceso, cualquiera sea su cometido, se encuentra ínsita en la naturaleza de la investigación, porque hace a la esencia misma de la función jurisdiccional. De modo tal que, si se advirtiera en el sumariante una parcialidad manifiesta o tan sólo una forma en exceso subjetiva o poco ecuánime de recibir las probanzas pertinentes, debería a mi juicio ser separado del proceso administrativo por sospechoso de parcialidad incluso cuando la causal de recusación no estuviera taxativamente prevista en la norma reglamentaria.”¹⁷⁸

13.3. *Deber de excusación*

“El agente tiene la obligación de excusarse en los supuestos en que la recusación es procedente; también en los supuestos en que su actuación *pueda ocasionar interpretaciones de parcialidad* o cuando concurra *violencia moral*. Y puede asimismo excusarse alegando motivos graves de decoro o delicadeza [...] Si el funcionario no cumple con su deber de excusarse incurre en una falta administrativa que

¹⁷⁶ LINARES, “Lo contencioso administrativo en la justicia nacional federal,” *LL*, 94: 919. Ampliar en nuestro libro, *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, IEAL, 1984, p. 765.

¹⁷⁷ Ver t. 4, *El procedimiento administrativo*, op. cit., cap. II, § 27.1; en igual sentido WADE, *Administrative Law*, Oxford, 1961, p. 130 y ss.; BOSCH, JORGE TRISTÁN, *El procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, Montevideo, 1953, p. 105 y ss., etc.

¹⁷⁸ *Dictámenes*, 93: 264.

origina su responsabilidad disciplinaria y civil; sin perjuicio de que su actuación puede también invalidar el acto.”¹⁷⁹ Dado que se trataría de una falta personal y no del servicio, no existe en la especie responsabilidad patrimonial del Estado.

13.4. *Continuación. Principios permanentes del derecho*

No es otra que la aplicación de principios casi inmemoriales como el *Nemo iudex in causa sua* (también *Nemo iudex in re sua*, Com. C.J. 3, 5), o *Nemo in rem suam auctor esse potest*. (Nadie puede oficiar en su propia causa.) O como decía el Código Justiniano (3, 5), *Ne quis in sua causa iudicet vel jus sibi dicit, generali decernimus neminem sibi esse iudicem* (que nadie juzgue en su propia causa ni se diga a sí mismo el derecho; que, por principio, nadie sea su propio juez).

13.5. *Imparcialidad del sumariante*

Ha dicho con especial acierto la Procuración del Tesoro de la Nación que “Si bien el instructor no juzga y en consecuencia no prejuzga, emite en cambio opinión respecto del caso y reúne los elementos de juicio sobre los cuales ha de basarse en definitiva el veredicto de la Administración. Circunstancias todas ellas que obligan al sumariante a guardar imparcialidad en el ejercicio de tan fundamentales tareas ... La imparcialidad exigida a las personas oficiales del proceso, cualquiera sea su cometido, se encuentra ínsita en la naturaleza de la investigación, porque hace a la esencia misma de la función jurisdiccional. De modo tal que, si se advirtiera en el sumariante una parcialidad manifiesta o tan solo una forma en exceso subjetiva o poco ecuánime de recibir las probanzas pertinentes, debería a mi juicio ser separado del proceso administrativo por sospechoso de parcialidad incluso cuando la causa de recusación no estuviera taxativamente prevista en la norma reglamentaria.”¹⁸⁰

14. *Principio de la legalidad objetiva o juridicidad*

14.1. *Alcances del principio*

Una de las características fundamentales de los recursos administrativos y por lo tanto del procedimiento administrativo mismo, es que son objetivos. Ello significa que ha de interpretarse que tienden no solamente a la protección del recurrente o a la determinación de sus derechos, sino también a la “defensa de la norma jurídica objetiva, con el fin de mantener el imperio de la legalidad y justicia en el funcionamiento administrativo.”¹⁸¹ Por supuesto y como ya lo hemos explicado, la legalidad objetiva es una frase ya desligada de la relación a la ley,

¹⁷⁹ *Infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, cap. II, “El administrador.”

¹⁸⁰ PTN, *Dictámenes*, 93: 264; *infra*, t. 4, cap. II, “El administrador.”

¹⁸¹ HEREDIA, HORACIO H., “Los medios administrativos para la protección de los administrados,” en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 2: 251, 254, año 1945; PTN, *Dictámenes*, 90:

pues por encima de ella están tanto la Constitución y el derecho supraconstitucional como también los principios generales del derecho. Debe entenderse que la acción administrativa ha de ser conforme a derecho y a los principios generales del derecho administrativo como la interdicción de arbitrariedad, la necesidad de contar con sustento fáctico suficiente y adecuado, la necesaria motivación del acto, la inexistencia de desviación de poder, etc.¹⁸²

Por ello es que hay también interés público en que se proceda a su sustanciación¹⁸³ y por ende en la amplia e integral tramitación y decisión de los recursos y reclamaciones administrativas de los particulares y usuarios.¹⁸⁴ Ese interés público hace también nacer judicialmente un derecho a la vigencia del principio de juridicidad en la administración.¹⁸⁵ En virtud de este principio, se explica, como veremos, que el procedimiento tenga carácter instructorio y que la autoridad pueda proceder de oficio,¹⁸⁶ que prive en él el principio de la verdad material, por oposición a la verdad formal,¹⁸⁷ que exista amplitud para considerar bien interpuestos los recursos y reclamaciones, facilitando así en lo posible el control de los superiores jerárquicos sobre la buena marcha y legalidad de la administración pública y sus servicios dependientes en forma monopólica.

De allí se desprende, también, que el desistimiento del recurrente no exima a la administración de la obligación de determinar si existe o no la ilegitimidad aducida y resolver el recurso¹⁸⁸ y que incluso el fallecimiento del recurrente no

170; 94: 172; BIDART CAMPOS, *op. cit.*, p. 176. En sentido similar aunque con diferente terminología: CSJN, *Solá, Fallos*, 320-3: 2509, año 1997, cons. 15.

¹⁸² Ver SESIN, DOMINGO JUAN, "El deber de control preventivo," *RAP*, 405: 117.

¹⁸³ HEREDIA, *op. cit.*, pp. 254-5; LANDI y POTENZA, *op. cit.*, p. 172 y ss. Comp. BODDA, PIETRO, *Giustizia amministrativa*, Turín, Giappichelli, 1963, 10ª ed., p. 24: "en este campo donde el interés público [...] si no es, como alguno pretende, el objeto exclusivo de la tutela procesal, debe sin embargo ser siempre salvaguardado." Comp. PUCHETTI, ANTONIO CORRADO, *Il ricorso gerarchico*, Padua, 1938, p. 17, quien expresa que la *ratio juris* del recurso consiste "en la tutela concedida al ciudadano respecto de la actividad de la Administración pública, de reflejo, sin embargo, a la tutela del interés público" y por ende "en realidad, a hacer funcionar, a requerimiento del individuo, aquellos controles administrativos que las autoridades competentes pueden ejercitar espontáneamente." Por ello PUCHETTI rechaza la distinción entre controles de oficio y controles ejercidos a instancia del interesado. Con todo que esta conclusión es un poco extrema, muestra de todos modos la íntima relación entre la defensa del particular y a través de ella la defensa del interés público. Por eso es que el principio de la oficialidad se complementa e integra luego con la garantía de la defensa, el informalismo, la contradicción, etc.

¹⁸⁴ Para esta contradicción entre interés público e interés fáctico de la administración, ver *supra*, cap. VI, "Servicios públicos," § 5; WOLFF, *op. loc. cit.*; LANDI-POTENZA, *op. loc. cit.*

¹⁸⁵ Sala II, *Torello, LL*, 2000-B, 275 con nota de GAMBIER, "Civismo y amparo. Derechos de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad," *LL*, 2000-B, 274; ver también los casos *Gambier I y II* que citamos en los caps. II a IV, especialmente cap. III, § 6.

¹⁸⁶ HEREDIA, *op. loc. cit.*

¹⁸⁷ Ver CSJN, *Ponce, Martha Gladys c. Administración Nacional de la Seguridad Social, Fallos*, 330: 5303, 2007.

¹⁸⁸ HEREDIA, *op. cit.*, pp. 276-8. La legislación española establece algunas distinciones en el punto: ENTRENA CUESTA, *Curso de derecho administrativo*, 1999, 13ª ed., p. 280 y nota 11.

varíe tal conclusión.¹⁸⁹ En el decreto 229/00 se reafirman y reenfatizan diversos derechos de los particulares,¹⁹⁰ que tanto la administración como la justicia deben tutelar.¹⁹¹

14.2. *El principio de la legalidad o juridicidad objetiva como criterio de eficiencia administrativa*

De ese mismo principio general surge la necesidad de conferir una amplia oportunidad de defensa al administrado y usuarios. Esto es un requisito constitucional exigido en los sistemas liberales en atención a la persona humana misma, es decir, al individuo; pero incluso prescindiendo de esa consideración, en cualquier régimen estatal —liberal, autoritario o despótico— se hace técnicamente necesario conferir la máxima oportunidad de defensa para asegurar la efectiva y correcta aplicación de aquello que en el régimen sea la “legalidad objetiva.” En efecto, sea el régimen jurídico general respetuoso de los derechos individuales o tiránico, el mismo sólo será aplicado correctamente si es posible reclamar adecuadamente en vía administrativa contra cualquier desvío o exceso en su ejecución diaria. Como señala HAMSON, “Tal reclamación, en esencia, no va contra la administración sino contra el hecho de que un subordinado no dé cumplimiento a la verdadera política de la administración. Es admisible hasta en el despotismo más absoluto o en el Estado totalitario; la admite incluso un comandante militar. Incluso, esas formas de gobierno pueden alentar tal tipo de quejas, en cuanto proporcionan a la autoridad central un medio de controlar la conducta de sus subordinados y de evaluar y por ende mejorar la forma en que la política de la autoridad central, por despótica que sea, se lleva a cabo.”¹⁹² “Así pues, aunque puede funcionar, e históricamente ha funcionado, el sistema organizado de quejas en sociedades que distan mucho del Estado de Derecho y aunque la finalidad del sistema sea a veces dar mayor eficacia a un gobierno completamente despiadado, o incluso a un régimen militar, la posibilidad de presentar esas reclamaciones y el mecanismo creado para ello han sido históricamente valiosas y pueden serlo en la actualidad especialmente en las colectividades que se esfuerzan por implantar un régimen de derecho.”¹⁹³ “Finalmente, lo que tal vez sea más importante, la maquinaria

¹⁸⁹ HEREDIA, *op. cit.*, p. 255; D'ALESSIO, FRANCESCO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Turín, 1934, t. II, p. 321.

¹⁹⁰ Arts. 3º, 4º, 5º.

¹⁹¹ Así, los casos *Gambier I y II*, *Torello*, etc.: *Supra*, caps. II a IV.

¹⁹² HAMSON, “Documento de Trabajo n° 1,” *Seminario de las Naciones Unidas sobre los Recursos judiciales o de otra índole, contra el ejercicio abusivo del poder administrativo*, Buenos Aires, 1959, pp. 21-2.

¹⁹³ HAMSON, *op. cit.*, p. 22. BIDART CAMPOS, *op. cit.*, p. 176. Incluso en regímenes no democráticos se enfatizaron principios similares: ISEKON, EMANUEL, “La réforme de la procédure administrative non contentieuse en Pologne,” en la *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. XXIV, Bruselas, 1958, n° 1, p. 21 y ss., p. 27: “es justo y necesario dejar al individuo los instrumentos de combate para defender sus derechos subjetivos, independientemente de otras vías establecidas a

para tramitar esas quejas no sólo lleva a fiscalizar la administración sino también *a suprimir la arbitrariedad irresponsable o caprichosa, es decir, que nace del antojo personal de cada funcionario*. La fiscalización tiene por objeto promover y lograr la regularidad en la administración. Esta regularidad puede suponer tan sólo una mayor precisión en la ejecución de los deseos del «amo» y dista mucho de la noción de Estado de Derecho. Con todo, esta regularidad representa cierto progreso con respecto a la arbitrariedad enteramente difusa y generalizada y constituye un requisito para el logro futuro del régimen de derecho: Acaso no se peque de indebido optimismo al pensar que la existencia de un procedimiento regular es al fin de cuentas más propicio que el simple caos para que la justicia vea la luz.¹⁹⁴ En otras palabras, si bien no hay que llamarse a engaño de que los sistemas autoritarios puedan tener fácilmente un eficiente sistema de recursos administrativos, de todos modos es evidente que tal sistema en nada perjudica al régimen imperante; sirve cuanto menos para detectar posibles fallas de su funcionamiento. Claro está que al generalizar las soluciones de naturaleza arbitraria y engendrar el temor, da con ello a sus funcionarios la potestad de abortar en ciernes, precisamente por esos métodos, cualquier intento de reclamo que los individuos puedan tener. Aunque el acto del funcionario inferior no se ajuste a los deseos del déspota, de todos modos aquél puede eficazmente impedir que la queja llegue a oídos de éste. Por ello las observaciones de HAMSON quizá sean principalmente aplicables (además de, por cierto, a los países liberales) a aquellos que se han apartado del estricto sendero del Estado de Derecho,¹⁹⁵ sin transformarse con todo en regímenes completamente tiránicos. Pasando de un cierto límite de arbitrariedad tal vez no pueda funcionar tampoco procedimiento alguno.

No por nada los funcionarios públicos en actividad se consideran frecuentemente impunes a la investigación judicial correctora. Ella es más bien legitimadora¹⁹⁶ que correctora del obrar o inacción administrativa —en el presente que siempre es el que más cuenta.¹⁹⁷ Y se da así la curiosa observación de que es en los sistemas

fin de salvaguardar el orden jurídico, el régimen de derecho, el derecho objetivo. Sin negar la importancia primordial de estos últimos, debe saber apreciarse en su justo valor [...] la eficacia de los instrumentos de defensa de los derechos subjetivos y su rol en el combate por el derecho objetivo” (*op. cit.*, p. 27); “la Administración no puede reconocer la existencia de un hecho sin que la parte pueda, previamente pronunciarse al respecto” (*op. cit.*, p. 28); “su participación tiene una gran importancia en el proceso de formación del acto administrativo, tanto bajo el ángulo de la defensa de su derecho subjetivo como bajo el de la salvaguarda del derecho objetivo.” (*Op. cit.*, p. 28.) Ver también LÉVIT, PAUL, “La procédure administrative Tchecoslovaque,” en la *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, vol. XXIV, n° 4, p. 460 y ss. (Bruselas, 1958.)

¹⁹⁴ HAMSON, *op. cit.*, pp. 22-3; la primera bastardilla es nuestra.

¹⁹⁵ O, para ser menos eufemísticos, aquellos que sólo hemos proclamado en las normas el Estado de Derecho, sin haber podido nunca llevarlo a realidad viviente. Las constantes salvedades empíricas de nuestra obra son una adecuada demostración de ello.

¹⁹⁶ Por eso ha podido decir GOMBROWICZ agudamente de todos nosotros lo que también es aplicable a los jueces cuando juzgan a la administración: que somos un país “absolvedor.”

¹⁹⁷ Castigar el pasado, a los que no están ya en el poder y quizás ni siquiera en la memoria colectiva, es fácil. La verdadera cuestión institucional y de política arquitectónica, en cambio, es ejercer

intermedios —ni demasiado despóticos, ni totalmente liberales— donde, a falta de un eficiente e integral control jurisdiccional, florece por necesidad un más articulado sistema de recursos y procedimientos administrativos. Conclusión, sin duda, no precisamente halagadora para quienes nos encontramos en dicha situación.

15. Principio de la oficialidad

15.1. Principio de la impulsión de oficio

El principio de la “oficialidad,” derivado del principio de la legalidad objetiva,¹⁹⁸ tiene como primera hipótesis la impulsión de oficio del procedimiento,¹⁹⁹ que consagra el art. 1º, inc. a) del decreto-ley 19.549/72; “Impulsión e instrucción de oficio, sin perjuicio de la participación de los interesados en las actuaciones.”²⁰⁰

En efecto, si bien el procedimiento puede ser iniciado de oficio o a petición de parte, la impulsión de éste corresponde prácticamente en todos los casos a la administración.²⁰¹ Ello es así porque en la actuación de los órganos administrativos no debe satisfacerse simplemente un interés individual sino también un interés colectivo y el propio interés administrativo. De allí que la inacción del administrado no puede determinar normalmente la paralización del procedimiento. Por ello nos parece desaconsejable la creación legislativa de una caducidad o perención de

los controles sobre quien hoy ejerce el poder. Castigar al que hoy lo transgrede es control judicial republicano. Lo demás es tardía reparación histórica, que no sustituye la oportuna intervención judicial que previene la ilicitud.

¹⁹⁸ VON TUREGG, KURT EGON, “Die Prozessmaximen im Verwaltungsprozess,” en *Festschrift für Heinrich Lehman*, Berlín, 1956, p. 849 y ss., pp. 852-3; también llamado “principio inquisitivo.”

¹⁹⁹ Sin embargo, como se analizará en el próximo capítulo, en la práctica se verán los peligros que corre el administrado si no insta la actividad de la administración, ante el caso omiso de ésta al principio de oficialidad. Ver CNFed., CA., Sala III, 18-XII-08, *Marchevsky Rubén Alberto c/ UBA-FTD CCEC- RS 1799- 1800- 3201- Concurso 364736/08 y otros s/ medida cautelar autónoma*, con nota de RODRÍGUEZ PRADO, JULIETA, “La conducta del administrado no es indiferente para la Justicia,” *LL*, 2009-D, 684. Ver también los inconvenientes que debe sortear el administrado expuestos por JULIETA RODRÍGUEZ PRADO en el cap. XXII del t. 7, “El procedimiento administrativo en la práctica. Principales cuestiones que se plantean.”

²⁰⁰ Otra derivación posible la encontramos en el llamado principio de oficialidad u obligatoriedad de la acción punitiva del Estado, que encierra la consideración de que “en el ejercicio de la actividad sancionadora la Administración se halla obligada a ejercitar la acción represiva al igual que el juez penal” según LOZANO CUTANDA, BLANCA, “El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad,” en ARISMENDI, ALFREDO A. y CABALLERO ORTIZ, JESÚS (coords.), *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Civitas, 2003, p. 1622.

²⁰¹ BECKER, *Das Allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung*, Stuttgart, 1960, p. 42; GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, Madrid, 1969, 2ª ed., p.105 y ss.; VIVANCOS, EDUARDO, *Comentarios a la ley de procedimiento administrativo*, Barcelona, 1959, p. 135 y ss.; HEREDIA, *op. cit.*, p. 276; doctrina uniforme. Este principio orienta los ordenamientos de muchos otros países como Bolivia, art. 4º inc. n); Brasil, 2º inc. XII); España, art. 74 inc. 1º); Perú, art. IV, inc. 1º), ap. 3º). También de México, art. 77, LPADF, según lo recuerda GONZÁLEZ PÉREZ, *Procedimiento administrativo federal, op. cit.*, p. 55.

instancia, pues es muy difícil que la paralización de un procedimiento pueda ser debida a actos del particular ya que, usualmente, su continuación no depende de la voluntad de éste,²⁰² con excepción de los procedimientos sancionatorios.²⁰³ Y, por supuesto, es errado pretender aplicar por analogía, en ausencia de normas expresadas, la institución procesal de la perención de instancia; si la ley expresamente no lo determina, ella es inaplicable, pues, como decimos, el principio imperante en el procedimiento administrativo no es la impulsión de las partes, sino la impulsión de oficio, criterio éste a nuestro juicio incompatible con el de la perención o caducidad de instancia.

15.2. *Excepciones al principio de la impulsión de oficio*

El principio de la impulsión de oficio no significa que toda impulsión procesal debe proceder de la administración. Cuando la iniciación del procedimiento depende del particular, es evidente que el impulso inicial lo provee él,²⁰⁴ aunque luego de este acto retoma su aplicación el principio general y la continuación del procedimiento se rige otra vez por el principio de la impulsión de oficio.²⁰⁵

Por ello no consideramos que en el procedimiento administrativo “no puede afirmarse que domine el principio de la impulsión procesal de oficio por parte de los órganos estatales, ni tampoco que predomine el principio de la disposición del proceso por el interesado;”²⁰⁶ a nuestro criterio, el principio de la impulsión de oficio es predominante y sólo por excepción puede corresponder la impulsión al particular.

El decreto-ley 19.549/72, art. 1º, inc. e), ap. 9º, prevé la caducidad cuando la paralización, transcurridos sesenta días, se debiere a una “causa imputable al administrado” (lo que como ya vimos es excepcional), previa intimación de treinta días para que active el expediente. De todos modos, la norma establece que “operada la caducidad, el interesado podrá [...] ejercer sus pretensiones en un nuevo expediente, en el que podrá hacer valer las pruebas ya producidas,” de modo que la única consecuencia desfavorable para el interesado es el archivo de las actuaciones, pudiendo reiniciar la cuestión posteriormente. En el derecho anglonorteamericano se otorga mayor injerencia a la impulsión de las partes;²⁰⁷ ello es congruente con el restringido concepto del derecho anglosajón respecto a la impulsión de oficio.²⁰⁸

²⁰² GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, op. cit., p. 127; cfr. COMADIRA, op. cit., p. 56.

²⁰³ BUTELER, ALFONSO, “Límites de la potestad sancionatoria de la Administración,” *LL*, 2011-A, 667.

²⁰⁴ BECKER, op. cit., p. 42.

²⁰⁵ ANTONIOLLI, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 223; BECKER, op. loc. cit.

²⁰⁶ VILLAR y ROMERO, *Derecho procesal administrativo*, op. cit., p. 57.

²⁰⁷ BECKER, *Das Allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung*, op. cit., p. 43.

²⁰⁸ BECKER, op. loc. cit.

15.3. *Comparación con el proceso civil*

El impulso del procedimiento corresponde fundamentalmente a la administración (sistema inquisitivo o de oficio), a diferencia entonces del proceso judicial común (sistema dispositivo o de impulsión por las partes), en que “ellas no solamente son dueñas de la acción, a la que dan vida con la presentación de la demanda, pudiendo extinguirla en cualquier momento mediante el desistimiento o la transacción, sino que fijan los términos de la litis, aportan el material de conocimiento y paralizan o activan la marcha del proceso.”²⁰⁹ En el procedimiento administrativo, pues, una denuncia o un recurso presentado por un particular contra un acto que reputa ilegítimo, inicia el procedimiento, pero no queda librado al particular detener o extinguir la actividad administrativa en ese procedimiento por el sólo hecho de que desista de su recurso o denuncia. La administración tiene normalmente, no obstante ese desistimiento, la obligación de averiguar la verdad de la denuncia o recurso. Este principio lo consagra el reglamento del decreto-ley 19.549/72 en su art. 4º, en estos términos: “Todas las actuaciones administrativas serán impulsadas de oficio por el órgano competente, lo cual no obstará a que también el interesado inste el procedimiento. Se exceptúan de este principio aquellos trámites en los que medie sólo el interés privado del administrado, a menos que, pese a ese carácter, la resolución a dictarse pudiere llegar a afectar de algún modo el interés general.” La última parte es tan confusa que pierde significación. Toda actuación en que un individuo es parte, afecta su “interés privado,” pues de otro modo no sería parte *legitimada*. A su vez, en toda actuación administrativa, en la medida en que se compromete el principio de la legalidad objetiva, está siempre en juego “de algún modo” —como dice el art.— el interés general. Con mucha mayor razón es ello así cuando se defienden derechos de incidencia colectiva como es el usuario de un servicio público, el vecino, jubilado, afectado, discriminado, la tutela del medio ambiente, etc. Por lo tanto, la supuesta excepción que consagra la última parte del art. 4º es totalmente autocontradictoria, tanto que se elimina a sí misma y no altera la completa vigencia de la regla general. De cualquier manera, el decreto 229/00 establece la obligación administrativa de resolver expresamente las denuncias, lo que permite deducir un amparo por mora para que la administración las resuelva en cuanto al fondo.

15.4. *Otras consecuencias del principio*

En conclusión, el particular y los usuarios pueden en cierto modo activar el procedimiento, pidiendo que la administración lo impulse. Por ello, no pueden por lo general impulsarlo ellos mismos en el sentido de producir actos que de suyo lo impulsen. Ese es el principio teórico, pero es preciso tener presente cuál es

²⁰⁹ ALSINA, HUGO, *Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I, Buenos Aires, 1965, p. 449.

el principio real que rige la práctica administrativa, que explicamos *infra*, cap. X. Se sigue de lo primero que los particulares o administrados tampoco pueden paralizarlo con su inacción. Como un especial desprendimiento del principio de la legalidad objetiva y directamente vinculado con la impulsión de oficio, existe también el principio de que la administración está obligada a considerar todo posible vicio de ilegitimidad que el acto atacado contenga²¹⁰ y no está obligada a ceñirse únicamente a los puntos reclamados por el particular o usuarios;²¹¹ si considera que el acto impugnado tiene otros vicios que los señalados por los recurrentes, debe también revocar el acto por esos vicios.²¹²

15.5. Principio de la instrucción

Al lado del principio de la impulsión de oficio, cabe mencionar el principio de la instrucción, en el sentido de que la obtención de las pruebas o certificación o averiguación de los hechos no corresponde exclusivamente a la parte, sino que también debe ser efectuada de oficio, es decir, la administración debe cooperar y es por ello responsable, en la reunión de los elementos de juicio necesarios para decidir.²¹³ Así lo establece también el reglamento del decreto-ley 19.549/72, que en su art. 46 dispone: “La administración de oficio o a pedido de parte, podrá disponer la producción de prueba respecto de los hechos invocados y que fueren conducentes para la decisión [...] Se admitirán todos los medios de prueba, salvo los que fueren manifiestamente improcedentes, superfluos o meramente dilatorios.” Esta norma reglamentaria complementa así el principio general contenido en el art. 1º, inc. a) del decreto-ley, el cual establece que el procedimiento se ajustará al requisito de la “impulsión e *instrucción de oficio*.”

15.6. Principio de la verdad material

En íntima unión con el principio de la instrucción cabe mencionar el principio de la verdad material²¹⁴ por oposición al principio de la verdad formal.²¹⁵ Mientras que en el proceso civil el juez en la práctica se constriñe, con ciertas limitaciones, a juzgar según las pruebas aportadas por las partes (verdad formal),²¹⁶ en el pro-

²¹⁰ Este criterio se encuentra reconocido en la profusa doctrina de la PTN sobre la cuestión. Vgr. *Dictámenes* 248: 648, 265: 232, 273: 105, entre otros.

²¹¹ VIVANCOS, *op. cit.*, p. 154; GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos, op. cit.*, p. 113.

²¹² Salvo la estabilidad del acto: *infra*, t. 3, cap. VI, “Estabilidad e impugnabilidad.”

²¹³ BECKER, *op. cit.*, p. 43; HEREDIA, *op. cit.*, p. 276; ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 223; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 107 y ss.; PEARSON, MARCELO MARIO, *Del recurso jerárquico*, Buenos Aires, 1954, p. 30; VIVANCOS, *op. cit.*, p. 135 y ss.; HELBLING, ERNST, *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t. I, Viena, 1943, p. 248; PTN, *Dictámenes*, 94: 172.

²¹⁴ Art. 1º inc. f) ap. 2º) del decreto-ley 19.549/72; nuestro Proyecto de 1964, art. 245; Bolivia, art. 4º inc. d); Perú, art. IV inc. 1º ap. 11); Costa Rica, art. 297.1; Venezuela, art. 69.

²¹⁵ PTN, *Dictámenes*, 87: 142; 86: 288; 92: 170, 171; 94: 172, etc. HELBLING, *op. cit.*, t. I, p. 248.

²¹⁶ *Supra*, cap. I, “La prueba de los derechos,” § 1. Ver TAWIL, GUIDO SANTIAGO, “El principio de verdad material en el procedimiento administrativo,” en TAWIL (dir.), *op. cit.*, pp. 118-131, esp. § II.

cedimiento administrativo el órgano que debe resolver está sujeto al principio de la verdad material y debe ajustarse a los hechos.²¹⁷ Debe prescindir incluso de que ellos hayan sido alegados y probados por el interesado,²¹⁸ p. ej., hechos o pruebas que sean de público conocimiento, que estén en poder de la administración por otras circunstancias,²¹⁹ que estén en otros expedientes, que la administración conozca de su existencia y pueda verificarlos,²²⁰ etc. Su introducción al expediente, claro está, debe hacerse documentalmente, dando traslado al particular a los efectos de que pueda ejercer el necesario control sobre esa prueba.²²¹ Si la administración no se ajusta a los hechos materialmente verdaderos, su acto estará viciado.²²² En efecto, la decisión administrativa debe ser independiente de la voluntad de las partes. Un acuerdo de partes sobre los hechos en el proceso civil es obligatorio para el juez²²³ pero no resulta obligatorio para el administrador, que debe comprobarlos.²²⁴ A la inversa, tampoco puede la decisión administrativa depender de la voluntad del administrado de no aportar las pruebas del caso: Aquélla debe ajustarse al principio de la verdad material.²²⁵

16. Otros principios

16.1. *Carácter escrito y oral del procedimiento*

El procedimiento administrativo es escrito en la generalidad de los países, aunque hay alguna tendencia a la oralidad en el procedimiento norteamericano, pero ello se debe a la preferencia general de dicho país por el procedimiento oral, sea él judicial o administrativo.²²⁶ En el derecho argentino, el procedimiento administrativo es por regla general escrito, aunque excepcionalmente se encuentra la

²¹⁷ TAWIL, *op. cit.*

²¹⁸ BECKER, *op. cit.*, p. 44; ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 224. Como dice ENTRENA CUESTA, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1965, p. 503, “en el caso de que los elementos de juicio que los interesados suministren al órgano resolutorio no sean suficientes para dictar una resolución adecuada, deberá aquél, de oficio, procurárselos, de suerte que llegue a una exacta determinación y al conocimiento y comprobación de los datos a tomar en consideración.”

²¹⁹ WADE, *Towards Administrative Justice, op. cit.*, p. 4.

²²⁰ GELLHORN, WALTER, *Federal Administrative Proceedings*, Baltimore, 1950, p. 82 y ss.; esto tiene limitaciones: t. 4, cap. VIII, “El tiempo [...]” y IX, “Los recursos de reconsideración.”

²²¹ PTN, *Dictámenes*, 163:137. Ver COMADIRA, JULIO RODOLFO, *El Acto Administrativo: en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2003.

²²² *Infra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. IX, “Vicios de la voluntad,” § 8.2, “Decisiones que prescinden de los hechos.” En sentido similar TJE, *Transocean Marine Paint Association*, 1991, en CHITI, *op. loc. cit.*

²²³ ALSINA, *op. cit.*, p. 449: el juez “sólo conoce del litigio en la extensión que las partes quieran hacerle conocer [...], los hechos incontrovertidos deben ser admitidos como ciertos y las afirmaciones y las pruebas aportadas por las partes constituyen los únicos fundamentos de la sentencia.”

²²⁴ BECKER, *op. cit.*, p. 44; HERRNRIT, RUDOLF, *Das Verwaltungsverfahren*, 1932, p. 3, citado por BECKER, *op. cit.* Este principio tiene fundamental importancia en la apreciación de la prueba: cap. I, “La prueba de los derechos” de este vol. 2.

²²⁵ El desinterés por parte de la administración del conocimiento de la verdad material se constata en la práctica concreta. Ampliar en cap. XXII del t. 7.

²²⁶ BECKER, *op. cit.*, pp. 44-5.

oralidad: Así ocurrió durante algún tiempo en el procedimiento administrativo impositivo;²²⁷ esa es la regla en materia de audiencia pública, salvo la preaudiencia en que se reciben escritos de las partes. La conveniencia del procedimiento escrito reside *prima facie* en que hace más difícil ejercer indebidas presiones morales sobre los administrados, obliga a mejor fundar y decidir las peticiones.

Tiene en su contra en primer lugar que al no existir oralidad tampoco existe publicidad, ni posibilidad de audiencia pública, ni presencia siquiera de testigos: Falta entonces el control social directo.²²⁸ Radica su aspecto negativo, por ende, que así favorece la tradicional tendencia administrativa a la reserva y a los entendimientos, es decir la corrupción;²²⁹ también favorece la lentitud del trámite.

Por ello no puede mantenerse la escritoriadad plena que existe en la actualidad y debiera procurar introducirse tanto como se pueda la oralidad, p. ej. exigiendo que el debate que precede a la decisión sea en audiencia pública.

16.2. La oralidad como regla

Son muchos los trámites que pueden efectuarse y de hecho se efectúan verbalmente. La ley de Santiago del Estero dispone que “podrán hacerse o gestionarse verbalmente, mediante simple anotación en el expediente, bajo la firma del solicitante, la reiteración de oficio, desglose de poder o documento, entrega de edictos, corrección de un error material, pedido de diligencia e informe no proveído y otros análogos.”²³⁰

Lo mismo es de aplicación a los pedidos de producción de pruebas ya ofrecidas y en general notas, diligencias o informes no proveídos,²³¹ al contralor de la producción de la prueba a efecto de hacer el interesado las observaciones que crea pertinentes, de las que se dejará constancia actuada,²³² etc.

La reglamentación nacional admite los desgloses en forma verbal,²³³ las vistas,²³⁴ etc. En la práctica las administraciones y la justicia misma prefieren la presentación de escritos, con su consiguiente dilación y demás perjuicios, pero ese perjuicio no debiera impedirles negar que la oralidad debe aparecer al

²²⁷ Ver GIULIANI FONROUGE, C. M. y BELLO, JUAN E., *Procedimiento impositivo*, Buenos Aires, 1963, pp. 246-7. Ver, con todo, decretos-leyes 20.024/72, 20.046/72, ley 20.626 y decreto 1.769/74, que prácticamente eliminan la oralidad.

²²⁸ Ver la explicación general que dimos *supra*, nota 53 y su remisión a SÁENZ, *op. cit.*, pp. 69-78; BOTASSI, “Presentación,” *op. loc. cit.*; BERIZONCE, *op. loc. cit.*

²²⁹ BECKER, *op. cit.*, p. 45.

²³⁰ Ley 2296, art. 23.

²³¹ En este sentido el art. 335, inc. 1°, de nuestro Proyecto de Código Administrativo, Mar del Plata, 1964, reproducido en nuestra *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, 2ª ed., p. 285 e *infra*, t. 6, Libro IV.

²³² En este sentido el art. 334 de nuestro Proyecto de Código Administrativo, *op. cit.*, p. 285.

²³³ Art. 12 del decreto 1759/72.

²³⁴ Art. 38 del decreto 1759/72.

menos como un importante complemento;²³⁵ sobre todo debe tenderse a través de ella a evitarle al particular la presentación de escritos innecesarios, resolviendo directamente ante sus solicitudes o reclamos verbales cuando no aparece como indispensable la constancia escrita.

16.3. *Mediación o inmediatez*

En relativa relación con el principio de la oralidad o no del procedimiento, cabe considerar el de la inmediatez. Cuando el procedimiento es oral, funciona naturalmente el principio de inmediatez;²³⁶ o sea que la misma autoridad que debe decidir sea la que dirija el procedimiento y reciba o controle directamente la producción de las pruebas, declaración de los testigos, etc. En cambio, siendo el procedimiento escrito, el principio de la inmediatez pierde vigencia en el ámbito administrativo y judicial, al extremo de que los proyectos de decisión o sentencia son siempre hechos por personas de rango inferior a quien debe suscribirlos.

En la práctica, lamentablemente, la regla general es la mediación y la delegación en secreto: La autoridad que firma lo que se decide, resuelve sobre la base de hechos cuya producción ha sido controlada por las autoridades inferiores y no tiene, en consecuencia, un conocimiento directo de las partes ni de los testigos; y para colmo utiliza un proyecto ajeno que a lo sumo revisa al correr de la pluma y nada más.

En otras palabras, la inmediatez no aparece sino en forma complementaria y va unida a una impropia y furtiva delegación de funciones.²³⁷

Las organizaciones favorecen la mediación, ya que son las autoridades superiores las que van a decidir,²³⁸ a pesar de que el grueso de la prueba se recibe en las jerarquías inferiores.²³⁹ En el procedimiento impositivo existió inmediatez.²⁴⁰ El principio de la inmediatez nada tiene que ver con las facultades del órgano decisor para apreciar la prueba.

Si bien la *inmediatez* le permite apreciar mejor los hechos,²⁴¹ emplear la *mediación* no significa que esté desligado de leer el expediente y atado por la apreciación efectuada por el inferior. El superior siempre debe apreciar los hechos *ex novo* y darles eventualmente una interpretación distinta de la efectuada por

²³⁵ En este sentido HELBLING, *op. cit.*, t. I, p. 248, respecto al derecho austríaco. Ver la propuesta brindada por MARCELO A. BRUNO DOS SANTOS en el cap. XXI del t. 7, "Los alegatos de oreja: una práctica cotidiana que atenta contra un mejor servicio de justicia."

²³⁶ BECKER, *op. cit.*, p. 47.

²³⁷ HELBLING, *op. cit.*, t. I, p. 248.

²³⁸ O pueden determinar la decisión del inferior por; BECKER, *op. cit.*, p. 47.

²³⁹ Ver nuestro art. "La apertura a prueba en el procedimiento administrativo," *RAP*, Buenos Aires, 1961, n° 1, p. 45 y ss. Ver *infra*, t. 4, cap. VI, "Apertura a prueba. Medios de prueba."

²⁴⁰ GIULIANI FONROUGE y BELLO, *op. cit.*, p. 206; en contra, decreto 1.769/74.

²⁴¹ Dice la CS de EE.UU. que "el mismo que decide debe oír:" *Morgan v. United States*, año 1936, 298 U.S. 468; WADE, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, p. 58 y ss., 80 y ss.

los organismos dependientes; lo mismo cabe decir de la justicia cuando controla la legitimidad de los actos administrativos.²⁴² No es lo que suele ocurrir.²⁴³

16.4. Ausencia de costas

En la práctica, en comparación con el proceso judicial, asume gran importancia la ausencia de costas en el procedimiento administrativo, que en muchos casos se identifica casi totalmente con un principio de gratuidad.²⁴⁴ En este aspecto se ha producido una evolución que va desde *a)* una originaria negación de la procedencia de la condena en costas a la administración que resuelve favorablemente el recurso, con la imposición al recurrente triunfante del pago del sellado de actuación, *b)* siguiendo con la supresión del sellado de actuación. Cabe preguntarse si podrá llegar la etapa final *c)* en que la administración pague al interesado los gastos en que haya incurrido, pero sin imponerle costas en caso de perder el recurso: ésta sería la gratuidad integral.

16.4.1. Improcedencia de la condena en costas

Es clásico del procedimiento administrativo que no haya en él condena en costas, cualquiera sea el resultado del recurso.²⁴⁵ En consecuencia, si el recurrente pierde el recurso, sólo abona los gastos de sellado, en caso que los haya;²⁴⁶ también corren por su cuenta los otros gastos en que hubiera incurrido, p. ej. los honorarios que hubiere convenido con su letrado,²⁴⁷ o le fueren regulados judicialmente. Si triunfa en el recurso y se le reconoce que el acto impugnado era ilegítimo, la solución no varía. Se ha establecido en tal sentido que “respecto a la solicitud de reconocimiento de honorarios, intereses y sellados, estimo que siendo el recurso jerárquico un recurso administrativo [...] pero no contencioso [...] no puede hablarse en él de parte vencida. La reclamación del reconocimiento de los honorarios profesionales por el asesoramiento jurídico, como igualmente el de los intereses y sellados, importa una pretensión de aplicar costas a la Administración, lo que

²⁴² En el procedimiento administrativo se aplica el principio de la *verdad material* y no el de la verdad formal. Ver la discusión del famoso *Chalk Pit Case* en Inglaterra, año 1961, en WADE, *Towards Administrative Justice*, *op. cit.*, pp. 107-17 y sus conclusiones sobre EE.UU., p. 80.

²⁴³ Ver “Los hechos del caso y los contratos administrativos,” en nuestro libro *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 41, p. 120; § 93, “Los hechos del caso,” p. 193; § 99, “Un mínimo de actividad probatoria,” p. 201; § 100, “Control de razonabilidad,” p. 202.

²⁴⁴ Otros hablan directamente de gratuidad: ABERASTURY (H.) y CILURZO, *op. cit.*, p. 39. Ampliar en CAPALBO, SOFÍA, “El principio de gratuidad en el procedimiento administrativo,” en TAWIL (dir.), *op. cit.*, pp. 165-172.

²⁴⁵ Cfr. PADILLA VELAZCO, RENÉ, doc. 14, Seminario de las Naciones Unidas realizado en Buenos Aires, *op. cit.*; ley austríaca, art. 75, inc. 3º; HELBLING, *op. cit.*, p. 505.

²⁴⁶ Un peligroso retroceso en la materia se verifica con la sanción del art. 93 del decreto 893/12 que exige la integración de garantía de impugnación como condición de procedencia del cuestionamiento a ciertos actos preparatorios de la voluntad administrativa dentro del trámite de selección del contratista.

²⁴⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, *op. cit.*, p. 156.

no cuadra ni cabe en el procedimiento administrativo.”²⁴⁸ Para pedir la regulación de honorarios es entonces necesario demandar al cliente.²⁴⁹

16.4.2. *El caso particular del sellado de actuación*

16.4.2.1. *Supresión a nivel nacional*

En el orden nacional la cuestión había perdido actualidad hace varias décadas con la supresión del impuesto de sello en las actuaciones administrativas. Si bien la ley se fundaba en la poca rentabilidad del impuesto en relación al gasto que origina su percepción, también la práctica demostró que creaba numerosos trastornos y pérdida de tiempo, obligaba a la utilización de papel timbrado con la dificultad adicional para conseguirlo, inversiones adicionales e inútiles del recurrente, etc. También la administración se recargaba inútilmente de trabajo burocrático, teniendo que decidir si el sellado era correcto de acuerdo con el asunto de que se trataba, con toda la secuela de consultas, reclamos, etc. La supresión del sellado de actuación fue un completo acierto de orden administrativo, a más de fiscal, camino que se comenzó a desandar con la sanción del decreto 893/12.²⁵⁰

16.4.2.2. *Su mantenimiento en algunas jurisdicciones locales*

En algunas provincias o municipalidades subsisten normas que exigen el sellado de actuación, con el consiguiente entorpecimiento del trámite sin ninguna utilidad fiscal de trascendencia y grave afectación del derecho de defensa. Es de lamentar, muy particularmente, el caso de la Ciudad de Buenos Aires, que se debate constantemente entre una constitución y sólo alguna legislación que podría tildarse de “progresista” y en cambio una fuerte tendencia conservadora y retrógrada de sus viejas entrañas de municipalidad del siglo XIX. Esa cultura se manifiesta también en leyes que por su fecha corresponden al presente, aunque por su contenido respondan al pasado muy mediato. Concretamente, la CABA tiene sellado de actuación ¡que hay que oblar con *cada* presentación! Creemos que ha llegado la hora de pronunciar la inconstitucionalidad de estos atavismos.²⁵¹ Existen además razones de política jurídica que es raro que las autoridades locales no adviertan. Se ganan innecesariamente el malestar constante de los ciudadanos que un día brota “inexplicablemente” ante hechos que parecen no justificar

²⁴⁸ *Dictámenes*, 67: 59; 64: 1.

²⁴⁹ CNFed. CA, Sala I, *Copani*, LL, 1997-D, 694, con nota “Demanda contra nadie,” LL, 1997-D, 693.

²⁵⁰ Arts. 93 y 100, inc. d) y e).

²⁵¹ Adherimos así a lo expuesto por BARBARÁN, JOSEFINA, “El agotamiento del administrado,” LL, 2005-E, 1120, en un enérgico, breve y más que convincente desarrollo fundamentando la inconstitucionalidad del “derecho de timbre” local por lesionar, del modo que puntualmente explica, el derecho de defensa de los administrados. La misma reflexión encontramos posteriormente en BONINA, NICOLÁS, y DIANA, NICOLÁS, *La deconstrucción del derecho administrativo argentino*, op. cit., pp. 39 y 43.

la violencia de la reacción. Es que es mucha la violencia que la administración impone a diario al reprimido administrado,²⁵² creando un peligroso dique que un día se puede quebrar.

16.4.3. *Caso en que hay dos particulares en contradicción*

Si bien la regla en definitiva es que tanto la administración como cada parte deben sufragar sus propios gastos,²⁵³ parecería lógico que habiendo dos partes en contradicción y triunfando una, sea la otra la que debe cargar con las costas que el procedimiento ocasionó a la primera: La ley austríaca autoriza así a la administración a fijar costas.²⁵⁴ Pero entre nosotros, en ausencia de una norma expresa, dicho reclamo requeriría un juicio de conocimiento y no podría la administración misma hacer una condenación en costas a una de las partes.

16.5. *Celeridad, economía, sencillez y eficiencia*

Por último, es de indicar que otros principios secundarios que caracterizan al procedimiento administrativo en su aspecto formal son, en el decreto-ley 19.549/72, el de la rapidez, simplicidad y economía procedimentales.²⁵⁵

La eficiencia en el manejo de los fondos públicos viene también exigida por la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional 24.156, la CICC, la ley 25.188 y el decreto 229/00, art. 4º, inc. g) y art. 5º, inc. a). Ello significa que deben evitarse complicados, costosos o lentos trámites administrativos burocráticos que dificulten el desenvolvimiento del expediente.²⁵⁶ Es evidente que cuesta transformar en realidad tan reiterados preceptos normativos.²⁵⁷

Es fundamental destacar que estos principios son secundarios respecto del principio de la garantía del debido proceso y del principio del informalismo en favor del administrado y que deben ser interpretados en forma congruente con ellos:²⁵⁸

²⁵² Ver RODRÍGUEZ PRADO, "La violencia del procedimiento administrativo en la práctica," *op. cit.*

²⁵³ Ley austríaca, arts. 74 y 75; HELBLING, *op. cit.*, pp. 500-5; la ley austríaca autoriza en ciertos casos especiales a imponer algunos tipos de costas al recurrente. (V. arts. 75 y ss.)

²⁵⁴ Art. 74, inc. 2º; HELBLING, *op. cit.*, p. 500.

²⁵⁵ Decreto-ley 19.549/72, art. 1º, inc. b): "celeridad, economía, sencillez y eficacia." En igual sentido, entre muchos otros países, Bolivia, art. 4º inc. k); Brasil, art. 2º; España, arts. 3º inc. 1º), 74 inc. 1º) y art. 75; Perú, art. IV, inc. 1º) aps. 9º) y 13); Colombia, art. 3º; Costa Rica, arts. 269.1 y 225.1 y 2; Venezuela, art. 21. Ver BECKER, *op. cit.*, pp. 58-9; ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 224; COMADIRA, *op. cit.*, pp. 64-5: "estas pautas generales [...] constituyen el mejor mentís para aquellas argumentaciones dirigidas a relativizar la importancia y eficacia de las formas del derecho público."

²⁵⁶ Ver CAPUTI, M. CLAUDIA, *La ética pública*, Depalma, Buenos Aires, 2000 y "Ética Pública y Procedimiento Administrativo," en POZO GOWLAND, HALPERÍN, AGUILAR VALDEZ, JUAN LIMA y CANOSA (dirs.), *op. cit.*, pp. 563-608.

²⁵⁷ Ampliar en SÁENZ, *op. cit.*, esp. § V.

²⁵⁸ En sentido similar ver GONZÁLEZ PÉREZ, "Principios del procedimiento administrativo en América Latina," en ARISMENDI y CABALLERO ORTÍZ (coords.), *op. cit.*, p. 1516, quien expresa: "Las leyes de procedimiento administrativo (...) consagran, de forma más o menos expresa, los principios

No podría, pues, disponerse una aceleración, simplificación o economía procesal que implique hacer riguroso el procedimiento, o perjudicar al administrado en su defensa. Lo mismo puede afirmarse respecto a los principios de publicidad y transparencia de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Sólo cuando se ha satisfecho plenamente la defensa del interesado y la exigencia de conocimiento público cabe por fin a la autoridad resolver rápida y simplemente; pero si los hechos no han sido debidamente aclarados, o no ha habido suficiente oportunidad de defensa, entonces estos principios de “celeridad” y “eficiencia” no son todavía de aplicación, pues debe procederse a producir cuidadosamente la prueba necesaria, etc.²⁵⁹ Al particular, innecesario es decirlo, le conviene tener en todo momento su propia diligencia e iniciativa probatoria.²⁶⁰ Es el principio romano conforme al cual *Vigilantibus, et non dormientibus, jura subveniunt* (el derecho protege a los que vigilan, no a los que duermen).

16.6. *Transparencia, objetividad, justicia*

Estos requisitos son exigidos por el art. 4º inc. b) del decreto 229/00 (“objetividad, justicia e imparcialidad” y por el inc. g); además lo exige el art. 4º inc. a) del mismo cuerpo. Por supuesto vienen impuestos por la CICC y la ley 25.188 de ética pública.

que informan la regulación del procedimiento administrativo, reiterando a veces las normas de las Constituciones respectivas. Principios que tienen valor muy distinto, pues no pueden ser en modo alguno homologables los de *economía, celeridad y eficacia*, que figuraban en el artículo 29 de la ley española de 1958 y se han reiterado en casi todas las americanas con más o menos variantes, con los de legalidad, debido procedimiento o de confianza legítima. Mientras estos son auténticos principios generales del Derecho, aquellos son más bien principios de organización. Y así lo ha destacado la doctrina.”

²⁵⁹ BECKER, *op. cit.*, p. 59.

²⁶⁰ Ver *supra*, cap. I, “La prueba de los derechos” de este t. 2.