CONVENCIONALIDAD, CONSTITUCIONALIDAD, LEGALIDAD Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Actas de las XV Jornadas Prof. Meilán Gil de Derecho Administrativo Iberoamericano (Pazo de Mariñán)

Director

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Subdirectora

María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo

COLEX READER | COLEX AUDIO

COLEX

¡Gracias por confiar en nosotros!

La obra que acaba de adquirir incluye de forma gratuita la versión electrónica. Acceda a nuestra página web para aprovechar todas las funcionalidades de las que dispone en nuestro lector.

Funcionalidades eBook

Acceso desde cualquier dispositivo con conexión a internet

Idéntica visualización a la edición de papel

Navegación intuitiva

Tamaño del texto adaptable

Síguenos en:

CONVENCIONALIDAD, CONSTITUCIONALIDAD, LEGALIDAD Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Actas de las XV Jornadas Prof. Meilán Gil de Derecho Administrativo Iberoamericano (Pazo de Mariñán)

Director:
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Subdirectora:
María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo

Secretaría Académica:
Jennifer Sánchez González

Secretaría de Redacción:
Alberta Lorenzo Aspres

Consejo Académico:
Carlos Amoedo Souto
Carlos Aymerich Cano
Gonzalo Barrio García
Victoria de Dios Viéitez
Almudena Fernández Carballal
Marta García Pérez
Juan José Pernas García
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
José Ron Romero
Manuela del Pilar Santos Pita
Javier Sanz Larruga

Consejo Científico Internacional:
Manlio Fabio Casarín León
Giuseppe Franco Ferrari
Juan Carlos Morón
Alejandro Pérez Hualde
Armando Rodríguez
Cristina Vázquez

Nota: Las referencias a la situación académica o profesional de los autores se corresponden con el momento de envío de los respectivos textos escritos.

CONVENCIONALIDAD, CONSTITUCIONALIDAD, LEGALIDAD Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Actas de las XV Jornadas Prof. Meilán Gil de Derecho Administrativo Iberoamericano (Pazo de Mariñán)

Director

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Subdirectora

María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo

COLEX 2026

Copyright © 2026

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial.

© Enrique Navarro Beltrán
© Eddy de la Guerra Zúñiga
© Ramón Huidobro Salas
© Alejandro Pérez Hualde
© Nancy Nelly González Sanmiguel
© Armando Rodriguez García
© Augusto Durán Martínez
© Gabriela Andrea Stortoni Maisterrena,
© Pablo Schiavi
© Adriana Taller
© María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo
© Miriam M. Ivanega
© Claudio Moraga Klenner
© Luis Eduardo Rey Vázquez
© Miguel Alejandro López Olvera
© Graciela Ruocco
© Fabián Omar Canda
© Patricio Marcelo E. Sammartino
© Hugo R. Gonzalez Elias
© Pablo Daniel Cruz
© Renata Fabiana Santos Silva
© Cristóbal Dobarro Gómez
© Javier Barnes
© Itziar Sobrino García
© Juan Carlos Morón Urbina
© Manuel J. Sarmiento Acosta
© Analía Antik
© Adrián Diego Campos
© Adrián A. Gutiérrez
© Alfredo Delgadillo López
© Bárbara Fernández Villa
© Diego Sebastián Gutiérrez
© Gustavo Igarza Funes
© Jaime Pensado Sande
© Ramiro Prieto Aguiar

© Editorial Colex, S.L.
Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)
A Coruña, 15004, A Coruña (Galicia)
info@colex.es
www.colex.es

SUMARIO

Presentación 11

Legalidad, constitucionalidad y convencionalidad en Iberoamérica 13
Enrique Navarro Beltrán

La buena Administración pública en un estado en guerra. El ciudadano contra el narcoterrorista 25
Eddy de la Guerra Zúñiga

Administración y derecho municipal en Chile, hacia un necesario Gobierno comunal 39
Ramón Huidobro Salas

La Administración pública y el Derecho en la nueva sociedad «anarco-capitalista» en «emergencia» 49
Alejandro Pérez Hualde

Métricas de la revolución digital con la posición constitucionalidad y convencionalidad del derecho a la Administración pública 55
Nancy Nelly González Sanmiguel

Administración pública y derecho. Un tema de perenne actualidad 65
Armando Rodriguez García

Control de convencionalidad 73
Augusto Durán Martínez

La incidencia de los tratados internacionales de derechos humanos en el Derecho Administrativo y en la Administración pública 91
Gabriela Andrea Stortoni Maisterrena

Dignidad de la persona humana y su protección en la jurisprudencia constitucional 117
Enrique Navarro Beltrán

Principios y valores organizacionales de la función pública en una sociedad de Gobierno abierto. Su preeminencia sobre intereses políticos y sindicales . . . 129
Pablo Schiavi

Dignidad humana, Administración pública y derecho administrativo 143
Adriana Taller

La aplicación de la tecnología BIM en la contratación pública. Análisis de las resoluciones de los tribunales administrativos de contratación pública 159
María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo

Comentarios acerca de las contrataciones públicas 177
Miriam M. Ivanega

El derecho administrativo chileno y sus vínculos constitucionales 185
Claudio Moraga Klenner

Las funciones estatales para la protección jurídica de las personas en situación de vulnerabilidad, desde una mirada convencional 191
Luis Eduardo Rey Vázquez

Principios constitucionales y convencionales articuladores del derecho internacional con el derecho administrativo interno 207
Miguel Alejandro López Olvera

El previo agotamiento de la vía administrativa: ¿válvula de acceso o traba para la verdadera justicia? 221
Graciela Ruocco

De la «tutela judicial efectiva» a la «tutela administrativa efectiva». El carácter expansivo de la garantía. Su desarrollo por la CoIDH y la Corte Suprema de Justicia de Argentina 233
Fabián Omar Canda

Control de constitucionalidad y acto administrativo 247
Patricio Marcelo E. Sammartino

Responsabilidad del Estado *vs*. Tutela Judicial efectiva. Una antigua materia pendiente 303
Hugo R. Gonzalez Elias

La tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al acceso al contencioso administrativo anulatorio 311
Pablo Daniel Cruz

La mediación administrativa en Brasil: obstáculos y retos 323
Renata Fabiana Santos Silva

Reflexiones en torno al objeto de la mediación administrativa 329
Cristóbal Dobarro Gómez

Un retrato de las amenazas que acechan al constitucionalismo y al Derecho Administrativo. Efectos y estrategias 337
Javier Barnes

Los residuos textiles en el marco de la economía circular. A propósito de la nueva propuesta de reglamento europeo de diseño ecológico 359
Itziar Sobrino García

La protección de la legalidad de la potestad normativa de la Administración: recordando una faz del principio de legalidad 373
Juan Carlos Morón Urbina

Algunas vicisitudes del principio de legalidad en la esfera del derecho urbanístico 385
Manuel J. Sarmiento Acosta

Informe de relatoría. 407
Analía Antik

Límites de las excepciones para brindar información pública. La prueba de daño en la Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública. 417
Adrián Diego Campos

Alcance del principio de legalidad y tipicidad en el derecho administrativo sancionador 425
Adrián A. Gutiérrez

Apuntes sobre el uso de inteligencia artificial en el contencioso administrativo. 437
Alfredo Delgadillo López

La inflación en la ejecución del contrato de suministro 447
Bárbara Fernández Villa

El control estricto de convencionalidad como elemento disuasor de la discrecionalidad, incentivando la motivación de los actos administrativos 457
Diego Sebastián Gutiérrez

Protección constitucional del derecho a la carrera administrativa en el marco de la buena administración 465
Gustavo Igarza Funes

Sobre la actuación administrativa en materia de juego en Galicia y Perú a propósito de la Ley 3/2023, de 4 de julio, reguladora de los juegos de Galicia . . . 473
Jaime Pensado Sande

Gobernanza del patrimonio cultural. Buen gobierno y buena administración para garantía del Derecho 481
Ramiro Prieto Aguiar

PRESENTACIÓN

Esta publicación recoge las ponencias y comunicaciones que se expusieron en el marco de las XV Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano, que tuvieron lugar en el Pazo de Mariñán gracias a la hospitalidad de la Diputación Provincial de A Coruña. Esta convocatoria, a la que asistieron numerosos profesores y posgraduados de diversos países iberoamericanos, trató sobre «Convencionalidad, constitucionalidad, legalidad y Administración pública» y se celebró del 18 al 22 de marzo de 2024.

Mariñán, además de sede de estos encuentros, facilita un espacio inmejorable para el intercambio y la convivencia entre profesores y alumnos. Se conocen mejor las técnicas jurídicas del Derecho Administrativo que se aplican en los distintos países y se forjan amistades que en muchos casos permiten estrechar relaciones profesionales y personales que fortalecen el espacio jurídico iberoamericano del Derecho Administrativo.

Las XV Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano se desarrollaron en siete mesas redondas y cinco seminarios especiales. El primero, sobre «Contratación Pública Iberoamericana», el segundo sobre «Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo», el tercero sobre «Derecho Ambiental Iberoamericano», el cuarto sobre «Derecho Urbanístico Iberoamericano» y el quinto sobre «Derecho Administrativo Social» conformando un gran espacio de debate e intercambio académico entre los profesores que participaron. El programa, por tanto, estuvo integrado por los temas de mayor actualidad, interés y controversia en el Derecho Iberoamericano, promoviendo su puesta en común y la búsqueda de nuevas respuestas a las problemáticas del Derecho Administrativo del siglo XXI siempre dentro del marco de la Buena Administración. Así, se trataron cuestiones como: La Administración Pública y el Derecho; La incidencia de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho Administrativo y en la Administración Pública; Dignidad humana, Administración Pública y Derecho Administrativo; El marco constitucional del Derecho Administrativo; Tutela judicial efectiva y Derecho Administrativo; Mediación y Derecho Administrativo; El principio de legalidad, la Administración Pública y el Derecho Administrativo.

En este sentido, Mariñán está contribuyendo de forma creciente a la consolidación del doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano, ya que muchos de sus alumnos participan en sus sesiones y estos días tienen la oportunidad de encontrarse con sus directores de tesis, así como intercambiar cuestiones metodológicas en materia de investigación entre ellos.

Asimismo, también se celebraron reuniones y actividades culturales que configuran, como cada año, un punto de encuentro y de confraternidad.

Es de justicia agradecer la presencia de los prestigiosos juristas iberoamericanos que nos acompañaron en las Jornadas. Ellos hacen posible estos eventos y justifican esta publicación. Por supuesto, el agradecimiento se extiende a todos los profesores del Área de Derecho Administrativo de la Universidad de A Coruña. Sin su trabajo, esta actividad del grupo de investigación de *Derecho Público Global* de la UDC no sería posible.

Finalmente, debemos reconocer que las Jornadas Iberoamericanas son posibles gracias a la decisiva participación de la Diputación Provincial de A Coruña a lo largo de estos años, agradecimiento que personificamos en su Presidente Valentín González Formoso.

Esta institución que siempre se ha caracterizado por promover que Mariñán se haya convertido en la última década y por derecho propio, en la capital del Derecho Administrativo Iberoamericano.

Esperemos que los trabajos reunidos en esta publicación, todos ellos de gran interés y gran calidad, no sólo pongan de manifiesto la actividad académica que se desplegó en el Pazo de Mariñán, sino que también contribuyan al desarrollo de estudios en Derecho Administrativo Iberoamericano en una cuestión tan importante.

Jaime F. Rodríguez-Arana Muñoz

Director de las XV Jornadas Prof. Meilán Gil de Derecho Administrativo Iberoamericano

1

LEGALIDAD, CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EN IBEROAMÉRICA

Enrique Navarro Beltrán
Profesor de Derecho Constitucional
U. de Chile y U. Finis Terrae

1. Inicios del control constitucional en Estados Unidos

Sabido es que los inicios de la justicia constitucional se remontan a principios del siglo XIX en el clásico fallo «Marbury vs. Madison», de 1803, que se resume en la recordada afirmación del Juez Marshall, en cuanto a que *«una Ley contraria a la Constitución es nula»*, concluyendo que *«la terminología particular de la Constitución de los Estados Unidos confirma y enfatiza el principio, que se supone esencial para toda constitución escrita, de que la ley contraria a la Constitución es nula, y que los tribunales, así como los demás poderes, están obligados por ese instrumento».*

Incluso algunos autores se retrotraen casi dos siglos antes en Inglaterra, a principios del siglo XVII, cuando el juez Edward Coke sostiene la doctrina de que, si «*una ley del Parlamento está contra la razón o el Common Law, o repugna o es imposible su realización, el Common Law lo debe controlar y considerar como sin vigencia»*.

Por cierto, que en el derecho indiano aplicado en nuestras tierras también existen antecedentes en relación al derecho a suspender la ley injusta, ya sea por vicios en la dictación de la misma (obrepción y subrepción) o por sus efectos (daño irreparable o escándalo).

Cabe recordar que, en relación a los antecedentes del sistema norteamericano, Hamilton, en El Federalista, resaltaba que los tribunales de justicia en Estados Unidos tienen el deber de «*declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución»*, puesto que *«debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios»*. Lo anterior, concluye, *«no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras»*.

Tocqueville señala en La democracia en América, al caracterizar dicho sistema judicial, que *«los norteamericanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones sobre la Constitución más bien que sobre las leyes. En otros términos, les han permitido no aplicar las leyes que les parezcan anticonstitucionales».* Y ello se justifica por la circunstancia que en Estados Unidos *«la Constitución está sobre los legisladores como lo está sobre los simples ciudadanos. Es la primera de las leyes y no puede ser modificada por una ley, es, pues, justo que los tribunales obedezcan a la Constitución, preferentemente a todas las leyes»*.

Así las cosas, como afirma un autor sudamericano (César Landa), la revisión judicial de las leyes consagra *«el valor normativo de la Constitución, que la hace inmune a ser violada por las leyes ordinarias de las mayorías transitorias del Congreso. Por el contrario, en un caso concreto de conflicto, esas leyes se inaplican judicialmente, por oponerse a la Constitución y ser inferiores a ella. De esta forma, la norma protege también a las minorías contra los abusos de las mayorías parlamentarias».*

2. El control constitucional político en el siglo XIX

En Chile, durante la vigencia de la Carta de 1833, tanto la doctrina como la jurisprudencia estuvieron contestes en cuanto a que los tribunales carecían de atribuciones para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

Así, el control político de las leyes era ejercido por el Congreso Nacional, siendo la modificación de las normas infra constitucionales la única forma de resguardar dicha supremacía. En concordancia con lo señalado, el texto constitucional que rigió durante gran parte del siglo XIX precisaba que *«sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de algunos de sus artículos».*

En cuanto a las razones para la adopción de dicho sistema en el mundo continental, diferente del anglosajón, se ha expresado por Fernández Segado que *«en América, el Parlamento inglés aparecía como "the great oppressor", siguiéndole en tal papel el Rey y su gobierno. Por contra, a los tribunales corresponde "the role of the liberator". En Europa, la situación era casi diametralmente opuesta. El Monarca era el tirano, asistido por sus jueces, y, precisamente por ello, la liberación había de ser tarea de la Cámara legislativa en cuanto órgano de representación popular».*

3. Opinión de los publicistas del siglo XIX. Primacía de la ley

En dicho contexto no puede resultar extraño que los publicistas más connotados de la época sostuvieran la tesis de que el Poder Judicial debía aplicar la ley, fuera buena o mala, no pudiendo dejarla sin aplicación aún que contraríe la Constitución.

Así lo señala Jorge Huneeus, al hacer presente que los tribunales *«llamados a fallar un negocio, no pueden dejar la lei sin aplicación, aun cuando, a juicio de ellos, fuera inconstitucional»*. El autor entiende que los órganos jurisdiccionales carecen de dicha atribución, *«pues ella los haría jueces del Congreso mismo i les suministraría un medio fácil de hacer nugatorias e ineficaces las leyes, so pretexto de reputarlas como inconstitucionales»*, concluyendo que *«el Poder Judicial no es juez de la lei; ha sido creado para aplicarla, sea ella buena o mala».*

Explicando el rol del Parlamento, Lastarria, por su lado, expresaba que *«toca sólo al Congreso Nacional interpretar, explicar y detallar, por medio de leyes especiales, las disposiciones de la Constitución. El uso de esta atribución puede ser un importante y provechoso efecto para la República, puesto que por medio de leyes pueden ser, si no modificados, a lo menos aplicados en un buen sentido los preceptos del Código Fundamental, y neutralizados, hasta cierto punto, los males que pueden nacer de sus defectos o de la falsa aplicación de sus disposiciones»*.

En igual sentido, Carrasco Albano afirmaba que *«es verdad que la interpretación de las leyes comunes sólo pertenece a los Tribunales de Justicia; pero no sería posible sino hasta cierto punto extender el mismo principio a las leyes fundamentales del Estado, si sujetamos a las vacilaciones consiguientes a la vaguedad de la lei suprema». Concluyendo que, en definitiva, «parece, pues, más lógico conceder la atribución de interpretar la Constitución al Poder Legislativo que al Judicial»*.

Manuel E. Ballesteros, en la mejor obra escrita acerca de la Ley Orgánica de Tribunales, reafirma la poca viabilidad de un sistema de control constitucional de la ley por parte de los tribunales, dado que *«en países en que existe el sistema unitario, la Corte Suprema no está llamada a declarar que una lei es inconstitucional i mucho menos pueden hacerlo, por consiguiente, los tribunales de una inferior jerarquía»*.

Incluso, la literatura jurídica de fines de vigencia de la Carta de 1833 —en pleno siglo XX— mantiene esta posición, aunque avizorando cambios.

Al respecto, Alcibíades Roldán expresa que *«ningún tribunal, aún cuando sea la Corte Suprema, se halla autorizado para dejar sin aplicación una ley por considerarla inconstitucional, ya sea que esta inconstitucionalidad se funde en irregularidades producidas en la formación o promulgación de la ley, ya se funde en violación de algún precepto de la carta fundamental, es decir, en defectos de forma o de fondo. Desde que la ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en el modo que la Constitución determina, no es admisible que un poder diferente del legislativo posea una atribución semejante»*. No obstante lo anterior, hace presente que *«no faltan, sin embargo, quienes piensan que en el caso de hallarse en contradicción una ley cualquiera con lo*

dispuesto en la carta fundamental, los tribunales no podrían dejar de aplicar con preferencia la última. Fundan esta opinión en que las disposiciones constitucionales son de un orden superiores a las legales, así como lo son éstas con respecto de los decretos del Ejecutivo».

4. Jurisprudencia sujeta a la Legalidad

Consecuencia de dicho ambiente de prevalencia del legislador es la reiterada opinión de la Corte Suprema en cuanto a las limitaciones impuestas para desconocer la constitucionalidad de las leyes.

En efecto, puede leerse en un oficio emanado de dicho máximo tribunal de la República, de fecha 27 de junio de 1848, la afirmación en cuanto a que *«ninguna majistratura goza de prerrogativas de declarar la inconstitucionalidad de leyes promulgadas después del Código Fundamental i de quitarles por este medio sus efectos i su fuerza obligatoria. Este poder, que por su naturaleza sería superior al del Lejislador mismo, puesto que alcanza a anular sus resoluciones, no existe en Majistratura alguna, según nuestro sistema constitucional. El juicio supremo del Lejislador, de que la ley que dicta no es opuesta a la Constitución, disipa toda duda en el particular i no permite retardos o demoras en el cumplimiento de sus disposiciones».*

En el mismo sentido, en nota dirigida por el Ministro de Justicia a la Corte Suprema, se señala que la misión que le correspondería a la Corte Suprema, tal como a los demás tribunales *«está reducida a la recta aplicación de las leyes a los casos particulares que ocurren en las causas sometidas a sus fallos, sin que sea lícito evadir su cumplimiento, ya porque sean justas o injustas, ya por ser conformes o contrarias a la Constitución».*

Dicha doctrina es reiterada con posterioridad, en circular dirigida a las Cortes de Apelaciones, aunque con matices, desde el momento que se indica que «ninguna Magistratura encargada de aplicar las leyes goza de la prerrogativa de declarar su inconstitucionalidad, y todas las promulgadas con posterioridad al Código Fundamental llevan consigo el juicio Supremo del legislador de no ser contrarias a este Código». Sin embargo, *«las autoridades encargadas de aplicar a un caso determinado la ley o disposición, deben, no obstante, dar preferencia en el asunto especial en que se ocupan, a la Constitución, si estuvieren en clara y abierta pugna con ellas»*. Concluyendo que *«no le es dado pues al Gobierno corregir las leyes por inconstitucionales que sean, pero tampoco le es lícito mantener en vigor un acto de una autoridad de su dependencia fundado únicamente en una de ley a que se da carácter inconstitucional por el sentido que se le atribuye o que lo tiene clara y evidentemente. La Corte, que no reputa inconstitucional el artículo de la Ordenanza, no ha reclamado que se corrija, atribución propia del Congreso, sino que se derogue el bando que ha pretendido fundarse en ese artículo, lo que es atribución del Presidente de la República*».

Cabe sí destacar el primer fallo pronunciado a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Organización de los Tribunales de 1875. Con ocasión de la falta de aprobación de una disposición legal de acuerdo a lo establecido en el texto constitucional, la Corte Suprema, presidida por don Manuel Montt, razonó que, considerando que *«los dos últimos incisos del núm. 3.º del art. 95 de la lei de Organización i Atribuciones de los Tribunales no han sido aprobados por el Congreso Nacional i por consiguiente no tienen el carácter de una verdadera lei, el Tribunal, de unánime acuerdo, resuelve que la sentencia en la presente causa se pronuncie en conformidad al mencionado art. 95 i sin tomar en cuenta los dos últimos incisos del núm. 3.º del predicho artículo.*

5. Control constitucional de las leyes a fines del siglo XIX

En todo caso, como ha señalado Manuel Aragón, *«en Iberoamérica, la fuerza expansiva del modelo constitucional norteamericano ocasionó que, ya a fines del siglo XIX, especialmente en Argentina, Colombia, Venezuela, República Dominicana, El Salvador y México, se admitiese en el orden teórico, que los jueces no debían aplicar las leyes contrarias a la Constitución, aunque en el orden práctico no hubo muchas ocasiones de ponerlo en práctica, no sólo por los frecuentes vaivenes políticos y fracturas constitucionales, sino también por la influencia europea "legalista" (coexistente allí con la norteamericana "constitucionalista") no propiciaba el entendimiento de los derechos constitucionales como inmediatamente aplicables sin mediación legal».*

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, existen casos en que se ha mantenido en el tiempo la atribución de los tribunales de inaplicar una ley contraria a la Constitución.

En efecto, *«una acción popular de inconstitucionalidad surge por primera vez en el ámbito latinoamericano (Colombia y Venezuela) a mediados del siglo XIX. Este instituto se ha mantenido hasta hoy en diversas constituciones latinoamericanas, y así puede De Vergottini sostener que la acción popular de inconstitucionalidad es un "instrumento característico de los ordenamientos latinoamericanos". Naturalmente que la acción de inconstitucionalidad colombiana o venezolana no conocía un órgano ad hoc de la constitucionalidad, que aún no existía, sino la Corte Suprema»*.

En Colombia, la Constitución de 1886 establecía que el Presidente de la República debía sancionar, sin poder ejercer veto, a todo proyecto que, reconsiderado, fuere adoptado por los dos tercios de los votos del Congreso, a menos que el proyecto fuere objetado por inconstitucional. En este caso, señalaba el artículo 90, que «*si las Cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Suprema, para que ella, dentro de seis días, decida sobre su exequibilidad. El fallo afirmativo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si fuere negativo, se archiva el proyecto*». De este modo, *«a la Corte Suprema de Justicia se le dio exclusivamente, en primer lugar, como acabamos de señalar, la función de efectuar el control previo de los proyectos de ley objetados por el Presidente como inconstitucionales (...) luego por el Acto Legislativo N.º 3 de 1910 (art. 41) se amplió su competencia para que llevase a cabo el control de constitucionalidad de La leyes y decretos con fuerza de ley mediante el procedimiento de la acción de inexequibilidad»*. En efecto, Colombia adopta en 1910 la acción pública contra leyes inconstitucionales, por lo que se ha afirmado (Pedro Pablo Camargo) que sería *«el primer sistema en el mundo en que se permite a una persona ejercer la acción de inconstitucionalidad frente a una ley que no afecte sus derechos y libertades fundamentales, en caso concreto, como en el sistema americano y en el sistema europeo».*

Por su parte, en Venezuela, desde 1858, le corresponde a la Corte Suprema la facultad de anular las leyes. A su vez, en México el control sobre la constitucionalidad de las leyes no fue del todo uniforme en los textos constitucionales, *«pues —como expresa Ignacio Burgoa— en algunos de ellos se implantó clara y nítidamente el método político, como sucedió en la Constitución centralista de 1836 con el Supremo Poder Conservador, mientras que en otros, como el establecido por las Constituciones de 1857 y 1917, se estableció un mero sistema jurisdiccional, no faltando el caso, como el del Acta de Reformas de 1847, en el que imperó un sistema híbrido, resultante de la combinación de ambos medios»*.

Por su lado, en Argentina se ha estimado que el control judicial de constitucionalidad tiene su antecedente —según Bidart Campos— en una decisión de la Corte Suprema, de 8 de diciembre de 1865, por cuanto en ella se razona que *«es elemento de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos»*. Se trata de este modo, según Sagües, de una *«construcción jurisprudencial y legislativa, siguiendo las directrices de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América».*

Finalmente, cabe señalar que, en el caso de Brasil, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes se remonta a la Constitución de 1891, influida también por el constitucionalismo norteamericano, de modo que en dicho período se *«acogió la jurisdicción constitucional, que era ejercida por el método difuso, ante cualquier juez o tribunal de la jurisdicción ordinaria»*. (Marcelo Figueiredo).

6. Control de constitucionalidad en la Carta de 1925

La Constitución de 1925, inspirada en el modelo norteamericano, facultó a la Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueran sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro tribunal, para declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución.

En la subcomisión de reforma constitucional, se planteó «*la conveniencia que habría en establecer en la nueva Constitución algún poder o autoridad que determine si las leyes que en lo sucesivo se dicten, van o no contra los principios constitucionales*», facultad que se estima podría entregarse a la Corte Suprema.

En tal sentido, en la misma instancia, el Presidente Alessandri hizo ver su preocupación por una declaración con efectos generales, dado que *«habría un grave peligro porque se constituiría el Tribunal en Poder Legislativo»*. En otra sesión expresa que *«disposición semejante daría a ese tribunal un poder superior al del Presidente de la República y al del Congreso, pues como existe la tendencia humana a acentuar las propias facultades, dicho tribunal enmendaría a menudo la obra legislativa, declarando sin fuerza, por inconstitucionales las leyes que se dictasen, es decir, asumiendo en el hecho todo el poder, cuando su papel debe ser pasivo y no activo»* Con posterioridad, en el marco de la discusión, puntualiza que *«no hay conveniencia en dar a la Corte Suprema amplia facultad de declarar la inconstitucionalidad de la ley fuera de casos concretos y determinados, porque así se crearían continuamente conflictos entre el Poder Legislativo y el Judicial»*.

Con posterioridad, en la Comisión se discute acerca de la facultad de la Corte Suprema de *«declarar sin efecto cualquier precepto legal contrario»* a la Constitución., haciendo presente el Ministro de Justicia de la época que debe referirse a *«casos particulares en que se pretenda aplicarla»*. En tal contexto, el Presidente Alessandri propone un texto que señale que *«cualquier ciudadano que considere lesionados sus derechos por un fallo de los tribunales basado en una ley inconstitucional, podrá recurrir a la Corte Suprema»*. Del mismo modo, que este recurso «no suspenderá la tramitación del juicio». Incluso, en otra sesión, propone que *«los tribunales, en los negocios de que conozcan con arreglo a la ley, aplicarán preferentemente los preceptos de esta Constitución cuando entre ellos y las leyes hubiere oposición»*. O, en su defecto, que *«en todo caso en que se alegare la oposición entre un precepto constitucional y la ley, tendrán las partes derecho de ocurrir, en cualquier estado del juicio, a la Corte Suprema, sin alterar la substanciación de él»*. De esta forma, *«lo que se desea es que lleguen a la Corte Suprema estos conflictos entre la ley y la Constitución que se producen en un juicio entre partes»*.

El texto, en definitiva, redactado por el Ministro de Justicia indica que *«La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para este caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación»*.

Uno de los autores más cercanos a la discusión del texto constitucional, José Guillermo Guerra, afirma que el artículo 86 de la carta de 1925 *«es completamente nuevo para nuestro país. Ha sido tomado, en su fondo, de la Constitución de los Estados Unidos y, aunque de procedencia extranjera, consideramos que corresponde a una necesidad nacional que se había hecho sentir varias veces»*. Por lo mismo, agrega que *«esta disposición es de suma importancia y de gran utilidad, pues importa un correctivo contra los posibles desvaríos del Poder Legislativo, y una apreciable garantía para los habitantes de la República»*. Por último, en el mismo sentido, hace presente que si bien su efecto es de carácter particular *«se supone que el legislador, en vista de que la Corte Suprema ha declarado una o más veces la inconstitucionalidad de su precepto, se apresurará a derogarlo por medio de otra ley»*. En todo caso, anota que ya en algunos países, como Austria, existe un órgano *«llamado Tribunal Constitucional»* a quien se concede la *«facultad de anular leyes inconstitucionales»*.

7. Surgimiento de los Tribunales constitucionales

Como lo recuerda Pedro Cruz Villalón, en su notable obra «La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad 1919-1939», los Tribunales Constitucionales surgen en Europa, en 1920, creación del notable jurista austríaco Hans Kelsen.

En efecto, el gran jurista austríaco Hans Kelsen, en su famosa controversia con Carl Schmitt —acerca del quién es el defensor de la Constitución— propone la necesidad de una *«jurisdicción constitucional, por la cual la función de garantía de la Constitución sea transferida a un tribunal independiente»*. Agregando, luego, que dicho tribunal *«funciona como jurisdicción constitucional en la medida en que deba decidir, a través de un procedimiento contencioso de partes, sobre la constitucionalidad de actos del Parlamento (en especial de las leyes), así como también del Gobierno (especialmente de los decretos), cuando hayan sido cuestionados, anulando tales actos en el caso de inconstitucionalidad y eventualmente juzgando a determinados organismos imputados, acerca de la responsabilidad probada»* Explicando su funcionamiento señala Kelsen que dicho tribunal *«aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando*

a anular leyes anticonstitucionales no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el actus contrarius correspondiente a la producción jurídica, o sea, que —tal como lo he señalado— oficia de "legislador negativo"».

A partir de esa fecha —como lo destaca Dominique Rousseau— se expande por el continente: Italia (1947), Alemania (1949), Francia (1958) y España (1978), por mencionar algunos.

En Hispanoamérica también se establecen, siguiendo el modelo europeo.

Así, surgen en Guatemala. En la Constitución de 1965 se crea un Tribunal Constitucional, aunque se integraba en el organismo judicial, por lo tanto, se trataba de ente transitorio y no autónomo. La Constitución de 1985 creará la Corte de Constitucionalidad.

En Ecuador. En la Constitución de 1945 se crea un Tribunal de Garantías Constitucionales, aunque el control de la ley quedaba entregado al Congreso. Pero es suprimido durante la presidencia de Velasco Ibarra, al año siguiente. Luego, la Constitución de 1967 la restablece, desapareciendo nuevamente en 1970. La Constitución de 1979 crea un Tribunal de Garantías Constitucionales, a quien se le van otorgando atribuciones.

Perú. El Tribunal Constitucional en Perú fue establecido en la Constitución de 1979 y luego en la actual de 1993.

Colombia. La Constitución de 1991 establece la Corte Constitucional, reemplazando así a la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Se ha destacado por la doctrina como un ente relevante en la estabilidad política y económica del país.

Bolivia. El Tribunal Constitucional de Bolivia fue creado en la reforma constitucional de 1994.

Hay algunas de más reciente creación. Por ejemplo, en la República Dominicana en 2010. En otros países se ha discutido acerca de la necesidad de su establecimiento (El Salvador, por ejemplo).

Hoy también se aprecia su presencia en toda la Europa oriental y en el mundo entero, como lo destacan Tom Ginsburg y Mila Versteeg (*Why Do Countries Adopt Constitutional Review?* 30 Journal of Law, Economics and Organization 587, 2014.

Como lo destaca el gran jurista francés, el control de la constitucionalidad en el Derecho Comparado tiene características disímiles.

En algunos casos existen controles de carácter preventivo (Consejo Constitucional de Francia, aunque más recientemente modificado el 2008) y en otros a posteriori (Alemania y España). Ciertamente también los hay mixtos (Tribunal Constitucional de Italia).

En cuanto a su forma, el control puede ser concentrado o radicado en un órgano (modelo constitucional kelseniano de Tribunal Constitucional) o entregado a diversos entes (modelo constitucional de Estados Unidos).

Respecto a los efectos del control, ellos también pueden ser diversos. Así, en algunos sistemas la sentencia tiene efectos de carácter general, como es el caso típico de las sentencias de los Tribunales Constitucionales (España, Alemania o Italia) o sólo en el caso concreto (Corte Suprema en Chile desde 1925 al 2005).

Por su lado, en Sud América existen variadas experiencias en materia de control. Así, ciertos países le entregan su conocimiento a los tribunales de justicia en general (Argentina) o específicamente a la Corte Suprema (Uruguay) o al Tribunal Constitucional (Bolivia) o a los tribunales ordinarios y al Tribunal Constitucional (Perú y Ecuador).

8. Surgimiento del Tribunal Constitucional chileno en 1970

A mediados de la década del sesenta se había discutido a nivel académico acerca de la necesidad de contar con un Tribunal Constitucional que dirimiera los conflictos entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional. Específicamente, en un seminario efectuado en 1963 en la Biblioteca Nacional, bajo la dirección del Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile, Jorge Guzmán Dinator, el destacado jurista Alejandro Silva Bascuñán propuso crear una Corte Constitucional.

Luego, ello se profundiza en las III Jornadas Chilenas de Derecho Público, realizadas en Concepción en 1964, en una ponencia del profesor Francisco Cumplido, quien resalta la necesidad de

un control preventivo de la constitucionalidad de las leyes, lo que ya había advertido en su tesis de grado, y así se acuerda recomendar en la Comisión de Derecho Constitucional su instauración.

La reforma constitucional de 1970 incorpora, por primera vez en Chile, un Tribunal Constitucional para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad suscitadas durante la tramitación de los proyectos de ley, el que —lamentablemente— tuvo una efímera existencia y no alcanzó a lograr una jurisprudencia numerosa. Sobre la importancia de esta nueva institución, el expresidente Eduardo Frei Montalva resaltó la necesidad de contar con un órgano que dirimiera los conflictos entre los colegisladores.

Señaló al efecto, en su Mensaje, que *«todo ordenamiento jurídico requiere la existencia de un Tribunal que vele por la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Poder Legislativo, ya que de otra manera el imperio de la Constitución queda sin resguardo ante los posibles excesos de leyes que violan las garantías constitucionales o cualquiera otra disposición fundamental de la Constitución Política*». Agrega luego que *«El Tribunal Constitucional que por este Mensaje propongo crear, ya existente en otras legislaciones más avanzadas, cumplirá satisfactoriamente su objetivo primordial, cual es la definición de los conflictos de poderes que surgen por la desigual interpretación de las normas constitucionales, cuyo imperio y observancia así quedan robustecidos*».

Dicha normativa establece que al Tribunal Constitucional, entre otras materias, le corresponderá resolver *«las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso»*, como también aquellas *«que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley»* y *«de los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda»*.

Dicho Tribunal, que sesionó por cerca de dos años, y que fuera presidido por el Profesor de Derecho Administrativo Enrique Silva Cimma, dictó 17 sentencias, siendo en 1973 disuelto por la Junta Militar por estimar que su existencia era «innecesaria», lo que sólo puede entenderse en un contexto institucional en el que el Congreso Nacional había sido clausurado.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, los antecedentes remotos en Chile de la justificación de la jurisdicción constitucional, la encontramos en las palabras pronunciadas por el ex Presidente Balmaceda, el 20 de abril de 1891, esto es, iniciada la cruenta guerra civil —motivada formalmente por la negativa del Congreso Nacional de aprobar el presupuesto anual enviado por el Presidente— tres décadas antes de Kelsen, al sostener dicho gobernante que, teniendo en consideración las cuestiones de competencia entre los poderes y los conflictos de constitucionalidad de las leyes debería crearse una jurisdicción especial.

Expresaba Balmaceda, en plena guerra civil que «*sería conveniente crear un tribunal especial compuesto de 3 personas nombradas por el Presidente de la República, de 3 nombrados por el Congreso y de otras 3 nombradas por la Corte Suprema, para dirimir sin ulterior recurso los conflictos entre poderes en los casos y forma que la Constitución establezca»*; puesto que *«no es natural, ni justo, que en los conflictos de poderes sea alguno de éstos el que se pronuncie y resuelva, porque se establece una supremacía de autoridad con menoscabo de las otras, ni habría jamás conveniencia en que uno sólo de los poderes públicos sea únicamente juez, siendo al mismo tiempo parte»* (Discurso del Presidente José Manuel Balmaceda, efectuado ante el Congreso Nacional, el 20 de abril de 1891).

9. Restablecimiento del Tribunal Constitucional en 1980

En 1981 se restablece su funcionamiento, siendo del caso destacar las sentencias pronunciadas con motivo de las leyes políticas, que obligaron a que el plebiscito de 1988 se efectuara con la participación de órganos electorales.

Como se recordará, el proyecto de ley supeditaba la entrada en funciones del Tricel a la realización de la primera elección parlamentaria. Sin embargo, el TC, tomando en consideración una interpretación sistemática de la Constitución, esto es, como un todo armónico, concluyó que dichos órganos jurisdiccionales electorales debían encontrarse en vigencia antes de la realización de la referida elección parlamentaria, esto es, con ocasión de los plebiscitos, relativos a la proposición de candidato en 1988 y de reformas constitucionales de 1989.

Por su parte, en 1987 el Tribunal también revisó la constitucionalidad del proyecto de Ley Orgánica de Partidos Políticos. Se trataba de una ley fundamental para el régimen político y respecto de la cual existía una solicitud de ciudadanos abogados relativa a la inconstitucionalidad de determinados preceptos legales.

El TC declaró la inconstitucionalidad de diversos preceptos en atención a que importaban restricciones al derecho de asociación política, invadían la autonomía de los mismos o infringían el debido proceso. Además, previno en la necesidad de legislar respecto de la propaganda y publicidad y de la igualdad entre los candidatos.

Dichas resoluciones judiciales fueron fundamentales para la transición política hacia la democracia. Y es que, como lo ha señalado la Corte Suprema americana, «una Constitución debe ser interpretada por el espíritu, que vivifica, y no por la letra, que mata». Entre 1981 y 2005 se dictaron menos de 500 fallos.

10. La reforma constitucional de 2005 y las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional

La reforma constitucional de 2005 modificó la composición y atribuciones de este Tribunal.

Así, sus integrantes ahora son designados por el Presidente de la República, el Congreso Nacional y la Corte Suprema, en un modelo similar al establecido en la Carta italiana de 1947 y similar al de vuestra Corte.

La reforma constitucional de 2005 radicará exclusivamente en este Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de las leyes.

De este modo, no sólo revisará eventualmente la constitucionalidad de las leyes durante su tramitación, sino que además conocerá de la acción de inaplicabilidad de las leyes.

La nueva acción no es en todo caso idéntica a la que anteriormente conocía la Corte Suprema, desde que ahora corresponde declarar la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación resulte contraria a la Constitución Política, por lo que se trata de un control concreto. Además, la inaplicabilidad no sólo la pueden solicitar las partes de una gestión sino el propio juez de la causa.

Para dimensionar la expansión de esta acción constitucional, debe tenerse presente que en los quince primeros años de funcionamiento del nuevo Tribunal Constitucional han ingresado más de quince mil presentaciones, lo que equivale al 95 % de las causas.

Adicionalmente, la reforma de 2005 facultó al mismo Tribunal Constitucional para resolver la inconstitucionalidad de la ley, esto es, con efectos generales y derogatorios, para lo cual es menester que previamente se haya declarado su inaplicabilidad. Dicha resolución debe ser adoptada por los 4/5 de los miembros.

Se trata de un instrumento excepcional que a la fecha sólo ha motivado cuatro decisiones relativas a delegación de jurisdicción en materia tributaria, la consignación previa para reclamar sanciones sanitarias, la gratuidad del turno de los abogados y, recientemente, las facultades de la Superintendencia de Salud referentes a las tablas de factores de sexo y edad en los contratos de salud previsional.

11. Tratados Internacionales y Constitución

Es importante tener presente que la doctrina nacional y extranjera ha debatido fuertemente sobre la jerarquía que le cabe en nuestro ordenamiento jurídico a las disposiciones contenidas en un tratado internacional.

En Chile, la aludida controversia se justifica desde el momento que el artículo 5.º de la Constitución Política, reformado en 1989, impone a los órganos del Estado el «respetar y promover» no sólo los «derechos garantizados» en la Constitución Política de la República («CPR») sino que también «por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes».

Como consecuencia de lo anterior existen diversos criterios. Así, por ejemplo, algunos consideran que los tratados tendrían rango constitucional e, incluso, supra constitucional. Una segunda posición sitúa los tratados a nivel superior que la ley. Una variante de la anterior es aquella que

diferencia ambas normas desde el punto de vista competencial. Finalmente, existen autores que sitúan los tratados como normas de carácter legal.

A su vez, en el derecho comparado también se presentan diversas posiciones. Así, en España y Portugal la referencia a los tratados se utiliza para interpretar los reconocidos en la Constitución Política. Similar posición ha seguido la Carta de Perú de 1993. En Venezuela y Ecuador se les otorga jerarquía constitucional. En Costa Rica esto último ha sido desarrollado jurisprudencialmente. Por último, Panamá, Colombia, Argentina, Bolivia y República Dominicana aluden a la jerarquía constitucional de ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos.

Con posterioridad, la reforma del año 2005 estableció que las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prescrita en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.

Del mismo modo, la aludida reforma le confirió la revisión obligatoria previa de los tratados internacionales, en relación a sus disposiciones orgánicas; destacándose los principios de presunción de constitucionalidad a la vez que la interpretación conciliadora con la Carta Fundamental.

Si bien el TC ha admitido la posibilidad de impugnar los tratados internacionales en un caso concreto, a través de la acción de inaplicabilidad, la gran mayoría de los casos han sido declarados inadmisibles y en un par de sentencias de fondo también se ha desechado el reclamo.

La jurisprudencia del TC ha invocado diversos principios reconocidos en convenciones internacionales: a) prohibición de la prisión por deudas; b) derechos de los niños; c) existencia de derechos constitucionales implícitos, reconocidos en tratados internacionales, como el acceso a la información y el derecho a la entidad; d) protección del trabajo; e) presunción de inocencia; f) principio de non bis in *idem*; g) protección a los migrantes; g) ámbito de la jurisdicción militar; h) limitación de beneficios en casos de delitos graves y de lesa humanidad; e i) derecho a un mecanismos idóneo para impugnar una sentencia, dentro de los elementos que conforman un justo y racional proceso.

En palabras del Profesor Vio Grossi, el control de convencionalidad *«no consagra el establecimiento de la supremacía de la convención en el ordenamiento jurídico interno de los Estados»,* tampoco *«proclama la obligatoriedad de las sentencias de la Corte»*; lo que la CIDH proclama *«es que todos esos estados, al haberse comprometido libremente a aplicar la Convención, deben realizar el control de convencionalidad correspondiente a efectos de procurar cumplir con esa obligación y evitar así, eventualmente, incurrir en responsabilidad internacional.*

12. Control de convencionalidad

Este concepto se ha ido acuñando a la luz de la jurisprudencia de la CIDH. Así ocurrió en, por ejemplo, en el Caso de la Ultima Tentación de Cristo, donde se cuestionó una norma constitucional, instando a eliminar la censura previa en materia cinematográfica.

En el caso Almonacid Arellano (2006), también contra Chile, la CIDH exhorta a los jueces internos a que ellos mismos inapliquen las normas domésticas contrarias al Pacto de San José de Costa Rica e incluso a su propia jurisprudencia.

Su antecedente más pretérito son los votos singulares del Juez Sergio García, a partir del año 2003.

Como dice Víctor Bazán, consiste en «juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan compatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia —*v.gr.*— la reforma o la abrogación de dichas práctica o norma (sic), según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal convención y otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo».

En el ámbito interno, según Ferrer Mac Gregor, el control de convencionalidad consiste en el deber de los/as jueces/zas, órganos de la administración de justicia y demás autoridades públicas, de realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales y la CADH, sus protocolos adicionales, la jurisprudencia de la Corte IDH y demás instrumentos del sistema interamericano

Señala la CIDH *«La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Ame-*

ricana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer ***una especie de "control de convencionalidad"*** *entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana».*

La CIDH lo fundamenta como se sabe en 3 grandes principios: a) la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales; b) el principio del efecto útil de los convenios; y c) la no invocación del derecho interno para eximirse de cumplir deberes asumidos en tratados internacionales.

Como recuerda Sagúes, el control de convencionalidad tiene dos efectos: a) represivo, cuando la norma doméstica es inconvencional, de modo que no se aplica al caso concreto; y b) constructivo, aplicando el derecho local de acuerdo a las reglas del Pacto y a la jurisprudencia de la CIDH.

El mismo autor apunta que las distintas jurisdicciones han asumido diversas posiciones respecto de este *ius commune*: a) aceptación expresa (como ha ocurrido con la Corte Suprema argentina); b) aceptación tácita calificada (Cuarta Sala de Costa Rica); c) aceptación tácita parcial (las judicaturas de Colombia, Perú o Chile); d) silencio (Tribunal Supremo de Brasil); y e) negación tácita (Sala Constitucional de Venezuela).

13. Análisis crítico del control de convencionalidad

Las normas jurídicas de las que se desprende la creación del Control de Convencionalidad por parte de la Corte Interamericana, son principalmente el artículo 2 de la Convención Interamericana de DDHH[1] y el artículo 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[2].

Para la adecuación a que obliga el artículo 2 de la Convención, la Corte atribuye al artículo 26 y 27 de la CV un doble efecto.

En primer lugar, que los Estados, desde la obligación de cumplimiento de buena fe de un tratado, no pueden ampararse en su propio derecho para incumplir DIP, lo que es desde la literalidad de la norma, correcto. A los estados no les es disponible la obligación jurídica que les asiste de cumplir las normas a las que se han obligado mediante, en este caso, la ratificación de la Convención.

Sin embargo, y considerando la particularidad de las distintas tradiciones e identidades constitucionales que influyen en la concepción de los DDFF, es dable considerar particularidades dentro del contenido de dichos derechos, sin que ellos signifiquen violar su contenido mínimo esencial.

A diferencia de la Corte Interamericana, el Tribunal Europeo de DDHH no ha recepcionado este control como mecanismo de interpretación y definición de la responsabilidad internacional. El TEDH deja espacio para la actuación de los órganos estatales y las definiciones propias en el ámbito nacional. (TEDH, Fabris vs. Francia. Sentencia de la gran Cámara 7 de febrero 2013). Por el contrario, aplica lo que él denomina *margen de apreciación nacional.*

En segundo lugar, y dentro de lo discutible, la Corte deriva de la interacción de las normas citadas una competencia que le permite analizar el incumplimiento y la responsabilidad estatal desde 4 aristas:

---

1 *Artículo 2 Convención Americana DDHH. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*

2 *Artículo 26 Convención de Viena. Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*
Artículo 27 Convención de Viena. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

1) El Estado independiente del órgano que actúa violando la convención, es responsable por dicha actuación antijurídica. En esto la Corte acierta. Para el DIP y por tanto para la evaluación del actor causante de la violación, es indiferente si aquel que actúa lo hace desde uno u otro poder estatal. Lo importante es que lo haga en calidad de agente estatal en ejercicio de sus funciones soberanas.
2) Sin perjuicio de ello, la Corte no explicita adecuadamente al aplicar las normas citadas, el propio artículo 2 que obliga precisamente a los estados a respetar sus propios órdenes constitucionales para llevar adelante una adecuación.
3) Sumado a esto, la competencia atribuida por la Corte ha extendido el derecho material aplicable. La Corte al ir dando forma al control de convencionalidad atribuye a un cúmulo de instrumentos denominados *soft law*, un efecto vinculante que los estados deben obligatoriamente observar al aplicar la Convención.
4) Por último, la Corte asume una preferencia del Derecho Internacional, entendiendo a éste dentro de los amplios parámetros que ella ha definido como derecho material, frente al derecho nacional. Una adecuada lectura del artículo 29 de la Convención[3] y el análisis de la jurisprudencia de la Corte debiera conducir a la conclusión que la Corte prefiere relevar el artículo 29 letra d), en desmedro del mismo artículo letra b), esto es preferir la supremacía de Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza frente a las normas estatales que reconocen derechos y libertades. La Corte no recorre todo el artículo 29 para obtener de cada uno de esos imperativos interpretativos —complementarios a las normas de interpretación de la Convención de Viena— la interpretación para el caso concreto. Más bien prefiere la letra d) para derivar la aplicación del control de convencional mediante lo que ha sido una sostenida creación del llamado *corpus iuris.*

14. Conclusiones

Así las cosas, y dado el debate doctrinario y la diferencia en la recepción que ha tenido el control de convencionalidad en las distintas judicaturas de los países latinoamericanos, precedentemente señalada, aparece como propicia una perspectiva que aborde el cumplimiento de las obligaciones del sistema Interamericano desde, por un lado, el cumplimiento de las normas internacionales y, por otro, desde el respeto a las normas constitucionales nacionales que rigen a cada Estado.

Un control que busque encontrar una zona donde tanto las obligaciones internacionales sean efectivamente cumplidas considerando y respetando los órdenes constitucionales, en el marco del contenido mínimo de los derechos y libertades y considerando las limitaciones, suspensiones y restricciones a esos derechos y libertades (que suelen ser coincidentes en los catálogos nacionales y en las convenciones) permitiría un desarrollo de la judicatura interamericana y un compromiso mayor de los estados frente a las sentencias dictadas en su contra. Este camino recorrió el Tribunal Europeo al desarrollar el denominado margen de apreciación nacional.

Más que un control de convencionalidad, donde el parámetro es el Derecho Internacional —huelga decir ni objetivo ni finalidad prevista o exigida por el Derecho Internacional— aparece como necesario o explorable hablar de un control de compatibilidad, precisa la doctora María Angélica Benavides C., que respete el espíritu y la letra de la propia convención, en sus artículo

3 Artículo 29 Convención Interamericana. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:
A) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
B) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
C) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
D) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

2 y 29, así como los órdenes constitucionales democráticos de los Estados que han permitido la creación y funcionamiento del sistema interamericano.

Un control de compatibilidad recogería vía interpretación los cambios en las sociedades nacionales que nutren evolutiva y dinámicamente el contenido de las convenciones internacionales, permitiendo al juez internacional, propender dentro de los márgenes jurídicos el desarrollo del Derecho Internacional de los DDHH, cuidando tanto la voluntad estatal creadora del sistema, como la debida independencia y labor protectora propia de su mandato convencional.

2

LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN UN ESTADO EN GUERRA. EL CIUDADANO CONTRA EL NARCOTERRORISTA

GOOD PUBLIC ADMINISTRATION IN A STATE AT WAR.
THE CITIZEN AGAINST NARCOTERRORIST

Eddy de la Guerra Zúñiga[1]

RESUMEN: Esta ponencia tiene por objeto analizar la administración pública ecuatoriana, en el marco de los estándares de la buena administración pública, mientras afronta una crisis por la declaratoria de conflicto interno armado contra grupos no estatales beligerantes.

El análisis parte de la forma como se ha venido aplicando el derecho a la buena administración pública reconocido como fundamental en el Código Orgánico Administrativo, la situación financiera del Estado y la responsabilidad de las personas de financiar los gastos derivados de la guerra contra el terror mediante el pago de tributos.

PALABRAS CLAVE: buena administración pública, ética, estado de excepción, narcoterrorismo, terror, finanzas públicas, tributos.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the Ecuadorian public administration, within the framework of the standards of good public administration, while facing a crisis due to the declaration of internal armed conflict against belligerent non-state groups.

The analysis is based on the way that the right to good public administration, that was recognized as fundamental in the Organic Administrative Code has been applied, the financial situation of the State and the responsibility of people to have to finance the expenses derived from the war against terror, through the payment of taxes.

KEY WORDS: good public administration, ethics, state of exception, narcoterrorism, terror, public finances, taxes.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 3. LA DECLARATORIA DE ESTADO DE EXCEPCIÓN EN ECUADOR Y EL CONFLICTO INTERNO ARMADO. 4. LA DIGNIDAD HUMANA EN EL ESTADO DE EXCEPCIÓN. 5. EL RÉGIMEN TRIBUTARIO ECUATORIANO COMO HERRAMIENTA PARA LUCHAR CONTRA EL NARCOTERRORISMO. 6. CONCLUSIÓN. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1 Licenciada en Ciencias Públicas y Sociales, Abogada y Doctora en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; Magíster en Derecho, con mención en Derecho Tributario, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito; Magister en Docencia Universitaria, Escuela Politécnica del Ejercito; Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Directora General Académica y coordinadora de las maestrías en Derecho Administrativo y Contratación Pública en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Introducción

Mediante los Decretos Ejecutivo No. 110 de 08 de enero de 2024[2] y No. 111 de 09 de enero de 2024[3] el Presidente de la República de Ecuador declaró estado de excepción en todo el territorio nacional por grave conmoción interna y por considerar que existe un conflicto interno armado que viene afectando al país los últimos años y que no había sido reconocido antes.

La declaratoria trajo consigo la disposición e intervención mediante movilización de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en todo el territorio nacional para garantizar la soberanía e integridad del territorio contra el crimen organizado internacional, organizaciones terroristas y los actores no estatales beligerantes[4].

Como elementos sustanciales de la referida declaratoria se identificó por nombre a las organizaciones delictivas a las que calificó de terroristas, y ordenó a las fuerzas armadas a ejecutar operaciones militares, bajo el derecho internacional humanitario respetando los derechos humanos, para neutralizar a los actores no estatales beligerantes identificados.

Esta ponencia, abordará los estándares, entendidos como los mínimos para alcanzar buena administración pública y que le son aplicables a un estado con grave conmoción interna y que ha declarado conflicto interno armado, así también pretende exponer la realidad en torno a la situación de los ciudadanos con derecho a la buena administración pública y la administración fiscal que ha demandado de ellos más contribuciones tributarias para financiar los gastos de este conflicto.

2. La buena Administración pública

Ya es generalmente conocido, que el derecho administrativo, necesita cambios, replanteamientos en sus principales paradigmas a partir del reconocimiento a la existencia de un derecho a la buena administración pública. Un derecho que en la Unión Europea es de naturaleza fundamental[5].

Por su parte Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública proclama que los ciudadanos son titulares del derecho fundamental a la buena administración pública, que consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana. En concreto, señala la carta en su número 25 y siguientes que el derecho fundamental a la buena administración pública se compone, entre otros, de los derechos a la motivación de las actuaciones administrativas, a la tutela administrativa efectiva, a una resolución administrativa amparada en el ordenamiento jurídico, equitativa y justa, de acuerdo con lo solicitado y dictada en los plazos y términos que el procedimiento señale que se podrán ejercer de acuerdo con lo previsto por la legislación de cada país señale y a ser oído siempre antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente[6].

Destaca en particular los derechos a servicios públicos y de interés general de calidad y a conocer y a opinar sobre el funcionamiento y la calidad de los servicios públicos y de responsabilidad administrativa[7].

Así también, en Ecuador país objeto de análisis, el Código Orgánico Administrativo en su artículo 31, declaró derecho fundamental, el configurado como *a la buena administración pública*, determinando que las personas son titulares de este derecho que se concreta en la aplicación

2 Ecuador, Daniel Noboa Azín, Presidente de la República, Decreto Ejecutivo No. 110. 08 de enero de 2024.

3 Ecuador, Daniel Noboa Azín, Presidente de la República, Decreto Ejecutivo No. 111. 09 de enero de 2024.

4 Artículo 3. Decreto Ejecutivo No. 111.

5 Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales, diciembre de 2000, artículo 4.

6 Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano, Capítulo tercero: el derecho fundamental a la buena administración pública y sus derechos derivados, números 25 y siguientes.

7 *Ibid*. números 33 y 34.

de la Constitución, los instrumentos internacionales y el referido código[8]. Si bien la definición es escueta y limitada, su reconocimiento abre la puerta a su desarrollo e implementación.

Para Jaime Rodriguez Arana «ahora, desde la centralidad del ciudadano y desde su participación activa en la conformación de los intereses generales, el derecho administrativo y sus principales categorías deben ser nuevamente formulados puesto que ahora la relevancia de los derechos fundamentales de la persona sugiere nuevas formas de comprender el sistema del derecho administrativo»[9].

Las instituciones públicas en la democracia no son de propiedad de sus dirigentes, son del pueblo que es el titular de la soberanía. El responsable tiene que saber, y practicar, que ha de rendir cuentas continuamente a la ciudadanía y que la búsqueda de la calidad en el servicio objetivo al interés general debe presidir toda su actuación[10].

Es decir que no puede existir buena administración pública sin democracia, transparencia, ética y calidad en el servicio público. Y que, de haber, la misma puede ser mermada ante la presencia de un acto que afecte alguno de estos principios.

La frecuencia con la que las nuevas Constituciones en los diferentes países del mundo incorporan como nuevo derecho fundamental el derecho a la buena administración pública se debe en palabras de Jaime Rodriguez Arana a una poderosa razón, «porque la razón de ser del Estado y de la Administración es la persona, la protección y promoción de la dignidad humana y de todos sus derechos fundamentales»[11].

Ahora bien, a diferencia de los países europeos cuyo modelo de Estado es social y de derecho, Ecuador cambió en el año 2008 el modelo citado por el de Estado constitucional de derechos y de justicia; poniendo «supuestamente» a la persona en una posición de centralidad, siendo los derechos, tanto concomitantes a la condición del ser y exigibles a razón de la titularidad de la vida, como límites al desbordamiento de los poderes públicos.

La Constitución ecuatoriana fue famosa por haber llevado al nivel máximo el reconocimiento de los derechos, ya que además de los de las personas, se los ha reconocido también a la naturaleza y al agua, famosas sentencias se han emitido para reconocer derechos incluso a los ríos[12] y a su caudal ecológico. Sin embargo, este reconocimiento no ha sido suficiente para alcanzar garantía plena para las personas y no ha sido la palanca de cambio que se esperaba para que el Estado en la figura de los poderes públicos, sean los verdaderos garantes de todos los derechos, sean estos fundamentales o no, y en concreto el de la buena administración pública.

De hecho, el estado ecuatoriano ha sido emplazado en innumerables ocasiones por ciudadanos que han sentido vulnerados sus derechos, y la respuesta ha sido decepcionante, durante años la principal justificación fue la crisis de las finanzas públicas, el elevado gasto público, el costo de la vida, la crisis económica global, un terremoto y una pandemia imprevisibles y hoy en

8 Ecuador, Asamblea Nacional, Código Orgánico Administrativo, Registro Oficial N.º 31. viernes 7 de julio de 2017. Artículo 31.

9 Jaime Rodriguez Arana, «La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa», *Revista Misión Jurídica*, Vol. 6 - Núm. 6 / Julio - diciembre de 2013 / p. 23.

10 *Ibid*.

11 Jaime Rodriguez Arana, «La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa», p. 25.

12 Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Sentencia 1185-20-JP/21. En el contexto de un proceso de acción de protección relacionada con la construcción de un proyecto de riego en el que supuestamente se afectó al caudal del río Aquepi ubicado en Santo Domingo de los Tsáchilas, la Corte Constitucional analiza los derechos de la naturaleza, la protección del caudal ecológico, la consulta ambiental y la tutela judicial efectiva. La Corte Constitucional, conforme lo dispuesto en el artículo 436 (6) de la Constitución, artículo 25 de la LOGJCC, resuelve: 1. Reconocer que el Río Aquepi es sujeto y titular de los derechos reconocidos a la naturaleza y tiene derecho a que se respete su estructura y funcionamiento al afectar su caudal. 2. Declarar que la Secretaría del Agua (hoy Ministerio de Ambiente, Agua y Transición Ecológica) vulneró los derechos del río Aquepi a la preservación de su caudal ecológico.

día, lo es la crisis y conmoción interna derivada de la guerra abiertamente declarada al narcotráfico y al terrorismo.

Esto hace pensar que, sin importar la causa subyacente, el Ecuador no entiende verdaderamente el derecho a la buena administración pública, los poderes públicos no logran ver a la persona y su dignidad como eje articulador del derecho administrativo y confunden este principio/derecho con otros principios como el de juridicidad, el debido procedimiento, o lo que resulta peor con eficiencia y simplicidad administrativa.

Para dar forma a mis argumentos, merece dedicar un poco de tiempo y espacio a identificar los estándares del derecho a la buena administración pública y con ello determinar los puntos flacos de la administración pública ecuatoriana. Para tal efecto, me remitiré a la doctrina de Jaime Rodriguez Arana, para quien los aspectos más destacados de la acción pública son: a) la centralidad del ser humano, b) la apertura a la realidad, c) la metodología del entendimiento, d) la participación cívica, e) la modernización permanente; y f) la vinculación ética o la sensibilidad social[13].

La centralidad del ser humano lo es en Ecuador por mandato constitucional, mas no se concreta plenamente en la administración pública, los procedimientos gubernamentales, las acciones diarias no se orientan propiamente a atender las necesidades de las personas, se orientan a hacer maromas para distribuir el recurso público, al no tener una política clara que oriente el gasto, que no se sitúa en el interés público, sino más bien en precautelar el interés de los funcionarios ante los procesos de control y sanciones administrativas que pudiese emitir la Contraloría General del Estado; mientras no haya glosa para los funcionarios públicos, no habrá importado la calidad del gasto, ni el interés público, ni la satisfacción de necesidades.

Esto ha sido evidenciado por la Corte Constitucional que ha emitido varias sentencias, que constituyen llamados de atención al Estado; para ejemplificar lo afirmado se han seleccionado dos sentencias una en el ámbito del derecho a la salud y otra en el ámbito del derecho a la educación.

Así, la Sentencia No. 16-16-JC/20, en el caso No. 16-16-JC, analiza la amenaza a la disponibilidad y accesibilidad en relación con el derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal crónica que requieren tratamiento de hemodiálisis. La sentencia examina la resolución de las medidas cautelares solicitadas por el Ministerio de Salud y concedida por la Unidad Judicial de Guayas en contra de prestadores privados del tratamiento de diálisis y establece parámetros constitucionales para la adopción de una política integral para garantizar el derecho a la salud de las y los pacientes con insuficiencia renal[14].

Por esta sentencia, se dispuso al Ministerio de Salud Pública que, con la finalidad de solventar la amenaza estructural que tiene lugar sobre el derecho a la salud de las personas con insuficiencia renal, reformule y fortalezca la política pública integral destinada a la prevención y atención de esta enfermedad conforme los parámetros que se desarrollan en esta sentencia. Así también se dispuso al Ministerio de Salud Pública que dentro del plazo de seis meses a partir de la aprobación de esta sentencia remita a la Corte un informe que contenga una propuesta de un proceso participativo de evaluación y reformulación de la política pública para la prevención y atención de personas con enfermedades renales; así como un informe sobre el cumplimiento del pago de las asignaciones presupuestarias correspondientes y un informe sobre la adopción de un procedimiento de coordinación efectivo con el Ministerio de Salud Pública para la realización de estos pagos, que contemple medidas para prevenir el incumplimiento o retardo[15].

Por otro lado, en la órbita del derecho a la educación, y siendo un caso reciente destaca la sentencia No. 1351-19-JP/22 en el caso No. 1351-19-JP en el que la Corte Constitucional revisó la sentencia de segunda instancia emitida por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dentro de la acción de protección presentada por la Defensoría del Pueblo y el señor Jhonny Henry Hernández León, padre y representante legal de una niña con discapacidad. La Corte Constitucional después del análisis de los derechos constitucionales a la educación, al interés superior

13 Jaime Rodriguez Arana, «La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa», p. 25.

14 Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional Sentencia No. 16-16-JC/20, en el caso No. 16-16-JC

15 *Ibid*. p.42

del niño, a la atención prioritaria, a la igualdad formal, material y no discriminación y, a la seguridad jurídica, resuelve aceptar parcialmente la acción de protección y procede a emitir jurisprudencia vinculante respecto a la obligación que tiene el Estado de promover un sistema de becas para los niños, niñas y adolescentes con discapacidades como una medida afirmativa para materializar el derecho a la educación[16].

Por esta sentencia como medidas de reparación integral se ordenó que dentro del plazo un año contado desde la notificación de la sentencia, la SENESCYT apruebe un nuevo programa de «Becas Nacionales para niños, niñas y adolescentes con discapacidades», el cual, incluirá un sistema de becas para los niveles educativos de educación básica, media y bachillerato en diferentes instituciones fiscales, fiscomisionales, municipales y privadas, en instituciones tanto ordinarias inclusivas como especializadas. También la Corte Constitucional llamó la atención tanto del IFTH —actual SENESCYT—, como del Ministerio de Educación, por no haber implementado un programa de becas impidiendo que la accionante pueda acceder a esta acción afirmativa conforme los mandatos constitucionales de los artículos 47.7 y 48.2 en materia de educación. Finalmente se exhorta al Presidente de la República para que a través de su facultad reglamentaria establecida en el artículo 147.13 de la Constitución, reforme en el plazo de seis meses el Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, a efectos de que se implemente un sistema de becas o de ayudas económicas dirigido exclusivamente a los niños, niñas y adolescentes con discapacidades en todas las instituciones de educación ordinaria inclusiva y especializadas en todos los niveles de la educación general básica y bachiller a nivel nacional en instituciones fiscales, fiscomisionales, municipales, particulares y religiosas, en las que se deberá instrumentalizar la acción afirmativa de becas[17].

Ahora bien, si volvemos a las premisas básicas de la buena administración pública, aquella, más en tiempos de crisis, ha de estar comprometida radicalmente con la mejora de las condiciones de vida de las personas, ha de estar orientada a facilitar la libertad solidaria de los ciudadanos. Para ello es menester que su trabajo se centre sobre los problemas reales de la gente y procure buscar las soluciones escuchando a los sectores implicados[18].

Resulta ser que el Ecuador ha sobrevivido a varias crisis dentro de las que destacan un gran terremoto en el año 2016 con epicentro en Pedernales, una de las poblaciones más vulnerables de la costa ecuatoriana, una pandemia de alcance global por la Covid-19 decantada en 2020 que afectó con mayor fuerza en las zonas de la costa ecuatoriana previamente afectadas por el terremoto. Así las cosas, actualmente afronta una nueva y grave conmoción interna por una guerra declarada por el Estado contra grupos no estatales beligerantes.

De acuerdo con Miguel Ángel Gavilanez, mientras la emergencia se define como una situación de peligro que requiere una acción inmediata, un riesgo es entendido como la proximidad de un daño y por defecto existe la opción de mitigarlo. En el Estado ecuatoriano, la gestión del riesgo —como parte del régimen del buen vivir—, pretende la protección de las «personas, las colectividades y la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico mediante la prevención [...], la mitigación de desastres, la recuperación y mejoramiento de las condiciones sociales, económicas y ambientales, con el objetivo de minimizar la condición de vulnerabilidad»[19]. Sin embargo, más allá de las concepciones de «emergencia» que se haya tenido en el país, las acciones positivas de pocos han quedado reducidas a intentos, y las acciones negativas, entendidas como actos de corrupción han estado mayormente presentes; de tal forma, que las condiciones sociales y el nivel de vida no han evidenciado mejora sustancial; así las cosas, las brechas sociales siguen siendo amplias.

---

16 Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Sentencia No. 1351-19-JP/22 en el caso No. 1351-19-JP

17 *Ibid*. p. 55.

18 Jaime Rodriguez Arana, «La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa», p. 25

19 Miguel Ángel Gavilanez, «Administración pública en el Ecuador, su paradigma en situaciones de emergencia y riesgo», *Revista de la Facultad de Derecho de México* Tomo LXXIII, Número 285, enero-abril 2023 DOI:http://10.22201/fder.24488933e.2023.285.85403 p. 212

Ahora bien, en las dos primeras crisis se repitió el mismo patrón de comportamiento público, las condiciones de vida no mejoraron, de hecho empeoraron, el incremento en los tributos dirigidos a la clase media no se distribuyeron en los fines sociales en los que se había motivado su creación, los sectores afectados fueron algunos escuchados mediante mesas de diálogo, mas no atendidos, aumentó el desempleo, los servicios públicos disminuyeron en cantidad y calidad y los ciudadanos han tenido que apañar sus problemas con un mínimo acompañamiento del Estado, mientras que las contrataciones públicas realizadas a pretexto de la emergencia, han sido foco de atención por la corrupción y la desviación de recursos públicos.

Por lo tanto, la gran pregunta es, si esta nueva crisis repetirá el patrón o constituye un nuevo punto de partida, en el que, la lucha común contra el terror una al Estado y a los ciudadanos y se coadyuve de manera sistemática a proteger el interés común, que por esta crisis se debe enfocar en brindar seguridad al ciudadano sin que decaigan los servicios públicos y se mejore progresivamente su calidad.

Para tal efecto, se precisa cambiar la dinámica de las finanzas públicas, mejorar el sistema de asignaciones presupuestarias, no solo en función del gasto policial y militar, sino en una mejora integral del sistema.

3. La declaratoria de estado de excepción en Ecuador y el conflicto interno armado

Los Decretos Ejecutivo No. 110 de 08 de enero de 2024 y No. 111 de 09 de enero de 2024 por los que se declaró estado de excepción y se reconoció la existencia de un conflicto armado interno con veintidós grupos armados no estatales beligerantes, cambia el rumbo del Estado. Se trata de una medida adoptada por un joven y nuevo presidente, uno que ganó de manera sorpresiva, contra todo pronóstico las elecciones anticipadas llevadas a cabo en Ecuador a finales del año 2023 ante la declaratoria de muerte cruzada[20] que el expresidente Guillermo Lasso disolvió a la Asamblea Nacional y por efecto constitucional terminando su propio mandato antes de terminar su periodo.

Era claro que, si el nuevo mandatario aspira a una reelección, tiene dos claros mandatos populares, garantizar seguridad al pueblo ecuatoriano y solventar la crisis de las finanzas públicas, dos tareas arduas y complejas para las que cuenta con muy poco tiempo.

Ahora bien, tal como Jaime Rodriguez Arana afirma, en democracia, las instituciones políticas no son de propiedad de políticos o altos funcionarios, sino que son del dominio popular, son de los ciudadanos, de las personas de carne y hueso que día a día, con su esfuerzo por encarnar los valores cívicos y las cualidades democráticas, dan buena cuenta del temple democrático en la cotidianeidad. Por ello, si las instituciones públicas son de la soberanía popular, de dónde proceden todos los poderes del Estado, es claro que han de estar ordenadas al servicio general, y objetivo, de las necesidades colectivas[21].

En esa línea, la declaratoria de estado de excepción que, si bien sorprendió tanto a las personas como a los grupos delictivos que fueron interpelados a través de los decretos mencionados, se evidenció que, con la emisión de estos, no habría marcha atrás, y que se había iniciado abiertamente un enfrentamiento entre el Estado ecuatoriano junto con sus ciudadanos, en contra el narcoterrorismo. Para ello, se habrían de implementar un conjunto de medidas tanto de naturaleza administrativa, como de naturaleza fiscal, las guerras no son baratas y los recursos siempre son escasos. Es ahora evidente que esta declaratoria, tiene aceptación popular, y que soberanamente el pueblo ecuatoriano ha respaldado la medida, ello se evidencia por el alto nivel de popularidad presidencial alcanzado con posterioridad a la emisión de los decretos, y es que sentirse más seguro, era una necesidad colectiva que se venía reclamando sin ser antes escuchada.

---

20 Ecuador, Guillermo Lasso, Presidente de la República, Decreto Ejecutivo 741.

21 Jaime Rodriguez Arana, «El derecho fundamental a la buena administración y centralidad del ciudadano en el derecho administrativo», p. 14. http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vmda/ponencias/JaimeRodriguezArana.pdf

Ante este panorama, se debe analizar la siguiente pregunta, ¿es posible garantizar el derecho a la buena administración pública y la dignidad de las personas en un Estado que afronta grave conmoción social y lucha contra fuerzas imparables cuyas tácticas son generar terror en las personas? En otras palabras, ¿es posible garantizar el bienestar general e integral de las personas en estas circunstancias?

Esta pregunta no es de fácil respuesta, ya que, si bien la respuesta obvia es, debería; en realidad para garantizar un buen gobierno se necesitan recursos, buen criterio, estándares de buena administración, procedimientos de control preventivo, y accionares éticos de la función pública.

Por tanto, para contestar la interrogante planteada se requiere más que teoría, se requiere pues de una investigación sostenida en el tiempo, que permita analizar tantos indicadores económicos, como indicadores delictivos, y que permita cotejar las asignaciones presupuestarias con el nivel satisfacción de las necesidades públicas y la atención del interés común. Aun si no es posible hoy por hoy contestar la pregunta, si es posible realizar algunos pronósticos en función de la información disponible. A ello se procederá en los siguientes acápites.

4. La dignidad humana en el estado de excepción

El Decreto ejecutivo 111 del presidente Daniel Noboa Azín, reconoció en su artículo 1 la existencia de un conflicto armado interno y dispuso en el artículo 4 a las Fuerzas Armadas ejecutar operaciones armadas para neutralizar a los grupos no estatales beligerantes identificados, las acciones deberán ejecutarse bajo el derecho internacional humanitario y respetando los derechos humanos.

Ante esta declaratoria los defensores de derechos humanos y expertos en derecho constitucional cuestionaron fuertemente los decretos, bajo una serie de argumentos Ramiro Avila exjuez constitucional y otros señalaron a la Corte Constitucional que la situación actual del Ecuador no cumple con el umbral para ser catalogado como un conflicto armado no internacional CANI de acuerdo con Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional, por lo que la Corte Constitucional debería declarar la inconstitucional la declaratoria, en su criterio la declaración de un CANI no solo es innecesaria sino contraproducente para los fines que persigue el Estado y la sociedad ecuatoriana en esta crisis[22].

Sin embargo, conforme el Dictamen 1-24-EE/24 en el caso 1-24 la Corte Constitucional dictaminó la constitucionalidad del estado de excepción decretado en todo el territorio nacional y en los centros de privación de libertad del Sistema Nacional de Rehabilitación Social, declarado mediante Decretos Ejecutivos 110 de 8 de enero de 2024, 111 de 9 de enero de 2024 y 135 de 23 de enero de 2024. La Corte también declaró constitucionales las medidas adoptadas en el estado de excepción y reconoció que la existencia de un conflicto armado interno es una cuestión de hecho, que no depende de la declaratoria de una autoridad pública, como la emisión de un estado de excepción o su control por parte de la Corte por lo que enfatizó que el objetivo final del estado de excepción debe ser garantizar el orden público, la paz social y la convivencia pacífica de los ciudadanos. Por lo que, la actividad de la fuerza pública (Policía Nacional y Fuerzas Armadas) se debe enmarcar en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y en el respeto a los derechos humanos de toda la población[23].

Siendo el estado de excepción vigente por tan solo sesenta días, el mismo concluyó oficialmente el 8 de marzo de 2024; el resultado de las medidas es de suyo favorable; las preocupaciones de los defensores de derechos humanos, en torno a posibles desbordamientos de las fuerzas armadas, abuso de poder, violencia y vulneración de derechos de los posibles detenidos se fueron disipando con el paso de los días. Las acciones militares y policiales fueron limpias, se recuperaron rehenes en situaciones de riesgo, se desactivaron motines carcelarios y se recuperó el control

22 Ramiro Ávila Santamaría, David Cordero Heredia, María del Mar Gallegos Ortiz, Felipe Castro León, con cédula de ciudanía 1804264461, Maria Dolores Mino, Efrén Guerrero Salgado, Amicus Curiae: Causa 1-24-EE.

23 Ecuador, Corte Constitucional, Dictamen 1-24-EE/24 en el caso 1-24.

de ciudades con alto nivel de peligrosidad; todo ello sin ejecuciones, sin violencia, sin muertos ni desaparecidos forzados.

La declaratoria de estado de excepción y la declaratoria de guerra al narcoterrorismo, trajo de suyo algunas bondades, investigaciones impulsadas por la Fiscalía General del Estado cobraron fuerza y durante los últimos meses permitieron desarmar entramados de corrupción en el sector público, famosos casos como Metástasis[24] y Purga[25] han dado a conocer como grupos narcotraficantes y sus grandes líderes evadían la justicia de la mano de funcionarios públicos y judiciales.

Sin justicia, sin equidad, con crimen, pero sin castigo, con coimas, con desviación de recursos, ¿puede haber una buena administración pública?; la respuesta de cajón es no, no es posible, el predominio de intereses de organizaciones criminales, respecto del interés común, no permite ni de lejos avizorar ni el principio, ni el derecho. Por lo tanto, la lucha contra la corrupción y el crimen organizado es un paso necesario para para recuperar la confianza en la administración pública, en el sistema judicial y en general en los poderes públicos.

Precisa entonces, establecer mecanismos para garantizar la dignidad de la persona en esta nueva situación de crisis, anteponiendo la seguridad interna, cabe entonces establecer una estrategia para prestar servicios de manera estable y con calidad. Liberar a la administración pública de la corrupción con una política de cero tolerancias ante actuaciones antiéticas constituye un factor clave, así como lo es, dotar de suficiente recurso público para prestar ininterrumpidamente los servicios en un ambiente donde el ciudadano se sienta seguro, en el que no tenga miedo ni de asistir presencialmente a las dependencias públicas, por miedo de ser víctima de un atentado a, ni de ser sobornado para recibir atención.

El tema de las finanzas públicas es central para garantizar la dignidad de las personas en situaciones de crisis como las descritas, y a ello me dedicaré en el acápite siguiente, que, siendo el final, pretenderá concluir mis argumentaciones y esbozar un intento de primera respuesta a las interrogantes planteadas.

5. El régimen tributario ecuatoriano como herramienta para luchar contra el narcoterrorismo

Además de un conjunto de reformas tributarias orientas a obtener más ingresos tributarios, la declaratoria de estado de excepción puso en evidencia la necesidad de contar con ingresos adicionales para asumir los costos de la lucha contra el narcoterrorismo, de tal forma que el presidente Daniel Noboa Azín presentó, siguiendo la misma metodología de la antigua política, un proyecto de ley con carácter de económico urgente. Se trata de la Ley Orgánica para enfrentar el Conflicto Armado Interno, la Crisis Social y Económica, este proyecto fue presentado mediante Oficio Nro. T.116-SGJ-24-0043, de fecha 11 de enero de 2024 y el mismo fue calificado mediante RESOLUCIÓN CAL-HKK-2023-2025-0057, del 14 de enero de 2024, el Consejo de Administración Legislativa y remitido a la Comisión Especializada Permanente del Desarrollo Económico, Productivo y la Microempresa, para continuar con el trámite legislativo.

Este proyecto resultó conflictivo, aunque tuvo informe favorable para el primer debate, los legisladores opositores afirmaban que no apoyarían el proyecto ya que el mismo contenía una reforma polémica, que implicaba elevar el impuesto al valor agregado IVA del 12 % al 15 %.

---

24 Ecuador, Fiscalía General del Estado, Caso Metástasis: investigación por delito de delincuencia organizada, que vincula a funcionarios públicos en una estrategia delictual para evadir a la justicia, con el apoyo de un grupo estructurado para estos fines, entre los que se cuentan jueces, fiscales, funcionarios del Consejo de la Judicatura y del SNAI, abogados en libre ejercicio y otros. Información disponible en: https://www.fiscalia.gob.ec/caso-metastasis/

25 Ecuador, Fiscalía General del Estado, Caso Purga: investigación por delito de delincuencia organizada A raíz del caso Metástasis, la Fiscalía General del Estado encontró elementos suficientes para investigar a un ex Asambleísta, la ex Presidenta de la Corte de Justicia de Guayas, varios jueces de la misma Corte y personal administrativo de la Dirección del Consejo de la Judicatura de esa jurisdicción, que estarían involucrados en el presunto cometimiento del delito de delincuencia organizada para favorecer intereses individuales e incluso del narcotráfico, todo en detrimento de los intereses del Estados. Información disponible en: https://www.fiscalia.gob.ec/caso-purga/

Como parte del análisis la Asamblea Nacional afirmó que «se requiere financiamiento para poder atacar la guerra y sus causas. Las guerras son por lo general muy costosas [...] por lo tanto, se deben aplicar medidas de política fiscal eficientes que permitan obtener recursos de manera inmediata. Se debe considerar que para manejar la situación crítica que tiene el país, se deben hacer inversiones y gastos en necesidades relacionadas con temas estratégicos como seguridad, pero también inclusión social, educación, salud, entre otras, que demandarán fuentes de recursos permanentes y no permanentes. La presente propuesta pretende incrementar las fuentes de ingresos en un total de USD 1.770 millones anuales[26].

En el marco del procedimiento legislativo, sin la iniciativa del ejecutivo, la Asamblea General sin tener iniciativa legislativa en materia tributaria (algo que puede ser objeto de otro análisis) agregó un tributo a los bancos nacionales, el proyecto tuvo dos debates, el primero tuvo lugar el 27 de enero y el segundo el 6 de febrero, habiendo sido aprobado en esa fecha, proyecto que recibió una objeción parcial por la que el presidente Daniel Noboa Azín insistía en la necesidad de establecer la regulación puntual del IVA y una modificación al impuesto a la salida de divisas ISD; esta objeción fue conocida por la Asamblea y debatida el 9 de febrero de 2024, sin que exista pronunciamiento expreso al respecto.

De esta forma se aprobó la ley que tiene por objeto enfrentar el conflicto armado interno, la crisis social y económica por la cual atraviesa el Ecuador y que ha agravado la difícil situación fiscal del país.

Por esta ley, se establece una contribución temporal por los ejercicios fiscales 2024 y 2025 con el objeto de proveer de recursos al Estado para enfrentar el conflicto interno armado, los fondos recaudado deben destinarse al Fortalecimiento de las Fuerzas Armadas; son sujetos pasivos las sociedades residentes fiscales en Ecuador, que obtuvieron ingresos gravados durante el ejercicio fiscal 2022, así como los establecimientos permanentes que cumplan el mismo requisito, se excluyen a micro, pequeñas empresas, bancos y cooperativas de ahorro y crédito[27]. La tarifa es del 3.25 % y se calcual sobre la base imponible del impuesto a la renta.

La gran innovacion de la asamblea nacional, contra toda las bases teóricas y preceptos normativas sobre iniciativa legislativa en materia tributaira omitiendo de manera grave la exclusividad de la iniciativa que tiene el Presidente de la República para presentar reformas tributarias, quien a su vez para garantizar la aprobación del proyecto, no mostró resistencia, ni vetó la inserción del legisativo, se trata de la contribución temporal sobre utilidades de los bancos y cooperativas de ahorro y crédito, que se estableció tanto para residentes en Ecuador como extranjeros domiciliados en el país que hubieran tenido utilidad gravada duante el ejercicio fiscal 2023[28]. Las tarifas progresivas van del 5 % al 25 % y la base imponible es la utilidad gravada con el impuesto a la renta y esta reforma ya cuenta con una demanda de inconstitucionalidad por la forma, presentada por la Cámara de Comercio de Guayaquil.

Finalmente, esta nueva ley trae consigo reformas a tributos vigentes, la primera implica una reforma al artículo 55 de la Ley de régimen tributario interno, por la que la tarifa del IVA será del 5 % en las transferencias locales de materiales de contrucción; así también, en la tarifa general del IVA la que sube de manera definitiva del 12 % al 13 %; y de acuerdo con las condiciones de las finanzas públicas y de la balaza de pago, el Presidente de la República podrá modificar la tarifa general del IVA hasta el máximo del 15 % previo dictamen favorable del ente rector de las finanzas públicas[29].

Finalmente, en cuanto al ISD con la disposición transitoria tercera se modificó la tarifa al 5 %, incumpliendo una vieja promesa de campaña y de varios expresidentes de eliminar degresivamente el ISD por considerar su naturaleza antitécnica y por reconocer que su finalidad heterodoxa

26 Ecuador, Asamblea Nacional, Comisión Especializada Permanente del Desarrollo Económico, Productivo y la Microempresa; asambleísta Valentina Centeno Arteaga. Memorando Nro. AN-CDEP-2024-0044-M. p. 30.

27 Ecuador, Asamblea Nacional, Ley Orgánica para enfrentar el conflicto armado interno, la crisis social y económica. Suplemento N.º 516 - Registro Oficial. Martes 12 de marzo de 2024, art. 2 y 3.

28 *Ibid*., art. 10-12

29 *Ibid*., disposición reformatoria primera.

ha sido superada para cumplir un rol ortodoxo recaudatorio. Esto evidencia que cuando se trata de obtener recursos fiscales, tributos que deberían desaparecer de la esfera normativa tributaria, los mismos pueden ser resucitados y mantenidos.

Así las cosas, la persona, que es quien ha venido siendo afectada por el narcoterrorismo, la que ha sido víctima de la delicuencia tanto común como la organizada, la que tiene miedo de salir a las calles, la que tiene el derecho a la buena aministración pública, quien debería poder demandar del Estado servicios públicos de calidad, es quien tiene que financiar la guerra contra el terror. Entonces precisa preguntarse, ¿cabe en un estado severamente afectado por la crisis interna mantener prácticas tributarias de la vieja política? La respuesta es no, y ello merece una análisis final.

Si bien el gobierno nacional, replicó el modelo de los últimos tres gobiernos pasados en cuanto a la presentación de una ley tributaria con carácter económico urgente, la dinámica legislativa fue algo diferente. En primer lugar, por cuanto una Asamblea mayoritariamente opositora, aceptó la existencia de un conflicto armado interno y aceptó si mayor duda la necesidad de finaciar gastos de guerra con recursos tributarios. Por otro lado, algo que si se repite y es negativo es la activación de la iniciativa legislativa no constitucional de la Asamblea Nacional para crear tributos, esta vez con el beneplacito del propio presidente, movida evidentemente política para garantizar la aprobación de la ley.

Además, es evidente que el incremento del 12 % al 15 % fue el objeto de mayor debate y el más cuestionado por la Asamblea, si bien se afirmó que el IVA es un impuesto regresivo y afectará a los más vulnerables, algo que como afirmación no es del todo cierto y que amerita una investigación aparte, finalmente al recibir el veto presidencial por el que se insistió en una modificación, que implica un incremento definitivo al 13 % y la cesión de la potestad legal al presidente para incrementar la tarifa hasta el máximo del 15 %, la Asamblea no se pronunció expresamente sobre el veto y el proyecto se aprobó conforme fue el plan presidencial; esta últma reforma pone en entredicho el pricipio de legalidad y la reserva de la ley por la que los elementos escenciales del tributo deben constar en la ley y no pueden ser modificados por decreto. Sin embargo, para el beneplacito del presidente y en detrimento del debido procedimiento legislativo y los principios tributarios de justicia impositiva, el gobierno tiene ahora forma de financiar el gasto público de guerra.

Por otro lado, el presidente Daniel Novoa envío a la Asamblea Nacional el 8 de noviembre de 2024 el proyecto de Ley Orgánica para la Mejora Recaudatoria a través del Combate al Lavado de Activos, conocida como la «Ley Antipillos»; sin embargo, este proyecto que había sido calificado como económico urgente, en la Sesión No. 985 del 27 de noviembre de 2024, fue negado y archivado con 84 votos el Pleno de la Asamblea Nacional.

Por su parte el ejecutivo, rechazo el archivo y argumentando vulneración al proceso legislativo aplicable a los proyectos económicos urgentes, mediante Decreto Ejecutivo No. 477[30], publicó la «Ley antiíllos» como Decreto-Ley el 9 de diciembre de 2024.

El objeto de la ley es la prevención, localización y eliminación del delito de lavado de activos y la introducción de capital ilícito en la economía del mercado local y nacional del Ecuador, con el fin de debilitar la economía críminal y mejorar la recaudación tributaria del Estado[31]. El 18 de diciembre del mismo año, la Asamblea Nacional demando la incosntitucionalidad del derecreto ley publicado, el caso fue admitido a trámite con el número de caso 94-24-IN y sus efectos queron suspendidos. Finalmente la Corte Constitucional La Corte Constitucional realizó un control abstracto de constitucionalidad —por razones de forma— de la «Ley Orgánica para la Mejora Recaudatoria a través del Combate al Lavado de Activos» promulgada como Decreto-ley 477 por parte de la Presidencia de la República. Luego del análisis correspondiente, se verifica una contravención insubsanable al procedimiento legislativo previsto en el artículo 140 de la Constitución, por lo que, sin pronunciarse sobre el fondo, declaró su inconstitucionalidad[32].

30 Ecuador, Daniel Noboa Azín Presidente de la República, Decreto ley de la ley orgánica para la mejora recaudatoria a través del combate al lavado de activos. Quinto Suplemento N.° 700 - Registro Oficial, martes 10 de diciembre de 2024.

31 *Ibid*. Artículo 1.

32 Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, SENTENCIA 94-24-IN/25, en el caso 94-24-IN.

Este proyecto de ley publicado como decreto ley y declarado inconstitucional se constituía como una herramienta más para luchar contra el lavado de activos derivado del la actividad de narcotráfico, contenía reformas importantes que fueron pese a ser calificadas como urgentes, archivadas por la Asamblea Nacional, estableciendo así un un precedente sobre las limitaciones del legislativo frente a las propuestas del legislativo, precende por supuesto negativo y sujeto a interpretación.

Dado que la mejora en la recaudación por la vía de la propuesta del ejecutivo no llegó a materializarse, el Presidente de la República mediante Decreto Ejecutivo No. 470[33], ratifico la tarifa del 15 % en el Impuesto al Valor Agregado (IVA) para el año 2025, esto en función de una recomendación de favorabilidad por parte del Ministerio de Economía y Finanzas; el referido informe da cuenta de la situacion de las finanzas públicas ecuatorianas y la necesidad de mantener la tarifa al máximo posible.

Así también desde el primero de enero de 2025 hay un nuevo monto de exoneración del Impuesto a la Salida de Divisas (ISD); que tiene actualmente una tarifa del 5 %, esto desde abril de 2024, anteriormente era del 3.5 %, a partir de este año los consumos y retiros realizados desde el exterior hasta un monto anual de $5.188,26 estarán exentos del Impuesto a la Salida de Divisas (ISD)[34]; beneficio válido hasta el 31 de diciembre de 2027 aplicable a los pagos efectuados con tarjetas de crédito o débito.

Por otro lado el Servicio de Rentas Internas actualizó los rangos de las tablas para la declaración y pago del Impuesto a la Renta[35] correspondiente al período fiscal 2025 de acuerdo con el artículo 36 de la Ley de Régimen Tributario Interno. A partir de este año, hay un incremento, los contribuyentes cuya base imponible no supere los USD 12.081 no pagarán impuesto a la renta, a partir de la base exenta las tarifas varían desde un 5 % hasta un 37 %, mientras que en el año 2024 la base exenta era de e USD 11.902.

Estas entre otras reformas tributarias dan cuenta de un Estado orientado a recaudar más tributos para financiar tanto el gasto ordinario como el extraordinario en el que pesa fuertemente el de la lucha contra el narcoterrorismo, ya sea con la estrategia positiva de establecer estímulos para recaudar más por volumen de operaicones, o ya sea con la negativa de incrementar tarífas y bases gravadas en los impuestos mas imporantes como IVA e impuesto a la renta.

Queda entonces claro, que el juego político está por encima el derecho del contribuyente a aprobar con la debida representación en un procedimiento legislativo debido, amplio y profundo los tributos, así como también el derecho al respeto a la iniciativa del ejecutivo para presentar reformas tributarias, y otros como a contribuir en la medida de la capacidad contributiva, a la legaliad y la reserva de ley, todo lo cual decanta además en vulneración de la seguridad jurídica en materia tributaria. Ahora bien ¿vale la pena? Esta estrategia política, ¿va a coadyuvar a solucionar los problemas del país? La repuesta en cambio de la preguna anterior, depende.

Depende de el uso que se de al recurso recaudado, la vieja política diseñaba reformas tributarias y con la mayoría legislativa e incluso sin el debido debate en algunos casos, creó sin mayor esfuerzo, muchos tributos injustos, y no demostró nunca haberlos empleados en los fines declarados. Ello es claro y evidente de las crisis previametne descritas por el terremoto en Pedernales y la pandemia por la Covid-19. Se incrementaron los recursos, pero los servicios públicos no mejoraron y el déficit fiscal creció de manera incontrolable, al igual que el endeudamiento tanto interno como externo; poniendo en riesgo servicios y funciones esenciales como la de la seguridad social que está en peligro de desaparecer.

---

33 Ecuador, Daniel Noboa Azín Presidente de la República, Decreto Ejecutivo No. 470 del 04 de diciembre de 2024.

34 Ecuador Servicio de Rentas Internas, Resolución NAC-DGERCGC24-00000045, emitida el 20 de diciembre de 2024, comenzará a regir el 1 de enero de 2025. La exoneración responde al artículo 159 de la Ley de Reformatoria para la Equidad Tributaria y toma en cuenta el índice de inflación a noviembre de 2024, que fue del 1,51 %, según el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC). Este nuevo límite representa un aumento de $78,47 respecto al valor vigente entre 2022 y 2024, que era de $5.109,79.

35 Ecuador Servicio de Rentas Internas, Resolución NAC-DGERCGC24-00000041emitida el 18 de diciembre de 2024.

Entonces, la única forma de generar un cambio, es cumplir con los fines previstos para los nuevos tributos, atender la crisis de seguridad, social y económica del estado de manera justa, haciendo eco del principio del principio de equidad, sacandolo de lo recóndito de la doctrina y empleandolo en la práctica.

En el momento en que, dicho recurso se emple en los fines previstos, las personas que financian el régimen fiscal con sus tributos y con el pago de los precios públicos, podrán tener en primer lugar, seguridad para tener una vida digna en comunidad; tendrán en segundo lugar, mejores servicios, sin que se pueda afirmar que los mismos puedan alcanzar altos estandares de calidad desde el primer día de entrada en vigencia de la reforma, pero si apuntalándola día con día; tendrán en tercer lugar, ética y transparencia en cada una de las administraciones públicas, mientras más controles, mientras más medidas preventivas, más dificil se le haga a la corrupción tomarse las funciones y servicios públicos, mientras menos dinero sucio contamite la contratación pública, más sencillo será cumplir con los principios de calidad, valor agregado nacional, eficiencia, igualdad, proporcionalidad, entre otros.

Es decir, que mientras mejor se invierta el recurso público en luchar contra la corrupción y la delincuencia organizada, mientras el gasto público se controle y se oriente a mejorar los servicios públicos, será posible garantizar buena administación pública, ética y transparente; una administración conciente del rol de la persona y la centralidad de sus derechos, una que se oriente al interes común y no al interes político.

6. Conclusión

Si bien la declaratoria de estado de excepción y el reconocimiento de conflicto interno armado con grupos no estatales beligerantes, causó conmoción y miedo; el hecho cierto es que a pesar de que tuvo como consecuencia un agravamiento de las finanzas públicas, este paso constituye una oportunidad valiosa para generar grandes cambios políticos y sociales.

Luchar contra la delincuencia organizada y la corrupción es esencial para apuntalar las bases de la buena administración pública, permite denunciar actos contrarios a la ética y la norma, permite fortalecer los procedimientos de control y llevar a la justicia penal a quienes afectan gravemente la gestión pública y comprometen negativamente la función pública.

Por otro lado, poner en manos de las personas, la responsabilidad de financiar el gasto para luchar la guerra contra el terror tiene dos posibles efectos; uno puede ser positivo, y es que la comunidad que paga tributos y no planea evadirlos, tendrá un rol preponderante en la lucha y de ver resultados positivos, sentirá qua ha aportado a mejorar la seguridad de su país. Esto en materia fiscal, se conoce como efecto psicológico de los tributos.

De otro lado, podría generar en aquellos contribuyentes que han estado siendo estresados con constantes reformas y con continuas contribuciones especiales, temporales, cívicas, etc., podrían manifestar una conducta negativa orientada a disminuir la base imponible al máximo, incluso con técnicas contrarias a la norma, pudiendo incurrir en defraudación tributaria, esto puede pasar a gran escala en una empresa, o a pequeña escala, con un contribuyente que realizará una transacción y pedirá que sea sin factura, evadiendo así el tributo de mejor recaudación para el país como lo es el IVA.

En cualquier caso, la reforma tributaria, no deja de ser controvertida, no faltarán nuevas demandas de inconstitucionalidad y los movimientos objetores de conciencia fiscal, que se hagan eco de la tendencia internacional que cuestiona firmemente el financiamiento de gastos de guerra. Y de no ser objetores, simplemente las personas agotadas con reformas tributarias injustas están a las puertas de cerrar negocios y migrar.

Todos estos hechos deben ser analizados profundamente por el gobierno, especialmente si el presidente en turno busca una reelección, necesita presentar resultados positivos, necesita mejorar la situación fiscal, precisa brindar más seguridad, amerita mejorar los estándares de calidad de los servicios públicos y garantizar una administración pública ética que garantice dignidad a las personas.

Lo bueno y lo malo de esta situación está en una balanza, los pesos y contrapesos pueden cambiar súbitamente por una acción política o financiera; por lo tanto, se necesita cuidar los pasos dados y no perder el balance positivo que estas medidas pueden decantar.

7. Bibliografía

Ávila Santamaría, Ramiro, **Cordero Heredia**, **David**, **Gallegos Ortiz**, **María del Mar**, **Castro León**, **Felipe**, con cédula de ciudanía 1804264461, **Dolores Mino**, **María**, **Guerrero Salgado**, **Efrén,** *Amicus Curiae*: Causa 1-24-EE.

Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano, Capítulo tercero: el derecho fundamental a la buena administración pública y sus derechos derivados, números 25 y siguientes.

Ecuador, Asamblea Nacional, Código Orgánico Administrativo, Registro Oficial N.º 31. viernes 7 de julio de 2017.

Ecuador, Asamblea Nacional, Comisión Especializada Permanente del Desarrollo Económico, Productivo y la Microempresa; asambleísta Valentina Centeno Arteaga. Memorando Nro. AN-CDEP-2024-0044-M.

Asamblea Nacional, Ley Orgánica para enfrentar el conflicto armado interno, la crisis social y económica. Suplemento N.º 516 - Registro Oficial. Martes 12 de marzo de 2024, art. 2 y 3.

Ecuador, Pleno de la Corte Constitucional, Dictamen 1-24-EE/24 en el caso 1-24.

Pleno de la Corte Constitucional, Sentencia 1185-20-JP/21.

Pleno de la Corte Constitucional Sentencia No. 16-16-JC/20, en el caso No. 16-16-JC.

Pleno de la Corte Constitucional, Sentencia No. 1351-19-JP/22 en el caso No. 1351-19-JP.

Pleno de la Corte Constitucional, Sentencia No. 94-24-IN/25 en el caso 94-24-IN.

Ecuador, Servicio de Rentas Internas, Resolución NAC-DGERCGC24-00000045, emitida el 20 de diciembre de 2024, comenzará a regir el 1 de enero de 2025.

Resolución NAC-DGERCGC24-00000041emitida el 18 de diciembre de 2024.

Ecuador, Fiscalía General del Estado, Caso Metástasis: Información disponible en: https://www.fiscalia.gob.ec/caso-metastasis/

Ecuador, Fiscalía General del Estado, Caso Purga: disponible en: https://www.fiscalia.gob.ec/caso-purga/

Ecuador, Daniel Noboa Azín, Presidente de la República, Decreto Ejecutivo No. 110. 08 de enero de 2024

Daniel Noboa Azín Presidente de la República, Decreto Ejecutivo No. 111. 09 de enero de 2024.

Guillermo Lasso, Presidente de la República, Decreto Ejecutivo 741.

Daniel Noboa Azín Presidencia de la República, Decreto ley de la ley orgánica para la mejora recaudatoria a través del combate al lavado de activos. Quinto Suplemento N.º 700 - Registro Oficial, martes 10 de diciembre de 2024.

Gavilanez, **Miguel Ángel**, «Administración pública en el Ecuador, su paradigma en situaciones de emergencia y riesgo», *Revista de la Facultad de Derecho de México* Tomo LXXIII, Número 285, enero-abril 2023 DOI:http://10.22201/fder.24488933e.2023.285.85403

Rodríguez Arana, **Jaime** «El derecho fundamental a la buena administración y centralidad del ciudadano en el derecho administrativo», http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vmda/ponencias/JaimeRodriguezArana.pdf

Rodríguez Arana, Jaime, «La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa», *Revista Misión Jurídica*, Vol. 6 - Núm. 6 / Julio - diciembre de 2013 /

Unión Europea, *Carta de los Derechos Fundamentales*, diciembre de 2000.

3

ADMINISTRACIÓN Y DERECHO MUNICIPAL EN CHILE, HACIA UN NECESARIO GOBIERNO COMUNAL

Ramón Huidobro Salas
Director del Departamento de Derecho Público y Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Doctor en Derecho Universidad de Alicante, España.

RESUMEN: La necesidad ineludible de un nuevo gobierno a nivel local en Chile, se mantiene actualmente y sólo será posible por la reforma a la Constitución vigente. El rechazo plebiscitario de las propuestas de nueva constitución, no permitieron consagrar normativamente en la constitución un gobierno local, manteniendo sólo las competencias de administración para los municipios. Esta realidad de un municipio que no sólo sea administración sino también esté dotado de competencias de gobierno, para abarcar una realidad local tan diversa y variada, es la que permitirá a las personas alcanzar la satisfacción de sus necesidades públicas a nivel comunal por el municipio, que es la puerta de entrada más cercana y directa al Estado del ciudadano, pudiendo exigir a lo menos, servicios mínimos y de calidad en su comuna. El presente trabajo aborda estos aspectos, así como instrumentos de gestión, que podrían contribuir a construir este bien común local.

ABSTRACT: The unavoidable need for a new government at the local level in Chile currently remains and only will be possible through the reform of the current Constitution. The plebiscitary rejection of the proposals for a new text did not allow a local government to be normatively enshrined in the Constitution, maintaining only the administrative powers for the municipalities. This reality of a municipality that is not only an administration but also endowed with government powers, to encompass such a diverse and varied local reality, is what will allow people to achieve the satisfaction of their public needs at the communal level by the municipality, which is the citizen's closest and most direct gateway to the State, being able to demand at least minimal and quality services in their commune. The present work addresses these aspects, as well as management instruments, that could contribute to building this local common good.

SUMARIO: 1. GOBIERNO LOCAL Y CONSTITUCIÓN. 2. LAS COMPETENCIAS PARA EL CUMPLIMIENTO DE SUS NUEVAS FUNCIONES. 3. UN MAYOR IMPULSO CONSTITUCIONAL A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DE LAS MUNICIPALIDADES. 4. LA SUFICIENCIA FINANCIERA COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL LOCAL. 5. LOS TRIBUTOS COMUNALES. 6. REDISTRIBUCIÓN SOLIDARIA DE RECURSOS MUNICIPALES. 7. A MANERA DE CONCLUSIÓN. 8. BIBLIOGRAFÍA.

1. Gobierno local y Constitución

En Chile, el proceso constitucional finalizado con el rechazo del nuevo texto constitucional plebiscitado no permitió avanzar ni modernizar en el diseño de nuevos bordes del orden constitucional comunal y sus instituciones fundamentales. Fue una oportunidad de dar la respuesta

posible y adecuada, a la necesidad ineludible de un nuevo gobierno a nivel local en Chile. Por ello, se mantiene actualmente el imperativo que una reforma a la Constitución vigente debe consagrar normativamente su estructura, funciones y principios. Esta necesidad ineludible, de un municipio que no sólo sea administración sino también esté dotado de competencias de gobierno, para abarcar una realidad local tan diversa y variada, que requiere una normativa constitucional moderna y adaptable a la realidad local, permitiendo a las personas alcanzar la satisfacción de sus necesidades públicas a nivel comunal y municipal, que es la puerta de entrada más cercana y directa al Estado del ciudadano, pudiendo exigir a lo menos, servicios mínimos y de calidad en su comuna.

Inicialmente cabe señalar, respecto de la Constitución vigente en Chile, que en su artículo 118, establece sólo la competencia de administración para los municipios, se ha estimado en un amplio consenso que no sería suficiente frente a los desafíos que el siglo XXI plantea al Estado de Chile en el ámbito comunal. En efecto, una descentralización real a nivel comunal y por ello requiere imperativos competenciales más amplios, que permitan modular y definir políticas públicas que requiere cada comunidad. Son precisamente los vecinos de las comunas, quienes tienen una relación diaria con los problemas y necesidades que les afectan, siendo esa base territorial, la que legitima la toma de decisiones en ese nivel organizativo del Estado.

Si bien, se coincide en que las competencias de administración no han sido correctamente ejecutadas en el caso de muchos municipios, el avance de otros en aspectos de gestión innovadora, como las farmacias y bancos populares, la importancia en la gestión de la vacunación, la desalación de agua de mar frente a la falta de agua y otras medidas adoptadas en la pandemia, son ejemplos claros de la importancia de los municipios para la satisfacción directa de las necesidades de las personas en el ámbito comunal.

Por ello, un aspecto constitucional no resuelto en la actual Constitución y que constituye un obstáculo a la implementación de los Gobiernos locales es la forma en que se encuentra redactado en el texto constitucional limitativamente en el artículo 110, en el título constitucional «Administración comunal» y su conceptualización en el artículo 118 como administración local (Huidobro,2011:3).

De esta forma, el Gobierno Local se constituye en un respuesta adecuada y necesaria para la modernización del Estado a nivel comunal. Ese nuevo municipio dotado de competencias constitucionales de gobierno y no sólo de simple administración, se plantea nuevamente con fuerza como una necesidad ineludible, frente al proceso constituyente. Esta aspiración no cumplida, para quienes creemos que el municipio tiene un destino principal y esencial en el desarrollo nacional, constituye una oportunidad para reconstruir el municipio, situarlo con autonomía en el contexto de la Administración del Estado, entregándole atribuciones, en este caso de gobierno y de la autonomía necesaria, para satisfacer finalmente las necesidades públicas de la comunidad local, en forma continua y oportuna. De esta forma la municipalidad como entre descentralizado, se constituye en el componente orgánico base de este nuevo ente territorial dotado de mayor autonomía.

Sobre esta materia, la primera propuesta constitucional rechazada, en su artículo 187 numeral 2, establecía que **son entidades territoriales autónomas las comunas autónomas** y que están dotadas de autonomía política, administrativa y financiera para la realización de sus fines e intereses. Tienen personalidad jurídica de derecho público, patrimonio propio y las potestades y competencias necesarias para gobernarse en atención al interés general de la república, de acuerdo con la Constitución y la ley, teniendo como límites los derechos humanos y de la naturaleza[1].

1 Dicha norma estaba complementada con lo dispuesto en el artículo 201, 202 y 205 del texto propuesto, al señalar:
Artículo 201
1. **La comuna autónoma es la entidad política y territorial base del Estado regional,** dotada de personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio, que goza de autonomía para el cumplimiento de sus fines y el ejercicio de sus competencias, con arreglo a lo dispuesto en la Constitución y la ley.
2. **La ley clasificará las comunas en distintos tipos,** las que deberán ser consideradas por los órganos

Este modelo difiere sustancialmente del vigente e incluso más allá de una simple técnica de descentralización, lo cual planteaba más de alguna inquietud respecto de la posible armonización con la figura de nuestro Estado unitario. Asimismo, en el artículo 205 de dicha propuesta, establece que el gobierno de la comuna autónoma reside en la municipalidad, privando a esta de su componente orgánico esencial de órgano descentralizado que es la personalidad jurídica, pues se la ha entregado previamente a la entidad territorial y no al órgano administrativo, omitiendo además las competencias de administración.

En el artículo 125 del texto propuesto por la Comisión de Expertos, se señala correctamente que: «El gobierno y administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley, reside en una municipalidad, la que estará constituida por el alcalde o alcaldesa y por el concejo municipal».

Por otra parte, al conceptualizar las municipalidades en el numeral 2 del mismo artículo, se indica también una clara mención a los servicios públicos locales, lo cual constituye un avance significativo en el sentido correcto de su consagración constitucional[2].

En esta materia, también debe señalarse que la enmienda 43 de las comisionadas señoras González, Martorell y Salem, y de los comisionados señores Ossa y Soto, don Sebastián, para sustituir, en el artículo 125, el inciso 2, por el siguiente: «Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y tienen por objeto satisfacer las necesidades de la comunidad local, y asegurar su participación en el desarrollo económico, social y cultural de la comuna»., elimina toda mención a los servicios públicos locales.

---

del Estado para el establecimiento de regímenes administrativos y económico-fiscales diferenciados, la implementación de políticas, planes y programas atendiendo a las diversas realidades locales, y en especial, para el traspaso de competencias y recursos. **El establecimiento de los tipos comunales deberá considerar, a lo menos, criterios demográficos, económicos, culturales, geográficos, socioambientales, urbanos y rurales.**
Artículo 202.
La comuna autónoma cuenta con las potestades y competencias de autogobierno para satisfacer las necesidades de la comunidad local. Son competencias esenciales de la comuna autónoma: a) Ejercer funciones de gobierno y administración dentro de la comuna y en el ámbito de sus competencias. b) La dictación de normas generales y obligatorias en materias de carácter comunal, con arreglo a la Constitución y las leyes. c) La creación, prestación, organización y administración de los servicios públicos municipales en el ámbito de sus funciones, conforme a la Constitución y la ley. d) El desarrollo sostenible e integral de la comuna. e) La protección de los ecosistemas comunales y los derechos de la naturaleza. f) Ejercer las acciones pertinentes en resguardo de la naturaleza y sus derechos reconocidos por esta Constitución y la ley. g) La ejecución de los mecanismos y acciones de protección ambiental en la forma que determinen la Constitución, la ley, los instrumentos de gestión ambiental y normas afines. h) La conservación, la custodia y el resguardo de los patrimonios culturales y naturales. i) El fomento y la protección a las culturas, las artes y los patrimonios culturales y naturales, así como la investigación y la formación artística en sus territorios. j) Garantizar la participación popular y el fortalecimiento de la democracia. k) Desarrollar, con el nivel regional y central, actividades y servicios en materias de educación, salud, vivienda, turismo, recreación, deporte y las demás que establezca la ley. l) La construcción de obras que demande el progreso local en el marco de sus atribuciones. m) El desarrollo estratégico de la comuna mediante el plan de desarrollo comunal. n) La planificación del territorio mediante el plan regulador comunal acordado de forma participativa con la comunidad de su respectivo territorio. ñ) El fomento de las actividades productivas. o) El fomento del comercio local. p) El fomento de la reintegración y reinserción de las personas en situación de calle que así lo requieran, mediante la planificación, coordinación y ejecución de programas al efecto. q) Gestionar la reducción de riesgos frente a desastres. r) El desarrollo de aseo y ornato de la comuna. s) La promoción de la seguridad ciudadana. t) Las demás competencias que determinen la Constitución y la ley. Las leyes deberán reconocer las diferencias existentes entre los distintos tipos de comunas y municipalidades, velando por la equidad, inclusión y cohesión territorial.
Artículo 205
El gobierno de la comuna autónoma reside en la municipalidad, la que estará constituida por la alcaldesa o el alcalde y el concejo municipal, con la participación de la comunidad que habita en su territorio.

2 «Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y tienen por objeto satisfacer las necesidades de la comunidad local, garantizar la participación ciudadana, el desarrollo económico, social y cultural, la economía local y la prestación de los servicios públicos de su dependencia y ordenamiento territorial, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo».

De lo expuesto, se puede advertir que no existe un claro consenso en la materia y la discusión continuó en el Consejo Constitucional, electo y cuyo texto plebiscitado, que también fue rechazado, disponía lo siguiente: «Artículo 136 1. El gobierno y la administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley reside en una municipalidad, también denominada gobierno local, la que estará constituida por el alcalde o alcaldesa y por el Concejo Municipal. 2. Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuentan con autonomía para el ejercicio de sus competencias y tienen por objeto satisfacer las necesidades de la comunidad local, y asegurar su participación en el desarrollo económico, social y cultural de la comuna»[3].

Finalmente, como el texto constitucional propuesto fue rechazado en el plebiscito de 2023, la única forma de avanzar en esta materia es un proyecto de reforma constitucional que incorpore las competencias de gobierno a las comunas, creando gobiernos locales y no simples órganos de administración como los actualmente existentes.

2. Las competencias para el cumplimiento de sus nuevas funciones

El desafío diseñar este nuevo gobierno comunal, que se mantiene pendiente en Chile, requiere dotar a esa nueva institucionalidad de competencias adecuadas a cada realidad comunal, con miras a la satisfacción de las necesidades públicas. Los 345 municipios existentes en Chile presentan realidades geográficas, demográficas, económicas, sociales y culturales muy diversas. En esa línea aparecen como núcleos esencias y ejes de una futura implementación de competencias de gobierno, la implementación de los servicios públicos mínimos a nivel local, la actividad empresarial municipal y el financiamiento de competencias locales con garantía de suficiencia de recursos para su ejecución efectiva.

En efecto, cada realidad comunal deberá reconocer sus necesidades y las competencias necesarias para satisfacerlas. De esta forma, el ejercicio financiado de las mismas permitirá la satisfacción de las necesidades públicas de los vecinos a nivel local. No obstante, también queda aún pendiente la incorporación a nivel constitucional, de una garantía de servicios públicos mínimos a nivel comunal, los cuales deben ser prestados inexcusablemente por el ente comunal, lo cual incide directamente en las competencias que serán atribuidas a estos gobiernos locales y los recursos para ejercerlas. Sin esta garantía constitucional, tendremos sólo otra norma programática y de nula o mínima aplicación, por los municipios con recursos económicos suficientes para implementarlas, manteniendo la desigualdad histórica entre municipios, en materia de prestación de prestación de servicios comunales.

3 https://www.procesoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/11/Propuesta-Nueva-Constitucion.pdf p.106, fecha de consulta: 08.03.2024.

Un ejemplo comparado europeo de implementación de este marco de garantía ciudadana es el modelo español. La dictación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local[4/5].

Esta ley, en el marco de la autonomía constitucional de los municipios españoles, permitió dar una vigencia real y efectiva a los servicios públicos mínimos a nivel comunal, determinando su entidad y competencias en razón de la población de los distintos municipios.

Por ello, resulta relevante que en el artículo 126 del texto general propuesto por la Comisión de Expertos en Chile, en el marco del nuevo proceso constitucional señale el siguiente marco competencial: «Los municipios tienen atribuciones normativas, financieras, fiscalizadoras, de coordinación, de complementariedad con la acción del gobierno regional, **de prestación de los servicios públicos correspondientes** y las demás competencias que determine la Constitución y la ley».

3. Un mayor impulso constitucional a la actividad empresarial de las municipalidades

La incorporación en la normativa constitucional de un cambio de paradigma en materia de actividad empresarial municipal, modificando el actual sistema que requiere ley de quórum calificado

---

4 En el modelo español, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, los incluyó en su artículo primero. Nueve, que establece a nueva redacción de la Ley La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en la forma siguiente:
«Artículo 26.
1. Los Municipios deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:
a) En todos los Municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas.
b) En los Municipios con población superior a 5.000 habitantes, además: parque público, biblioteca pública y tratamiento de residuos.
c) En los Municipios con población superior a 20.000 habitantes, además: protección civil, evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público.
d) En los Municipios con población superior a 50.000 habitantes, además: transporte colectivo urbano de viajeros y medio ambiente urbano.
2. En los municipios con población inferior a 20.000 habitantes será la Diputación provincial o entidad equivalente la que coordinará la prestación de los siguientes servicios:
a) Recogida y tratamiento de residuos.
b) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales.
c) Limpieza viaria.
d) Acceso a los núcleos de población.
e) Pavimentación de vías urbanas.
f) Alumbrado público.
Para coordinar la citada prestación de servicios la Diputación propondrá, con la conformidad de los municipios afectados, **al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas** la forma de prestación, consistente en la prestación directa por la Diputación o la implementación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas. **Para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera**.
Cuando el municipio justifique ante la Diputación que puede prestar estos servicios con un coste efectivo menor que el derivado de la forma de gestión propuesta por la Diputación provincial o entidad equivalente, el municipio podrá asumir la prestación y coordinación de estos servicios si la Diputación lo considera acreditado.
Cuando la Diputación o entidad equivalente asuma la prestación de estos servicios repercutirá a los municipios el coste efectivo del servicio en función de su uso. Si estos servicios estuvieran financiados por tasas y asume su prestación la Diputación o entidad equivalente, será a ésta a quien vaya destinada la tasa para la financiación de los servicios.
3. La asistencia de las Diputaciones o entidades equivalentes a los Municipios, prevista en el artículo 36, se dirigirá preferentemente al establecimiento y adecuada prestación de los servicios mínimos».

5 Téngase en cuenta que se declaran inconstitucionales y nulos los incisos destacados en negrita, en la redacción dada por el art. 1.9 de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre. Ref. BOE-A-2013-13756., por Sentencia del TC 111/2016, de 9 de junio. Ref. BOE-A-2016-6839, que señala textualmente lo siguiente: «2.º Declarar inconstitucionales y nulos: a) los siguientes incisos del art. 26.2 de la Ley 7/1985, en la redacción dada por el art. 1.9 de la Ley 27/2013: «al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas» y «para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera».

cada vez que se desee intervenir, sustituyéndolo por un modelo dinámico que autorice constitucionalmente esta actividad en la forma que prescriba la ley de municipalidades y no requiriendo una ley de quórum calificado cada vez para que les autorice su realización. Entregando a este último componente normativo el establecer y desarrollar el procedimiento, requisitos y forma para realizar dichas actividades. Lo anterior permitirá una gestión descentralizada e innovadora en áreas tan importantes como el agua y las energías limpias, así como otras actividades sustentables, en que el componente de rentabilidad social sea prioritario frente al de maximización de utilidades[6].

La OCDE en el informe titulado «Revisión de Gobernabilidad Multinivel en Chile: Modernización del Sistema Municipal» (Making Decentralisation Work in Chile. Towards Stronger Municipalities, 2017), realiza un completo análisis del sistema municipal chileno, y que incluye sugerencias para su modernización, siendo uno de los puntos interesantes del reporte el que tiene que ver con el tratamiento que se hace de las empresas públicas municipales en Chile.

En efecto, la actual utilización que se hace de este tipo de empresas públicas es bastante limitada, debido en gran medida a lo que mandata el artículo 11 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, la cual define que para desarrollar o participar en actividades empresariales, las municipalidades como tales deben ser autorizadas por leyes especiales con rango de quórum calificado, mencionando que Chile se beneficiaría de la derogación de esta disposición, la cual restringe la posibilidad de crear empresas públicas municipales, algo que según el reporte, es extremadamente común en los países de la OCDE y las cuales operan en tan diversas áreas como son distribución y tratamiento de aguas, recolección de basura y reciclaje, generación y distribución de energía, infraestructura básica, transporte público, salud, mantenimiento urbano, vivienda, servicios funerarios, turismo, etc. En el caso chileno, un claro ejemplo de ello es SMAPA (Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado), que funciona en el municipio de Maipú desde 1950[7].

Desde la perspectiva antes indicada y del punto de vista normativo, para la implementación de esta idea se requiere algo más que la derogación o modificación del artículo 11 de la Ley Orgánica de Municipalidades, se requiere una modificación del artículo 19 N.° 21 de la Constitución respecto de la actividad empresarial del Estado, fundamento de la normativa orgánico constitucional municipal.

En efecto, el artículo 19 N.° 21 del texto constitucional establece una doctrina económica abstencionista y limitativa, según quedo claro de su historia fidedigna (Huidobro,1988:98).

En cuanto al texto de la primera propuesta de nueva constitución que fue rechazado, el artículo 214 establecía que: «Las comunas autónomas, a fin de cumplir con sus funciones y ejercer sus atribuciones, podrán crear empresas, o participar en ellas, ya sea individualmente o asociadas con otras entidades públicas o privadas, previa autorización por ley general o especial. Las empresas públicas municipales tendrán personalidad jurídica y patrimonio propio y se regirán en conformidad con lo dispuesto en la Constitución y la ley».

Este artículo propuesto, mantenía el modelo de ley particular y no de una sola ley marco habilitante, que permitiría mayor flexibilidad. Por ello, esta propuesta hacía depender totalmente de la

6 No obstante, las municipalidades también podrían verse altamente beneficiadas si se tomara la recomendación de la OCDE y se permitiera la operación de empresas públicas locales en un esquema que permitiera el retiro parcial de excedentes por parte de los municipios o de los futuros gobiernos locales.

7 Otro Ejemplo EMERES en materia de disposición de residuos domiciliarios. El año 1986, nace la Empresa Intermunicipal Metropolitana de Disposición y Tratamiento de Residuos Sólidos Domiciliarios «Emeres». Esta empresa parte con la incorporación de 14 municipios de la Región Metropolitana de Santiago y cuya primera finalidad fue administrar el vertedero Lo Errázuriz y luego licitar la construcción y operación de dos rellenos sanitarios en el sector sur de la Región Metropolitana de Santiago. De este modo, se constituye la primera instancia intermunicipal y con personalidad jurídica preocupada de la disposición final de residuos domiciliarios. La Empresa Metropolitana de Residuos es una asociación empresarial cuyo objeto como Sociedad es el siguiente: «administración y operación por cuenta de los socios, de cualesquiera de los lugares que éstos actualmente tengan u ocupen o en el futuro establezcan, dentro del área metropolitana, destinados a la disposición final de basuras y de todo tipo de desperdicios (hoy llamados residuos), a través de la ejecución de obras de relleno sanitario y todas aquellas otras que fueren necesarias; al tratamiento, comercialización e industrialización de esos productos y, en general, a la realización de cualquier otro negocio relacionado, directa o indirectamente, con los anteriores y que los socios acuerden dentro del ámbito de la competencia municipal». En www.emeres.cl.

tramitación legislativa de una posible ley general que pudiese establecer el marco habilitante, a fin de hacer viable y exento de rigidez normativa, dicha actividad tan necesaria para el desarrollo comunal.

Desde esa perspectiva, se hace necesario establecer en el capítulo constitucional referido a los gobiernos locales, una norma expresa que permita esta habilitación competencial general, señalando al menos lo siguiente:

> «Las municipalidades podrán realizar actividades empresariales en la forma que establezca la ley, la cual señalará los requisitos y procedimiento para su implementación y funcionamiento».

Lamentablemente, en el artículo 17 N.º 24 del texto general propuesto por el Comité de Expertos, no se contiene una norma como la propuesta anteriormente, manteniendo la redacción del actual artículo 19 N.º 21 de la Constitución de 1980.

4. La suficiencia financiera como principio constitucional local

Si bien, resulta evidente la carencia de recursos de muchos municipios, sin perjuicio de entender la crítica a la deficiente gestión e incluso casos de corrupción derivados en su utilización ilegal de fondos públicos municipales en algunos municipios, la necesidad existente hace imperativo resolver este nudo financiero, que ahoga la satisfacción de las necesidades públicas locales, no permitiendo que los vecinos puedan obtener un ansiado bien común y un nivel mínimo de servicio.

Por ello, la consagración a nivel constitucional del principio de suficiencia financiera tiene una relación directa entre medios y fines, con soporte en tributos propios y la posibilidad de participar en los estatales o regionales, así como la implementación de mecanismos adecuados de redistribución de recursos municipales.

Cabe señalar también, que este aporte de ingresos y recursos, así como la garantía de su suficiencia para la ejecución de las competencias, requiere la implementación de una mejora sustantiva en los sistemas de control de legalidad del gasto e implementar controles de gestión, a fin de evitar el mal uso de los recursos públicos y verificar su focalización en las necesidades de las personas a nivel local[8].

---

8 En el texto de la primera propuesta de nueva constitución que fue rechazado, se establecía en esta materia el siguiente articulado:
Artículo 245
1. Las entidades territoriales autónomas cuentan con autonomía financiera en sus ingresos y gastos para el cumplimiento de sus competencias, la cual deberá ajustarse a los principios de suficiencia, coordinación, equilibrio presupuestario, solidaridad y compensación interterritorial, sostenibilidad, responsabilidad y eficiencia económica.
2. La Ley de Presupuestos deberá propender a que, progresivamente, una parte significativa del gasto público sea ejecutado a través de los gobiernos subnacionales, en función de las responsabilidades propias que debe asumir cada nivel de gobierno.
3. El deber y la facultad de velar por la estabilidad macroeconómica y fiscal serán centralizados.
Artículo 246
1. La autonomía financiera de las entidades territoriales implica la facultad de ordenar y gestionar sus finanzas públicas en el marco de la Constitución y las leyes, en beneficio de sus habitantes, bajo los criterios de responsabilidad y **sostenibilidad financiera**.
2. **La suficiencia financiera** se determinará bajo criterios objetivos tales como correspondencia entre competencias y recursos necesarios para su cumplimiento, equilibrio presupuestario, coordinación, no discriminación arbitraria entre entidades territoriales, igualdad en las prestaciones sociales, desarrollo armónico de los territorios, unidad, objetividad, razonabilidad, oportunidad y transparencia.
Asimismo, el artículo 250 señala que **«Los gobiernos regionales y locales podrán emitir deuda** en conformidad con lo que disponga la ley, general o especial, la que establecerá al menos las siguientes regulaciones: a) La prohibición de destinar los fondos recaudados mediante emisión de deuda o empréstitos al financiamiento de gasto corriente. b) Los mecanismos que garanticen que la deuda sea íntegra y debidamente servida por el deudor. c) La prohibición del establecimiento de garantías o cauciones del fisco. d) El establecimiento de límites máximos de endeudamiento como porcentaje del presupuesto anual del gobierno regional y municipal respectivo y la obligación de mantener una clasificación de riesgo actualizada. e) Restricciones en períodos electorales. f) Estos recursos no podrán ser destinados a remuneraciones ni a gasto corriente».

En el modelo español, esta preocupación fue tratada por la Constitución Española, con el principio de suficiencia de ingresos y no el de autonomía financiera. Esta suficiencia de medios es, además**, «el presupuesto indispensable para posibilitar la consecución efectiva de la autonomía constitucionalmente garantizada».**

Desde esta perspectiva, resulta muy ilustrativo una norma similar al artículo 142 de la Constitución Española, de la siguiente forma:

> «La autonomía de los gobiernos locales presupone la existencia de medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley les entrega. En caso de que los ingresos y medios del municipio no sean suficientes para el ejercicio de sus funciones, el Estado proporcionar anualmente en la ley de presupuestos los recursos necesarios para la satisfacción de los servicios mínimos y de las competencias que por ley les han sido traspasadas a los municipios».

5. Los tributos comunales

Actualmente, la Constitución establece en el artículo 19 N.º 20, que la ley podrá autorizar que determinados tributos que gravan actividades o bienes que tienen una clara identificación local, puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades comunales para el financiamiento de obras de desarrollo, lo cual a su vez se complementa con lo dispuesto en el actual texto del artículo 5 letra h de la Ley N.º 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

La citada norma, impone condicionamientos que hacen imposible a los municipios generar una forma de mejorar sus ingresos, sin perjuicio de sugerir la revisión de la citada norma, cabe señalar que ello no genera ni impide la modificación de la afectación de las patentes municipales y su pago al municipio donde se encuentre la empresa y no su casa matriz[9]. Aspecto que tiene una regulación legal y que no corresponde incorporarlo al texto constitucional.

Por el contrario, si se requiere eliminar la afectación de los tributos locales sólo a obras de desarrollo, porque afecta su autonomía en la administración financiera y establecer el principio de territorialidad comunal, como elemento esencial para la determinación del contribuyente y su tributación[10].

Finalmente, cabe señalar en el artículo 17 N.º 23 del texto general propuesto por el Comité de Expertos se mantiene la redacción del actual artículo 19 N.º 20 de la Constitución de 1980.

6. Redistribución solidaria de recursos municipales

Sin perjuicio del diagnóstico de funcionamiento del fondo común municipal y de sus deficiencias como mecanismo redistributivo solidario, cabe también señalar la necesidad de mejora de este instrumento contenido en el artículo 122 del actual texto constitucional vigente[11].

---

9 Recientemente la empresa Arauco cambió su domicilio y cambió su tributación de patente comercial de la comuna de las Condes a la de Arauco, donde efectivamente se encuentra la explotación industrial. Ver noticia en https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2022/08/02/empresa-arauco-paga-por-primera-vez-patente-comercial-en-la-ciudad-y-no-en-las-condes.shtml (consulta 14 abril 2023).

10 Este tema fue tratado por la primera propuesta constitucional rechazada, en la siguiente forma: **Artículo 247 Las entidades territoriales tendrán las siguientes fuentes de ingresos**: a) Los recursos asignados por la Ley de Presupuestos. **b) Los impuestos en favor de la entidad territorial.** c) La distribución de los impuestos establecida en la Ley de Presupuestos. d) Las tasas y contribuciones. e) La distribución de los fondos solidarios. f) La transferencia fiscal interterritorial. g) La administración y aprovechamiento de su patrimonio. h) Las donaciones, las herencias y los legados que reciban conforme a la ley. i) Otras que determinen la Constitución y la ley.

11 El texto de la primera propuesta constitucional que fue rechazada, se abordó esta materia de la siguiente forma:
Artículo 249
1. La Administración y las entidades territoriales deben contribuir a la corrección de las desigualdades que existan entre ellas.
2. La ley establecerá fondos de compensación para las entidades territoriales con una menor capaci-

Efectivamente, actualmente nuestra Constitución Política en su artículo 122, señala:

> «Una ley orgánica constitucional contemplará un mecanismo de redistribución solidaria de ingresos propios entre las municipalidades del país con la denominación de fondo común municipal, las normas de distribución de este fondo será materia de ley».

Atendida la complejidad de esta materia, sugiero que la discusión de sus alcances se entregue a una ley común para su rediseño. En este sentido, podría establecerse lo siguiente en el nuevo texto constitucional:

> «La ley contemplara uno o más mecanismos de redistribución y la forma de distribución solidaria de ingresos propios entre las municipalidades del país».

7. A manera de conclusión

La realidad local de 345 municipios es tan diversa y variada, que requiere una normativa constitucional moderna y adaptable a la realidad comunal. Gobiernos locales con tipologías de entes locales con diversos grados de autonomía, de acuerdo con su capacidad y tamaño. De la misma manera, la progresiva implementación de competencias, partiendo de los servicios públicos mínimos, dependiendo del número de habitantes constituyen una realidad ineludible y absolutamente necesaria. Por ello, este nuevo diseño del orden constitucional comunal es una oportunidad de dar la respuesta posible y adecuada, para que las personas que viven en una comuna puedan alcanzar la satisfacción de las necesidades públicas a nivel local, como la puerta de entrada más cercana y directa al Estado del ciudadano. El municipio tiene vocación histórica desde sus orígenes, de organizar la vida y la convivencia de sus habitantes. Por ello, constituye un imperativo que una nueva Constitución debe consagrar normativamente la estructura, funciones y principios del nuevo Gobierno Comunal. Si se logra que funcione a plenitud esa entidad base territorial del Estado, al satisfacer las necesidades públicas de las personas a nivel comunal, se generará de seguro un efecto irradiador desde la comuna, extendiéndose como luz ejemplar a la región y al país, construyendo un Chile mejor para todos.

8. Bibliografía

Huidobro, R. (2011) *Derecho y Administración Comunal*, Chile: Legalpublishing Chile, Ed. Abeledo Perrot.

Huidobro, R. (1988) «El derecho a desarrollar cualquier actividad económica en las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución», *Revista de Derecho Público*,43/44: 98-116.

OCDE. Making Decentralisation Work in Chile. Towards Stronger Municipalities. 2017, en https://www.oecd.org/publications/making-decentralisation-work-in-chile-9789264279049-en.htm (consulta 14 mayo 2023).

Proceso Constitucional https://www.procesoconstitucional.cl/comision-experta/comparados/ (consulta 14 mayo 2023).

dad fiscal. El órgano competente, sobre la base de criterios objetivos, sugerirá al legislador los recursos que deberán ser integrados a estos fondos.
3. La ley establecerá un fondo de contingencia y estabilización macroeconómica para garantizar los recursos de las entidades territoriales ante fluctuaciones de ingresos ordinarios.
4. En virtud de la solidaridad interterritorial, la Administración central deberá realizar transferencias directas incondicionales a las entidades territoriales que cuenten con ingresos fiscales inferiores a la mitad del promedio ponderado de estas.
5. Las regiones y comunas autónomas que cuenten con ingresos por sobre el promedio ponderado de ingresos fiscales transferirán recursos a aquellas equivalentes con ingresos bajo el promedio. El órgano competente sugerirá una fórmula al legislador para realizar tales transferencias.

4

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL DERECHO EN LA NUEVA SOCIEDAD «ANARCO-CAPITALISTA» EN «EMERGENCIA»

Alejandro Pérez Hualde
2024

La evidente ineficiencia demostrada por distintas administraciones, en diversos —aunque no pocos— países de nuestra región Iberoamericana, y los resultados catastróficos en el campo económico y social nos ha llevado al surgimiento de reacciones explicables, aunque no justificables, de rechazo total a toda organización que pueda producir la política, sobre todo esa tradicional que ha fracasado como agente conductor hacia el bien común de la sociedad.

Reflexionaremos con prudencia y sin adjetivos o adverbios innecesarios que podrían afectar la imparcialidad e independencia de criterio que procuramos exhibir en el análisis aprovechando nuestro compromiso académico alejado de intereses coyunturales en la ocasión. No juzgamos, acompañamos, preocupados porque no somos ajenos a lo que ocurre en nuestra sociedad donde crecen y se educan nuestros hijos y nietos. Procuramos ser esperanzadores.

Si bien no ha escapado al fragor de los tiempos políticos y sociales que le toca enfrentar, la Administración Pública no se ha podido liberar de su compromiso esencial con los principios de la *«Buena Administración»* impuestos por la Constitución Europea, en estas tierras de la Madre Patria, o la Carta Iberoamericana de hace unos pocos años en esta región o de la imposición de la nueva Ley de Procedimientos Administrativos de mi tierra mendocina recientemente reformada (Ley 9003). Quizás porque ya es evidente que no se concibe una Administración que no sea precisamente *«buena»* y atenta a las exigencias desesperadas (a veces desesperanzadas) de una sociedad con altísimos grados de exclusión en la distribución de los bienes esenciales para la vida digna que le corresponde por derecho[1].

Nos animamos a decir que la Administración Pública se ha visto arrastrada hacia nuevas formas de actuación, de operación y de construcción de sus actos y procedimientos. No sólo ha cambiado la realidad que debe tratar cotidianamente por definición, sino que también lo ha hecho su marco normativo soporte dentro del cual se desempeña y desarrolla todos sus métodos e instrumentos de operación y búsqueda de la prevención y solución de los conflictos que, en grado creciente, presenta esa realidad.

Y todo ello se nos presenta con algún grado de orfandad desde el marco normativo que debía brindarle un espacio regulatorio legal caído hoy en reyertas y enfrentamientos ideológicos y desorientados en cuanto a su apartamiento más o menos distante de aquellos principios fundamentales que guían su accionar. Que —al menos— deberían orientar su actuación y desempeño dentro

1 Rodríguez-Arana Muñoz, «Derecho Administrativo, dignidad humana y derechos sociales fundamentales», en *Revista Jurídica Austral*, Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Vol. 3, nro. 1, junio 2022, Buenos Aires, 2022, p. 183 y sgs.

del bien llamado *«Derecho Constitucional concretizado»* por la escuela alemana de Schmidt-Assmann en estrecha vinculación con la Constitución[2].

Porque, como decimos, la que ha cambiado en modo esencial es la realidad que debe enfrentar, cada vez más dinámica[3], cambiante (*«líquida»* —según Zygmunt Bauman[4]—), compleja, plural y también desorientada, en algún grado, exhibiendo así su *«descontento»* con la realidad en general y con la democracia en particular (como lo observa agudamente en estos días Michael Sandel[5]).

Aunque no cabe dudar de la necesaria sujeción de la Administración al Derecho, a la *«juridicidad»*, como nos convocara Julio Comadira, el que está en cuestión es este último aspecto esencial por cuanto la crisis ha llegado a los componentes mismos de los que tradicionalmente estaban a cargo de su construcción, pues podemos afirmar con Cesare Pinelli[6] (U. Roma Uno) que está cuestionada la representación política desde sus bases.

Los representantes no representan o lo hacen en modo provisorio, coyuntural, sometidos al escrutinio permanente de las redes y de las encuestas (de difícil comprobación en su veracidad) y de un fárrago de información acerca de la cual se ha perdido la exigencia de veracidad que antes la prestigiaba y la hacía confiable. Hoy la información sólo nos conduce a la necesidad de más información llevándonos lentamente, pero en modo inexorable, hacia esa temida *«Infocracia»* sobre la que nos alerta Byung Chul Han[7] en sus reflexiones filosóficas.

Estamos frente a una nueva era del Derecho, como nos lo demuestra claramente Alfonso Santiago desde sus pensamientos constitucionales que arrancan desde el fracaso del positivismo[8].

Fruto necesario de este panorama es que, el Derecho Administrativo, que es el único requerido por proximidad física y vivencial con los reclamos sociales y humanitarios, por las personas afectadas en esta nueva realidad que sólo ofrece más consumo, más demandas, a un mercado endiosado pero impotente para satisfacer las necesidades, queda entrampado sin salida que no sea la de transformar en profundidad sus paradigmas y, sobre todo, sus instrumentos de acción.

Esas necesidades cuya cobertura ha comprometido en el sistema convencional de DDHH en el mundo americano en seis Convenciones Internacionales[9] para asegurar un *«nivel adecuado*

---

2 Schmidt-Assmann, «Eberhard, Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos», en Barnes, Javier, ed., *Innovación y reforma del Derecho Administrativo*, Global Law Press, INAP, Instituto Nacional de Administración Pública, 2da. ed., 2012, Sevilla, p. 78-79.

3 Parejo Alfonso, Luciano, «Transformación y ¿reforma? Del Derecho Administrativo en España», INAP, *Global Law Press*, Sevilla, 2012, p. 37; el autor se refiere a la «*creciente dinámica social*».

4 Bauman, Zygmunt, *Vida líquida*, 10ma. reimp., Austral Paidós, Barcelona, 2017.

5 Sandel, Michael J., *El descontento democrático. En busca de una filosofía pública*, trad. Albino Santos Mosquera, Penguin Random House, Barcelona, 2023, p. 27. Dice el autor que «*la confianza de nuestros ciudadanos está en caída libre*».

6 Pinelli, Cesare, *Crisis de la representación y nuevas vías de participación política*, en Pinelli, Cesare y Miguel Presno, *Crisis de la representación y nuevas vías de participación política*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, p. 25 y sgs.

7 Han, Byung-Chul, *Infocracia. La digitalización y la crisis de la democracia*, trad. de Joaquín Chamorro Mielke, Taurus, Buenos Aires, 2022, p. 42; afirma el autor que «*La información tiene su propia lógica, su propia temporalidad,* su propia dignidad, más allá de la verdad y la mentira... *El intento de combatir la infodemia con la verdad está, pues, condenada al fracaso. Es* resistente a la verdad» (el subrayado es del autor).

8 Santiago (h), Alfonso, «Una nueva era del derecho», 1945-2017, en *revista El Derecho Constitucional*, EDCO 2017, Fundación Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2018, p. 529 y sgs.

9 Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25 inc. 1); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5 inc. f); Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (art. 14 inc h); Convención sobre los derechos del niño (art. 27).

de vida» se han convertido en prioridad para la Administración Pública actual. Se ve obligada a colocar en primer orden de prioridades la cobertura de, sobre todo, las más esenciales como los son el acceso a la alimentación, a la educación, a los servicios públicos, a la seguridad, en definitiva, a todo aquello que garantice un *«pleno y seguro acceso a las condiciones materiales esenciales para vivir una vida que sea digna de ser así llamada»* tal como nos enseña Luisa Cassetti.

Esa *«dignidad»* reconocida en los más vulnerados del sistema económico social impone una agenda cuyos procedimientos no tratan ya de perfectas elaboraciones reglamentarias aptas para aplicarse a las más diversas necesidades y requerimientos de la realidad; montadas sobre la base de un accionar desde un grupo de autoridad en ejercicio de privilegios y de instrumentos exorbitantes tendientes a su imposición para la obtención de un resultado milagroso.

El compromiso de los *«estados parte»* miembros del sistema americano, suscriptores del Protocolo de San Salvador[10], llega hasta el *«máximo de sus recursos disponibles»* a fin de lograr la efectiva vigencia de los derechos fundamentales entre los cuáles se menciona expresamente al *«acceso a una vivienda digna»* y a los *«servicios públicos básicos»*[11].

El fundamento, que hace pie en la doctrina social de la Iglesia Católica desde fines del siglo XIX, ha sido reformulado e insistido por quienes sostienen con John Rawlls que *«las desigualdades sociales y económicas, por ejemplo las desigualdades de riqueza y autoridad, sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad»*[12].

Asimismo, en similar sentido, la Corte Suprema[13] argentina ha receptado el concepto formulado en la Observación General 4 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas: *«El derecho a una vivienda adecuada»*, del 13 de diciembre de 1991, punto 8.c. Allí se garantiza el *«acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado (...) los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de la vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso (...)»*.

Estas respuestas provenientes del contexto jurídico formal convencional tienen su reflejo activo en conceptos constitucionales expresados entre las facultades que el Congreso de la Nación Argentina debe ejercer como propender al *«desarrollo humano, progreso económico con justicia social... políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones»* (art. 75 inc. 19 CN) y a *«promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato»* (art. 75 inc. 23 CN), entre otros compromisos coherentes con la situación de legitimado procesal pasivo para el reclamo aun judicial de la vigencia efectiva de estos derechos.

Consecuentemente, nuestro Estado, lejos de ausentarse de sus deberes intrínsecos que justifican su existencia misma, a través de su Administración Pública eficiente, debe encarar la situación acuciante con los instrumentos que le brinda una nueva visualización de la regulación económica y social consistente en la *«intervención que pretende alcanzar el equilibrio entre las actuaciones de diversos sujetos que intervienen en sectores de relevante interés social, por su importancia económica o por afectar al ejercicio de derechos fundamentales»* mediante el

---

10 «*Los Estados parte en el presente Protocolo Adicional a la CADH se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo*».

11 Art. 11 del Protocolo aprobado e incorporado al sistema normativo argentino mediante la Ley 24658.

12 Rawlls, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, 2da. ed. 1ra. reimpr., México, 1997, p. 27.

13 «*Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y ot. c/ Ministerio de Energía y Minería s/amp. colect*». –FLP 8399/2016/CS1 del 18-08-2016 «CEPIS» (cons. 33). En Corte Suprema, Fallos, 339:1077.

empleo de instrumentos que *«no impone(n) un criterio previamente definido en la ley o norma previa. Trata de buscar el equilibrio entre intereses enfrentados... no suele acudir a mecanismos coactivos, primando el informe, el consejo, la mediación»*[14].

No existen ya los reglamentos que podían prever desde un excelente laboratorio todas las respuestas; nadie confía en esas soluciones porque se ha convertido en absolutamente necesario conocer la receta, ver cómo se elabora el producto, acceder a la participación de su elaboración, a ser escuchado en la exposición de sus intereses concretos.

Gran tarea la de la nueva Administración exigida por los requerimientos que atienden más a sus procedimientos de construcción que al resultado arribado, como enseña Javier Barnes, donde el producto resultante ha dejado de ser el protagonista y donde no es posible aplicar viejos instrumentos como la exorbitancia, los privilegios, la autotutela, la presunción de legitimidad, ... La autoridad, que no desaparece, que —por el contrario— se fortalece en su accionar transparente, a la vista de los interesados, es ejercida de modo legitimado y motivado con amplia explicación de sus medidas.

Es por ello que las nuevas corrientes que buscan poner el acento en la *«evaluación de impacto regulatorio»* debe ser tomada con cuidado de no pretender un retroceso tendiente a medir sólo consecuencias posibles en el campo económico y social y regresar a las normas imperativas de laboratorio ahora reforzadas por esa evaluación si ella es realizada en forma unilateral y sin participación de aquellos destinatarios de la normativa en construcción.

Tanto la Administración Pública como el mercado necesitan del Derecho, entendido como juridicidad, para su accionar y para su subsistencia misma. Una Administración Pública sin normas que la guíen es, con seguridad, autoritaria y arbitraria a corto plazo; como un mercado sin reglas que lo ordenen en su propia defensa misma, es la ley de la selva. Ambas inadmisibles; ambas imposibles sin un rol adecuado del Estado ajustado a los principios constitucionales.

Es nuestra región no pocos países hemos declarado estados *«de emergencia»*, como en Argentina[15] sin tener del todo presente que es, precisamente, en esos estados de alteración donde es más exigible la vigencia plena de la Constitución[16] y se transforma, por ello, en imprescindible la *«buena administración»* como los sostuvo Jaime Rodríguez-Arana Muñoz en el Seminario de Doctorado realizado en Mendoza, Argentina, el día 1 de marzo de 2024.

Es por ello que las posiciones ideológicas autodenominadas *«anarco-capitalistas»*, que buscan la supresión del Estado por constituir una *«asociación ilícita»*, de quien sólo emanan normas destinadas a delinquir en perjuicio de los ciudadanos contribuyentes de ese Estado ineficiente, expresan en realidad lo único que con claridad son: anarquistas.

Hasta la misma protección del mercado y sus reglas requiere de un marco normativo y de una autoridad que las haga cumplir. La completa ausencia de actividad normativa de parte del Estado es abiertamente inconstitucional.

Sí es posible, y bregamos por ello, no sólo la transformación del Estado actual en su ineficiencia, sino también urge un desarrollo más amplio de nuestros organismos públicos no estatales; la organización de la sociedad con fines públicos en defensa de sus intereses colectivos. En ese rumbo nuestra constitución ha dotado a esas organizaciones de legitimación procesal activa para la defensa de sus intereses (art. 43 CN) mediante el empleo de la acción rápida y expedita del amparo.

Tal vez en nuestros días nos encontremos con la multiplicación de fuentes normativas que derivan de la emergencia económica y social que nos afecta, pero en ese caso, será el Estado

14 Tornos Más, Joaquín, «La actividad de regulación», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al profesor Dr. Ramón Martín Mateo*, tomo I, coord. Francisco SOSA WAGNER, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 1329 y sgs.

15 Ver Decreto de Necesidad y Urgencia nro. 70/2023 de diciembre de 2023.

16 Ver fallo «*Hamdan v. Rumsfeld, secretary of defense*», et al. certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia (circuit No. 05–184; argued March 28, 2006—Decided June 29, 2006).

el único con posibilidades[17] de afrontar ese problema que tiende al comité y la asamblea desordenada.

Sin duda la situación tiene sus explicaciones en la realidad quienes nos muestran un Estado (equiparado conceptualmente a *«gobiernos»*) que fue *«degradándose desde la categoría de motor más poderoso del bienestar universal a la de obstáculo más detestable, pérfido y molesto para el progreso económico»* ... pero también se ha señalado que *«tras la pérdida de la confianza pública en la sapiencia y potencia del Estado, le ha llegado el turno a la presunta efectividad de la "mano invisible del mercado" de perder su credibilidad»* ... pues *«sin control alguno, los mercados que se guían únicamente por el criterio de la rentabilidad conducen a catástrofes económicas y sociales»*[18].

Entonces la administración Pública y el Derecho se encuentran con un estado de divorcio y entre el poder y la política que lo lleva a un *«doble aprieto»* en el que los gobiernos deben estar atentos a un electorado frente al que no puede cumplir las promesas de campaña y las fuerzas globalizadas que *«no deben lealtad alguna a los electores y no están obligadas a escuchar sus agravios, como tampoco están de humor para sacrificar sus propios intereses para acallar quejas»*[19].

Esta situación objetiva, innegable debido a la presencia de sus efectos indiscutibles de decadencia y de pobreza, ha desafiado a la Administración que ya no puede ser *«mal gobierno»* o una *«mala administración»* sino que se encuentra frente a lo que Nieto ha denominado el *«desgobierno de lo público»* describiéndolo por su nota de *«intencionalidad y no la mera ignorancia o incapacidad que provocan un mal gobierno o una mala administración»*[20].

Quienes apostamos a fortalecer y recuperar las instituciones sociales públicas y estatales en su faena por la persecución del bien común y el reinado de la justicia social, no tenemos otra salida que continuar en nuestro empeño docente y también en el plano participativo que nos toque desempeñar con responsabilidad y convicción de que la tarea vale la pena y que son muchos los que esperan de nosotros las respuestas que estamos en condiciones de aportar.

Chacras de Coria, 8 de marzo de 2024.

17 Cassesse, Sabino, *La democracia y sus límites*, Global Law Press, INAP, Sevilla, 2018, p. 73.

18 Bordoni, Carlo, «Una definición de crisis», en Bauman, Zygmunt y Carlo Bordoni, *Estado de Crisis*, Barcelona, 2016, p. 22-23.

19 Bauman, Zygmunt, en Bauman Y Bordoni, *Estado de crisis*, ob. cit., p, 32.

20 Nieto, Alejandro, *El desgobierno de lo público*, Ariel, Barcelona, 2008, p. 31.

5

MÉTRICAS DE LA REVOLUCIÓN DIGITAL CON LA POSICIÓN CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD DEL DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Nancy Nelly González Sanmiguel[1]

RESUMEN: La importancia de este tema radica no tan solo en la implicación del Derecho con la administración pública, sino va más allá hacia la expectativa de comprender el objetivo de las necesidades y progreso tecnológico de este siglo, además de la vinculación de los acontecimientos que se cobijan para dar el posicionamiento de la aceptación de los cambios hacia los nuevos retos en el Derecho con respecto a la constitucionalidad y convencionalidad de la administración pública. La vía de acción legislativa sirve para regular los supuestos normativos del elemento tecnológico dentro de la gestión de la función de la administración pública y la forma de implementarlo, con una visión global que se edifica con la inclusión digital para vigilar el correcto acceso a esta función, así como su competencia, distribución de tareas y las obligaciones que se generan.

PALABRAS CLAVE: 1.-Derecho; 2.- Función Administrativa; 3.-Constitucional; 4.- Convencionalidad; 5.-Digitalización.

ABSTRACT: The importance of this topic lies not only in the relationship between Law and public administration, but also goes further towards the expectation of understanding the objective of the needs and technological progress of this century, in addition to the connection of the events that they are sheltered to give the position of acceptance of the changes towards the new challenges in the Law with respect to the constitutionality and conventionality of public administration. The legislative action path serves to regulate the regulatory assumptions of the technological element within the management of the public administration function and the way to implement it, with a global vision that is built with digital inclusion to monitor correct access to this function, as well as its competence, distribution of tasks and the obligations that are generated.

KEYWORDS:1.- Social Law; 2.- Digitization; 3.- Sovereign State

SUMARIO: 1.- EL DERECHO COMO PARÁMETRO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA; 2.-VISIÓN DEL DERECHO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA GLOBAL; 3.- BIBLIOGRAFÍA.

1 Catedrática de la Universidad Autónoma de Nuevo León, en la Facultad de Derecho y Criminología, efectuó sus estudios de Doctorado en Dicha Universidad, así como realizó estudios de Post Doctorales en la Universidad de Jaén, en Jaén España y en la Universidad Autónoma de Chiapas, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, líder del cuerpo Académico Administración Pública y Derecho Financiero UANL-CA-450, miembro del comité de edición de varias revistas internacionales y nacionales de prestigio, cuenta con perfil prodep, líder de la Red de Cuerpos Académicos denominada «Red Mexicana de Cuerpos Académicos en Administración y Derecho: para estudios sobre justicia, políticas públicas y gobernabilidad y líder de la Red de Derecho Administrativo Contemporáneo (REDAC). Orcid 0000-0001-9589-2192, correo electrónica nancygonsa09@hotmail.com

1. El derecho como parámetro en la Administración pública

La función del derecho procede en la vinculación de la regulación de los procesos que se realizan dentro de la sociedad, considerado esto como un eje por medio del cual se desarrollan los supuestos jurídicos que afrontan las necesidades de los parámetros para detonar las líneas, los pros, los límites y las garantías de las situaciones que se suscitan, por la convivencia de los sujetos en el Estado.

Ahora bien, la actividad económica, social, cultural, política, etc. que reditúa ese posicionamiento en los supuestos jurídicos es a través de la vigilancia, control, aceptación, o sanciones de las actividades de gestión del Estado para el desarrollo, bajo las líneas para establecer cuáles son las actividades permitidas de acuerdo con la estructura de la administración pública; en este campo se puede dosificar el diseño de la distribución de éstas, para el proceso de la competitividad y crecimiento del ser.

Tanto la administración pública como el derecho están en pro de la contextualización de una ciencia a través de procesos que ayuden a determinar la construcción no tan solo de normas o reglas, sino a fijar las medidas de las situaciones que giran en torno a las actividades que se fomentan por el ámbito de su interacción; es así como estos procesos son de suma relevancia para considerar la capacidad de injerencia con el fin observar, analizar, examinar, determinar y conciliar las diversas vicisitudes para obtener una distribución de las obligaciones, deberes, responsabilidades, derechos, facultades o exigencias del comportamiento de los seres, que conforman a un Estado.

La tendencia de la globalización ha proliferado hacia una visualización de los sistemas jurídicos que acontecen en la implicación de aquellos derechos que protejan la integridad y el desarrollo pleno de los sujetos y así proceder al reconocimiento universal de los derechos enfatizados a sustentar la dignidad del hombre; esto a razón de las situaciones adversas que se presentaron en el último siglo, por la ideología de un grupo de personas que ocasionaron diversas masacres. Al contraste de esto y en pro de la procuración de un Estado acorde al Derecho, se conformaron las reglas matizadas en los pactos internacionales, para promover un sistema jurídico que velara por los intereses superiores de la seguridad y protección del individuo, ante las condiciones que puedan provocar injusticias o desintegración de la sociedad; por tal motivo, son fundamentales dichos instrumentos jurídicos que promovieron la procuración de la seguridad y la protección de los derechos y las garantías de los seres humanos.

Podemos examinar la necesidad de someter la regulación de los derechos humanos en los ordenamientos jurídicos, tal como se estipula en las siguientes legislaciones: La Declaración Universal de los Derechos Humanos que proclama «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos»[2], así como el reconocimiento en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que establece «es inviolable. Será respetada y protegida»[3], así como en México se contempla en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que señala «las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte»[4], ahora bien, con respecto a los criterios de jurisprudencia, se puede tomar como referencia el que sostiene que la «dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad»[5].

---

2 La Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, Resolución 217A(III), artículo 1, Véase en: https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights

3 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicada en «DOUE» núm. 303, de 14 de diciembre de 2007, artículo 1, Véase en: https://fra.europa.eu/es/eu-charter

4 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 05 de febrero de 1917, artículo 1, primer párrafo, Véase en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf

5 Tesis[J]: 1a./J. 37/2016 (10a.), 2016. Primera Sala, Constitucional, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 33, agosto de 2016, Tomo II, página 633, Registro digital: 2012363.

Los tiempos van modificando la pericia del estudio del derecho por aquellas cuestiones que van afectando a la condición de la dignidad del ser humano, por tal razón es importante examinar los componentes que fructifican la composición en la sociedad, debido a «poder dar siempre un nuevo comienzo a la propia acción, rompiendo la cadena apremiante de las causas y los efectos. Su presupuesto es el conocimiento, sin el cual la acción de los hombres sería pura casualidad, ciega energía insensata, sin que se pueda saber el servicio de qué fin»[6], esto conlleva a analizar y externar las medidas de la funcionalidad de la administración pública.

La tendencia de la globalización con los parámetros de acción hacia la protección de las facultades de los derechos que convergen al ser humano, son la preferencia del entendimiento de la razón y del por qué y para qué de la efectividad de la composición del Estado, configurado así para realizar las funciones competentes a la estructura administrativa para otorgar los parámetros de acción y lograr obtener el resultado.

El encontrar el punto de equilibrio de las necesidades actuales de los particulares y la funcionalidad en la administración pública y su regulación a través del derecho, es la pauta del motor para enfocar los componentes e identificar los diferentes elementos, sujetos y relaciones jurídicas, con el fin de entender y determinar los supuestos jurídicos acorde a la transformación de los diversos medios para llegar a la capacidad del comportamiento actual de la sociedad.

Se ha visto la relevancia de la capacidad de la administración pública para llegar a conectar con la contextualización de la sociedad actual y se ha hablado de inclusión, ya que a través de la utilización de la tecnología podemos versar como se pueden identificar algunas diversidades de acuerdo con la región o zona que sea habitada. Es un punto interesante de cuestionar para ver los siguientes aspectos a estudiar, desarrollar o evaluar para enfatizar en las reglas. Por tal razón, se deben considerar los rasgos que introducen para fomentar la igualdad de oportunidades, beneficios y obligaciones en relación con la migración hacia el uso de la tecnología en los procesos de la función pública.

La temática del pluralismo que conlleva implícita el cambio de la tecnología en la manera de interactuar y la importancia de incluir el de señalar que es un derecho humano y el poder acceder al mismo; pero la cuestión de gran importancia es el punto de la eficacia en la manera de ejercer la gobernabilidad a través de esta vía de utilización de la tecnología y el modo de ingresar a esta para acoger la integración de la sociedad. Se analiza la composición de formas de trámites, gestiones, acciones a determinar y las actividades que se efectúan de manera presencial así como la practicidad de poder transformarlo a través de la vía digital, como ejemplo está la facilidad de hacer llegar documentos de manera digital; es así como las comunicaciones por las vías en medios tecnológicos han provocado disrupción de los modelos señalados en las normas contempladas en los preceptos del Estado en Derecho, lo cual ha ocasionado algo fundamental de regular, ya que en el acceso por este medio de ingreso digital, se concibe la falta de una normatividad congruente y correspondiente para una plena implementación y así poder gestionar las funciones, actividades, medios y formas para transformar la administración pública con las consideraciones oportunas para la injerencia de dicho proceso de digitalización.

Las sociedades tecnológicas, por medio de dichas herramientas, se construyen en base a los procesos que se marcan en los campos de intervención del Estado, a través de la administración pública y la visión del derecho para dar la pauta a la capacidad de extraer los supuestos de los trámites, servicios, gestiones y acciones de las formas tradicionales hacia el proceso digital, generando el nivel denominado gobierno abierto, con una visión a considerar en la generación del conocimiento hacia la apertura de estas herramientas tecnológicas, con las limitaciones pertinentes para el acceso, distribución y gestión correspondiente de cada administración, según su capacidad de injerencia para la adaptación del cambio y de los recursos económicos, financieros, humanos así como su capacidad para la receptibilidad de la vía digital.

Véase https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2012363.

6 Zagrebelsky, Gustavo, *Derecho a la fuerza*, trad. García Mayo, Alejandro Ed. Trotta, España, 2023, pág. 96.

El razonamiento hacia la capacidad de interacción del gobierno digital en la función de la administración pública, se enlaza con el estudio de los elementos, componentes y sistemas adecuados para generar el concepto apropiado del derecho con la implicación de las herramientas tecnológicas, para el cambio de paradigma del gobierno abierto y la implicación de las facultades de la administración pública, siendo esto un operante para enfatizar y vigorizar los símbolos, idiomas, técnicas, medidas, lenguajes y procesos, para la proyección de este modelo, con el objetivo del adecuado funcionamiento de la actividad del Estado.

2. Visión del Derecho en la Administración pública global

La factibilidad de interacción de las situaciones digitales que se presentan en este siglo, es algo que ha revolucionado la manera de gestionar los comportamientos y las actividades económicas, sociales, laborales; debido a la facilidad que se obtiene por el uso de las herramientas tecnológicas, se pueden comprender como las estrategias, las economías y las actividades productivas, se orientan hacia una coordinación de efectos desde diversas operaciones, ya no tan sólo es amparada su regulación dentro de un Estado, sino la aplicación de actuación de diferentes normatividades de Estados, de acuerdo con las operaciones que se requieren.

Este entorno de unión por la diversificación de las normas que regulan el comportamiento de la sociedad a través de cada uno de los países, así como la armonía en los supuestos jurídicos de aquellas situaciones que emergen para una cooperación o facilidad para la globalización, son un punto de gran interés, es decir, al provocar esta conexión de normas o reglas que vayan supeditadas a hechos o supuestos jurídicos que se externan en diferentes culturas, idiomas, usos y costumbres, pero unidas a pesar de las fronteras físicas o limitaciones que cada Estado posee, genera una relevancia importante de su soberanía y esto debido a la implementación, desarrollo, gestión y transformación de la utilización de la vía de acceso a través de los medios electrónicos, los cuales han resultado en un proceso en el que la comunidad digital ha traspasado los elementos de la configuración o determinación del Estado del siglo pasado.

Es decir, estamos en presencia de un cambio a causa de la revolución que estamos emergiendo con las medidas orientadas a los procesos de adaptación, no tan solo para una efectividad o eficacia del Estado a través de la administración pública, sino con la tendencia hacia una sistema de gestión pertinente para someter los cambios necesarios para la evaluación de la posición actual del Estado para cubrir las necesidades y llegar a la finalidad máxima de éste que es el bien común; por lo tanto, no tan solo se deben observar las técnicas o herramientas tecnológicas, sino se debe pensar en cuáles son las medidas convenientes. Hay factores implícitos para alcanzar el objetivo de la culminación de la regulación de los Estados a través del derecho, como lo es la conformación de las normas o reglas supeditadas por los Estados dentro de las condiciones generales para determinar la postura de los supuestos jurídicos y así dirimir las constantes desigualdades que hay en los diferentes Estados, ya que se pretende una igualdad en base al principio de proporcionalidad y de adecuación que afectan las posibilidades de cada Estado, pero bajo un régimen de instrumento de guía hacia la legitimización de la consolidación de diversos factores que ayudan al fenómeno de la fuerza de la unión con matices de las facilidades que brindan el uso del desarrollo de la tecnología.

La movilización de aspectos sobre la manera de la distribución de los componentes del Estado en la función pública y la fluctuación de las actividades del desarrollo de la tecnología «impulsa la integración de los mercados financieros y la creación de una red de información global»[7], se determina ahora como es operante la tecnología tanto en las actividades comerciales como en las económicas, de seguridad, de información y de socialización y ha puesto en relevancia la industrialización de este reto en proyectar a la administración pública con la unión de los diferentes objetivos, que se enlazan para un fin en común, sustentado hacia la globalización.

Esta vía de acceso de las herramientas tecnológicas, dan la facilidad que permiten interactuar, llevar procesos y realizar desarrollos de software que configuran la estructura de la administra-

7 De Camargo Penteado, Claudio y Tavares, Welligton en «Democracia en sociedades digitales» en Brugué Torruella, Joaquín, Martins, Simone y Pineda Nebot, Carmen en *¿Una nueva democracia para el siglo XXI*, Clasco, Buenos Aires, 2020, pág. 54.

ción pública digital; lograr el fortalecimiento de este cambio de revolución a través de las normas es como se permite la gestión de la consolidación de la tendencia hacia una globalización con diversos factores y sectores, que se van unificando para ejercer, de una manera más efectiva, el desarrollo de la administración pública.

El dinamismo que se ha introducido y las flexibilidades que se permiten, deben medir las variaciones correspondientes para lograr que los requerimientos de los particulares converjan en una similitud en los diversos Estados que se configuran en los parámetros de la unificación hacia una globalización de la administración pública; por eso, la tendencia de la operación de esta expansión, debe estar regulada para un crecimiento sustentable de la economía, el desarrollo ambiental y las necesidades de los particulares, en los cuales se observen dentro de la estructura de la administración pública.

Se pueden lograr modalidades que permitan las condiciones más adecuadas a los Estados para satisfacer las inquietudes que se presentan por el cambio, la adaptación y la posición de cada norma interna de estos; existe el análisis de cuáles son las crisis derivadas del uso de herramientas tecnológicas que se han desarrollado y la manera de sopesarlas, siendo una vía para razonar por parte de las instituciones y dependencias, la distribución de los factores que intervienen en el desarrollo caudal del Estado.

La influencia de la función administrativa es la relación efectiva de los cambios que operan en cada tiempo y espacio para someter a ésta las peticiones, gestiones, servicios, trámites que son operantes y que se consideran como los motores para su objetivo en la consolidación del Estado; van cambiando hacia los movimientos que son gestados en las diferentes épocas, con la postura de los anhelos, vicisitudes, límites, enfoques o juegos que se adecuan para mejorar la expresión de la relevancia de la función del Estado y del estudio de estos fenómenos a través del derecho.

La capacidad que se cuenta en las administraciones públicas con los diferentes recursos que se utilizan para satisfacer sus funciones, se perfilan de acuerdo a la virtud que se expresa como idealismos de principios y estructura de organización, que dan las condiciones aptas para dirigir de manera coherente, eficaz, eficiente, justa, igualitaria y equitativa y así poder construir la base del Estado como guía hacia el régimen de la estabilidad para cubrir las necesidades de los particulares, con una visión global en el camino de la utilización de las herramientas digitales, que permitan estas operaciones para la comunicación y las gestiones que se efectúan desde diferentes lugares que conllevan la implicación de varios Estados en la regulación de estos preceptos; esto a causa de las relaciones que se presentan por las facilidades que otorga esta vía de comunicación y la manera de interactuar en diversos lugares y que afectan en otros Estados. Es por eso la importancia del derecho de generar los marcos referentes para este tipo de relaciones que se susciten a consecuencia del uso de la facilidad tecnológica.

Los lineamientos de la función de la administración pública van ejerciendo el modelo que va de acuerdo con los comportamientos de la sociedad, como lo son la interpretación efectuada por los juristas a través de la doctrina, las normas pertinentes para los supuestos jurídicos que emiten los legisladores y de las jurisprudencias emitidas por el poder judicial. Es así que con el raciocino del ejercicio del poder hacia la fórmula de una definición determinante de la función del Estado a través de la administración pública, se deben someter cuáles son las causas de las raíces de la postura hacia las relaciones que se modifican y gestionan con los cambios políticos o la adaptación de la capacidad de generar otro tipo de fuerzas para crear el correcto aparato que sea el impulsor del Estado con la visión de la sustentabilidad y la vía de obtención de las mejores condiciones para los particulares.

La delimitación de la función en la Administración pública es de acuerdo con el sistema que se va a establecer para determinar el compromiso de este con los particulares; el eje principal va en relevancia a categorizar las necesidades eminentes, así como la base de los recursos con los que se cuenta. Esta es una forma de puntualizar el progreso del desarrollo del estímulo de la tecnología y la reactivación de esta función.

Se observa la viabilidad de la cooperación de los diversos sujetos que intervienen de manera directa o indirecta en las distintas interacciones y esto es un proceso de aceleración del impulso de las fuerzas de esta revolución tecnológica y la versatilidad de los cambios que se deben operar para no hablar sólo de un gobierno abierto o una administración pública digital u electrónica, sino ir más allá de esta implicación, ya que se trata de la expansión de las funciones a nivel global para

efectuar dicha organización y establecer los componentes que den fuerza a esta manera de intervenir y resolver los problemas que se presentan.

Al canalizar la posición actual de la administración pública, ya sea a través de la fuerza del uso de las herramientas de la tecnología o por las cuestiones políticas-sociales, políticas-económicas, estado-sociedad, necesidad-satisfacción, estas condiciones son los lineamientos que se deben someter a la intervención de la capacidad y participación de los particulares con apoyo de las instituciones correctas para poder cumplimentar esta necesidad.

En el siglo XX, se proyectó a la administración pública en México para que tuviese el auge del crecimiento en el desarrollo de la actividad económica; ahora bien, para dar ese arranque hacia la competitividad con expectativas de la introducción de los medios digitales, se deben dar esas facilidades cognoscitivas al progreso, no tan solo de la facilidad para conducción, sistemas o actividades de la función de la administración pública, sino se debe contemplar la forma de interactuar para llegar al verdadero fin de la creación de la administración pública.

La manera de participación cambia según las expectativas que se generan para avivar a las instituciones que el Estado proyecta, con el fin de obtener las mejores vías para el óptimo aprovechamiento de los recursos que maneja y así cumplir su objetivo; es por tanto que, las diferentes crisis que se han presentado en el manejo de la función administrativa, arroja una oposición de los particulares para contribuir con sus obligaciones, por eso a través de esta vía de interacción con los medios digitales, se prevé un equilibrio para el sostenimiento de un Estado de Derecho con la visión que «busca cumplir una función de previsibilidad con respecto a las situaciones que la vida misma genera»[8] y corresponde esto a las luchas mitigadas para alcanzar la felicidad del desarrollo del ser humano en la sociedad.

Es así como el derecho sirve para someter las operaciones justificadas de las acciones de los servidores públicos, así como para determinar la coalición del Estado entre él y las normas jurídicas, principios, manuales, protocolos y estructuras que estabilizan la actividad económica del Estado, lo anterior para realizar la función administrativa desde una perspectiva de cambio a través de los sistemas jurídicos y los medios de alcance que se someten a la organización del Estado.

La importancia de los reajustes normativos para atender las posiciones actuales de los particulares, mediando en pro de una justa redistribución de factores económicos, sociales, ambientales, de desarrollo de la personalidad, humanos, etc., no basta una mala determinación de la administración pública para socavar el poder del Estado, pero si la redimensión de esta ante los particulares, para ejercer la responsabilidad correspondiente de aquellos que no cumplieron con sus obligaciones como servidores públicos.

Las deficiencias que se puedan presentar en la administración pública es de tildar las condiciones, motivos, razones y poder medir las consecuencias de estas imprudencias para someter los cambios pertinentes con el uso de los medios digitales; puede consistir en un estudio con variables que indiquen los elementos a modificar para generar una eficiencia, eficacia y buena administración dentro de la administración pública; el fortalecimiento se logra a través de un buen funcionamiento y estructuras que miren hacia las necesidades que se deben cumplir como Estado, para desarrollar los planes estratégicos a que cada administración pública se somete.

La evolución de la administración pública en México se sostiene por los factores que se reclaman en los movimientos de las luchas, pero debe tener una regularización para la integración de las condiciones necesarias y realizar las modificaciones pertinentes sin pasar a un arbitrio o pérdida del poder de la función administrativa, y así redimir las condiciones pertinentes de los pliegos de peticiones a causa del movimiento; estas situaciones dañan la organización y la manera de ejercer las políticas públicas, así como el constante cambio dentro de la administración pública, que no persiguen un plan a largo plazo, sino se someten a las condiciones de cada sexenio en México, lo cual sin duda genera un atraso en los proyectos que se puedan construir por no continuar con el mismo objetivo. Estos mecanismos de la democracia, así como la intervención de la participación ciudadana al sometimiento de la administración pública al ejercido, son el debilitamiento de la toma de decisiones de la función de la administración pública.

8 Cossío Díaz, José Ramón, Ugalde, Vicente, *El Estado de Derecho en México Contemporáneo*, Colegio de México, 2023, pág. 37

Los problemas del cambio de la administración pública a través de los medios digitales, son cuestiones no tan solo de dirimir las gestiones o trámites digitales, sino las implicaciones de los sujetos que deben intervenir para dar este paso, así como las políticas de acción en caso de la vulneración de una plataforma, liga o página y la congruencia de la norma jurídica con estos medios de exposición de la información señalada en estas por la administración pública; son operaciones que se deben contemplar para especificar la sensibilidad de estas acciones, así como no permitir el aminorar la función de la administración pública a causa o a raíz del proceso del cambio digital.

Los órganos administrativos se deben ejercer ya no tan sólo con una expectativa de cumplimiento de lo señalado en los planes de desarrollo que la Federación, Estados, municipios o demarcaciones señalan, sino deben mirar hacia una política de la determinación de un conjunto de homologación hacia el desarrollo competitivo, con una análisis de acción para redefinir el fundamento de sus necesidades, los medios para satisfacerlas y la obtención congruente de la actividad financiera del Estado con una visión que debe preservar la globalización, así como prevenir las crisis que el Estado debe afrontar; en este siglo se ha demostrado que el Estado, a través de aquellas personas que ejercen el poder de tomar decisiones, no ha tenido la capacidad para sopesar situaciones adversas tales como lo vivido durante la época de pandemia por el COVID.

Ha quedado marcada la incompetencia del Estado para sobrellevar este tipo de situaciones adversas en la sociedad, por lo que se necesita entender, que es el Estado quien debe manejar los problemas que se suscitan dentro de él para brindar las mejores soluciones; pero se ha demostrado que no se ha adquirido este desarrollo y esto se presenta dentro de las percepciones tangibles, por lo que la pregunta sería: ¿Cómo podrá resolver los problemas que se susciten por las actividades intangibles que desarrolla el Estado? si con la rigidez con que se cuenta en las relaciones institucionales de manera tradicional, cuáles serían los matices que se colocan en la administración pública digital, así como el control, limitación y ejercicio de la función propiamente.

La falta de innovación del Estado en el tema de la digitalización, ha provocado la impericia de no poder concebir su propia presencia digital, la normatividad o marco de actuación, ya que el manejo de esta transformación hacia una gobernanza digital, se ha conferido a terceras personas que son los que someten los procesos, evaluaciones, guías y acciones para que los particulares puedan utilizar las vías de acceso digital; es por tanto que realmente quien ejerce el poder o la forma de acción es a través de aquellos que implementan los softwares correspondientes para estas acciones y son a quienes se les indica que tienen una participación meramente de cooperación, pero en realidad tienen el verdadero manejo del Estado; por eso, se debe redefinir la posición del Estado en vía digital, no solamente para arribar a un cambio de medio, sino las consecuencias que se pueden generar por uso inadecuado, ya sea por negligencia, dolo, irresponsabilidad o falta de protección de los programadores de estos accesos.

Esta es la generación de la expectativa de la función de la administración pública en el contexto digital, ya que debe someterse al paradigma de la globalización, el cual está descrito como el «proceso social mediante el cual los acontecimientos se aceleran y se extienden alrededor del mundo»[9] y así observar las posibilidades de acción para ejercer y definir la organización de la administración pública en un Estado de Derecho Digital Globalizado.

Si se concibe el criterio de la Suprema Corte de Justicia hacia la buena administración pública como aquella que «constituye un derecho fundamental de las personas y un principio de actuación para los poderes públicos y que con sustento en éste se deben generar acciones y políticas públicas orientadas a la apertura gubernamental, a fin de contribuir a la solución de los problemas públicos a través de instrumentos ciudadanos participativos, efectivos y transversales, y que toda persona servidora pública garantizará, en el ejercicio de sus funciones, el cumplimiento y observancia de los principios generales que rigen la función pública»[10] se observa lo que constituye el

9 De Sousa Santos, Boaventura, «Los procesos de globalización», en *Construyendo las Epistemologías del Sur para un pensamiento alternativo de alternativa*s, coord. de Sousa Santos, Boaventura, Volumen I, Clasco, Buenos Aires, 2018, pág. 424

10 Tesis[A]: I.4o.A.5 A (11a.), 2021. Tribunales Colegiados de Circuito, Constitucional, Administrativa Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Undécima Época, Libro 8, diciembre de 2021, Tomo III, página

término de las características que se deben concebir pero sin hablar del acontecimiento desde el aspecto digital.

El Estado ha sufrido mórfosis con respecto a la manera de determinar las actividades estratégicas, prioritarias o libres, por diversos factores que ha contribuido al cambio de paradigmas y a sostener la realidad actual, situando los hechos o actos en los que incumbe a tales procesos, supuestos o efectos; es así como debe generar la expectativa del funcionamiento adecuado con la tendencia de los designios tanto políticos, económicos, financieros, ambientales, globales, etc. que se deben redimir para tal cambio de operación, basado en el principio de legalidad, eficacia, eficiencia para en sí hablar de una buena administración que vaya acorde a las necesidades actuales de los particulares.

La racionalidad de la técnica para determinar la operatividad de la función de la administración pública, es lo que genera las expectativas del sostenimiento del Estado en la postura de una legislación correspondiente a las acciones, para efectuar las medidas orientadas a cubrir las necesidades, gestiones y trámites así como además desarrollar los parámetros y guías para efectuar las actividades profesionales, comerciales, económicas, para considerar los elementos para su configuración y en pro de los beneficios de la sociedad.

La manera de poder ajustar los cambios con los elementos adecuados, para determinar las estrategias correspondientes, con enfoque hacia el proceso de la digitalización y el desarrollo de la gobernanza actual, va a girar de acuerdo con aquellos integradores que sopesen la actividad como solucionar la situación de actuación y fomento de culminar las necesidades de los particulares.

La regulación lógica que implica una justicia tanto distributiva como social, debe dar las pautas para el fortalecimiento de la función de la administración pública, además de concebir ir más allá hacia un desarrollo del crecimiento, con movimientos preestablecidos y con el objetivo concreto, sin modificaciones en cada gestión y así poder ir hacia el progreso de una definición de periodos extensos que ayuden a una planeación acorde al desenvolvimiento de los sistemas que procuren el fomento de los programas y planes, sin estar a expensas de los cambios de cada gestión.

A raíz de los cambios de cada sexenio en México, se genera conflicto de atraso en los proyectos, ya que las ideas o puntos de vista de las administraciones que llegan a la función, modifican los planes y pueden arrojar atrasos o cancelación de estos, considerándolo algo perjudicial tanto para los particulares como para el control del manejo de los recursos de los bienes, ya que estos se deben enfocar no a la satisfacción de las posturas de cada cambio de administración, debiendo estar dirigido y sustentado con estudios que indiquen la efectividad de cubrir dicha necesidad y el objetivo del mismo; se debe generar una visión de estructura de una administración pública con una base permanente de sistemas, acciones y normas referentes a contemplar dichas necesidades.

Es decir, contar una estructura sólida que permita el sostenimiento de la función de la administración pública para tener un desenvolvimiento eficaz en el cumplimiento del objetivo, no con la tendencia de la administración que cambia por cuestión de la democracia, sino posicionar el plan de desarrollo nacional hacia una visión que contribuya a la continuidad, progresividad y el accionar del sistema de acuerdo a una posición con las variantes del cambio de cada administración, tomando como base al racionamiento para determinar con estudios factibles la posibilidad de generar la distribución de las cargas de la función de la administración pública.

Dicha sustitución provoca situaciones adversas a la gestión de la administración pública por la falta de congruencia entre una administración saliente con la entrante, por tal motivo, se debe verificar el posicionamiento real del Estado, para determinar la manera de establecer un proceso que contenga los cánones conforme a la actividad propia de la satisfacción del interés general de los particulares y para plasmar el desarrollo con una visión prolongada de dichos proyectos y no verse afectados por creencias o ideologías de la autoridad que ingresa a la función de la administración pública.

Estos procesos de la democracia del cambio en la administración pública deben ser evaluados para marcar aquellas funciones tales como: las integrales, competencias, funciones, marco

2225, Registro digital: 2023930. Véase en: https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2023930

estructurales de la función pública en pro de los indicadores a los que se sujeta cada programa o actividad de los órganos que conforman la administración; es una postura que se debe cuestionar acerca del cambio de paradigma para reivindicar el posicionamiento de este sujeto no tan solo enfrente del latente cambio de la tecnología, sino además de las variaciones constantes de cada gestión que no han traído un impulso de mejoras regulatorias; es necesaria la imposición de aquellas funciones acorde a una decisión funcional y no política, para la realización de esta.

Esto no se determina únicamente para configurar una administración con una posición de planes hacia la proyección de 15 a 20 años, en los cuales se establezcan dichas necesidades en base a una análisis somero de cada situación, sino de converger hacia la postura de una globalización, desde una perspectiva de convencionalidad de adaptar aquellas normas que se pactan a través de los tratados, acuerdos o convenios, que se deban adecuar a la posición de nuestro país en pro de una evolución y en la tendencia de la revolución de la tecnología industrial.

Al hablar de convencionalidad, se enfoca a las herramientas para garantizar los derechos que se consagran hacia los particulares.

Revestir las obligaciones de las autoridades como «una estructura jerárquica que incorpora la desigualdad y la distinción, cuyo carácter principal es la estabilidad y el hecho de ser indiscutible y autosustentado»[11] en esta área de cumplir con los precedentes o la determinación en las normas globales para las pautas de no incurrir en contradicciones, se mantiene el hecho de la rectoría del Estado, pero la posición de la dinámica hacia la legalidad de las acciones, actos o hechos que van enfocados hacia los elementos de una estructura, no solamente interna sino de esta ampliación de normas que se deben cumplir para armonizar el contexto de los derechos humanos y sus garantías.

Al hablar de este punto de convencionalidad, se debe respetar en pro de los particulares y no caer en situaciones adversas a los sistemas adjetivos; es por tal razón, que es una forma de ir colaborando en una posición de similitud de acciones de la función de la administración pública con la posición de identidad de cada Estado, pero la forma de obtener trámites y gestiones homólogas no perjudica el avance del progreso de las barreras que han sido eliminadas por el uso de las herramientas tecnológicas y han causado esta mira de gestionar la visión hacia una Administración Pública Global.

A manera de Conclusión, se somete que el desarrollo de este tema fue la implicación actual del Derecho con la función de la administración Pública en México, con un punto de partida sobre la implementación de las herramientas tecnológicas y los pros y contras de esta determinación, con los parámetros de la gestión del derecho para sopesar los cambios que se acuerdan para dar paso al gobierno digital y la tarea en referencia a la actividad del Estado, como un modelo de gestión cooperativo entre el Estado, los medios tecnológicos y la sociedad.

Esta fusión ha colocado a la administración pública como una cuestión no tan solo de un control constitucional en el ejercicio de la administración de la justicia, sino se ha abierto hacia la integración de una globalidad de acciones, que permiten dirimir actos, trámites y gestiones que den paso a la factibilidad de actividades que apoyen a la competitividad del Estado.

Es así, que el impulso de ir a la par de los cambios en las actividades que se presentan en las sociedades, para que el Estado resulte el competente para regularlo y ser el motor de dicho impulso; es por tanto la importancia de la injerencia del Derecho como método, técnica y de poder ejercer límites al campo de estudio de la determinación de la competencia de la función de la administración pública para estar en la legalidad de la actuación de su función.

Es un modelo que se debe referir, en la función de la administración pública, con la visión de la integración de un marco que sostenga aquellas actividades que se puedan gestionar en diversos países, siempre con la intención de hacer el beneficio hacia la comunidad; es la manera de como el Derecho va a estar presente en referencia al control, la seguridad y la proporcionalidad de la normatividad correspondiente, para ejercer la funcionalidad de la adminis-

11 Araujo, Kathya, «Condición histórica y renovación de la noción de autoridad», en Torres, Esteban y Domingues, José Mauricio, *Nuevos actores y cambio social en América Latina*, Clasco, Buenos Aires, 2022, pág. 314.

tración pública como eje central en la posición del núcleo de la configuración de la sostenibilidad del Estado y la sociedad.

3. Bibliografía

Araujo, **Kathya**, «Condición histórica y renovación de la noción de autoridad», en Torres, Esteban y Domingues, José Mauricio, *Nuevos actores y cambio social en América Latina*, Clasco, Buenos Aires, 2022.

Cossío Díaz, **José Ramón**, **Ugalde**, **Vicente**, *El Estado de Derecho en México Contemporáneo*, Colegio de México, 2023.

De Camargo Penteado, **Claudio** y **Tavares**, **Welligton** en «Democracia en sociedades digitales» en Brugué Torruella, Joaquín, Martins, Simone y Pineda Nebot, Carmen en *¿Una nueva democracia para el siglo XXI?*, Clasco, Buenos Aires, 2020.

De Sousa Santos, **Boaventura**, «Los procesos de globalización», en *Construyendo las Epistemologías del Sur para un pensamiento alternativo de alternativas*, coord. de Sousa Santos, Boaventura, Volumen I, Clasco, Buenos Aires, 2018.

Zagrebelsky, **Gustavo**, *Derecho a la fuerza*, trad. García Mayo, Alejandro Ed. Trotta, España, 2023.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicada en «DOUE» núm. 303, de 14 de diciembre de 2007, Véase en: https://fra.europa.eu/es/eu-charter

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 05 de febrero de 1917, Véase en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, Resolución 217A(III), Véase en: https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights

Tesis[J]: 1a./J. 37/2016 (10a.), 2016. Primera Sala, Constitucional, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 33, agosto de 2016, Tomo II, página 633, Registro digital: 2012363. Véase https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2012363.

Tesis[A]: I.4o.A.5 A (11a.), 2021. Tribunales Colegiados de Circuito, Constitucional, Administrativa Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Undécima Época, Libro 8, diciembre de 2021, Tomo III, página 2225, Registro digital: 2023930. Véase en: https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2023930

6

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO. UN TEMA DE PERENNE ACTUALIDAD

Armando Rodriguez García
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
Miembro Fundador del FIDA
Director Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo Local

1. El tema que se plantea pone en contacto con un objeto de análisis consistente en la apreciación conjunta de dos categorías que, individualmente consideradas, tienen una magnitud de contenido y valoraciones con suficiente entidad y complejidad como para ocupar bibliotecas enteras, en cuanto se refiere a los datos, informaciones, argumentaciones y reflexiones que se han vertidos sobre sus respectivos perfiles como nociones, además de lo que aporta la experiencia acumulada en el devenir que recoge su presencia para la existencia humana.

De este modo, la combinación de ambas cuestiones (Administración pública y Derecho), junto a la consideración de las interrelaciones que operan entre ellas como asunto focal de atención, comporta un extenso volumen de aspectos que escapan a la posibilidad de su abordaje total o exhaustivo en un espacio con las limitaciones que determina el que ahora se pone a disposición de esta reflexión, por lo que apuntamos a referir —de manera puntual y en forma resumida—, solo algunos de los puntos de contacto que nos resultan más destacables por su importancia y trascendencia para destacar el vínculo indicado, la evolución ocurrida en torno a su percepción y sus consecuencias, a cuyo efecto hacemos énfasis en el carácter de categoría constante, y la estabilidad que ha tenido esa ecuación y su resultado deseable a través del tiempo, del pensamiento y de lo que sentimos en cuanto a su visión pragmática, a lo que se agrega una mención sobre lo que permite entenderse que podría ser su presencia y estabilidad hacia el futuro.

Por una parte, la Administración Pública aparece, inicialmente, como un fenómeno real, efectivo y tangible, como una noción que, además de la acepción común o general del vocablo, que nos pone en contacto con la idea básica de actividad, función o acción administrar como la tarea de gobernar u organizar algo, aludiéndose al mismo tiempo al conjunto de organismos y personas que se dedican al cumplimiento de esas funciones, admite ser considerada desde distintas miradas en el entorno general del mundo científico, dentro de la cual se encuentra la que se adjetiva con el objeto y fin de administrar, cuando su contenido está centrado en las cuestiones colectivas o generales de la sociedad, en las cuestiones o asuntos que entendemos como públicos.

En la ruta de ese curso de aproximación al asunto, nos topamos de entrada, con la perspectiva que arroja la visión sociológica; sin embargo, de inmediato aparecen los aportes provenientes de otras visiones posibles, como son, la política, la económica, la gerencial, la histórica y, desde luego, la perspectiva que nos ofrece la óptica de las categorías jurídicas en su más amplia acepción, lo que sirve como eje direccional para encauzar el enfoque que exigen los términos que acotan el tema planteado.

2. Precisamente, por tratarse de una cuestión susceptible de interesar y ser objeto de atención, desde múltiples enfoques del conocimiento, se presenta la oportunidad del abordaje desde distintos puntos de vista.

En ese sentido, abrimos el ejercicio mediante algunos contactos esenciales sobre su expresión desde el punto de vista sociológico y los registros históricos de usual referencia, por entender que esto permite discurrir de manera ordenada, lógica y sencilla hacia el abordaje de los elementos que dibujan la perspectiva del Derecho en ese planteamiento, formulado como objetivo central de atención.

Sociológicamente, es claro que la conformación de cualquier grupo social o comunidad básica, medianamente compleja, atrae el surgimiento de posiciones de liderazgo o dirección que se reconocen o se aceptan como tales por los integrantes del grupo. En igual sentido se produce una suerte de estructuración de tareas que incluyen distintas actividades o funciones con mayor o menor alcance colectivo que se instalan en términos más estables y precisos, en lo que, desde luego, influye la experiencia, en cuanto a los resultados favorables obtenidos en función de las opciones puestas en marcha, a lo que se añade, por obvias razones, la disponibilidad de nuevos elementos instrumentales y capacidades con los cuales se cuenta en cada momento, sin olvidar las variaciones que aparecen constantemente en las necesidades de la comunidad correspondiente.

Este punto remoto, y aparentemente ajeno a lo que entendemos de ordinario (y con mucha mayor razón en los espacios científicos especializados) por Administración pública, se emplea, sin embargo, por acreditados autores, para avanzar metodológicamente haca la comprensión del Derecho administrativo como disciplina, partiendo de la consideración de su objeto de atención, esto es, la Administración pública, en tanto complejo institucional inserto en los poderes del Estado.

A tal efecto cabe traer como ejemplo el aporte que presta la aguda visión de Meilán Gil, empleando como método la lectura de autores clásicos del derecho administrativo[1], nos contacta con la postura del Giannini (advirtiendo Meilán que, *en esta dirección con características propias pueden citarse figuras ya clásicas pero actuales como Eduardo García de Enterría y José Luis Villar Palasí*) en cuanto a la actividad administrativa como cuidado concreto y no autosuficiente de intereses, desplegada por un aparato organizativo que, insertado en una organización más amplia, desarrolla esencial o prevalentemente la actividad administrativa, aunque no por ello agota, necesariamente, su realización[2].

Acogiendo la valiosa y didáctica sugerencia del profesor Meilán, a propósito de practicar la lectura de los clásicos, ampliamos la búsqueda del pensamiento de Giannini, mediante la revisión de lo que ha sido una interesante y nutritiva monografía sobre el asunto de los antecedentes del Derecho administrativo.

Encontramos entonces que, el autor extiende su apreciación sobre estos puntos, afirmando que, «mientras todas las administraciones públicas tienen relevancia sociológica, tan solo algunas tienen relevancia jurídica... esto lo han demostrado los etnólogos y los antropólogos, quienes han recogido ya abundante material sobre varios tipos de agregados humanos primitivos y subdesarrollados....Ahora bien, su análisis sociológico revela que apenas los agregados humanos superan el umbral de lo absolutamente primitivo se dan una organización, aunque sea mínima. De ordinario es el jefe o la asamblea (según quien detente el poder supremo) quienes crean unos cargos permanentes, que en términos modernos se podrían llamar encargados de las armas, en cargado de los cultivos, sacerdote-juez, etc. Ahora bien, cualquiera que tenga un mínimo de conocimientos jurídicos comprende pronto que tales organizaciones no siempre son jurídicamente relevantes. Para el sociólogo, en cambio, son organizaciones que pueden llamarse administrativas, y que pueden tener un gran interés...»[3].

---

1 José Luis Meilán Gil, *Lecturas de Clásicos del Derecho Administrativo.* Andavira Editorial, Santiago de Compostela, 2012. Págs. 45 y stes.

2 En esta ocasión las referencias de lectura remiten primordialmente a la obra de Massimo Severo Giannini, *Lezioni di Diritto amministrativo (1959-1960) Roma, 1961.*

3 Massimo Severo Giannini, *Premisas sociológicas e ideológicas del Derecho administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). Colección Estudios Administrativos. Segunda edición. Madrid, 1987. Pág. 10.

En resumen retenemos como dato fundamental, que la idea de administración pública desde la perspectiva sociológica, esto es, entendida como hechos administrativos (manejo de asuntos) de las colectividades humanas constituidas como grupos permanentes, comporta tanto las actividades, como las organizaciones que se encargan de cumplir esas actividades, en el sentido de tarea asignada, o sea, como una función específica que sirve para identificar a esa organización y diferenciarla de otras; en definitiva, se trata de nociones surgidas de la dinámica y la realidad inherente a los grupos sociales en su desenvolvimiento regular, para dar respuesta a los requerimientos o necesidades de los individuos que los componen y, en consecuencia, para dar estabilidad al grupo o comunidad como tal, cuya existencia depende de la de sus integrantes.

3. Aparejado al contacto con esas nociones iniciales sobre la Administración pública, toca hacer lo propio con el segundo componente de la ecuación formulada, es decir, con el Derecho, también entendido en términos básicos o primarios.

En este orden de ideas, comencemos por advertir que resulta difícil pensar en una realidad como la que nos muestra la idea de administración pública en sentido sociológico, que venimos de ver, sin complementarla o acotarla en un entorno mínimo de orden o disciplina que permita asegurar, al menos, lo fundamental o esencial de sus contornos y la regularidad de sus aplicaciones prácticas.

De alguna manera esa noción de orden o disciplina que, por supuesto, nos pone en contacto con la idea de Derecho, se corresponde con los asuntos y las relaciones que se generan en virtud de la vida en comunidad, de aquello que aporta un contenido medular a la noción de Sociedad, y que, por otra parte, expresa lo esencial y consustancial de la naturaleza humana (la sociabilidad).

En consecuencia, la idea primaria de Derecho se nos ofrece —al igual que a de Administración pública—, como una realidad remota, que en sus manifestaciones iniciales se remonta a los orígenes mismos de la vida en sociedad, con las primeras manifestaciones de estabilidad en los grupos humanos y con mayor acento a partir de las etapas en que se produce la transformación de tales grupos en comunidades sedentarias al superar el nomadismo y provocar los primeros asentamientos humanos sobre el territorio. De allí, la afirmación común o adagio «ubi societas, ibi jus» (donde hay sociedad hay Derecho).

Se manifiesta una necesidad por conducir los grupos sociales agrícolas hacia la obtención de objetivos comunes (sociales), mediante la garantía de estabilidad y la productividad para asegurar la subsistencia y con ello sobrevivir y desarrollarse, lo que incluye figuras de asignación de tareas a los lideres, conductores, caciques, reyes, etc., mediante reglas orales, en una primera fase, que luego encuentran mayor nivel de estabilidad y permanencia con la expresión de la escritura, mediante los primeros textos que aportan los registros arqueológicos, como el código de Uruknia, que data del año 2380 antes de Cristo, encontrado en las ruinas de lo que fue la ciudad de Uruk en la ribera oriental del rio Eufrates, considerada como una de las primeras ciudades en la Historia.

A este ejemplo pueden sumarse otros tantos en la antigüedad que sirven para constatar la estabilidad, el sostenimiento, la consolidación, así como, el despliegue en términos territoriales que registra el Derecho, esta creación humana común a todas las formas y manifestaciones sociales —desde luego, con las variaciones o matices lógicos en función de las diversidades culturales—, lo que afinca su carácter de componente esencial para la vida colectiva, al igual que, como ya hemos mencionado, sucede con la Administración.

En suma, al pasar revista a esas nociones nos percatamos de la gran coincidencia que, en términos valorativos y temporales existe entre ambas, a lo que se añade una particular nota de complementariedad, lo que convida a —o tal vez mejor, obliga— a conocer los contenidos de esa región de comunicación entre ambas.

Tanto lingüística como funcionalmente, el vocablo Derecho es un término polisémico, al cual, en su empleo común, se pueden atribuir, cuando menos, tres acepciones diferentes:

En primer lugar, al decir «Derecho» aludimos al conjunto de reglas o normas jurídicas (distintas de las pautas sociales o religiosas) de diferente rango y factura, dispuestas bajo un determinado patrón o estructura, que se aplican a las personas en determinadas situaciones o circunstancias, con el fin de regular su conducta dentro de la colectividad, en un espacio y tiempo dados. Esto es lo que conocemos como ordenamientos jurídicos positivos, o más concretamente «Derecho positivo», como muestra del objeto tangible y utilitario más común, en el cual se sintetiza un com-

plejo andamiaje de valores, instituciones, categorías, decisiones y técnicas concurrentes para su existencia y aplicación práctica.

La segunda acepción tiene que ver con la evolución del conocimiento sobre esos complejos normativos y sus principios y técnicas específicas, lo que lleva a organizarlos, mediante la agrupación sistemática de sus contenidos, para fines didácticos y operacionales mediante la configuración virtual de conjuntos sustantivos o de contenido, que se adjetivizan convencionalmente, en atención a la materia o perspectiva de aproximación cognitiva que se emplea para su manejo científico; entonces el término «Derecho» se refiere a una categoría gnoseológica, a una *disciplina científica*, en fin, al conjunto de conocimientos disponibles o susceptibles de producir sobre un objeto determinado, susceptible de ser aprehendido y transmitido de manera sistemática.

A su vez, esta acepción deriva su empleo para la identificación de una carrera universitaria, una licenciatura, pero también se utiliza para designar sistemáticamente a los elementos en los cuales se descompone buena parte de ese ámbito del conocimiento científico, para agrupar tales parcialidades dentro de un plan o programa de estudio, mediante diferentes criterios (sustantivo, histórico, metodológico, etc.). Se habla entonces de: Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Penal, Derecho Administrativo, Derecho Procesal, Derecho Constitucional, Derecho Romano, Historia del Derecho, Derechos Humanos, Derecho Internacional, Derecho Comunitario; o bien de, Introducción al Derecho, Filosofía del Derecho o Sociología Jurídica, y también de Técnicas de interpretación y aplicación del Derecho.

En tercer lugar, el vocablo sirve para designar el conjunto de facultades que un sujeto tiene frente a otros, en función de un objeto (tangible o intangible) que resulta jurídicamente relevante, o en razón de la situación específica y concreta de tal sujeto. Desde este significado se habla de ***derecho subjetivo,*** expresión que, a su vez atrae matices que contactan con otras nociones jurídicas como interés legítimo, simple interés, interés público o interés general que, siendo técnicamente diferenciables, juegan como nociones que identifican situaciones relevantes en las que pueden ubicarse las personas, a los efectos de su protección o de la existencia de deberes, cargas u obligaciones en el entorno de relaciones jurídicas.

Un primer contacto con esta descripción de la variedad de significados podría llevar a entender que se trata de una ambigüedad que restaría fortaleza al vocablo, pues no se trata de una sinonimia accidental, como ocurre, por ejemplo, con la palabra banco (que sirve para designar el objeto para sentarse o trabajar manualmente, la empresa comercial que realiza operaciones financieras o el edificio donde opera, un lugar de almacenaje o acopio de diferentes elementos objetos o sustancias —sangre, órganos, datos—, concentración de peces o acumulación de arena, o estrato de gran espesor); por el contrario, en este caso se presentan varios significados que están estrechamente asociados o vinculados entre sí, lo que en el fondo podría entenderse como una imprecisión que conduce a confusión.

Sin embargo, esto no es así, pues si bien el término Derecho no es ciertamente unívoco, tampoco por ello es ambiguo; antes bien, corresponde entenderlo como un término análogo, e razón de la estrecha relación entre sus diversos significados o acepciones[4]. Tal vez allí radica el valor y la fortaleza del vocablo desde el punto de vista científico pues, precisamente ese carácter análogo, permite su empleo como un elemento instrumental, altamente eficiente para el conocimiento de los asuntos o fenómenos relevantes para el Derecho, en su compleja y dinámica integridad.

De otra parte, el contacto con la idea y el vocablo Derecho nos hace evocar algunas nociones cercanas o asociadas, con las que conecta de forma complementaria, tales como justicia, igualdad o libertad, pero también, a asuntos tales como poder, política, Administración, Gobierno o Estado, a cuyo peso conceptual nos hemos de referir más adelante, en el enfoque que avanzamos.

En definitiva, el Derecho es una construcción cultural de primer orden para reducir los costos de las transacciones sociales, y como tal producción cultural, sus contenidos no vienen acabados

4 Es bien cierto que hay otras acepciones del vocablo que nos conectan con resultados diferentes de los que mencionamos, tales como la que adjetiva una ubicación o colocación por oposición a otra que viene a ser su antónimo (izquierdo), o lo que se considera principal, por oposición a lo contrario (revés), o la buena manera de hacer alguna cosa, o como equivalente a lo directo o lo recto, en sentido conductual y geométrico

y dispuestos para su conocimiento y análisis, como ocurre con los objetos de la naturaleza, cuya realidad epistemológica se ofrece ya realizada, al investigador y su capacidad analítica, tal como ocurre, por ejemplo en el mundo de la biología, cuando se descubren y conocen especies o familias, y las categorizamos y diferenciamos en base a un patrón de sistematización.

En el mundo del Derecho no hay un arsenal de realidades por descubrir con métodos arqueológicos o sondeos físicos ni experimentos de laboratorio o alquimia para colocarlos en una posición taxonómicamente determinada por sus perfiles naturales.

Los contenidos científicos del Derecho se generan de manera continua, permanente y sostenida, en atención a las demandas o requerimientos de la sociedad, mediante la inclusión de los elementos producidos por la dinámica social, cultural económica, política o tecnológica que resulten aplicables por lo que sus manifestaciones están ligadas a los valores dominantes en cada época, así como a los objetivos planteados como umbrales o desafíos de superación o desarrollo por alcanzar.

4. En forma equivalente a la que vincula al ser humano con los fenómenos y realidades naturales, es decir, con su entorno medioambiental, se encuentra el vínculo del hombre con la realidad social, que es realidad efectivamente humana y que no se limita a lo subjetivo ni se agota en lo extra subjetivo, pues es una combinación resultante de la realidad social como efectividad humana, lo que implica un movimiento constante a lo largo de la historia, de lo cual resulta que, tanto el Derecho como las Administraciones públicas contemporáneas surgen como resultado de un largo, intrincado y a veces atormentado itinerario de experiencia de los hombres que conjugan éxitos y fracasos[5].

La producción del Derecho, en tanto ordenamiento normativo peculiar, es una tarea de largo aliento y de crecimiento constante; es una actividad que carece de un punto de llegada definido y no tiene pautado un momento conclusivo en su alcance y contenido, pues dibuja una progresión inacabada e inacabable, una producción permanente, constante y sostenida que marcha en paralelo con el desenvolvimiento de las Sociedades nacionales, cada vez más interconectadas e integradas entre sí y mediante escenarios supranacionales.

Esto así porque el Derecho se concretiza en una expresión civilizatoria para procurar el ascenso progresivo de las personas y de las comunidades[6], y, en consecuencia, envuelve una aspiración perenne del ser humano por el acceso estable y sostenido a la paz, el orden, la disciplina, la libertad, la dignidad, la justicia, la mejor calidad de vida en sociedad; en fin, es una fina respuesta a los requerimientos derivados de las transacciones sociales.

Pues bien, en un sentido paralelo a lo que ocurre con la producción del Derecho positivo —como ordenamientos normativos peculiares—, se aprecia la construcción y la concepción del Derecho como conjunto de conocimientos susceptibles de ser sistematizados y trasmitidos metodológicamente, atendiendo a su vinculación lógica y su referencia a una totalidad uniforme.

En otras palabras, es un conjunto de conocimientos que se integran como saberes en una Ciencia, lo que también se exhibe como una tarea que, por ser tal, se perfila con un sentido dominado por lo prolongado e inagotable, en tanto implica la búsqueda de lo que falta por conocer, a partir de lo que se conoce cada día, en una perenne construcción científica del Derecho que, en consecuencia, resulta ser un campo más amplio que el acotado por las solas normas.

En esa ruta de crecimiento y progresión, lo atinente al fenómeno de la Administración pública tiene manifestaciones peculiares por su misma cualidad esencial, marcada por el vínculo ineludible y estrecho con la dinámica social, la vida económica y cultural, y sobre todo con la política y sus realidades, hasta llegar a configurar un capítulo de sistematización diferenciado, que identificamos como Derecho administrativo, con matizaciones diversas a lo largo del tiempo, lo que ha llevado a autores como Álvarez Gendín a plantear el tema en estos términos: «... ¿Cómo se ha formado el Derecho administrativo? Ante todo tenemos que hacer constar contra la opinión general

---

5 *Vid*. Massimo Severo Giannini, *Premisas*.... Cit. Pág. 17.

6 Armando Rodriguez García, «*Algunos apuntes sobre la buena administración como paradigma del Derecho administrativo actual*». En, *Paradigmas del Derecho Administrativo en el Siglo XXI*. Instituto de Administración Pública de Jalisco y sus Municipios ((IAPEJ). México, 2018. Págs. 301 y stes.

de que no ha existido nunca hasta el siglo VXIII Derecho administrativo, que hubo de haber existido antes de esa época por cuanto que el Estado como institución pública tuvo relaciones con los particulares para prestar servicios públicos y realizar obras públicas; así sabemos cómo el Estado romano hacía calzadas y viaductos y como los Municipios en la Edad Media tenían sus viaductos y regían la policía de abastos y al efecto tenía que haber normas de carácter público...», y más adelante agrega, «...Como conjunto de normas que regulan las relaciones entre los particulares y la Administración persiguiendo un fin público no es un Derecho nuevo; ahora bien, si es un Derecho nuevo como ciencia autónoma, que estudia los principios sistematizados con independencia del *Derecho político* y de todas las ramas del Derecho privado...»[7].

En efecto, la visión que expone el autor citado incide deliberada y decisivamente en el enfoque de la construcción metodológica y científica de la Disciplina jurídico-administrativa, diferenciando los antecedentes que, relacionados en función de su objeto natural (la Administración pública), son anteriores en el tiempo, y vienen expresadas mediante aquellas «técnicas remotas» que Villar Palasí[8] describe y analiza con singular maestría y formidable erudición. Tales consideraciones, que pueden ser ampliadas con las que aportan los estudios firmados por otros distinguidos autores[9], conducen a focalizar en la construcción del Estado moderno y su evolución, un punto de inflexión en el vínculo entre Administración pública y Derecho, dentro de la ruta conducente a la perspectiva que se presenta en la actualidad.

Al respecto conviene recordar los supuestos históricos que desembocan en el Estado actual, particularmente en su cualidad de receptor de la concentración del poder jurídico; a tal efecto cabe recordar, con Heller, que «... El Estado sólo podía independizarse como unidad de acción militar, económica y política bajo la forma de una independización como unidad de decisión jurídica universal. La disgregación política del Impero y de los Territorios había acarreado una intolerable inseguridad en el derecho (...) Frente a la disgregación jurídica germana aparecía el Derecho Romano, sistematizado por la burocracia Justiniano, como un *jus certum* .... El derecho culto hizo preciso encomendar la Justicia a funcionarios especializados, formados en el Derecho Romano en las universidades del norte de Italia...», lo que complementa, seguidamente, afirmando «... es completamente nueva la regulación consciente y planificada de la estructura concreta de la unidad política en una ley constitucional escrita. Así pues, por causa también de la *ratio status,* había que establecer un *jus centrum* que ordenara las actividades futuras del Estado, eliminara las discordancias e hiciera posible la orientación requerida de modo duradero y seguro. Son esenciales a este nuevo concepto de constitución, tanto el carácter autoritario de la ley constitucional..., como el de que tal normación se realiza con el propósito de que permanezca, el que sea inviolable...»[10].

La plataforma que aporta la constitución en la configuración jurídica y política del Estado permite la nueva sistematización de las normas aplicables a la Administración, bajo nuevos parámetros conceptuales, de tal modo que permite observar con Moles, que «El Derecho Administrativo es una formación moderna, *ius novum* (Hauriou), en contraste con el *anticus more*, por aparecer configurado como una secuela del régimen constitucional dado que solamente él se cumple el triple axioma que posibilita su existencia. Uno, el principio de legalidad, que hace de la ley o de la regla de Derecho *rule of Right* la condición de cualquier acto estatal. Segundo, el principio de separación de Poderes, convertido en principio de distinción de funciones, en virtud del cual corresponde a

7 *Cfr*. Sabino Álvarez-Gendín, *Manual de Derecho Administrativo.* Librería General. Zaragoza, 1941. Págs. 76 y 77.

8 Al respecto es plenamente recomendable como una lectura de obligatoria referencia el ensayo del profesor José Luis Villar Palasí, titulado: *Técnicas remotas del Derecho administrativo,* afortunadamente reeditado por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) en su Serie Administración General. Madrid, 2001.

9 Por ejemplo, véanse: Sebastián Martín Retortillo Baquer, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y sus instituciones.* Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla. Sevilla, 1960, y Fernando Garrido Falla, *Dos métodos en el estudio de la Administración Pública (Método jurídico y Ciencia de la Administración).* Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla. Sevilla, 1961.

10 *Vid*. Hermann Heller: *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica. 6.ª reimpresión. México, 1971. Págs. 150 a 152.

cada uno de los órganos del Estado el cometido prescrito por una regla atributiva de competencia. Tercero, el principio de integridad de los derechos subjetivos cuyo eventual menoscabo exige una responsabilidad inmediata, sea en forma de restablecimiento o de indemnización...»[11].

5. Es así como el vínculo entre Administración pública y Derecho se mantiene y se refirma, bajo una sistematización más homogénea, monográfica y particularizada, que integra principios, categorías normativas y no normativas, instituciones y técnicas, acordes con la naturaleza de sus contenidos, en el espectro de lo que se estructura como Derecho administrativo que, atendiendo a la naturaleza dinámica y cambiante de la Administración y sus relaciones con las personas, queda impregnado de el dinamismo y constante actualización que impone la propia dinámica de la Sociedad en sus expresiones y que nutre al Derecho administrativo de una esencia nuclear de cambio, lo que en el fondo se convierte en una cualidad mágica.

Creo que es bueno evocar, una vez más, al Meilán de los años 60 del pasado siglo, en pleno etapa inicial de su andadura académica, cuando expresaba que «...La inquieta esencia del Derecho administrativo se manifiesta en que dentro de él existen una serie de microcosmos con sus principios rectores, que ofrecen una larga serie de contradicciones internas. Si uno pregunta al ordenamiento qué dice de sí mismo, la contestación indudablemente, no es única...»[12], y esto es así pues, claro está, que su vigencia y su esencia están ligadas en forma inexorable a las realidades cambiantes sobre las cuales está llamado a operar, a realizarse.

Pero mejor aún resulta la posibilidad de contrastar aquellas palabras con las de Meilán, en la segundad década del siglo actual, es decir, con una distancia de más de cincuenta años, cuando nos obsequia con sus meditaciones sobre un Derecho administrativo revisado y, a propósito de las tendencias que derivan hacia un adanismo centrado en las propuestas de un «nuevo» Derecho administrativo, y entonces afirma: «Aunque no faltan voces en ese sentido, ¿hasta qué punto tiene sentido hablar de un nuevo Derecho administrativo?. La revisión del Derecho administrativo la entiendo como un echar de nuevo la vista sobre la realidad circundante, y no como un apriorístico e inmaduro revisionismo, como un adanismo que haga tabla rasa de una tradición cultural. El nuevo Derecho administrativo, se ha dicho, convive con el viejo (Cassese). En todo caso habrá que considerar el sentido de esa convivencia...»[13].

Pues bien, la mirada puesta sobre la realidad circundante permite captar los cambios y transformaciones que provienen de distintas fuentes más o menos cercanas con las categorías, instituciones, técnicas y principios con los cuales se maneja la Administración y que influyen de forma determinante en sus relaciones con las personas (hablamos entonces de la economía, la política, la cultura, la tecnología, la ciencia, etc.), sobre lo cual Meilán Gil ofrece una ordenada relación referencial que pone de relieve los cambios operados en la concepción del Estado y su relación con la Sociedad, en combinación con la cualidad medular que marca al Derecho administrativo como un *Derecho de realización*.

Con todo ello se hace patente la vinculación entre Administración pública y Derecho, en términos, por demás, estrechos y globales, en los cuales, los componentes del Derecho administrativo (siendo un Derecho de *realización*) sirven de soporte para el montaje y actuación de las estructuras administrativa, lo que incluye la amplia y variada gama de manifestaciones que se incorporan al elenco de sus agentes, superando ampliamente el reducido marco del Poder Ejecutivo o de los órganos de la Administración directa, al propio tiempo que se define, apuntalan y controlan las formas en las que se ejerce la gestión, lo que incluye regulaciones sobre lo opuesto, es decir, sobre el silencio o la no actuación, llegando a pautarse y controlarse la conducta debida a favor del ciudadano, de la persona como centro distintivo de la gestión pública.

---

11 Antonio Moles Caubet, «La progresión del Derecho Administrativo». En *Estudios de Derecho Público*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Instituto de Derecho Público. Caracas, 1997. Pág.11.

12 José Luis Meilán Gil, *El proceso de definición del Derecho administrativo.* Escuela Nacional de Administración Pública (ENAP). Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios) 1967. Pág. 43

13 José Luis Meilán Gil, *Derecho administrativo revisado.* Andavira Editorial. Santiago de Compostela, 2016. Pág.16.

He aquí la magnitud y la complejidad de contenido que encierra esa ecuación inevitable de Administración pública y Derecho, que por ser un tema medular sirve tanto para abrir plaza o para el cierre de un evento como el que ahora nos reúne.

Para concluir, no hay que perder de vista el sentido de valor instrumental del Derecho administrativo, por lo que debe reconocerse su alcance limitado, en cuanto a la exigencia de garantizar los resultados.

En este sentido, se intenta hacer ruido sobre la validez efectiva y sobre la utilidad del Derecho administrativo, llegando a proponer su desaparición, como una salida conveniente, como si se tratara de un producto que puede descontinuarse de un plumazo. De ese modo, en una mirada bisoja, se dibuja al Derecho administrativo como un sujeto maligno, perjudicial o torpe, al que se asignan las culpas de todas las deficiencias, fallas y perversiones de las cuales es víctima el ciudadano, a quién le iría mejor si dejara de existir este Derecho.

Desde luego, es claro que posiciones como ésta esquivan reconocer al Derecho administrativo como lo que es, como un sistema jurídico, como un instrumental cuya eficiencia en cuanto a resultados, depende de la calidad de su empleo, en lo que confluyen ciudadanos, funcionarios o agentes y jueces, en aplicación de su formación y criterios, tal como enseñaba el profesor José Lois Esteve durante su estancia en la Universidad Central de Venezuela «... El Derecho depende más del número de buenos funcionarios que de las buenas leyes...»[14].

14 José Lois Esteve, *La Investigación Científica y su propedéutica en el Derecho.* Tomo II *El acorralamiento sistemático de los errores jurídicos.* Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. Colección Cursos de Doctorado N.° 1. Caracas 1972, Pág.50

7

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Augusto Durán Martínez

SUMARIO. 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD. 3. ASPECTO SUSTANCIAL DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. 4. ÓRGANOS QUE DEBEN EJERCER EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

1. Introducción

1. La expresión *control de convencionalidad* es de origen europeo.

2. Esta expresión se emplea en Europa para asegurar que la normativa de los Estados miembros de la Unión Europea se ajuste al Derecho Comunitario, pero también se incluye el control de los derechos humanos[1].

En América Latina, la expresión *control de convencionalidad* surge por primera vez en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez en el caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala (Sentencia de 25 de noviembre de 2003)[2].

En nuestro continente no existe un proceso de integración de la intensidad del europeo, por lo que la expresión *control de convencionalidad* se emplea únicamente en el ámbito de los derechos humanos. Se emplea el término «convencionalidad», porque el punto de referencia básico del control radica en la Convención Americana de Derechos Humanos.

3. No se debe confundir con el control de constitucionalidad.

El control de constitucionalidad procura asegurar que la normativa infravalente se ajuste a la Constitución. Ese control se efectúa en ejercicio de cualquiera de las funciones del Estado. No obstante, cuando en Uruguay hablamos de control de constitucionalidad en general lo hacemos para referirnos al control sobre actos legislativos en el ámbito de la función jurisdiccional, conforme a lo previsto en los artículos 256 y siguientes de la Constitución de la República. Pero, repito, el control de constitucionalidad no se limita al control de actos legislativos ni al ejercicio de la función jurisdiccional.

En el presente trabajo no referiré al control de constitucionalidad salvo en lo estrictamente necesario, cuando el control de convencionalidad coincida con el de constitucionalidad.

---

1 Jimena Quesada, Luis. *Jurisdicción Nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinacional de derechos*. Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona, 2013, p. 55; Torres de Moral, Antonio. Prólogo al libro de Luis Jimena Quesada. *Jurisdicción Nacional y...*, p. 19; Sousa Duvergé, Luis Antonio. *Control de convencionalidad en República Dominicana*. IUS NOVUM. Santo Domingo, 2011, p. 57.

2 Sousa Duvergé, Luis Antonio, *Control de...*, p. 65; Esteva Gallicchio, Eduardo G., «El control de convencionalidad en el ámbito de los contratos administrativos», en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay, 2013, N.º 8, pp. 374 y ss.

No obstante, es preciso aclarar que debemos distinguir el control de constitucionalidad de actos legislativos político del control de constitucionalidad de actos legislativos jurisdiccional.

El control político existió en un comienzo en Europa y estaba a cargo del Poder Legislativo o de un órgano del Poder Legislativo.

El sistema se justificaba en épocas del Estado Legislativo, llamado así porque tenía en la ley, el acto jurídico de mayor valor y fuerza. Se privilegiaba así la ley por sobre la Constitución. No se podía hablar, entonces, de supremacía de la Constitución.

El sistema jurisdiccional pone el control a cargo de órganos jurisdiccionales, independientes del Poder Legislativo y de cualquier otro poder. Es un sistema que privilegia la Constitución por sobre la ley. Presupone así, la supremacía de la Constitución.

Esta característica aparece tanto en el sistema difuso como en el concentrado. En efecto, ambos privilegian la Constitución por el solo hecho de ser sistemas jurisdiccionales. Pero el concentrado, ejerce su control con cierta deferencia de la ley, en el sentido de que no cualquier juez, puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, sino uno solo: por eso se llama concentrado.

4. La Corte Interamericana de Derechos Humanos hace control de convencionalidad, no de constitucionalidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que el control de convencionalidad implica que todos los órganos aplicadores del Derecho deben cotejar la normativa interna de los Estados con la Convención Americana de Derechos Humanos, los demás tratados u otras convenciones relativos a derechos humanos, así como con su jurisprudencia, por ser ella intérprete último de la Convención[3]. Este último aspecto apareció por primera vez en el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (sentencia de 26 de setiembre de 2006)[4].

He cuestionado en parte esta posición de la Corte en varias oportunidades[5]. Mantengo ese cuestionamiento. Más adelante volveré sobre el punto. Menciono ahora el concepto de la Corte Interamericana porque explica por qué se emplea el término *control de convencionalidad*.

El término «control de convencionalidad» no me parece apropiado porque, como luego se verá, el cotejo de los actos objeto del control no se efectúa solo con relación a la convención. Empleo este término porque es el que normalmente se usa. Tanto se usa que hasta se ha hablado del fenómeno de convencionalización del Derecho Administrativo,[6] e incluso de un nuevo modelo de Estado de Derecho, el Estado Convencional, superador del Estado Constitucional que sustituyó al Estado Legislativo.

No me ocuparé del control de convencionalidad europeo sino del latinoamericano, con especial referencia a Uruguay.

2. El neoconstitucionalismo y el bloque de constitucionalidad

1. El control de convencionalidad latinoamericano se gesta en el marco de una concepción del derecho basado en la centralidad de la persona humana, facilitado en buena medida por el neoconstitucionalismo.

---

3 Durán Martínez, Augusto, «El control de convencionalidad y el derecho público interno», en *La Justicia Uruguaya*. Montevideo, 2014, año LXXV, t. 149, p. D. 28.

4 Esteva Gallicchio, Eduardo G., «El control de convencionalidad...», loc. cit., p. 735.

5 Durán Martínez, Augusto, «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del derecho Administrativo. Especial referencia al caso GELMAN vs. URUGUAY», en Durán Martínez, Augusto, *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012, pp. 847 y ss.; Durán Martínez, Augusto, «El control de convencionalidad...», *loc. cit*., pp. D. 28 y ss.

6 Jinesta Lobo, Ernesto, «Derecho administrativo constitucional y convencional: "constitucionalización" y "convencionalización" del derecho administrativo», en Santofimio Gamboa, Jaime Orlando/ Barnés Vásquez, Javier/ Ibagón Ibagón, Mónica Liliana (Editores). *Perspectivas de una reforma. Estudios de Derecho Administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2016, p. 434.

Como se sabe, el neoconstitucionalismo aparece en Europa luego de la Segunda Guerra Mundial. A los efectos de salvaguardar mejor los derechos humanos los europeos adoptan el concepto de Constitución de los Estados Unidos en el sentido de que es una norma jurídica genuina de mayor valor y fuerza que la ley, e incorporan en ella un catálogo de derechos humanos. De esa manera, con el mayor valor y fuerza de la Carta Magna, se procura tutelar mejor los derechos humanos[7].

Pero por la lógica del sistema, pronto se advirtió que la Constitución misma resultaba insuficiente para una adecuada tutela de los derechos humanos y se elaboró la noción de *bloque de constitucionalidad* al cual debía sujetarse hasta la propia Constitución, al menos a la cúspide del bloque[8]. De esta manera, la Constitución conserva supremacía con relación a la ley y demás actos infralegislativos, pero ya no es la regla de derecho de mayor valor y fuerza: queda sometida al bloque de constitucionalidad. La supremacía jurídica pasa al bloque de constitucionalidad.

2. El neoconstitucionalismo aparece en el marco de una crisis de la soberanía[9]. Ya no se admite la soberanía concebida por Bodino como el poder absoluto y perpetuo de una República,[10] uno de los conceptos fundantes del absolutismo y que sobrevivió hasta muy avanzado el siglo XX.

Maritain ya había advertido la falsedad intrínseca de este concepto, ya que no hay poder terrenal absoluto y perpetuo. Por eso expresó que soberanía y absolutismo son forjados en el mismo yunque y juntos deben desecharse[11].

Sin embargo, como se ha dicho, aun sin los excesos del concepto de Bodino el concepto de soberanía sobrevivió a la caída del absolutismo.

En la primera etapa del Estado de Derecho, la soberanía, «desde el punto de vista del Derecho Interno, significa que el poder del Estado, dentro de su territorio, no tiene igual ni concurrente; es el máximo poder que se ejerce sobre todo el territorio y sobre toda la población de ese Estado. Desde el punto de vista internacional, la soberanía significa total independencia de un Estado con respecto a los demás, al punto que ningún Estado puede tener poder de clase alguna sobre otro, lo que lleva como lógica consecuencia a la reafirmación de los conceptos de autodeterminación de cada Estado y no intervención en los asuntos internos de otro Estado»[12].

La crisis de la soberanía explica el control de convencionalidad europeo e incluso, en parte, el latinoamericano, y la posición que asume la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Digo en parte en lo que refiere a América Latina en general y en particular en lo que respecta a Uruguay, porque no integramos un sistema supranacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una Corte Internacional sí, pero no Supranacional, de actuación subsidiaria[13] y respecto de la cual procede la aplicación del margen nacional de apreciación[14]. Además, si bien los derechos humanos son contramayoritarios, no admiten ser desconocidos ni por la unanimidad del cuerpo electoral y no admiten invocación alguna de la soberanía para restringir su tutela, esto es con relación exclusivamente a los derechos humanos, no rige respecto de lo que no son derechos huma-

---

7 Durán Martínez, Augusto, «En torno al neoconstitucionalismo», en Durán Martínez, Augusto. *Neoconstitucionalismo y...*, pp. 7 y ss.; Durán Martínez, Augusto, «Otra vez sobre la inexistente presunción de legitimidad del acto administrativo», en Durán Martínez, Augusto. *Neoconstitucionalismo y...*, pp. 426 y ss.

8 Durán Martínez, Augusto, «El control de convencionalidad...», loc. cit., pp. D. 24 y ss.

9 Durán Martínez, Augusto, «En torno al...», loc. cit., pp. 5 y ss.

10 Bodino, Jean. *Les six livres de la République (morceaux choisis).* Édition Confluences. Lyon, 1999, p. 46.

11 Maritain, Jacques. *El hombre y el Estado*. Fondo de Cultura Económica. México, 1945, p. 65.

12 Gutiérrez, Fulvio, «El control de convencionalidad», en *La Justicia Uruguaya*. Montevideo, mayo-junio, 2017, año LXX VIII, t. 155, S.D. 69.

13 Santiago, Alfonso. *Principio de subsidiariedad y margen nacional de apreciación*. Astrea, Buenos Aires, 2020, pp. 89 y ss.; Correa Freitas, Ruben, «Los controles de constitucionalidad y de convencionalidad en la Constitución uruguaya», en Ruocco, Graciela y Vázquez, Cristina (Coordinadoras). *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Augusto Durán Martínez*. F.C.U., Montevideo, 2023, p. 1377.

14 Durán Martínez, Augusto, «Aplicación en Uruguay de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Especial referencia al margen nacional de apreciación», en prensa.

nos. Fuera de los derechos humanos, en América Latina no se puede desconocer la soberanía de los Estados.

3. No hay coincidencia en el derecho comparado ni en nuestro país en cuanto al contenido del bloque de constitucionalidad ni en cuanto a la terminología.

Así, y por circunscribirse a Uruguay, Risso Ferrand prefiere la expresión *bloque de derechos* o *bloque de derechos humanos*[15]. Y define el bloque como «el conjunto de disposiciones constitucionales e internacionales referidas a los derechos fundamentales, sin perjuicio de la aceptación de los derechos implícitos»[16].

En esa línea, Larrieux expresó que nuestra Suprema Corte de Justicia acepta «el llamado bloque de derechos integrado por aquellos asegurados en el texto formal de la Carta, los contenidos en las convenciones de derecho internacional y los que se deducen de principios y valores inherentes a la persona, sin perder su naturaleza jurídica o fuente normativa y sobre los cuales el intérprete debe preferir la que mejor protege»[17].

Por mi parte, he entendido por *bloque de constitucionalidad* el conjunto de reglas de derecho incluidas en la Constitución sobre derechos humanos y los principios que derivan de la persona humana de los que se extraen derechos humanos reconocidos o no por la Carta, contenidos o no en las Convenciones internacionales[18].

Desde esta mi perspectiva procedo a cuestionar parcialmente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3. Aspecto sustancial del control de convencionalidad

1. Conforme al artículo 67 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos será definitivo e inapelable. Y de acuerdo con el artículo 68 del referido Pacto: «1. Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado».

No cabe duda, pues, de que el fallo de la Corte Interamericana es obligatorio para los Estados partes en el proceso. Adquiere, así, autoridad de cosa juzgada internacional. Ello sin perjuicio del margen nacional de apreciación que corresponde practicar al aplicarse la sentencia.

Pero aparte de ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos elaboró la noción de «norma convencional interpretada» *(res interpretata)* con efectos *erga omnes*.

2. La *res interpretata* con efecto *erga omnes* es desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos fundamentalmente en la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso GELMAN vs. URUGUAY de 20 de marzo de 2013, sobre todo en el voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, aunque ya se insinuaba con anterioridad a partir del concepto de dicha Corte del control de convencionalidad.

Advierto, no obstante, que esto no es un invento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la *res interpretata* con efectos *erga omnes* cuenta con un antecedente europeo.

Rüthers fustigó con dureza el activismo judicial alemán, sobre todo del Tribunal Constitucional, diciendo que «los tribunales, que exceden los límites de la competencia, asignada por la Consti-

15 Risso Ferrand, Martín. *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*. Segunda edición actualizada y ampliada. Pontificia Universidad Javeriana. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2011, p. 71.

16 Risso Ferrand, Martín. *Algunas garantías*..., p. 71.

17 Larrieux, Jorge T., «Caso GELMAN Vs. URUGUAY. Justicia transicional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad», en *La Justicia Uruguaya*. Año LXXIV, t. 147, marzo 2013, pp. J. Com.21.

18 Durán Martínez, Augusto, «Control de constitucionalidad y de convencionalidad en los contenciosos de derecho público en Uruguay», en Durán Martínez, *Augusto. Derecho administrativo. Dimensión Social.* LA LEY Uruguay, Montevideo, 2020, pp. 851 y ss.

tución, se arrogan funciones de establecimiento de normas sin base legal alguna ("¡tribunales sin límites!") violan el Estado de derecho y el principio democrático»[19].

Según Rüthers, «los Tribunales Constitucionales han dejado de ser guardianes de la Constitución para convertirse en señores sobre la Constitución»[20] y aparece una tendencia que va del *Estado de derecho democrático al Estado judicial*[21]. Y advierte que esto había sido seguido por los tribunales de la Unión Europea[22].

A este fenómeno Rüthers lo llama la «revolución secreta».

Campos Zamora, en la introducción de ese libro, al explicar el pensamiento del filósofo alemán indica el sentido de estos términos:

> «"Revolución", pues un sistema originalmente parlamentario ha sido transformado en uno donde los jueces son quienes, ya no solo deciden el derecho sino quienes también lo crean. En ese sentido, adaptando lo señalado por Oliver Wendell Holmes Jr. en **La senda del derecho (The Path of the Law)** a la realidad alemana, se puede afirmar que el derecho no se encuentra compuesto por los sistemas de razón, por la deducción desde principios de la ética ni por aquellos cuerpos normativos aprobados por el Parlamento Federal en Berlín, sino por aquello que deciden los más altos tribunales de los **Länder**, en capitales regionales como Stuttgart, Bremen o Kiel y, muy especialmente, por el contenido que el Tribunal Constitucional Federal, desde Karlsruhe, asigna a la Ley Fundamental.
>
> "Secreta", pues ese cambio ha transcurrido, con excepción de algunas voces que llevan décadas denunciándolo, prácticamente inadvertido para la doctrina en general, siendo que no es sino en los últimos años que han comenzado a saltar las alarmas»[23].

3. Con anterioridad al caso Gelman, se ha derivado la cosa interpretada del control de convencionalidad.

Como se ha dicho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que el control de convencionalidad implica que todos los órganos aplicadores del Derecho deben cotejar la normativa interna de los Estados con la Convención Americana de Derechos Humanos, los demás tratados u otras convenciones relativos a derechos humanos, así como con su jurisprudencia, por ser ella intérprete último de la Convención.

Asimismo, la Corte Interamericana ha destacado y tenido en cuenta para la elaboración de su jurisprudencia y para el control de convencionalidad las normas del *ius cogens*[24].

En Uruguay también se ha admitido la procedencia del *ius cogens* a los efectos del control de convencionalidad. Es el caso de Pérez Manrique, que lo considera incluido en el artículo 239 numeral primero de la Constitución, con la referencia al derecho de gentes[25]. Asimismo, la Señora Ministra de la Suprema Corte de Justicia Doctora Bernadette Minvielle, en su discordia a la sentencia N.º 24/2021, de 18 de febrero de 2021, admite la procedencia del *ius cogens*[26].

---

19 Rüthers, Bernd. *La revolución secreta.* Marcial Pons. Madrid, 2020, pp. 58 y ss.

20 Rüthers, Bernd. *La revolución*..., p.15.

21 Rüthers, Bernd. *La revolución*..., pp. 87 y 145.

22 Rüthers, Bernd. *La revolución*..., pp. 58 y 146.

23 Campos Zamora, Francisco J. Introducción al libro de Bernd Rüthers mencionado en este trabajo, p. 14.

24 Helander Capalbo, Nils. *El alcance de la «cosa interpretada» en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Tesis de maestría en Derecho con énfasis en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Universidad Católica del Uruguay. Montevideo, 2021, p. 72; Helander Capalbo, Nils. *El alcance de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno. Con especial referencia al efecto de «cosa interpretada» de sus decisiones.* F.C.U. Montevideo, 2023, pp. 62 y ss.

25 Perez Manrique, Ricardo C. «El control de convencionalidad y...», loc. cit., p. D.98.

26 *LA JUSTICIA URUGUAYA, Montevideo*. Abril–junio 2021, tomo 159, N.º 2, pp. 146 y ss.

4. Ferrer Mac-Gregor deriva la eficacia *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos «de la obligación de los Estados de respeto, garantía y adecuación (normativa e interpretativa) que establecen los artículos 1.º y 2.º de la Convención Americana»[27/28]. Y enseguida agrega: «y de ahí la lógica de que la sentencia sea notificada no solo "a las partes en el caso" sino también trasmitida a los Estados partes en la Convención en términos del artículo 69 del Pacto de San José»[29]. También deriva el efecto *erga omnes* de la calidad de la Corte Interamericana de «intérprete último» de la Convención[30].

5. En Uruguay, esta posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha provocado opiniones encontradas. Ha recibido la adhesión por ejemplo de Ochs Olazabal,[31] Pérez Manrique[32] y otros[33]. También existe importante doctrina extranjera en esta posición[34].

Risso Ferrand manifestó sus dudas ante la procedencia de la *res interpretata* y la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[35]. Aunque, en reciente libro, emitió una opinión bastante coincidente con la de los autores precedentemente nombrados[36].

También han aparecido opiniones decididamente contrarias[37]. Hay asimismo una importante doctrina extranjera contraria a la cosa interpretada[38].

---

27 «**Artículo 1**. Obligación de respetar los derechos. 1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.
Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

28 Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013. Supervisión de cumplimiento de sentencia. N.º 33, p. 12.

29 Voto razonado..., N.º 33, p. 12.

30 Voto razonado..., N.º 58, *in fine*, p.24.

31 Ochs Olazábal, Daniel, «El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "Gelman contra Uruguay"», en *Legislación, Jurisprudencia y Derecho*. LA LEY Uruguay, Año IV, N.º 7, julio 2011, pp. 881 y ss.

32 Pérez Manrique, Ricardo, «El control de convencionalidad y el margen de apreciación nacional. Análisis desde la jurisprudencia SCJ de Uruguay», en *La Justicia Uruguay*, Montevideo, 2015, Tomo 152, pp. D-87 y ss.

33 Riguetti, Agustina/ Álvarez, Camila/ Rojas, Mathías/ Ollero, Melanie/ Urchitano, Micaela/ Cedrola, Paulina. «Valor y fuerza de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la interpretación del corpus iuris Interamericano: la cosa interpretada», en *Revista de Derecho*. Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho. Año XVI (2017), N.º 32, pp. 24 y ss.

34 Ver esa doctrina en Helander Capalbo, Nils. *El alcance de la «cosa...*, pp. 106 y ss.

35 Risso Ferrand, Martín, «El control de convencionalidad» en Revista de Derecho Público. FCU-Montevideo, 2016, N.º 50, p. 201.

36 Risso Ferrand, Martín. *Derechos humanos. Interpretación y aplicación.* F.C.U., Montevideo, 2022, pp. 66 y ss.

37 Larrieux, Jorge T. «Caso GELMAN Vs. URUGUAY. Justicia transicional. Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad», en *La Justicia Uruguaya,* Montevideo, 2013, Tomo 147, pp. J.Com. 13 y ss.; Durán Martínez, Augusto, «La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho administrativo. Especial referencia al caso GELMAN Vs. URUGUAY», en Durán Martínez, *Augusto. Neoconstitucionalismo y derecho administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012, pp. 847 y ss.; Durán Martínez, Augusto, «El control de convencionalidad y el derecho público interno», en Durán Martínez, *Augusto. Derecho Administrativo. Otra forma de verlo*. LA LEY Uruguay, Montevideo, 2017, pp. 76 y ss.; Helander Capalbo, Nils. *El alcance de la...,* pp. 137 y ss.; Helander Capalbo, Nils. *El alcance de la jurisprudencia de la Corte...*, pp. 153 y ss.

38 Helander Capalbo, Nils. *El alcance de la...,* pp. 122 y ss.; Helander Capalbo, Nils. *El alcance de la jurisprudencia de la Corte...,* pp. 138 y ss.

6. Antes de referirme a los argumentos de Ferrer Mac-Gregor, efectuaré algunas consideraciones sobre el control de convencionalidad.

Admito el control de convencionalidad, pero no en la forma entendida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Coincido con dicha Corte en que todos los aplicadores del derecho deben efectuar el control de convencionalidad. Aclaro, no obstante, que, si recae sobre un acto legislativo y se practica en ejercicio de la función jurisdiccional, va a coincidir con el control de constitucionalidad. En ese caso, en virtud del régimen concentrado previsto en nuestra Constitución para el control jurisdiccional de constitucionalidad de actos legislativos, corresponde que la cuestión sea resuelta por la Suprema Corte de Justicia (artículos 256 y 257 de la Constitución)[39/40].

No comparto en cambio que en ese control se deba considerar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fuerza vinculante. Lo que se debe tener en cuenta en ese control de convencionalidad, a mi juicio, es la Convención Americana de Derechos Humanos, sus Protocolos, otros Tratados o Convenciones sobre Derechos Humanos y los principios generales de derechos inherentes a la persona humana de los que derivan derechos humanos.

Por tanto, del control de convencionalidad así entendido no se deriva la fuerza obligatoria de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para los Estados no partes en el proceso. Esa jurisprudencia podrá ser una fuente relevante, pero no obligatoria.

7. Los argumentos de Ferrer Mac-Gregor y en definitiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no me parecen convincentes.

Los artículos 1 y 2 de la Convención obligan sí a respetar y defender los derechos humanos, pero de ninguna manera se deriva de ellos el efecto vinculante de la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para los Estados no partes en el proceso. Tampoco ello se deriva del artículo 69.

La Corte Interamericana es un órgano creado. Recibe su competencia del acto creador o de otros del mismo valor y fuerza que el acto creador. No puede, sin norma habilitante, ampliar de oficio su competencia.

La Corte fue creada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por nuestro país por la ley N.º 15.737, de 8 de marzo de 1985, y recibe su competencia de la propia Convención.

Lo primero que cabe advertir es que carece de competencia penal[41]. También cabe advertir que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es un juez de tercera instancia ni de casación.

Conforme al artículo 68.1 del Pacto, los efectos de la sentencia comprometen únicamente al Estado parte del caso. Y de la comunicación del fallo a los demás Estados Partes de la Conven-

---

39 Durán Martínez, Augusto, «Control de constitucionalidad y de convencionalidad en los contenciosos de derecho público en Uruguay», en Durán Martínez, *Augusto. Derecho Administrativo. Dimensión Social.* LA LEY Uruguay, 2020, pp. 859 y ss.

40 No comparto, como algunos dicen, que por imperio del artículo 72 de la Constitución, los tratados de derechos humanos pasen a tener rango constitucional. Tampoco comparto la opinión de aquellos que piensan que por el artículo 72, los derechos humanos implícitos pasan a tener rango constitucional; de ser así, sería rebajarlos, ya que a mi juicio son supraconstitucionales. Lo que ocurre es que por el artículo 72, si una ley los desconoce, es pasible del control jurisdiccional constitucional previsto en los artículos 256 y siguientes de la Constitución de la República. Por eso, y solo por eso, podemos decir que en cierto sentido el artículo 72 constitucionaliza esos derechos, pero eso no significa que pierdan su condición de supraconstitucionales para pasar a tener valor de Constitución (Durán Martínez, Augusto, «Aplicación directa de principios y normas constitucionales», en Durán Martínez, *Augusto. Derecho Administrativo. Dimensión...,* pp. 705 y ss.). Y por eso es que en estos casos el control de convencionalidad puede coincidir con el de constitucionalidad.

41 Urioste Braga, Fernando., «En torno a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso "GELMAN C. URUGUAY"», en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay, 2011, N.º 4, pp. y ss.

ción, prevista en el artículo 69, no se deduce que las sentencias tengan fuerza obligatoria, también, respecto de los Estados que no fueron parte en el proceso. De manera que una sentencia que condena a un Estado no afecta a otro Estado. Por esa razón, no se puede decir que la doctrina inspiradora del fallo resulte vinculante para los demás Estados. La Convención no ha concebido un sistema de jurisprudencia, fuente formal de derecho, como el británico, ni un régimen de *stare decisis* como en los Estados Unidos. Si la Convención o sus Protocolos no han asignado a la jurisprudencia fuerza vinculante, la Corte no puede hacerlo.

También del Pacto de San José de Costa Rica se desprende que los efectos de las sentencias se circunscriben al caso concreto.

El hecho de que la doctrina inspiradora del fallo no tenga fuerza vinculante más allá del ámbito subjetivo del fallo no quiere decir que no sea importante. Por el contrario, estimo que la jurisprudencia de la Corte es muy importante porque ha contribuido a crear una cultura de derechos humanos. Ha tenido una notable labor docente que nos ha permitido ver derechos humanos allí donde no los veíamos, por la imperfección del conocimiento humano. Y, en esos casos, aparece un efecto vinculante, pero no porque lo diga la Corte sino porque estamos en presencia de derechos humanos; derechos humanos que no conocíamos, pero que conocimos gracias a la labor de la Corte. Dicho de otro modo, la fuerza jurídica viene del derecho humano que la Corte ayudó a descubrir. Por eso es importante la comunicación de las sentencias a los Estados no partes en el proceso. Pero la Corte no puede crear derechos humanos donde no los hay. La Corte no puede actuar arbitrariamente[42].

La ley N.º 19.307, de 29 de diciembre de 2014, sobre servicios de comunicación audiovisual, por su artículo 2 establece:

> «Artículo 2. (Interpretación de la ley). Constituyen principios rectores para la interpretación y aplicación de la presente ley las disposiciones consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, se tomarán en cuenta muy especialmente los criterios recogidos en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en las resoluciones e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, siempre que ello no implique disminuir los estándares de protección establecidos en la Constitución de la República, en la legislación nacional o reconocidos por la jurisprudencia nacional».

Este artículo requiere ser bien interpretado. Adviértase que no dice que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sea obligatoria, sino que «se tomarán en cuenta muy especialmente los criterios recogidos en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte...», lo que no es lo mismo. Está muy bien que se tomen en cuenta esos criterios porque la Corte ha producido una jurisprudencia valiosísima que puede ilustrar y ayudar a advertir la presencia de derechos humanos. Si del estudio de esa jurisprudencia advertimos la existencia de derechos humanos que no conocíamos, aplicamos los derechos humanos por aplicación directa de los principios generales de derecho inherentes a la persona humana del cual derivan esos derechos, pero no aplicamos la jurisprudencia[43].

Vivimos lo que Häberle ha llamado «la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución»[44]. «En los procesos de interpretación constitucional están incluidos todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos. ¡No hay un *numerus clausus* de intérpretes de la Constitución!»[45].

---

42 Durán Martínez, Augusto, «La jurisprudencia de la Corte Interamericana»..., loc. cit., pp. 847 y ss; Durán Martínez, Augusto, «el Control de convencionalidad y...», loc. cit., pp. 76 y ss.

43 Durán Martínez, Augusto, «Servicios de comunicación audiovisual. Concepto. Naturaleza. Principios. Diversidad y pluralismo», en Durán Martínez, *Augusto. Derecho Administrativo. Otra forma de...,* pp. 1348 y ss.

44 Häberle, Peter, *El Estado Constitucional*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2003, pp. 149 y ss.

45 Häberle, Peter, *El Estado*..., p. 150.

El juez constitucional podrá ser el intérprete más importante, pero no el único[46].

Lo dicho con relación a la Constitución comprende naturalmente al *bloque de constitucionalidad* y la referencia al juez constitucional incluye al juez de derechos humanos.

Pero ese juez, privilegiado sí, no es *señor del derecho* como en un tiempo pretendió ser el legislador. Es guardián del derecho, pero no señor del derecho. Está sometido al derecho que custodia como su servidor, de él extrae su fuerza,[47] que no es mayor que la que se le ha conferido. Esto hay que tenerlo bien presente; ya lo advirtió muy bien MONTESQUIEU al comienzo mismo de fundamentar su célebre teoría de separación de poderes. «No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación. ¡Quién lo diría! Ni la virtud puede ser ilimitada»[48].

No puede así el juez de derechos humanos, en la custodia de los derechos humanos, desconocer derechos humanos.

Con la «cosa interpretada» de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cabe la misma crítica formulada por RÜTHERS al Tribunal Constitucional de su país. En efecto, desconoce su función subsidiaria y no emplea adecuadamente el margen nacional de apreciación que le compete.

La fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos autoatribuida convierte a esa Corte en el supremo legislador continental o, más aún, en el dominador del bloque de constitucionalidad, es decir, en el supremo señor del derecho,[49] lo que no es admisible. Esto es particularmente grave porque supone la admisión de un derecho que en el aspecto cualitativamente más importante carece de origen democrático. Reiteradamente solemos afirmar que nuestro régimen jurídico supone un Estado Democrático de Derecho. Esto es incompatible con la *res interpretata con efecto erga omnes.*

Por otra parte, el *ius cogens* tiene un contenido impreciso[50] por lo que, por razones de seguridad jurídica, estimo que debe considerarse fuente relevante y no fuente obligatoria.

La Corte Interamericana ha comprendido dentro del *ius cogens* lo siguiente: «- Principio de igualdad y prohibición de discriminación; - Prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica; - Prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; - Prohibición de la desaparición forzada de personas; - Prohibición de la esclavitud y otras prácticas análogas; - Principio de no devolución (nonrefoulement), incluyendo el no rechazo en frontera y la devolución indirecta; - Prohibición de cometer o tolerar graves violaciones a los derechos humanos dentro de un padrón masivo o sistemático, entre ellas ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y torturas y - Prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad y la obligación asociada de penalizar, investigar y sancionar esos crímenes»[51].

Advierto que los aspectos contenidos en esa enumeración, salvo el último, derivan de los principios inherentes a la persona humana de los que derivan derechos humanos, por los que ellos son dignos de respeto y tutela por aplicación directa de esos principios; en cambio el último, la obligación de penalizar esos delitos, no constituye un derecho humano. El derecho a investigar es un derecho humano pues deriva del derecho a averiguar la verdad, pero ello no necesariamente debe hacerse en un proceso penal. Puede efectuarse en un proceso civil o en un procedimiento administrativo. Pero nadie tiene un derecho humano a que se sancione penalmente, puesto que

---

46 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «En torno al neoconstitucionalismo», en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Neoconstitucionalismo y derecho*..., p. 79.

47 SOTO KLOSS, Eduardo, «Responsabilidad por actividad jurisdiccional», en *VV.AA., Congreso Internacional de Derecho Administrativo*. Universidad de la República-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Montevideo, 1984, pp. 129 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «En torno al ...», loc. cit., p. 100.

48 MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 6.ª edición, 1984, p. 186.

49 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «Desafíos a la separación de poderes y la independencia de la Justicia. Especial referencia al Uruguay», en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Derecho Administrativo. Otra forma de*..., p. 99.

50 HELANDER CAPALBO, Nils. *El alcance de la «cosa...*, pp. 56 y ss.; HELANDER CAPALBO, Nils. *El alcance de la jurisprudencia de la Corte...,* pp. 78 y ss.

51 HELANDER CAPALBO, Nils. *El alcance de la «cosa...»,* pp. 57 y ss.; HELANDER CAPALBO, Nils. *El alcance de la jurisprudencia de la Corte...,* pp. 64 y ss.

la represión penal corresponde al Estado[52]. Esa represión penal es deseable y corresponde en principio, pero a veces no es posible y debe ceder ante otros derechos humanos como el derecho a la paz, por ejemplo. Es lo que sucede con la amnistía, como luego se verá.

De manera que no es necesario acudir a la imprecisa noción del *ius cogens*. La mayoría de los aspectos indicados por la Corte Interamericana como contenido del *ius cogens* son aplicables por aplicación directa de principios inherentes a la personalidad humana, y la represión penal resulta obligatoria sólo si hay alguna Convención o Tratado al respecto que la imponga; pero, aun así, ella puede ceder en casos excepcionales ante la tutela de otros derechos humanos.

Por otro lado, debemos decir que el término *derecho de gentes* que utiliza nuestra Constitución es equívoco al decir de Jiménez de Aréchaga, y obsoleto, al decir de Korzeniak; no debe utilizarse en el sentido que tenía en el derecho romano, sino que refiere genéricamente al derecho internacional público[53] pero no necesariamente implica el *ius cogens* como fuente obligatoria.

8. Lo expuesto precedentemente nos lleva a considerar el tema de las amnistías.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia recaída en el caso GELMAN vs. URUGUAY, de 20 de marzo de 2013, reiterando jurisprudencia anterior en cuanto a considerar que las amnistías dispuestas al finalizar los Gobiernos dictatoriales en América Latina son incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzosa de Personas, estimó que nuestra ley N.º 15.848, de 20 de diciembre de 1986, era incompatible con dichas Convenciones (párrafo 253).

No participo de esa opinión.

Si se lee atentamente la Convención Americana se advierte que no hay nada en ella que impida las amnistías. Implícitamente podría entenderse que ello podría desprenderse con relación a los delitos de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas. Pero advierto que nuestro país aprobó dicha Convención por ley N.º 16.724, de 13 de noviembre de 1995.

No se puede, así, pretender aplicar dicha Convención a hechos acaecidos con anterioridad y afectar una ley de amnistía dispuesta con anterioridad a la aprobación de la referida Convención. Además, aunque se entendiera de recibo la aplicación de esta Convención, cabe señalar que habría, en todo caso, una violación del derecho internacional que se resuelve con una condena pecuniaria pero no con una obligación de castigar penalmente, pues eso supondría asignar a la Corte Interamericana en forma indirecta una jurisdicción penal de la que carece.

No podemos olvidar, por otra parte, que no hay un derecho humano a la represión penal. La represión penal pertenece al Estado. Esto ya lo vio muy bien Tomás de Aquino cuando, estudiando la responsabilidad, sostuvo que en caso de daño corresponde la restitución. Y decía: «Restitución es la enmienda del daño. Esto procede tanto en las que llama conmutaciones voluntarias, como un contrato, o involuntarias, como un delito. Esa restitución puede consistir en devolver la cosa que se privó a otro o dar otra de valor equivalente. Pero también puede, además, consistir en un castigo. Así por ejemplo en caso de homicidio, dice, es lícito dar muerte al homicida. Pero, aclara, «el cuidado del bien común se ha comisionado a los gobernantes que tienen la autoridad pública. Por tanto, solo a ellos compete el matar a un malhechor, y no a las personas particulares»[54].

Por eso, por exigencias del bien común, como lo es la paz social, el Estado puede abstenerse de castigar, pues al hacerlo no se desconoce un derecho humano. Esto es lo que ocurre con la amnistía.

---

52 Durán Martínez, Augusto, «Justicia transicional», en Durán Martínez, Augusto. *Dimensión Social.* LA LEY Uruguay, Montevideo, 2020, pp. 111 y ss. y 127 y ss.

53 Jiménez de Aréchaga, Justino. *La Constitución Nacional.* Cámara de Senadores. Montevideo, 2010, t. 14, p. 342; Korzeniak, José, *Primer Curso de Derecho Público. Derecho Constitucional.* F.C.U. Montevideo, 2001, p. 572.

54 Santo Tomás de Aquino. *Tratado de la Justicia* (II, II, cuestión 64, artículo 3), en de Aquino, Tomás. *Tratado de la ley. Tratado de la justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes.* Editorial Porrúa S.A. México, 1975, p. 170.

La amnistía es un acto de perdón. Es una manifestación del *agapé,* del amor que perdona,[55] que supera y completa la justicia[56]. Por eso en el Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia se expresa: «La plena verdad sobre el hombre permite superar la visión contractual de la justicia, que es una virtud limitada, y abrirla al horizonte de la solidaridad y del amor: "Por sí sola la justicia no basta. Más aun, puede llegar a negarse a sí misma, si no se abre a la fuerza más profunda que es el amor". En efecto, junto al valor de la justicia, la doctrina social coloca el de la solidaridad, en cuanto vías privilegiadas de la paz... La meta de la paz, en efecto, "solo se alcanzará con la realización de la justicia social e internacional, y además con la práctica de las virtudes que favorecen la convivencia y nos enseñan a vivir unidos, para construir juntos, dando y recibiendo, una sociedad nueva y un mundo mejor»[57].

La *amnistía,* pues, configura un acto de renunciamiento del Estado, finalizado a la paz social para satisfacer el derecho humano a la paz.

No se puede pensar que las amnistías sean un invento latinoamericano del período de las postdictaduras del siglo XX. Por el contrario, sus antecedentes históricos son muy antiguos. Cicerón ya se había pronunciado en favor de la amnistía y recordaba ejemplos de ella en la antigua Grecia[58].

Por otro lado, debe reconocerse que la amnistía uruguaya —esa es precisamente la naturaleza de la llamada ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado— no fue una autoamnistía, como ocurrió en otros países, por lo que la aplicación de soluciones concebidas para otro contexto resulta improcedente. Se desconocen las particularidades locales. Como se ha visto, la amnistía uruguaya surgió implícitamente del Pacto que posibilitó el retorno a la democracia, fue dispuesta por ley, votada por los legítimos representantes del pueblo y ratificada dos veces directamente por el Cuerpo Electoral, cosa que se puede hacer puesto que no integramos un contexto supranacional y porque al actuar de esta manera no se afectaron derechos humanos. Además, se hicieron investigaciones, tanto en procesos civiles en casos de responsabilidad patrimonial como en procedimientos administrativos, puesto que la ley N.º 15.848 solo afectó los procesos penales[59].

La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos supone desconocer la soberanía del pueblo oriental, allí donde la soberanía subsiste.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos debe también efectuar control de convencionalidad al actuar, debe tener en cuenta su función subsidiaria y aplicar el margen nacional de apreciación. Y lo mismo deben hacer los órganos internos de los Estados al aplicar la sentencia.

Luego del pronunciamiento de la Corte Interamericana en el caso Gelman, Urioste escribió una acertada nota de jurisprudencia sobre esa sentencia. Refiriéndose a ella expresó que «la Corte debe mantener un riguroso equilibrio para mantenerse fuera de las competencias de un tribunal penal... Pues de lo contrario, puede caer en consideraciones propias de la materia penal que no le corresponde. Por eso será necesario interpretar ciertas expresiones de la Corte, dentro del estricto marco de los derechos humanos a los efectos de eliminar una interpretación que a primera vista contradice de modo flagrante la propia Convención y el Tratado de Roma. Porque si nos atenemos al tenor de sus expresiones, deberíamos concluir que se trata de actos ilícitos imputables a la Corte»[60].

---

55 Benedicto XVI. *Carta Encíclica Deus caritas est*. Librería Editrice Vaticana, San José, 2006, p.16.

56 Benedicto XVI. *Carta Encíclica Caritas in veritate. La caridad en la verdad*. Librería Editrice Vaticana, San José, 2009, p.7.

57 Pontificio Consejo «JUSTICIA Y PAZ». *Compendio de la Doctrina social de la iglesia.* Librería Editorial Arquidiocesana. Montevdeo, 2005, p. 98.

58 Cicerón. «Discurso de la amnistía», en *CICERÓN. Obras escogidas.* Casa editorial. Garnier Hermanos. París, Tomo 3, pp. 284 y ss. Si bien se discute la autoría de Cicerón de este discurso, es sabido que Cicerón era partidario de la amnistía y así se pronunció luego del asesinato de Julio César. Por tanto, se entiende que este discurso bien pudo haber sido pronunciado por él o que habría pronunciado uno muy parecido.

59 En el mismo sentido, Urioste Braga, Fernando, «En torno a la sentencia...», *loc. cit*.., pp. 861 y ss.

60 Urioste Braga, Fernando, «En torno a la sentencia...», loc. cit.., pp. 858 y ss.

En Uruguay, los tres Poderes del Estado han tenido oportunidad de expedirse sobre este tema luego del caso Gelman.

El Poder Ejecutivo, aplicando la concepción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la cosa interpretada con efecto *erga omnes* en cuanto la jurisprudencia de dicha Corte considera las amnistías decretadas luego de los regímenes de facto relativas a violaciones de derechos humanos incompatibles con la Convención, dictó la Resolución N.º 322/2011, de 30 de junio de 2011.

Por dicha Resolución se revocaron por razones de legitimidad todos los actos administrativos y mensajes emanados del Poder Ejecutivo, en aplicación del artículo 3 de la ley N.º 15.848, de 22 de diciembre de 1986, que consideraron que los hechos denunciados estaban comprendidos en las disposiciones del artículo 1 de la referida ley y en su lugar se declaró que dichos hechos no estaban comprendidos en la citada norma legal.

Sin perjuicio de los defectos formales que esta Resolución tiene, y que no interesan a los efectos de este estudio, en su oportunidad la consideré ilegítima por violación de derechos adquiridos[61]. Considero además que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos carece de fuerza vinculante para los Estados no partes en el proceso. Por tanto, si se aplica con el convencimiento de que tiene fuerza obligatoria, se incurre en un error manifiesto de apreciación que vicia, además por esa razón, el acto de aplicación de esa jurisprudencia.

El Poder Legislativo reaccionó del mismo modo que el Poder Ejecutivo de su época y dictó la ley N.º 18.831 de 27 de octubre de 2011, cuyos primeros tres artículos establecen:

> «Artículo 1. Se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1.º de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1.º de la Ley N.º 15.848, de 22 de diciembre de 1986. Artículo 2. No se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el artículo 1.º de esta ley. Artículo 3. Declárase que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte».

Cuando fui invitado a dar mi opinión sobre el proyecto de ley por la correspondiente comisión parlamentaria señalé su inconstitucionalidad, pero igualmente se convirtió en ley.

La Suprema Corte de Justicia, por sentencia N.º 20 de 22 de febrero de 2013, declaró inconstitucionales, correctamente, los artículos 2 y 3 de la ley N.º 18.831 por vulnerar el principio de irretroactividad de la ley penal, derivado de los principios de libertad y legalidad[62]. Rechazó, en cambio, la inconstitucionalidad del artículo 1[63].

Esta posición de nuestra Suprema Corte de Justicia se reiteró en varias sentencias posteriores[64].

No obstante, la Suprema Corte de Justicia, con un cambio de su integración y en formación especialmente constituida por recusación de uno de sus miembros, por sentencia N.º 286 de 10 de mayo de 2022, cambió su jurisprudencia y rechazó las inconstitucionalidades promovidas contra la ley N.º 18.831. Evidentemente hemos involucionado.

Estamos admitiendo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no practique el margen nacional de apreciación y desconozca así el principio de subsidiariedad, y nos negamos a apli-

---

61 Durán Martínez, Augusto, «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de...», *loc. cit*, pp. 835 y ss.

62 *La Justicia Uruguaya*. Año LXXIV, t. 147, marzo 2013, Caso N.º 16.474, pp. J 56 y ss.

63 A mi juicio ese artículo 1 es también inconstitucional, porque supone la anulación de la ley N.º 15.848, con lo cual los sujetos que fueron amnistiados por esa ley pueden ahora ser enjuiciados. Se desconoce así la seguridad jurídica y los derechos adquiridos. No puede olvidarse que los violadores de derechos humanos, por aberrantes que hayan sido sus conductas, son también seres humanos y por esa razón poseen derechos humanos que no se pueden desconocer.

64 Ver sentencia N.º 24/2021 de 18 de febrero de 2021 en *LA JUSTICIA URUGUAYA*, Montevideo, abril-junio 2021, Tomo 159, N.º 2, Caso 17.814, pp. 137 y ss.

car el margen nacional de apreciación por parte de los órganos del Estado que deben ejecutar las sentencias de la Corte Interamericana.

Estimo, en consecuencia, que nuestro Poder Ejecutivo y nuestro Poder Legislativo del año 2011no han hecho una adecuada defensa de nuestra soberanía. La Suprema Corte de Justicia al principio, y durante un buen tiempo, sí lo ha hecho, pero finalmente ha claudicado.

4. Órganos que deben ejercer el control de convencionalidad

1. En un primer momento la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que el control de convencionalidad lo debe efectuar todo órgano jurisdiccional (caso Trabajadores Cesados del Congreso, Aguado Alfaro y otros vs. Perú, de 24 de noviembre de 2006)[65].

Esta jurisprudencia evolucionó y en fallos más recientes la Corte sostuvo que el control de convencionalidad debe ser ejercido por todos los órganos y autoridades de un Estado Parte de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y no solo por los órganos que ejercen función jurisdiccional (sentencia de 30 de noviembre de 2012 en caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia)[66].

Coincido plenamente con esta posición de la Corte Interamericana y sostengo, además, que ella misma debe efectuar el control de convencionalidad.

2. Sin perjuicio de lo expuesto, debemos tener en cuenta que este control debe efectuarse respetando el régimen constitucional existente en cada país.

Ilustraré este aspecto con algunos ejemplos.

3. Ya se ha dicho que cuando el control de convencionalidad se efectúa sobre un acto legislativo coincide con el control de constitucionalidad.

Si este control se efectúa en el ámbito de la función jurisdiccional, todo juez debe hacerlo. Si estima que la ley es inconvencional, como este caso coincide con el control de constitucionalidad deberá remitir los autos a la Suprema Corte de Justicia, la que en definitiva resolverá. En otros términos, todos deben efectuar el control de convencionalidad, pero solo la Suprema Corte de Justicia podrá disponer la desaplicación de la ley sea por la vía de acción, de excepción o de oficio. O sea, si el juez actuante estima que la ley es inconvencional remitirá el caso a la Suprema Corte de Justicia; si estima que no es inconvencional la aplicará en la causa que está entendiendo.

Si el control se efectúa en ejercicio de la función administrativa, hay al respecto diversas opiniones. Tradicionalmente se sostuvo que la Administración debe igualmente aplicar la ley mientras no haya sido declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia y, aun así, la sentencia tendrá efecto solamente para el caso concreto[67].

Pero, después de un importante trabajo de Juan Andrés Ramírez, quien sostuvo que cualquier aplicador del derecho puede no aplicar una ley que considere inconstitucional, aplicando, básicamente el razonamiento de Marshall en el famoso caso Marbury versus Madison de 1803[68], asumiendo por cierto la responsabilidad de su interpretación, la doctrina comenzó a cambiar. En función de este nuevo enfoque entendí que fuera de la función jurisdiccional, el aplicador de derecho puede no aplicar una ley que considere inconstitucional, estando a las consecuencias del error de interpretación si es que lo ha cometido[69].

---

65 Durán Martínez, Augusto, «El control de convencionalidad y el...», loc. cit., p. 73.

66 Esteva Gallicchio, Eduardo G., «El control de convencionalidad...», loc. cit., p. 739.

67 Ver Durán Martínez, Augusto, «Aplicación directa de principios y normas constitucionales», en Durán Martínez, Augusto. *Derecho Administrativo. Dimensión...,* pp. 696 y ss.

68 Ramírez, Juan Andrés, «La Administración puede y debe abstenerse de aplicar las leyes inconstitucionales», en *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*. N.º Extraordinario del cincuentenario. Montevideo, 1979, pp. 55 y ss.

69 Durán Martínez, Augusto, «Aplicación directa de...», *loc. cit*., pp. 703 y ss.

4. Si la norma objeto de control es un acto administrativo, la solución es distinta ya que no existe un sistema concentrado de control. Solo el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la Suprema Corte de Justicia en el ámbito de la acción por lesión de autonomía pueden anular un acto administrativo. Pero todo órgano llamado a aplicar ese acto sin anularlo podrá desaplicarlo en razón de su ilegitimidad y actuar en consecuencia, sin perjuicio de su revocación en caso de ser posible.

Pongo como ejemplo de este caso lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 158 del decreto N.º 500/991, de 27 de setiembre de 1991.

Allí se establece que el recurso no fue presentado en tiempo cuando sea interpuesto el último día del término después de vencido el horario de la oficina donde debe presentarse.

Adviértase que el artículo 317 de la Constitución prevé un plazo mínimo de 10 días para recurrir (y el artículo 4 de la ley N.º 15.869, de 22 de junio de 1987 lo fija en 10 días),[70] con lo que la citada norma reglamentaria lo reduce en algunas horas.

Esto no solo configura una violación del artículo 317 de la Constitución sino también del principio del debido proceso, con lo que afecta al derecho de defensa, un derecho humano indiscutible, ya que uno de sus contenidos, en su más amplia acepción, incluye el derecho a recurrir[71] y el derecho a accionar[72].

El artículo 158 inciso final del decreto N.º 500/991 podría tener alguna explicación en tiempos en que los recursos se presentaban necesariamente en forma presencial, lo que debía efectuarse en horarios de atención al público. Pero no tiene ningún sentido cuando, a través de los medios que proporciona la nueva tecnología, se pueden presentar los recursos fuera del horario de atención al público. Por tanto, estimo que, si el recurso es presentado luego de terminado el horario de atención al público, pero antes de la hora 24, se debe tener por bien interpuesto. El control de convencionalidad y de constitucionalidad impone la desaplicación del inciso final del artículo 158 del decreto N.º 500/991[73].

5. Evoco ahora el caso de una norma constitucional incompatible con el bloque de constitucionalidad.

Este no es un caso previsto en nuestra Constitución. Por tanto, estimo que todo aplicador del derecho debe, como es de principio, siguiendo el razonamiento del juez Marshall aplicar la regla de mayor valor y fuerza y descartar la aplicación de la de menor valor y fuerza.

6. Por último, considero un caso de una norma constitucional incompatible con el bloque de constitucionalidad cuya solución es recogida por una ley.

Pensemos por ejemplo en el agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la acción de nulidad, que surge de los artículos 309 y 319 de la Constitución, pero también es impuesta por el artículo 4 de la ley N.º 15.869, de 22 de junio de 1987.

Cada vez es mayor la doctrina que estima que el agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la acción de nulidad viola el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, sin duda un derecho humano, reconocido expresamente por el Pacto de San José de Costa Rica

---

70 Durán Martínez, Augusto. *Contencioso Administrativo*. Segunda edición actualizada y ampliada. F.C.U. Montevideo, 2015, pp. 164 y ss.

71 Brewer Carías, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2013, vol. IV, pp. 315 y ss. y 321 y ss.; Ruocco, Graciela, «El principio del debido del debido proceso en vía administrativa», en *Estudios de Derecho Administrativo*, N.º 7. LA LEY Uruguay, 2013, p. 201; Durán Martínez, Augusto, «El debido proceso en el procedimiento administrativo en Uruguay», en VV.AA. *El derecho entre dos siglos. Estudios conmemorativos de los 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*. Facultad de Derecho. Universidad Católica del Uruguay. Montevideo, 2015, t. I, pp. 283 y ss.

72 Couture, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil (vol. 1)*, t. II, en Couture, Eduardo J., *Obras*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2010, pp. 148 y ss.; Durán Martínez, Augusto, «El debido proceso en...», loc. cit., pp. 283 y ss.

73 Durán Martínez, Augusto, «Control de convencionalidad en el Contencioso Administrativo», en Durán Martínez, *Augusto. Dimensión...*, p. 767.

y comprendido en el artículo 72 de la Constitución y, por tanto, resulta incompatible con el bloque de constitucionalidad[74].

Cajarville Peluffo al analizar el agotamiento de la vía administrativa expresó que los recursos administrativos, con ese carácter no constituyen una garantía, sino que «son un desmedido privilegio para la Administración»; la verdadera garantía es la jurisdiccional[75].

Lo que Cajarville Peluffo ha dicho es verdad y lo he compartido[76].

Entonces, si el agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la acción de nulidad es un desmedido privilegio de la Administración es porque desconoce el principio de igualdad, con lo que viola el bloque de constitucionalidad. Y lo hace en el acceso al proceso, con lo que desconoce el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en este punto, por lo que también por eso viola el bloque de constitucionalidad.

En ese caso, planteada la cuestión considero que la Suprema Corte de Justicia debe disponer la desaplicación de la parte pertinente del artículo 4 de la ley N.º 15.869 y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo la desaplicación de la parte pertinente de los artículos 309 y 319 de la Constitución de la República[77].

Bibliografía

Benedicto XVI. *Carta Encíclica Deus caritas est*. Librería Editrice Vaticana, San José, 2006.

Benedicto XVI. *Carta Encíclica Caritas in veritate. La caridad en la verdad*. Librería Editrice Vaticana, San José, 2009.

Bodino, **Jean**. *Les six livres de la République (morceaux choisis).* Édition Confluences. Lyon, 1999.

Brewer Carías, **Allan R**., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. IV. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2013.

Cajarville Peluffo, **Juan Pablo**. *Recursos administrativos.* 3.ª edición. F.C.U. Montevideo, 2000.

Campos Zamora, **Francisco J.** Introducción al libro de Bernd Rüthers. *La revolución secreta.* Marcial Pons. Madrid, 2020.

Cicerón. «Discurso de la amnistía,» en Cicerón. *Obras escogidas.* Casa editorial. GARNIER HERMANOS. París, Tomo 3.

Correa Freitas, **Rubén**, «Los controles de constitucionalidad y de convencionalidad en la Constitución uruguaya», en Ruocco, Graciela y Vázquez, Cristina (Coordinadoras). *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Augusto Durán Martínez.* F.C.U., Montevideo, 2023.

Couture, **Eduardo J**., *Estudios de Derecho Procesal Civil (vol. 1)*, t. II, en Couture, Eduardo J., *Obras.* LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2010.

Durán Martínez, **Augusto**, «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del derecho Administrativo. Especial referencia al caso GELMAN vs. URUGUAY», en Durán Martínez, Augusto, *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012.

Durán Martínez, **Augusto**, «En torno al neoconstitucionalismo», en Durán Martínez, Augusto. *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012.

74 Durán Martínez, Augusto. *Contencioso Administrativo.* 3.ª edición actualizada y ampliada. F.C.U., Montevideo, 2023, pp. 301 y ss.; Gómez Nacer, María Gabriela/ Echevarría Camaño, María José, «El agotamiento de la vía administrativa», en Ruocco, Graciela y Vázquez, Cristina (Coordinadoras). *Estudios jurídicos en homenaje al...,* pp. 1419 y ss.

75 Cajarville Peluffo, Juan Pablo. *Recursos administrativos*. 3.ª edición. F.C.U. Montevideo, 2000, pp. 8 y 102.

76 Durán Martínez, Augusto. *Contencioso...*, p. 302.

77 Durán Martínez, Augusto, «Control de convencionalidad en el Contencioso...», *loc. cit*., p. 770.

Durán Martínez, **Augusto**, «Otra vez sobre la inexistente presunción de legitimidad del acto administrativo», en Durán Martínez, Augusto. *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012.

Durán Martínez, **Augusto**, «El debido proceso en el procedimiento administrativo en Uruguay», en *VV.AA. El derecho entre dos siglos. Estudios conmemorativos de los 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, t. I. Facultad de Derecho. Universidad Católica del Uruguay. Montevideo, 2015.

Durán Martínez, **Augusto**. *Contencioso Administrativo*. Segunda edición actualizada y ampliada. F.C.U. Montevideo, 2015.

Durán Martínez, **Augusto**, «Desafíos a la separación de poderes y la independencia de la Justicia. Especial referencia al Uruguay», en Durán Martínez, Augusto. Derecho *Administrativo. Otra forma de verlo.* LA LEY Uruguay, Montevideo, 2017.

Durán Martínez, **Augusto**, «El control de convencionalidad y el derecho público interno», en Durán Martínez, Augusto. *Derecho Administrativo. Otra forma de verlo.* LA LEY Uruguay, Montevideo, 2017.

Durán Martínez, **Augusto**, «Servicios de comunicación audiovisual. Concepto. Naturaleza. Principios. Diversidad y pluralismo», en Durán Martínez, Augusto. *Derecho Administrativo. Otra forma de verlo.* LA LEY Uruguay, Montevideo, 2017.

Durán Martínez, **Augusto**, «Aplicación directa de principios y normas constitucionales», en Durán Martínez, Augusto. D*erecho Administrativo. Dimensión Social.* LA LEY Uruguay, Montevideo, 2020.

Durán Martínez, **Augusto**, «Control de constitucionalidad y de convencionalidad en los contenciosos de derecho público en Uruguay», en Durán Martínez, Augusto. *Derecho administrativo. Dimensión Social.* LA LEY Uruguay, Montevideo, 2020.

Durán Martínez, **Augusto**, «Control de convencionalidad en el Contencioso Administrativo», en Durán Martínez, Augusto. *Dimensión Social.* LA LEY Uruguay, Montevideo, 2020.

Durán Martínez, **Augusto**, «Justicia transicional», en Durán Martínez, Augusto. *Dimensión Social.* LA LEY Uruguay, Montevideo, 2020.

Durán Martínez, **Augusto**, «Aplicación en Uruguay de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Especial referencia al margen nacional de apreciación», en prensa.

Durán Martínez, **Augusto**, «El control de convencionalidad y el derecho público interno», en *La Justicia Uruguaya*. Año LXXV, t. 149. Montevideo, 2014.

Durán Martínez, **Augusto**. *Contencioso Administrativo.* 3.ª edición actualizada y ampliada. F.C.U., Montevideo, 2023.

Esteva Gallicchio, **Eduardo G**., «El control de convencionalidad en el ámbito de los contratos administrativos», en *Estudios de Derecho Administrativo*. N.º 8. LA LEY Uruguay, 2013.

Ferrer Mac-Gregor Poisot Eduardo, Voto razonado a la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013. Supervisión de cumplimiento de sentencia. N.º 33.

Gómez Nacer, **María Gabriela**/ **Echevarría Camaño**, **María José**, «El agotamiento de la vía administrativa», en Ruocco, Graciela y Vázquez, Cristina (Coordinadoras). *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Augusto Durán Martínez.* F.C.U., Montevideo, 2023.

Gutiérrez, **Fulvio**, «El control de convencionalidad», en *La Justicia Uruguaya*, año LXX VIII, t. 155Montevideo, mayo-junio, 2017.

Häberle, **Peter**, *El Estado Constitucional*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2003.

Helander Capalbo, **Nils**. *El alcance de la «cosa interpretada» en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Tesis de maestría en Derecho con énfasis en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Universidad Católica del Uruguay. Montevideo, 2021.

Helander Capalbo, **Nils**. *El alcance de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno. Con especial referencia al efecto de «cosa interpretada» de sus decisiones.* F.C.U. Montevideo, 2023.

Jimena Quesada, **Luis**. *Jurisdicción Nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinacional de derechos*. Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona, 2013.

Jiménez De Aréchaga, **Justino**. *La Constitución Nacional.* Cámara de Senadores. Montevideo, 2010, t. 14, p. 342; Korzeniak, José, *Primer Curso de Derecho Público. Derecho Constitucional.* F.C.U. Montevideo, 2001.

Jinesta Lobo, **Ernesto**, «Derecho administrativo constitucional y convencional: "constitucionalización" y "convencionalización" del derecho administrativo», en Santofimio Gamboa, Jaime Orlando/ BARNÉS Vásquez, Javier/ Ibagón Ibagón, Mónica Liliana (Editores). *Perspectivas de una reforma. Estudios de Derecho Administrativo a partir de la obra de Eberhard SCHMIDT-ASSMANN*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2016.

Larrieux, **Jorge T**., «Caso GELMAN Vs. URUGUAY. Justicia transicional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad», en *La Justicia Uruguaya*. Año LXXIV, t. 147, marzo 2013.

Maritain, **Jacques**. *El hombre y el Estado*. Fondo de Cultura Económica. México, 1945.

Montesquieu, *El espíritu de las leyes*. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 6.ª edición, 1984.

Ochs Olazábal, **Daniel**, «El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "Gelman contra Uruguay"», en *Legislación, Jurisprudencia y Derecho.* LA LEY Uruguay, Año IV, N.º 7, julio 2011.

Pérez Manrique, **Ricardo**, «El control de convencionalidad y el margen de apreciación nacional. Análisis desde la jurisprudencia SCJ de Uruguay», en *La Justicia Uruguay,* Tomo 152. Montevideo, 2015.

Pontificio Consejo «Justicia y paz». *Compendio de la Doctrina social de la iglesia.* Librería Editorial Arquidiocesana. Montevdeo, 2005.

Ramírez, **Juan Andrés**, «La Administración puede y debe abstenerse de aplicar las leyes inconstitucionales», en *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*. N.º Extraordinario del cincuentenario. Montevideo, 1979.

Riguetti, **Agustina**/ **Álvarez**, **Camila**/ **Rojas**, **Mathías**/ **Ollero**, **Melanie**/ **Urchitano**, **Micaela**/ **Cedrola**, **Paulina**. «Valor y fuerza de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la interpretación del corpus iuris Interamericano: la cosa interpretada», en *Revista de Derecho.* N.º 32. Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho. Año XVI (2017).

Risso Ferrand, **Martín**, «El control de convencionalidad» en Revista de Derecho Público. N.º 50. FCU-Montevideo, 2016.

Risso Ferrand, **Martín**. *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*. Segunda edición actualizada y ampliada. Pontificia Universidad Javeriana. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2011.

Risso Ferrand, **Martín**. *Derechos humanos. Interpretación y aplicación.* F.C.U., Montevideo, 2022.

Ruocco, **Graciela**, «El principio del debido del debido proceso en vía administrativa», en *Estudios de Derecho Administrativo*, N.º 7. LA LEY Uruguay, 2013.

Rüthers, **Bernd**. *La revolución secreta.* Marcial Pons. Madrid, 2020.

Santiago, **Alfonso**. *Principio de subsidiariedad y margen nacional de apreciación.* Astrea, Buenos Aires, 2020.

Santo Tomás de Aquino. *Tratado de la Justicia* (II, II, cuestión 64, artículo 3), en de Aquino, Tomás. *Tratado de la ley. Tratado de la justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes.* Editorial Porrúa S.A. México, 1975.

Sentencia N.º 24/2021 de 18 de febrero de 2021 en *LA JUSTICIA URUGUAYA*, Montevideo, abril-junio 2021, Tomo 159, N.º 2, Caso 17.814.

Soto Kloss, **Eduardo**, «Responsabilidad por actividad jurisdiccional», en VV.AA., *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*. Universidad de la República-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Montevideo, 1984.

Sousa Duvergé, **Luis Antonio**. *Control de convencionalidad en República Dominicana*. IUS NOVUM. Santo Domingo, 2011.

Torres De Moral, **Antonio**. Prólogo al libro de Luis Jimena Quesada. *Jurisdicción Nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinacional de derechos*. Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona, 2013.

Urioste Braga, **Fernando**., «En torno a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso "GELMAN C. URUGUAY"», en *Estudios de Derecho Administrativo*. N.º 4. LA LEY Uruguay, 2011.

8

LA INCIDENCIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

THE IMPACT OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES ON ADMINISTRATIVE LAW AND PUBLIC ADMINISTRATION

Gabriela Andrea Stortoni Maisterrena
Directora de Maestría/Director´s of Masters Programme
UNIVERSIDAD NACIONAL DE TRES DE FEBRERO

RESUMEN: En la República Argentina, a partir de la reforma de la Constitución Nacional (CN) se han incorporado con jerarquía constitucional los tratados y convenciones en materia de derechos humanos, siendo parte esencial del bloque de legalidad a ser cumplido por los diferentes poderes del Estado. En particular se verifica un impacto en diversos institutos del derecho administrativo, tales como en la Teoría del Acto Administrativo, los Contratos Administrativos, los Servicios Públicos y la Responsabilidad del Estado frente al cumplimiento de las obligaciones que dimanan de las Convenciones sobre DDHH, así como también de sentencias de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS(CIDH). Estas obligaciones de carácter internacional para los Estados resultan también derechos consagrados a favor de las personas humanas. La aplicación por parte de las Administraciones públicas de lo que se denomina «convencionalidad» es obligatoria en tanto surge de la norma positiva y se orienta a satisfacer la dignidad de la persona humana. (Principio «Pro-persona»). La CSJN en Argentina, en los últimos años ha aplicado el denominado «margen de apreciación nacional» para restringir la aplicación de la doctrina que emana de la CIDH, cuando la Corte local considere que existe una colisión con los principios de derecho público reconocidos constitucionalmente. Frente a esta posición me interesa descartar su aplicación, desde la dogmática jurídica, y la «política de la diferencia» a cargo de todos los órganos del Estado, que ordena implementar medidas que eliminen las diferencias en el goce de los derechos de las personas; elimine y condene las prácticas de crueldad en los organismos del Estado o en la sociedad civil y los tratos degradantes hacia las personas, en particular a los colectivos discriminados, minorías y grupos más vulnerables. Ello con el objeto de que esta política sea un estándar para aplicar por la administración pública, así como standard judicial, donde el poder estatal (prerrogativa) sea desplazado a un segundo lugar y los derechos de las personas ocupe el lugar preferencial que además justifique la existencia del primero.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos. Constitución nacional. Tratados internacionales. Derecho administrativo. Administración pública. Acto administrativo. Contratos administrativos, Servicios públicos y responsabilidad del estado. Su impacto. La cuestión del margen de apreciación nacional. Justicia y la política de la diferencia.

ABSTRACT: In the Argentine Republic, since the reform of the National Constitution (CN), treaties and conventions on human rights have been incorporated with constitutional

hierarchy, being an essential part of the block of legality to be complied with by the different powers of the State. In particular, an impact is observed in several institutes of administrative law, such as the Theory of the Administrative Act, Administrative Contracts, Public Utilities, and the Responsibility of the State regarding compliance with the obligations arising from the Conventions on Human Rights, as well as also from rulings of the INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS (IACHR). These international obligations for States are also rights consecrated in favor of human persons. The application by public administrations of what is called «conventionality» is mandatory as it arises from the positive norm and is aimed at satisfying the dignity of the human person. («Pro persona» principle). The CSJN in Argentina, in recent years, has applied the so-called «national margin of appreciation» to restrict the application of the doctrine emanating from the IACHR, when the local Court considers that there is a collision with the principles of public law constitutionally recognized. Faced with this position, I am interested in discarding its application, from legal dogmatics, and the «politics of difference» in charge of all State bodies, which orders the implementation of measures that eliminate differences in the enjoyment of people's rights; eliminate and condemn cruelty practices in State agencies or civil society and degrading treatment of people, particularly discriminated groups, minorities, and the most vulnerable groups. This is with the aim to be a standard applied by the public administration, as well as a judicial standard, where state power (prerogative) is displaced to a second place and the rights of the people occupy the preferential position that also justifies the existence of the first one.

KEY WORDS: Human rights. National constitution. International treaties. Administrative law. Public administration. Administrative act. Public contracts, Public services and state responsibility. Its impact. The question of the national margin of appreciation. Justice and the politics of difference.

1. Los tratados internacionales antes de la reforma de la Constitución de 1994. El rol de la jurisprudencia

Antes de la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994, la discusión se centraba en dilucidar, (i) si los tratados podían ser modificados por ley posterior, cuestión que fue abandonada por la CSJN en el caso Martin y Cía.[1]; y (ii) si los tratados tenían jerarquía supralegal. La regla interpretativa, en relación a este punto fue establecida por la jurisprudencia, en el conocido caso «Ekmekdjian c/ Sofovich»[2] donde la CSJN llega a la conclusión que los tratados son actos federales complejos por lo cual para su vigencia efectiva es necesario que se den tres pasos esenciales: la firma del tratado por el Poderes Ejecutivos de los Estado Parte, su correspondiente aprobación Legislativa en el ámbito doméstico y finalmente su ratificación mediante el depósito del documento en la sede o secretaria del Tratado, por parte de los Poderes Ejecutivos de los Estados Parte. Una vez cumplido dicho circuito, si la norma es operativa, nada obsta a que se reconozca el ejercicio del pleno derecho reconocido por el tratado[3].

1 «Martin & Cia. Ltda. S.A. c/ Nación Argentina» (CSJN, Fallos, 257:99), sentenciado por la CSJN el 6 de noviembre de 1963. El fallo aun cuando representa un avance en el sistema de interpretación, por la vigencia efectiva de los tratados y su cumplimiento, es no obstante aplicación de la teoría dualista, doctrina que separa tajantemente el ordenamiento jurídico interno del Estado del Derecho internacional, dando una notable primacía al primero.

2 «Ekmekdjian, Miguel Ángel c. SOFOVICH, Gerardo y otros», Fallos 315:1492 (1992), La Ley, 1992- C, 543. El Derecho, 148:354.

3 Es interesante recordar los hechos del caso, ocurrido el 11 de junio de 1988, cuando el señor Dalmiro Sáenz expresó algunas frases involucrando a Jesucristo y la Virgen María en un programa televisivo. Miguel Ekmekdjian, al sentirse «profundamente lesionado en sus sentimientos religiosos» por dichas frases, dedujo una acción de amparo dirigida al conductor del ciclo —Gerardo Sofovich— para que en el mismo programa diera lectura a una carta documento que contestaba a los supuestos agravios vertidos por Dalmiro Sáenz. Ante la negativa del conductor del programa de leer la carta documento, el accionante inició un juicio de amparo fundado en el derecho de réplica basándose para ello en el artículo 33 de la CN y en el 14 del Pacto de San José de Costa Rica, razón que le da CSJN en el citado caso, innovando en la jurisprudencia aplicable hasta la fecha.

Así la Corte, antes que los constituyentes lo dejaran sentado en la nueva constitución reformada, afirmó que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados[4] había alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino y, en consecuencia, ya no existía fundamento normativo para acordar prioridad a la ley por sobre el tratado. Ello así, pues el art. 27 de la Convención de Viena dispuso que una de las Partes firmantes del tratado no podía invocar disposiciones de derecho interno para incumplir la Convención. Debe señalarse, además, que la Corte Suprema interpretó los términos de la Convención de Viena en el sentido de que ésta asignaba prioridad al tratado frente a la ley interna[5].

Asimismo, la Corte sostuvo que «la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento; ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otra manera, significaría el incumplimiento o repulsa del tratado con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse»; y prosiguió diciendo: «cuando la Nación ratifica un tratado que firma con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que debe establecer el Congreso[6]. La misma doctrina siguió la Corte un año después en el caso «Fibraca»[7], en el cual, aplicando la Convención de Viena, reafirma la «primacía» de los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna[8].

La doctrina que emana de ambos fallos clarifica la cuestión y establece que, si las descripciones de la norma del tratado son lo suficientemente concretas, ella operará directamente y, agrega que la norma no sólo se incumple dictando normas en contrario, sino también omitiendo el dictado de decisiones administrativas o jurisdiccionales que exija la norma de derecho internacional convencional para su plena eficacia. Posteriormente, con fecha 13 de octubre de 1994, la CSJN resuelve los autos «Café La Virginia S.A. s/ Apelación»[9]. El caso trata de la introducción de café crudo del Brasil a la Argentina, el cual por normativa ALADI estaba sujeto a arancel cero. No obstante, por Resolución del Ministerio de Economía se había establecido un arancel del 10 %, en abierta violación a la norma comunitaria. La Corte consideró ilegítima la norma administrativa y estableció la supremacía de las normas internacionales sobre la ley local.

En relación al punto, en esa época, sostuve que «La existencia de un orden jurídico superior, la aplicabilidad en el orden interno de normas que no son producto del Congreso; la posibilidad de instaurar un tribunal supranacional con conocimiento y decisión en las causas entre Estados

---

4 Aprobada por Ley del Congreso Argentino N.° 19.865, ratificada por el PEN el 5 de septiembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

5 Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Anotada y Concordada, Tomo I, Artículos 1 a 43, 4ta.* edición Ampliada y Actualizada, Ed. La Ley, Año 2009, Págs. 477-478, (sic).

6 Sobre la decisión que se trascribe ha expresado Barra, en Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las directivas comunitarias. El caso «Francovich». Una experiencia para el MERCOSUR (publicado en diario «L.L.» del 6/10/93), que del caso «Ekmekdjian» surgen dos principios fundamentales: en primer lugar, la primacía de los tratados sobre las leyes internas; en segundo término, el efecto directo de las normas contenidas en un tratado, cuando ello sea posible a la luz del texto mismo

7 El caso «Fibraca» también adquiere trascendencia de cara a la posible constitución de un tribunal comunitario, porque sienta jurisprudencia sobre la no revisión judicial de un pronunciamiento emanado de un tribunal constituido por un tratado internacional suscrito por nuestro país.

8 La Corte justifica tal interpretación en cuarto «resulta la más acorde a las presentes exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina ha hecho propias y elimina la eventual responsabilidad del listado por actos de sus órganos internos» (F. 433, XXIII, C.S.N., «Fibraca Constructora S.C.A. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande», del 7/7/93).

9 CSJN, octubre 13 1994. «Cafés La Virginia S. A. s/ Apelación (Por denegación de repetición), Publicado porelDial.com - AA846

de la comunidad y de particulares con relación a la comunidad y/o un Estado miembro; son todos aspectos que no fueron tenidos en cuenta por los constituyentes originarios al redactar la Constitución, puesto que la situación de una comunidad de países era algo que no existía, al menos en el sentido actual. La Constitución fue pensada para regular situaciones dentro del sistema nacional y cuando enfoca relaciones con terceros países, dichos relacionamientos están fundados en el reconocimiento y respeto del principio de soberanía»[10]. Y por ello estábamos en presencia de una «...laguna constitucional respecto a la existencia de relaciones de la integración o comunitarias. Respecto a este nuevo esquema de solidaridad internacional entre países, que han pactado una vinculación especial y para el logro de los fines de esta comunidad se establecen órganos con competencias específicas, la Constitución guarda silencio absoluto. Por lo cual el primer paso para salvar la vigencia de ambos institutos es realizar una interpretación armónica e integral de la Constitución Nacional»[11].

Se trataba de aplicar una interpretación dinámica de la Constitución por que como decía Oyhanarte[12] «en un primer tramo de este siglo cuando el tribunal era orientado por el pensamiento de Bermejo, se usaba el método estático, que remite a la voluntad del legislador originario y da por cierto que la Constitución, mientras no haya reforma, conserva el significado que tuvo al ser adoptada. Mas no bien se produjo el primer gran impacto que conmovió la íntegra estructura del país (crisis de 1922, crisis de 1929, segunda Guerra Mundial) este método fue desechado. Así en el caso Avico, la Corte se apartó de los precedentes sin decirlo y acogió el método que ahora llamamos dinámico, poniéndolo al amparo de Marshall. Por su parte una situación similar ocurrió en las comunidades autonómicas de España, en cuanto a la posibilidad que el nuevo sistema de las comunidades pudiere soslayar sus competencias autonómicas»[13].

2. Las bases constitucionales de la convencionalidad en la reforma de la Constitución argentina de 1994

El régimen de los tratados internacionales va tener una dimensión inusitada en la última reforma de la Constitución Nacional, y dice Gelli que «si bien a la Convención Reformadora de 1994, se le plantearon varias alternativas a la hora de definir la supremacía en el ordenamiento jurídico argentino, los convencionales optaron por mantener la preeminencia de la Constitución por sobre todo el ordenamiento jurídico —unida a los Tratados de Derechos Humanos enumerados en aquélla, conforme a las condiciones que allí se establecían— y la superioridad de los tratados por sobre las leyes»[14]. Por ello, el viejo artículo 31 de la Constitución Nacional, en punto a las relaciones jerárquicas entre tratados y leyes de la Nación, de ahora en más en materia de Tratados Internacionales deberá ser leído en consonancia con lo regulado por los incisos 22 y 24 del artículo 75 de la Ley Suprema, en su versión reformada[15].

Por ello, desde la reforma constitucional, cualquiera sea su materia o alcance, los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75 inciso 22 primera parte); si se trata de Tratados

10 Stortoni, Gabriela A., «Sobre la existencia de un Derecho Administrativo de la Integración frente al esquema del Tratado de Asunción», *Anuario de Derecho* 2, Universidad Austral, Abeledo Perrot, Año 1996.

11 «En tal sentido es factible que una Constitución que impidiera un proceso integrativo profundo, cuando éste fuera necesario para alcanzar el bien común regional, ésta devendría injusta. Del mismo modo si la integración es un paso necesario y obligado para la consecución del bien común nacional, su prohibición provocaría entonces otra injusticia suplementaria»
Sagüés. Néstor, «La cuestión federal en la integración latinoamericana». E.D... 29-903.

12 Citado por AJA ESPIL en *op. cit*. Cap. XII. págs. 165 y 166.

13 Stortoni, Gabriela A., «Sobre la existencia...», *Op. Cit.*

14 Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Anotada y Concordada*, Tomo I, Artículos 1 a 43, 4ta. edición Ampliada y Actualizada, Ed. La Ley, Año 2009. Ver análisis que realiza la autora de punto 7 del art. 75, inc. 22 C.N.

15 Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Anotada y Concordada*, Tomo I, Artículos 1 a 43, 4ta. edición Ampliada y Actualizada, Ed. La Ley, Año 2009, Págs. 478. (sic).

de Derechos Humanos, incorporados por el artículo 75 inciso 22 (segunda parte) y que en el futuro se incorporen a la Constitución, mediante el procedimiento de aprobación especial establecido en la norma constitucional citada, tendrán jerarquía constitucional y como dijo Bidart Campos «la asignación de jerarquía constitucional, además de definir una prioridad sobre las leyes, quiere decir que los tratados se sitúan al mismo nivel de la Constitución, comparten supremacía y que encabezan con ella nuestro ordenamiento jurídico y que no afirmamos que estos instrumentos estén "incorporados" o integrados a la Constitución formal, ni que formen parte de ella, pero sí enfatizamos que revisten su mismo rango, ubicándose en el llamado bloque de constitucionalidad, fuera de la Constitución documental»... «no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos»[16].

Entonces en el nuevo esquema constitucional los tratados internacionales adquieren una dimensión de fuente esencial de obligaciones y que ordenan la interpretación del derecho. En relación a los Tratados sobre DDHH consideramos que se presentan dentro del bloque de los que denominare «*tratados internacionales fundantes*» esto es, aquellos que conforman una comunidad internacional y obligan a todos los Estados, sin reciprocidad específica respecto a otro u otros Estados, sino como condición de pertenencia al sistema internacional. Este tipo de tratados obligan a cada Estado firmante, respecto a toda la comunidad internacional, ya sean Estados o habitantes de la comunidad[17].

En este marco jurídico, con la clara reafirmación del sistema de derechos humanos constitucionalizados, emergen los derechos humanos como un ius in fieri, en constante renovación y crecimiento para la satisfacción de las necesidades del hombre.

Con los Tratados de DDHH aparece un amplio catálogo de protección de los derechos de las personas, derechos sociales, el reconocimiento de los derechos a individuos o grupos vulnerables, el análisis y monitoreo de políticas sociales y de servicios públicos constituyen condiciones necesarias para garantizar los DDHH en democracia y se colocan en la agenda del Estado[18]. El principio por persona, fundante de estos tratados, levantó la última esclusa para el reconocimiento de más derechos y ello obliga a darle el debido respeto en el ejercicio de la función jurisdiccional, administrativa o legislativa.

3. La convencionalidad en la Corte Interamericana de DD. HH.

El control de convencionalidad, constituye un mecanismo de Derecho interno que implica una obligación de los órganos del Estado de realizar un examen de compatibilidad de ciertos actos jurídicos domésticos —leyes y demás normas, actos administrativos, decisiones judiciales, entre otros— a la luz de los instrumentos y estándares de Derecho internacional Humanitario, cuyos efectos pueden variar entre la inaplicación, la interpretación conforme o la nulidad del acto —conforme al caso concreto y a la competencia del órgano decisor—, con el fin de asegurar el goce y ejercicio pleno de los DDHH.

Cabe señalar que, más allá de los debates sobre el origen del control de convencionalidad[19], la CorteIDH tiene el mérito de haberle dado la relevancia global que este mecanismo tiene hoy en el campo de los derechos humanos.

---

16 Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, 1995, t. III, p. 276, (sic).

17 Son tratados fundantes el Pacto de San José de Costa Rica, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, la Convención Europea de los Derechos Humanos y la Declaración de los Derechos del Niño; entre otros.

18 Consultado en sitio: http://www.cels.org.ar

19 Dice Perotti Pinciroli «Dada la diferencia temporal entre el control de convencionalidad interamericano —2004— y el francés —1975—, podría pensarse que la Corte IDH rescató esa doctrina y la transformó en una nueva obligación, dirigida ahora a los Estados americanos. Sin embargo, no hay indicios de que la Corte lo haya tomado prestado del Derecho comparado europeo, o al menos no lo ha hecho explícito en ninguna de sus sentencias. Sería más sensato pensarlo como una derivación lógica entre las obligaciones emanadas de las normas y principios del Derecho internacional, por una parte, y el Derecho interno, por la otra. De hecho, este es el perfil inicial que se observa en los primeros votos particulares del juez García Ramírez».

En este sentido el control de convencionalidad permite:

- Lograr una sintonía del ordenamiento jurídico de cada Estado respecto de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, previstos en un corpus iuris interamericano denominado bloque de convencionalidad, y,
- Evitar sanciones internacionales al generar la necesidad de cumplimiento de los derechos fundamentales en todo el sistema, como efecto reflejo de la responsabilidad de los Estados miembros frente a la comunidad internacional.

Al caso citado, se debe sumar el emblemático «Almonacid Arellano» donde la Corte IDH declaró que «el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos»[20]. Luego de este caso en base a la doctrina de los precedentes[21], se fue definiendo el alcance de la convencionalidad, bajo las siguientes premisas:

- Que es una obligación de jueces y tribunales,
- Que además de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), deberán considerar también la jurisprudencia de la Corte, y,
- Que las normas internas que no superen dicho examen «desde un inicio carecen de efectos jurídicos».
- Que ese examen deberá efectuarse de oficio y por cualquier autoridad pública».
- Debe efectuarse entre las normas internas «y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado».
- Luego amplió este parámetro a las opiniones consultivas, a pesar de las discusiones acerca de su obligatoriedad.

En resumidas cuentas, luego de esta evolución jurisprudencial, el control de convencionalidad obliga a todos los poderes de un Estado miembro a realizar de oficio un examen de compatibilidad de sus actos respecto a las convenciones de derechos humanos y la interpretación que de ellas ha dado la CorteIDH, siguiendo, claro está, las normas procesales y competenciales domésticas, entendiendo que es la propia CorteIDH la única instancia autorizada para resolver si el control de convencionalidad se ha efectuado correctamente, por ser sus decisiones definitivas.

Este control de convencionalidad se funda esencialmente en la obligación internacional que pesa sobre los estados que suscriben un tratado (reenvío al punto 1.1.) en materia de *pacta sunt servanda*, efecto útil de los tratados y prohibición de invocar el derecho interno para su incumplimiento, por un lado, y por el otro, en los arts. 1.1 CADH —obligación de respeto y garantía de los derechos y libertades recogidos en la Convención—, 2 CADH —obligación de adoptar disposiciones de Derecho interno para cumplir con tales derechos—, 25 CADH —protección judicial— y 29 CADH —principio *pro persona*—.

Cabe destacar que los efectos de este control de convencionalidad es uno de los puntos más álgidos de la discusión sobre su aplicación y el binomio democracia-soberanía, aspecto que no trataremos en particular atento los alcances de este artículo, pero que dejamos plantado.

De la jurisprudencia de la CIDH podemos extraer los siguientes alcances de la aplicación convencional:

a) La interpretación conforme.

---

20 CorteIDH, caso Almonacid Arellano vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

21 Ver al respecto, CorteIDH, caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006,párr. 128; CorteIDH, caso Boyce y otros vs. Barbados, sentencia de 20 de noviembre de 2007, párr. 77-79.; CorteIDH, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225; CorteIDH, caso Gelman vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 239; CorteIDH, Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala, sentencia de 20 de noviembre de 2012, párr. 330. Puntualmente, refirió a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará; CorteIDH, Opinión Consultiva OC-21/14, resolución de 19 de agosto de 2014 –justifica esta ampliación en que tanto la competencia contenciosa como la consultiva comparten un idéntico propósito, tutelar los derechos fundamentales.

b) La no aplicación del acto interno–norma, acto administrativo, decisión judicial, etc.–o,

c) La invalidez del acto estatal, cualquiera que se trate.

Esta función según el sistema local que estemos analizando, podrá ser aplicado en forma difusa o concentrada por los máximos tribunales, pero es claro que el objetivo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos tiene como objeto no erigirse en una cuarta jurisdicción, sino indicar con fundamento en su especialidad, y a todos los estados que forman parte de ella, que depuren sus regímenes jurídicos para el mejor dictado de sentencias, actos y decisiones conforme.

4. La convencionalidad en el sistema comparado

Desde la lectura de la doctrina europea en materia de derechos humanos, se reconoce cierto rol de precursores a los jueces de la Corte IDH en la creación de la doctrina de la convencionalidad. No obstante, se puede decir que, además de ello, algunos tribunales nacionales en Europa ya venían ejerciendo un control de convencionalidad desde hacía tiempo.

Así por caso, los tribunales franceses fueron pioneros en la implementación de este control[22]. En 1975, en el caso de l'Interruption Volontaire de la Grossesse (IVG), el Consejo Constitucional se declaró incompetente para ejercer el control de convencionalidad de las normas internas. Sostuvo que, si bien los tratados poseen una primacía respecto de la ley, no tienen jerarquía constitucional ni integran el bloque de constitucionalidad. Esto significa que una ley contraria a un tratado podría, a su vez, no ser contraria a la Constitución. Pero el Consejo agregó que, al abrigo del art. 55, los jueces ordinarios podían ejercer el control de convencionalidad, siendo el resultado de ese contraste la inaplicación de la norma legal interna. Ese mismo año, en el caso Société des Cafés Jacques Vabre, la Corte de Casación aceptó efectuar el control de convencionalidad, e hizo prevalecer la norma internacional por sobre las disposiciones de una ley[23].

En el ámbito del Derecho administrativo francés, el Consejo de Estado había sido bastante reticente a efectuar el control de convencionalidad, hasta la sentencia del Caso Nicolo[24], y completó, así, la distribución pretoriana de control de convencionalidad francés, resultando en definitiva que el Consejo Constitucional efectuaría el control de constitucionalidad, y que los demás jueces y tribunales estarían a cargo del control de convencionalidad.

Paradójicamente con lo que sucede en la jurisprudencia más reciente de nuestro máximo tribunal local, la jurisdicción ordinaria europea pone en práctica este mecanismo de manera frecuente, el cual ha sido calificado por la doctrina como una «herramienta de emancipación frente al legislador» en manos de los jueces, así como un «vector de competencia» dentro de la misma judicatura[25]. En materia de derechos humanos tiene una importancia especial para, por ejemplo, inaplicar normas internas contrarias al CEDH e incluso a la jurisprudencia del TEDH[26].

---

22 Véase Díez-Picazo, L.M. «Las transformaciones de la Constitución francesa de 1958», Cuadernos de Derecho Público, n.º 34-35, 2008, pp. 21-33; Aguilar Cavallo, G. «El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado», *Revista Direito GV*, N.º 9-2, Escola de Direito de São Paulo, 2013, pp. 721-754; Gutiérrez Giménez, L.M. «Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: interacción, confusión y autonomía. Reflexiones desde la experiencia francesa», *Revista IIDH*, N.º 64, 2016, pp. 239-264; entre otros citados por Ignacio G. Perotti Pinciroli «El Control de Convencionalidad en el Derecho Español, ¿una importación defectuosa?» Publicado en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. Núm. 41, junio 2021 ISSN: 1697-5197

23 Corte de Casación de Francia, caso Société des cafés Jacques Vabre et Société J. Weigel, sentencia de 24 de mayo de 1975.

24 Consejo de Estado de Francia, caso Nicolo, sentencia de 20 de octubre de 1989.

25 Guerrini, M. «L'utilisation du contrôle de conventionnalité par la Cour de cassation ou le paradoxe de l'acceptation», *Revue des droits et libertés fundamentaux*, n.º 21, 2017, disponible en http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/lutilisation-du-controle-de-conventionnalite-par-la-cour-de-cassation-ou-le-paradoxe-de-lacceptation.

26 Algunos ejemplos recientes pueden verse en Aguilar Cavallo, *op. cit.*, p. 729 y ss.

Desde el sistema judicial holandés encontramos una recepción interesante de la convencionalidad, en forma expresa desde la redacción de la Constitución en su actual factura, ya que establece que es obligación del Gobierno promover «el desarrollo del orden jurídico internacional[27] y que los tratados y resoluciones de las organizaciones internacionales son vinculantes para «toda persona», siempre que hayan sido debidamente publicados[28].

La jurisprudencia holandesa definió la compatibilidad del Derecho a la huelga con los compromisos internacionales asumidos por el Estado. También en el caso Urgenda —sobre materia ambiental— declaró que las leyes holandesas que regulaban las emisiones de dióxido de carbono —gases de efecto invernadero— resultaban insuficientes y, por lo tanto, contrarias a las obligaciones internacionales en materia de protección medioambiental asumidas por el Estado, imponiendo una reforma legislativa[29].

En Italia es diferente, ya que el juez ordinario no puede practicar un control de convencionalidad, el cual está reservado a la Corte Constitucional. En base a los artículos 10, 11 y 117.1 de la Constitución Italiana, la Corte Constitucional se ha reservado el ejercicio del control de convencionalidad, entendiendo que el control de convencionalidad es una derivación del control de constitucionalidad: si una norma es contraria a un tratado, es también contraria a la Constitución.

Esta posición se fue modificando, conforme las sentencias N.º 348 y 349/2007, donde expresó que el Tribunal Europeo tiene la última palabra en la interpretación del Convenio Europeo y de sus protocolos, así como la importancia que el diálogo judicial tiene para una aplicación convencional uniforme. Mas tarde en la sentencia N.º 49/201530, la Corte Constitucional recordó esa función interpretativa preminente del TEDH respecto de la CEDH, así como el deber de interpretación conforme del Derecho interno. No obstante, declaró que los jueces nacionales no son «destinatarios pasivos» de la jurisprudencia internacional, pero pueden aplicar la doctrina convencional de Estrasburgo ya consolidada[30].

En España, debemos partir del art. 10.2 CE, que obliga a todos los poderes públicos del Estado a realizar una interpretación conforme al Derecho internacional de los derechos humanos[31] y por ello es considerada una cláusula de apertura al Derecho internacional de los derechos humanos, una suerte de puente que conecta el Derecho interno con el internacional[32];

---

27 Art. 90 Constitución de los Países Bajos

28 Art. 96 Constitución de los Países Bajos

29 Corte Suprema de Justicia de los Países Bajos, caso Urgenda, sentencia de 20 de diciembre de 2019 –versión disponible en https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf .

30 Corte Constitucional de Italia, sentencias n.º 348 y 349/2007, de 22 de octubre de 2007 y sentencia N.º 49/2015, de 14 de enero. Ampliar en Mancano, L./Martinico, G. «An Italian tale of two Courts. Judgment n.º 49/2015 of the Italian Constitutional Court and its relationship with Strasbourg», *Revista Española de Derecho Europeo*, N.º 58, 2016, pp. 199-214

31 Art. 10.2 CE: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España

32 Remirobrotóns, A. Derecho Internacional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 401-403. En igual sentido, Díez-Hochleitner, J. «Comentarios al artículo 30.1», Andrés Sáenz de Santa María, P./Díez-Hochleitner, J./Martín y Pérez de Nanclares, J. (dir.), *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, Aranzadi*, Pamplona, 2015,pp. 576-578 —quien habla de la aplicación preferente de los tratados respecto de cualquier norma interna, excepto la Constitución—; Casanovas/Rodrigo, p. 155-158 —quien, a pesar de calificar el sistema como monista moderado, enfatiza la importancia crucial de la aplicación preferente—; Pastor Ridruejo, *Op. cit.*, p. 185; Roldán Barbero, J. «Comentarios al artículo 32», en Andrés Sáenz de Santa Maríay Otros, *op cit.*, p. 594; Aguado, C. «Singularidades de fuentes del Derecho en la nueva Ley de Tratados y otros Acuerdos internacionales», Rubio Llorente, F. (ed.), *La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, CEPC, Madrid, 2016, pp. 37-39 y Perroti Pinciroli, Op. Cit.

lo que provoca una interrelación entre ambos órdenes jurídicos, ya que los órganos públicos interpretan los derechos constitucionales de conformidad con las normas y estándares internacionales en la materia. Así dicen los autores que el Derecho constitucional español ha pasado «de influir a ser influido»[33].

Lo expuesto, se completa con el art. 29 LTOAI[34] que establece que «todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados». Esto es una clara referencia al cumplimiento de las obligaciones previstas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (arts. 26 y 27 de la citada convención).

La norma tiene una especial aplicación ya en materia de las normas convencionales que venimos analizando, como orden de prelación y parte del ordenamiento jurídico que el intérprete deberá tener en cuenta a la hora de decidir, y reitero, cualquiera sea el poder constituido alcanzado.

La cuestión de interpretación sobre qué tribunal o tribunales españoles son los que pueden ejercen el controvertido control de convencionalidad y sus alcances, es ardua, pero finalmente tiene su punto de inflexión en el año 2018, cuando se dicta la STC 140/2018 por la cual se considera al control de convencionalidad como una «mera regla de selección de derecho aplicable». Dice al respecto que «la constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto, aplicación que deberá ser libremente considerada por el juez ordinario».

El marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria»[35]

La clave en España está dada, por cierto, en la aplicación preferente de la norma convencional, que en materia de derechos fundamentales es un razonamiento esencial, pero debemos decir que no se avanza en la cuestión de la jerarquía normativa, más allá de lo expresado en la CE.

A esto siguió más de una veintena de sentencias dictadas por diversos tribunales españoles donde se dio preferente aplicación a la norma convencional, con fundamento en la doctrina interamericana de la convencionalidad. Ello es así, no obstante seguir teniendo mayor injerencia en el ámbito europeo, el Tribunal de la Unión Europea que el de Derechos Humanos.

Desde el punto de vista jurisprudencial, desde el caso «Costa vs. ENEL», no hay dudas de la supremacía del derecho comunitario para los países miembros, y en relación con sus normas internas. Por ello de las dos estructuras que constituyen el marco del control de constitucionalidad/convencionalidad de la U.E podemos deducir que el TJUE es el que ejerce mayor influencia ante los contextos nacionales de los Estados miembros. Así, a través de sus mecanismos de control y más concretamente, a través de la cuestión prejudicial se llega a replantear la adecuación de la normativa nacional con el marco legislativo comunitario como se dio en el caso «Mohamed Aziz vs. Catalunya Caixa».

Dice al respecto Eduardo Biacchi Gomes - Edileny Tomé da Mata que «...el motivo de debilidad de la Corte Europea de los Derechos Humanos es justo este diálogo con la identidad

33 Queralt Jiménez. *Op. cit.*,2008, p. 197 y Saiz Arnaiz. *Op. cit.*, 2018, p. 23

34 Ley 25/2014 del 27 de noviembre, de Tratados y otros acuerdos internacionales. BOE. Nro. 288.

35 STC 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 6

constitucional nacional... a pesar de las vulneraciones de las legislaciones nacionales, regionales e internacionales relatados por los demandantes, podríamos decir que el Tribunal no se atrevió a pronunciarse al respecto, pidiendo explicaciones al Estado español. Concluimos pues que habría que añadir como sistemas de garantía en materia del control de convencionalidad/constitucionalidad en el sistema europeo, la cuestión de la coherencia o divergencia en las políticas entre la UE y los Estados miembro, así como el proceso de lucha que se lleve a cabo en un Estado europeo determinado frente al derecho reclamado. Es decir, por un lado, no solamente se trata de un control a fin de verificar el incumplimiento por parte del Estado español de las cláusulas abusivas en materia hipotecaria, sino la presión social y política que ejerció, entre otras, la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH) impulsando así la acción del Juez de lo Mercantil, la sensibilidad del Tribunal de Justicia de la UE y ciertos cambios en el marco normativo español. Por otro lado, vemos que frente a la coherencia de las políticas migratorias entre las instituciones europeas y los Estados miembro, a pesar de la evidente vulneración de los derechos de las personas migrantes y, cláusulas, entre otras, del Convenio europeo de Derechos Humanos y Libertades fundamentales, la institución europea encargada de realizar el control de convencionalidad ... no se dignó a pronunciarse al respecto, reenviando el caso al ámbito nacional del Estado que ha incumplido las normas»[36].

No obstante, debe resaltarse el nuevo rumbo que en materia de protección de los derechos humanos se da en el TEDH, el cual estaría mutando de tribunal internacional a una especie de tribunal constitucional europeo[37]. Aparece, como complemento a ello, además —y como lucidamente resaltó Cassese[38]— la importancia del juez nacional, que se estaría consolidando como el juez europeo de los derechos humanos.

Otra cuestión que advertimos en Europa es que las sentencias tienen vocación de aplicación ejemplar a todos los Estados Miembros, alcance que ha sido calificada como «la novedad más importante en décadas»[39], aplicado por primera vez en el caso «Broniowski c. Polonia»[40] donde el tribunal busca que los efectos de sus decisiones se propaguen a otros conflictos idénticos, pendientes aún de resolución.

5. Las bases de la convencionalidad en la republica argentina: el rol de la jurisprudencia

Los Tratados sobre DDHH van a potenciar la protección de los derechos fundamentales como la vida, la salud, la igualdad, la diversidad y desarrollo del ser humano de un modo extraordinario. La recepción normativa tuvo ribetes internacionales y nacionales; ya que ello obedeció primero al impacto de los crímenes de lesa humanidad producidos por la Segunda Guerra Mundial, y en nuestro país, las violaciones a los Derechos Humanos, denunciadas internacionalmente durante las dictaduras militares, especialmente la que asume el poder en el año 1976.

---

36 Eduardo Biacchi Gomes – Edileny Tomé da Mata. Publicado en Revista Sequencia. Centro Universitário PPGD Uni Brasil, Tarumã, Curitiba, PR, Brasil - Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, Espanha. Instituto Joaquin Herrera Flores, Sevilla, Espanha. Universidade Federal de Santa Catarina Núm. 90, Julio 2022 ISSN: 2177-7055.

37 García Roca, J. *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Pamplona, 2019; y García Roca, J./Carmona Cuenca, E.(eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

38 Cassese, Sabino «El derecho global: justicia y democracia más allá del Estado» en *Derecho global*- law press - 9788493634957.

39 García Roca, *op. cit.*, p. 187

40 TEDH, caso Broniowski c. Polonia, sentencia de 22 de julio de 2004.

Así aparece la idea de que la protección legal de los derechos sociales, el reconocimiento de los derechos a individuos o grupos vulnerables, el análisis y monitoreo de políticas sociales y de servicios públicos constituyen condiciones necesarias para garantizar los Derechos Humanos en democracia y se colocan en la agenda del Estado[41].

La reforma constitucional argentina, al incorporar el catálogo más completo de derechos humanos levantó la última esclusa para el reconocimiento de más derechos y con ello amplía la función pública para su aseguramiento. El derecho a respetar la libertad y la igualdad de las diversidades, el reconocimiento al derecho al matrimonio igualitario, la protección de los derechos de los niñas, niños y adolescentes, van a generar nuevos derechos, y por ende nuevas obligaciones.

Este impacto llevo al dictado de diversas leyes, en particular orientadas a la defensa de colectivos y minorías, por un lado, y por el otro, lo que nos interesa e en este artículo destacar, en una cantidad muy importante de precedentes que van a ser dictados por la CSJN, de clara recepción de las Convenciones sobre DDHH.

Así la CSJN, sin hesitaciones luego de la reforma constitucional, empieza a realizar un efectivo reconocimiento de los derechos que emergen de las convenciones de DDHH. Así en autos «GIROLDI»[42] sostuvo en relación con los tratados de DDHH «particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación»[43], constituyendo una guía de interpretación para los tribunales locales, toda vez que el estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana de DDHH para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención (arts. 62 y 64 CADH).

En «ARANCIBIA CLAVEL» —del 24 de agosto de 2004 relativo a la prescripción de crímenes de lesa humanidad— la CSJN estableció que «si lo que estaba en discusión era la imprescriptibilidad de una asociación ilícita cuyo objeto era la comisión de tales crímenes, el instrumento normativo que debía regir la interpretación era la «Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad» (conf. Ley 24.584 y decreto 579/2003), que adquirió jerarquía constitucional por ley 25.778»[44]. De esta manera, y si bien la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad no estaba vigente al momento de los hechos, la Corte entendió que cabía su aplicación retroactiva en función del derecho internacional público de origen consuetudinario, razón por la que no se viola el presupuesto de la prohibición de la retroactividad de la ley penal.

Un caso particularmente interesante ocurrió en diciembre de 2004, cuando llega a decisión de la Corte Suprema la extinción por prescripción penal respecto de Miguel Ángel Espósito por el hecho cometido en perjuicio de Walter David Bulacio. Al respecto, existía una sentencia de la CIDH del 18 de septiembre de 2003, en el caso «Bulacio vs. Argentina», en el que se declaró la responsabilidad internacional del Estado Argentino —entre otros puntos— por la deficiente tramitación de la investigación penal. Dijo nuestro cimero tribunal que «...es deber de esta Corte, como parte del Estado Argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional»[45], ya que, de otra forma, «...la confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en

41 Consultado en sitio: http://www.cels.org.ar

42 CSJN, in re «Giroldi», G. 342. XXVI, m 07-04-1995.

43 CSJN, «Giroldi», op.cit.

44 CSJN, Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilí- cita y otros —causa N.° 259— 24/08/2004 Fallos: 327:3312

45 CSJN, in re «Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción», E. 224. XXXIX, fallo del 23-septiembre-2004 (LA LEY, 2005-C, 1), Considerando 16.

este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado Argentino»[46].

Un año más tarde, en el caso «SIMON» la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto a las leyes de obediencia debida y punto final, que habían sido recientemente derogadas, y estableció que «las leyes 23.492 y 23.521 intentaron dejar atrás los enfrentamientos entre «civiles y militares». Sin embargo, en la medida en que, como toda amnistía, se orientan al «olvido» de graves violaciones a los derechos humanos, ellas se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre DDHH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables (arg. Art. 75, inc. 22, Constitución Nacional)»[47].

En el año 2007, en el caso «MAZZEO»[48] la Corte aplicó el precedente de la CorteIDH «Almonacid Arellano»[49], y dijo que el Poder Judicial debe realizar un «control de convencionalidad» que implica tener en cuenta no solamente la letra del Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. Y dijo que «... en base al mismo plexo normativo antes expuesto, producto de una hermenéutica de normas y jurisprudencia nacional e internacional, le corresponde a esta Corte declarar la imposibilidad constitucional de indultar a autores y partícipes de esa clase de delitos, pues dicho acto de gobierno conlleva de modo inescindible la renuncia a la verdad, a la investigación, a la comprobación de los hechos, a la identificación de sus autores y a la desarticulación de los medios y recursos eficaces para evitar la impunidad»[50].

46 CSJN, Espósito, Op. Cit. Considerando 10

47 CSJN, Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (causa N.º 17.768) 14/06/2005 — Fallos: 328:2056.

48 Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad — Riveros. 13/07/2007 — Fallos: 330:3248

49 Corte IDH en Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C N.º 154. En este caso, la Corte —refiriéndose a delitos de lesa humanidad—, sostuvo que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y obligados por ende a aplicar las normas vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando el Estado ha ratificado un Tratado, como el Pacto de San José, «sus jueces» «*como parte del aparato Estatal, también están sometidos a ella*», lo que les obliga a velar por que los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas jurídicas contrarias a su objeto y fin. En otras palabras «el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas, que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la Convención».

50 CSJN, Mazzeo, *op. cit*., Considerando 29.

La CSJN, luego, avanzo en los casos «Hooft»[51], «Gottschau»[52] y «Mantecón Valdez»[53], fijando una clara doctrina para erradicar discriminaciones fundadas en normas vigentes, en abierta contradicción con los Tratados sobre DDHH. Dice Sammartino[54] con relación a dichos casos que la grave consecuencia que la CSJN les asigna a las previsiones normativas sospechosas de discriminación revela la preferente importancia de los bienes jurídicos que se han querido garantizar: la igualdad de trato y de oportunidades de las personas, cualquiera sea su nacionalidad. Sostiene Sammartino que las decisiones no solo fulminan con nulidad aquellas

51 En el caso «Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad», publicado por elDial.com - AA25A9, del 16/11/2004, la CSJN va a declarar la inconstitucionalidad del art. 177 de la Ley Fundamental de la provincia demandada, en virtud de sostener que «... *El actor es discriminado por la norma local, no por ser argentino, sino por ser argentino "naturalizado". No por ser nacional, sino por el origen de su nacionalidad. En efecto, Hooft es argentino, no por el lugar de nacimiento, ni por la nacionalidad de sus padres, sino por su voluntad de integrarse a la Nación como ciudadano (y la voluntad de ésta de acogerlo como tal). Es juez de primera instancia provincial, pero está excluido de la posibilidad de ser camarista por su "origen nacional". Consiguientemente, su situación encuadra en uno de los motivos de discriminación que los pactos prohíben (art. 1.1 del Pacto de San José de Costa Rica y art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Ello hace aplicable la doctrina europea, según la cual, la presencia de uno de los motivos prohibidos en el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (entre otros, el "origen nacional"), hace pesar sobre la legislación que lo incluye una presunción, una sospecha de ilegitimidad, con desplazamiento de la carga de la prueba (conf. Bossuyt, Marc en Pettiti Lous Edmond y otros «La Convention Européenne des Droits de L'Homme», Ed. Económica, París 1995, comentario al art. 14, pág. 477 y autores citados en las notas 6) ,7) y 8)*».

52 Siguiendo la doctrina del fallo «Hooft», la Corte entendió en el caso de Evelyn Patrizia Gottschau, publicado en elDial.com - AA36CE , el 10/08/2006, de nacionalidad alemana, quien promovió acción de amparo contra la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Poder Judicial – Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires) con el objeto de que se revocara la resolución 214/99, del plenario del mencionado Consejo, que desestimó la impugnación que Gottschau formuló contra el acta 24/99, de la Secretaría de Coordinación Técnica de aquél, que establecía como requisito para postularse al cargo ser argentino nativo o naturalizado. Nuestro Máximo Tribunal sostuvo, recogiendo los fundamentos del presente analizado ut supra, que «*Después de señalar la inversión del onus probandi que esa presunción de inconstitucionalidad trae aparejada, el Tribunal puntualizó que aquélla sólo podía ser levantada por la demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica "adecuación" a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada (sentencia in re "Hooft", considerando 6.°)."Y estableció además que cuando se trata de la impugnación de normativas que no gozan de la presunción de constitucionalidad "... se requiere aplicar un escrutinio más severo, cuyas características esta Corte ha indicado en el precedente citado"».

53 En autos «Mantecón Valdés, Julio c. Estado Nacional —Poder Judicial de la Nación— Corte Suprema de Justicia de la Nación», Publicado por elDial.com - AA4AEA, la Cámara, al confirmar la sentencia de primera instancia, rechazó la acción de amparo interpuesta por una persona de nacionalidad cubana, por medio de la cual cuestionaba la resolución que denegó su inscripción en el concurso convocado para cubrir un cargo de auxiliar en la Biblioteca de la Corte Suprema, con fundamento en el artículo 1.°, punto 1.3, de la resolución 1331/2004 de convocatoria, que a su vez hallaba sustento en el artículo 11 del Reglamento para la Justicia Nacional, según el cual era menester reunir el requisito de ser argentino, condición que no cumplía el actor. Contra aquel pronunciamiento se interpuso recurso extraordinario federal que, denegado, motivó la queja. El Tribunal hizo lugar al recurso y declaró la inconstitucionalidad de las normas en cuestión. Entre los fundamentos más significativos que la Corte sostuvo, que «Corresponde declarar la inconstitucionalidad de la resolución 1331/2004 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto, por remisión al Reglamento para la Justicia Nacional (Adla, XIII-A, 931) —artículo 11—, impone el recaudo de la nacionalidad argentina para concursar al cargo de auxiliar de la Biblioteca del Tribunal, pues los extranjeros, en su carácter de habitantes de la Nación, están, en principio, habilitados para el empleo público —conforme artículo 16 de la Constitución Nacional—, y la demandada no acreditó los fines que intentaba resguardar y los medios que había utilizado a tal efecto, al exigir la ciudadanía del país para acceder al cargo en cuestión. (Del dictamen del Procurador General que la Corte, ublicado en: LA LEY 10/09/2008, 10/09/2008, 11 - Sup. Adm. 2008 (octubre), 41 - LA LEY 14/11/2008, 6, con nota de Mario A. R. Midón; LA LEY 2008-F, 498, con nota de Mario A. R. Midón; LA LEY 2008-F, 334).

54 «La causa y el objeto del acto administrativo en el Estado constitucional», en «Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho Administrativo», Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ed. Rap, Buenos Aires, 2009, p. 59.

normas que permiten discriminación por género, raza o sexo, sino que además sobre las mismas no se presume la constitucionalidad que ostentan en general y quiebra la regla típica de «presunción de validez de los actos estatales», de la cual deriva la fuerza obligatoria de los mismos.

Posteriormente, en autos «Pérez Ortega Laura Fernanda c/ Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/empleo público[55], la CSJN estableció que *«... es indudable la procedencia del agravio relativo a que el artículo 7.º, inciso d, de la ley 22.140 resulta violatorio de la Constitución Nacional por imponer una distinción basada en la nacionalidad que, al ser considerada sospechosa de discriminación, no supera el exigente criterio de ponderación que requiere el control de constitucionalidad en estos casos. En este punto, las cuestiones planteadas resultan sustancialmente análogas a las debatidas y resueltas en los precedentes «Calvo y Pesini, Rocío c/ Provincia de Córdoba» y «Gottschau, Evelyn Patricia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires» (Fallos 321:194 y 329:2986), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad. Así se declara».* (Voto de la mayoría, considerando 6).

Los fallos comentados claramente son una aplicación directa de los Tratados Internacionales sobre DDHH, los cuales son de raigambre constitucional y fuente de derecho directa del cual no resulta excluido el derecho administrativo, modificando leyes o constituciones locales que se contrapongan a los mismos, ya que al ser «inconvencionales» ostentan en si misma el vicio de inconstitucional, ya que no estamos ante el «soft law», ni es un derecho derivado, sino ante reglas que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Este control en «Rodríguez Pereyra»[56] —donde se declara la inconstitucionalidad de un régimen indemnizatorio aplicable al personal militar— se afianza en tanto la CSJN dice que «... los órganos judiciales de los países que han ratificado la CADH están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (artículo 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa —formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte IDH— que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango»[57].

Como consecuencia del nuevo paradigma del bloque de constitucionalidad previsto en la reforma con el nuevo Artículo 75 inciso 22, a todo el conjunto normativo de la Constitución con los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional, es claro como decía el profesor Salomoni *«La hermenéutica de lo que es el derecho hoy, en la Argentina, está fuera de nuestras fronteras....(Esto) significa que la Constitución ha operado como fuente global del ordenamiento, pero dentro de la fuente global del ordenamiento que será siempre la Constitución de un país, ha establecido una jerarquía de fuentes. Y en esa jerarquía de fuentes se ha atribuido el primer lugar a los tratados de derechos humanos»*[58].

---

55 Publicado por elDial.com - AA7DoC, el 08/03/2.013.

56 CSJN, R. 401. XLIII, sentencia del 27 de noviembre de 2012.

57 CSJN, Rodríguez Pereyra. Fallo Citado. El control de convencionalidad de oficio había sido introducido en sentencia de la Corte IDH Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, sentencia del 24 de noviembre de 2006, Serie C N.º 158. Allí se afirmó que «"cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin». En otras palabras, «los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana»

58 Salomoni, Jorge L. «Impacto de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho Administrativo

6. La jurisprudencia argentina y el alcance de la doctrina del margen de apreciación nacional

¿Qué es la doctrina del margen de apreciación nacional? En un artículo que elaborara en conmemoración de los 25 años de la reforma de la CN, aborde el tema[59]. La doctrina del margen de apreciación nacional se erige, como un autolimitante substantivo a la decisión de la jurisdicción internacional o supranacional en materia de derechos humanos, en tanto prevalece la valoración doméstica en su aplicación, dándose un «espacio de maniobra» que el tribunal internacional está dispuesto a conceder a las autoridades internas en el cumplimiento de sus obligaciones, siempre que se trate de una interpretación sensata, justa y racional. La doctrina tiene su origen en los pronunciamientos del Tribunal Europeo de DH. Ahora bien, sus límites deben ser claramente trazados en torno a la satisfacción plena de los DH, evitando su supresión, al eludir la aplicación de la jurisdicción internacional en la materia.

De los fallos más señeros vamos a advertir que, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos la ha aplicado, por ejemplo (I) en relaciones de familia en el caso «Ebru y Tayfun Colak c. Turquía»[60] donde el TEDH reconoce a favor del Estado de Turquía la decisión la apreciación de la obligación de someterse a pruebas de ADN a supuestos padres naturales demandados, aun cuando se reconoce que las regulaciones domésticas deben ordenar un justo equilibrio de intereses con los derechos de quienes ejercen la acción de filiación; (ii) en cuestiones religiosas, en autos «Leyla Sahin c. Turquía»[61] donde el TEDH confirmó la decisión del Tribunal Constitucional turco que sostuvo la prohibición del velo islámico y otros atuendos religiosos en las universidades, habiéndose impedido a la actora realizar un examen y mucho menos matricularse para entrar en la facultad de medicina, en tanto considero que la reglamentación de la vestimenta en la Universidad de Estambul correspondía al margen de apreciación nacional; en cuestiones de derecho de propiedad. (iii) en «Kjartan Asmundsson c. Islandia»[62] donde el tribunal reconoció un amplio margen del que gozan los Estados de limitación a la propiedad en función de la legislación social, salvo que se trate del sacrificio total del derecho (en el caso de una pensión); en (iv) en «Back c. Finlandia»[63] que reconoció un amplio margen de interpretación en materia de expropiación; (v) en materia de derecho de sufragio en el caso «Hirst c. Reino Unido»[64] donde pese a reconocer que hay un amplio margen de apreciación nacional en la materia, se decidió que privar del sufragio activo a cualquier condenado es un atavismo, ya que votar es un instrumento de socialización y de inclusión social; (vi) en relación al requisito de residencia para ser elector, donde el tribunal lo considero dentro del margen de apreciación nacional en el caso «Py contra Francia»[65] y en contrario, en el caso «Melnychenko c. Ucrania»[66] en tanto interpretó la realidad del país, donde el miedo a la persecución política bajo la dictadura hacia muy difícil la salvaguarda de la integridad física de los candidatos (se recuerda que un candidato a presidente fue envenenado); por lo cual están son circunstancias que probablemente les obligaran a dejar el país para poder ejercer sus derechos políticos. De allí que el requisito de residencia en el caso no se consideró dentro del margen de apreciación nacional, sino como una discriminación limitante contraria a los derechos humanos.

Argentino». En *Ordenamientos Internacionales y Ordenamientos Administrativos Nacionales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 13 y ss.

59 STORTONI, Gabriela «Los derechos humanos en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia Nacional» En: *Revista de derecho público: 25 años de la reforma constitucional de 1994* - I / Tomás Hutchinson, Director. Vol. 2019-1. Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 2019. 195-228-678 p. ISSN: 978-987-30-0012-6.

60 TEDH, caso Ebru y Tayfun Colak c. Turquía del 30-5-06.

61 TEDH, caso Leyla Sahin c. Turquía del 10-11-05.

62 TEDH, caso Kjartan Asmundsson c. Islandia del 12-10-04.

63 TEDH, caso Back c. Finlandia, del 20-7-04.

64 TEDH, caso Hirst c. Reino Unido, del 30-3-04.

65 TEDH, caso *Py c. Francia*, del 15 de diciembre de 2000.

66 TEDH, caso *Melnychenko c. Ucrania*, del 19 de octubre de 2004.

La doctrina pretoriana ha sido calificada de compleja, ya que puede ser una herramienta para no dictar pronunciamiento, por parte del tribunal internacional en situaciones de gravedad. El alcance debe ser acotado, aplicarse cuando no se advierta «consenso internacional» sobre la cuestión para el caso concreto y, por ende, siempre de interpretación restrictiva, entendiendo que *«...incumbe a cada Estado contratante, responsable de la vida de la nación, determinar si un peligro público lo amenaza y si esto ocurre evaluar los medios que tiene para disiparlo. [...] las autoridades nacionales se encuentran en principio, en mejor lugar, que el juez internacional para pronunciarse sobre la presencia de ese peligro, así como sobre la naturaleza y el alcance de las suspensiones para conjurarlo. El artículo 15 permite un amplio margen de apreciación»*[67].

Al respecto se ha expresado que «uno de los riesgos que se advierte de su progresivo desarrollo son la extralimitación de los tribunales internacionales y una posible desnaturalización del contenido de algunos derechos como consecuencia del relativismo y de un multiculturalismo extremo, negadores de una común naturaleza humana»[68]. Este es un tema de gran relevancia, y sobre el cual volveremos a la hora de analizar los lineamientos de interpretación del juez local como juez de derechos humanos, ya que los bordes de la teoría enunciada deben ser leídos con un cuidadoso resguardo de la dignidad de la persona humana que no viene presupuesta ni delineada por opiniones políticas ni religiosas, pero si claro esta es un reflejo de la sociedad a la cual se dirige. La diferencia entre modelar desde el derecho y regular las conductas para una convivencia pacífica y respetuosa de la otredad debe ser a mi entender el parámetro y no hay allí peligros algunos.

En febrero de 2017, la CSJN realizó una nueva interpretación de la aplicación de los precedentes que emanan de los tribunales internacionales de la materia, en el caso «MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO S/INFORME DE SENTENCIA» dictada a propósito de los autos «FONTEVECCHIA Y D´AMICO VS. ARGENTINA por la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS»[69].

La CIDH falla ordenando al Estado argentino: a) dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias, en los términos del párrafo 105 del pronunciamiento; b) publicar, por una sola vez, un resumen oficial de su sentencia en el diario oficial y en un diario de amplia circulación nacional, y la sentencia completa de la Corte Interamericana en la página del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema Nacional; y, c) entregar las sumas reconocidas en dicho fallo, comprensivas del reintegro de los montos de la condena oportunamente fijados en la sentencia de la CSJN, como así también los correspondientes a las reparaciones admitidas en la decisión internacional (daño material, gastos derivados del trámite del proceso interno como del internacional).

Contra dicho pronunciamiento, la CSJN deslinda los alcances de las sentencias de la CIDH, expresando en su voto mayoritario que —conforme lo prescripto por el art. 63.1 de la CADH— la norma no contempla la posibilidad de que la Corte Interamericana disponga que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional, ya que *«....dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino. Desde esta perspectiva constitucional, el artículo 27 de la Carta Magna prescribe «(el) Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución». Estos principios reseñados se traducen en el modo en que deben ser interpretadas las obligaciones asumidas por el Estado argentino. El constituyente ha consagrado en el artículo 27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público*

67 TEDH, caso *Irlanda c. Reino Unido* (1978), párr. 207.

68 Santiago, Alfonso *Principio de subsidiariedad y margen nacional de apreciación* Ed, Astrea, Bs As. Bogotá. Porto Alegre. 2020. Pag.21 a 24.

69 El caso se inicia por la demanda de Carlos Menem contra la editorial PERFIL por haber publicado información sobre la supuesta existencia de un hijo extramatrimonial, afectando su derecho a la intimidad. La CSJN entiende que se habían violado los derechos de Menem. Contra ello los dueños de PERFIL (además del periodista Verbitsky) reclaman por ante la CIDH por responsabilidad del Estado, solicitando la reparación del daño. Ver fallo completo en Id SAIJ: FA17000003

establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad (Fallos: 316:1669; entre otros)». Sigue diciendo el tribunal que *«Entre dichos principios inconmovibles se encuentra, sin duda alguna, el carácter de esta Corte como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, conforme surge del artículo 108 de la Constitución Nacional (Fallos: 256:114; 289:193; 318:986; 319:1973; 328:2429; 329:3235, 5913; 330:49, 251; 338:1575; entre muchos otros). Revocar la sentencia firme dictada por este Tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional»*[70].

Entonces aparece la denominada «doctrina del margen de apreciación nacional» como limite a la aplicación de las sentencias provenientes de tribunales internacionales, donde diversos autores se han manifestado en paleta variopinta de interpretaciones[71]. Ha sido definida como *«el campo de acción e interpretación de los derechos fundamentales, dejado a las autoridades soberanas del Estado y a los jueces internacionales. Este campo no es ilimitado, sino que se encuentra ubicado por el campo de protección del derecho limitado»*[72]. El fallo *«in commento»* con fundamento en los artículos 27 y 108 de la CN, se aparta de la sentencia de la Corte IDH, señalando que aquellos lo impiden, ya que no puede erigirse la sentencia del tribunal internacional como una cuarta instancia, contraria a los principios de derecho público y por ende a la regla que la CSJN es la última interprete de la CN. No compartimos, humildemente, esta postura, y ya lo consideramos hace unos

70 El fallo además dice que «Esta interpretación es reflejo de una fuerte tradición en la práctica constitucional argentina expresada, por ejemplo, en la denominada "fórmula argentina" —sostenida en la Conferencia de Paz de La Haya de 1907 por los delegados Roque Sáenz Peña, Luis María Drago y Carlos Rodríguez Larreta— mediante la cual se excluían de los tratados de arbitraje obligatorio las cuestiones que afectaban a la Constitución de cada país. Esta fórmula "ha nacido de los términos y del espíritu de nuestra Constitución, los que no podían ser desvirtuados por ningún tratado sin exponerse a caer en nulidad" (Carlos Saavedra Lamas, "En torno a la Constitución que nos rige", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1957, p. 21). Esta reflexión nos pone ante una interpretación fundada en épocas anteriores a la existencia de los tratados de derechos humanos (y de la era de la globalización agregaría...) por lo cual deberá estarse a las siguientes reglas que la nueva CSJN vaya desarrollando para considerar la posición frente a las normas supranacionales. El Juez Rossatti, va a sostener que el fallo de la CIDH, en lo que es materia del Poder Judicial se encontraba cumplido, restando el cumplimiento de las cuestiones de devolución de los montos aplicados a los dueños del diario, como obligación a cargo del poder ejecutivo, pero va a ser el Voto del Juez Maqueda el que nos da otra visión, aunque en solitario sobre el destino de los DH y la institucionalidad debida, al reafirmar que «...las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciadas en causas en las que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por ello, esta Corte, como uno de los poderes del Estado argentino y conforme lo previsto en el arto 68.1 de la misma convención, debe cumplir y ejecutar el pronunciamiento del tribunal interamericano...» porque ello responde a «un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (pacta sunt servanda), y de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden, por razones de orden interno, dejar de cumplir las obligaciones ya asumidas, so pena de verse comprometida la referida responsabilidad».

71 Sobre el tema ver «Margen nacional de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos, por Mario Masiotta, ED, 264-517; Análisis y proyecciones a partir del caso "Fontevecchia", por Marcelo Trucco, ED, 272-872; El caso "Fontevecchia" y sus interrogantes, por Luis Emilio Ayuso, ED, 272-883; Consideraciones acerca del fallo "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe de sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D´Amico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", por Carlos Manuel Abrach Fernández, ED, 272-895; Un nuevo laberinto jurídico: el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reflexiones a partir del caso "Fontevecchia", por Eugenio Luis Palazzo, EDCO, 2017-603; El desarrollo humano y el margen de apreciación local en el derecho público provincial argentino, por María Gabriela Ábalos, EDCO, 2017-610 y La doctrina del margen de apreciación nacional y la obligatoriedad de los fallos de la CIDH por Eduardo Buenader. ED 279». Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

72 Barbosa, Francisco, «Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales», *Revista Derecho del Estado*, 2011, (26), p. 1.

cuantos años atrás[73]. En dicha oportunidad, resalte la postura de Cassagne[74], quien en los albores del sistema de integración aclaro que la expresión «principios de derecho público» prevista en el artículo 27 de la Constitución Nacional, según el sentido histórico que se atribuyó en la fuente, se refiere a los principios y garantías de libertad, igualdad, propiedad, etcétera; reconocidos a los extranjeros por nuestra Constitución.

Es claro que el denominado «margen de apreciación nacional» en argentina se aparta de las reglas de la Corte Europea especializada, siendo una restricción de la aplicación de la decisión de la CorteIDH. Luego será retomado el caso en Esposito, ampliándose el alcance de la doctrina y erigiéndose como un principio de derecho público que resultaría incluido en el artículo 27 de la CN[75]. Por ello, deberá estarse a los futuros pronunciamientos de nuestro máximo tribunal, si será un valladar o de aplicación excepcional el nuevo instituto del «margen» con factura local. Ver en contrapunto los estudios de Santiago[76], Gutiérrez Colantuono[77] y Sammartino[78].

Nuestra posición frente al margen nacional de apreciación es de prudencia. Ha dicho recientemente Gutierrez Colantuono que «el caso Fontevecchia II se vincula estrictamente con el tema de la ejecución de sentencias en el orden interno y no con las consecuencias en el orden interno de

---

73 Fue en mi primer trabajo a principios de los 90, en ocasión de mi tesina para el Master en Derecho Administrativo de la Universidad Austral (ver notas 2 supra y 50, infra)

74 Cassane, Juan Carlos, «El mercado común del Sur: problemas jurídicos y organizativos que plantea su creación» en *Revista de Administración Pública*, Nro. 127, enero–abril 1992.

75 Dice la sentencia en el voto mayoritario (considerando 6) «Sin que importe adelantar criterio alguno sobre la solución de la cuestión federal planteada, su tratamiento supone sopesar las competencias convencionalmente acordadas para la jurisdicción internacional (cfr. artículos 27, 75, inciso 22, de la Constitución Nacional; artículos 1.°, 2.°, 63.1, 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 2.° de la ley 23.054, entre otras disposiciones relevantes) en línea con los alcances del compromiso internacionalmente asumido por el Estado argentino, siempre dentro del marco hermenéutico que impone el margen de apreciación nacional que dimana del artículo 27 de la Norma Fundamental (Fallos: 340:47, considerando 11 del voto de la mayoría y considerando 5.° del voto del juez Rosatti)». Ver «Escalante, Esteban Iván y otros s/ homicidio triplemente calificado por haberse cometido con ensañamiento, alevosía y con el concurso de dos o más personas en concurso real con el abuso sexual con acceso carnal y con el delito de privación ilegítima de la libertad». CSJ 1487/2017/RH1, 12 de agosto de 2022. Ampliar en CABRAL, Pablo Octavio «UNA CORTE SUPREMA AL MARGEN DE LA VOLUNTAD DEL PUEBLO. La apropiación judicial del margen de apreciación nacional en violación del principio constitucional de soberanía popular». Publicado en *REVISTA DE LA ECAE*. AÑO 7. No 10. OCTUBRE 2023. Págs.15 a 73, quien sostiene que «El paso que da la mayoría en el fallo "Escalante" no es menor ya que, adhiriendo a la postura de Rosatti, sostiene que el margen de apreciación nacional dimana del artículo 27 de la norma fundamental, es decir, de nuestro Derecho Constitucional. De ello se desprende que se trataría de uno de los principios del derecho público que reviste carácter supra convencional, que fue descubierto por los magistrados de nuestra corte nacional, a pesar de que no se encuentra positivizado en ninguna norma constitucional o legal que le de sustento».

76 Santiago, Alfonso *Principio de subsidiariedad y margen nacional de apreciación. Articulación del sistema interamericano de protección de derechos humanos con los regímenes nacionales* Ed. Astrea. Bs. As. Bogotá. Porto Alegre. 2020, pags. 1,4 y sgtes. El autor adopta una postura receptiva a los DD. HH., en el «reconocimiento del principio de la dignidad humana y el respeto de los derechos intrínsecos e inviolables que de ella dimanan» y que el «el derecho internacional de los derechos humanos son parte del ius cogen». No obstante, en base a lo que considera la línea del principio democrático, avanza en una crítica al SIDH y su déficit de legitimidad en su concepción institucional. En ambos casos nos llevan a la reflexión. Consideramos que cuando se trata de la aplicación de derechos humanos —tanto el principio democrático, como en materia de derechos fundamentales de las personas— los derechos deben interpretarse en forma conglobada. No hay posibilidad de contradicción entre la decisión democrática y la protección de los derechos humanos, ya que esto se deben conjugar armoniosamente en base al principio democrático.

77 Gutierrez Colantuono, Pablo *Control de Convencionalidad en la Administración Pública. Aplicación de los tratados internacionales a la actuación administrativa*, Ad. Astrea. 2022.

78 En este sentido, ver del autor citado página 15, segundo párrafo, sobre los juicios por violación de los derechos humanos ocurridos en la última dictadura militar, así como también SAMMARTINO sobre la importancia del principio democrático en la vigencia efectiva de un modelo de derecho administrativo que proteja los derechos humanos. Diríamos con una licencia que son las dos caras de una misma moneda: la dignidad humana.

las aplicaciones e interpretaciones del PSJCR que efectúa la Corte IDH. Es claro que la tensión es de poder y no de derechos...dado que el precedente no se origina en interés de quienes han sido favorecidos en la materia internacional... es el propio Poder Ejecutivo nacional quien así lo hace»[79]

Concluimos entonces en la importancia de la regla de la deferencia del sistema domestico sobre aquellos aspectos no consensuados a nivel internacional y sobre los cuales se debatan cuestiones de trascendencia global, que (en loop) va de lo local a lo internacional y viceversa. En estos aspectos no procedería la deferencia por lo nacional en un marco tan amplio como el definido por nuestro cimero tribunal. Es claramente otro instituto, diferente al definido en el ámbito internacional de los DDHH. Creo que es un instituto que requiere una definición que no implique la no aplicación del sistema de DDHH, ya que ello llevaría al incumplimiento de los tratados, más temprano que tarde. Y ello sería inconstitucional.

7. Impacto directo de las reglas de los tratados de DD. HH. en los institutos del derecho administrativo. De la CIDH al derecho administrativo argentino

Ya vimos cómo ha avanzado el concepto de convencionalidad en el ámbito doméstico (aun con algunos valladares a consolidar en relación con el citado «margen de apreciación nacional») y que ello no excluye a la administración pública y el derecho que la rige. Por ello veremos a continuación una breve referencia a los pronunciamientos del tribunal en relación con la cuestión administrativa y algunas conclusiones para retomar a futuro, sobre su impacto.

7.1. el impacto sobre la doctrina del acto administrativo

La CIDH cuenta con diversos precedentes donde se refiere a temas de acto administrativos, a saber, por ejemplo: (i) **Competencia para su dictado.** En **«**GRANIER Y OTROS *(RADIO CARACAS TELEVISIÓN) VS. VENEZUELA***»** del 22.6.2015, la Corte recuerda que el artículo 8.1 de la Convención garantiza que las decisiones en las cuales se determinen derechos de las personas deben ser adoptadas por las autoridades competentes que la ley interna determine[80] y bajo el procedimiento dispuesto para ello. Manifestó que la Administración, durante el proceso de adjudicación debe proveer suficientes garantías contra la arbitrariedad, incluyendo la expresión de razones de parte de las autoridades de regulación cuando deniegan una licencia de radiodifusión[81].;(ii) **Procedimiento del Acto Administrativo**. La *Corte IDH,* «Caso Ivcher Bronstein *Vs.* Perú», 6 de febrero de 2001 trata el caso del dueño de medios, de origen extranjero, quien se encontraba naturalizado peruano. La Dirección Gral. De Migraciones y Naturalizaciones dejó sin efecto el título de nacionalidad peruano, sin poder ejercer su derecho de defensa y perdió su derecho a ejercer la actividad de su empresa. (8.1 y 8.2 del Convención Interamericana). El empresario alego que se le afecto el derecho a la libertad de prensa, ya que, al vedarlo de ciudadanía, sin fundamentos, le genera la perdida de los medios, cuyo régimen jurídico requería de la mentada ciudadanía. Cabe destacar que en tales medios se hacían investigaciones sobre corrupción en el gobierno de Perú. La CIDH por unanimidad declaró que el Estado Peruano violó el derecho a la nacionalidad consagrado en el artículo 20.1 y 20.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8.1 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; que además se violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; que se violó el derecho a la

79 Gutierrez Colantuono, Pablo *Control de Convencionalidad en la Administración Pública. Aplicación de los tratados internacionales a la actuación administrativa,* Ad. Astrea. 2022, pags. 50 y sgtes.

80 *Cfr*. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador, párr. 158, y Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador, párr. 171.

81 En el texto original, el Tribunal Europeo indicó: «As regards licensing procedures in particular, the Court reiterates that the manner in which the licensing criteria are applied in the licensing process must provide sufficient guarantees against arbitrariness, including the proper reasoning by the licensing authority of its decisions denying a broadcasting licence». TEDH, Meltex Ltd. & Mesrop Movsesyan v. Armenia, (No. 32283/04), Sentencia de 17 de junio de 2008, párr. 81.

propiedad privada consagrado en el artículo 21.1 y 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; que también violó el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13.1 y 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; que incumplió la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en conexión con las violaciones de los derechos sustantivos en perjuicio de Baruch Ivcher Bronstein y por ello ordena que el Estado debe investigar los hechos que generaron las violaciones establecidas en la presente Sentencia para identificar y sancionar a los responsables de las mismas; realizar los procedimientos necesarios para recuperar el uso y goce de sus derechos como accionista mayoritario de la Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A. La CIDH sienta doctrina en el precedente «Olga Maldonado Ordoñez c/ Guatemala» del 3/05/2016. Allí se declaró la irregularidad del procedimiento administrativo de destitución de la señora Maldonado Ordoñez era funcionaria de la Oficina del Procurador de los Derechos Humanos en Guatemala, quien resulta destituida de su cargo, sin haber tenido la posibilidad de defenderse de los cargos que se le imputaban, ya que no se le proporcionó información mínima necesaria y no se aseguraron las garantías del proceso. Es interesante que la CIDH expresa que en el marco del concepto «Garantías Judiciales» de la Convención, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. (Ídem en casos Baena y Claude Reyes). Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas (CASO MOHAMED Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL)[82]; (iii) **Transparencia de los actos públicos (o como el procedimiento hace a la integridad de los actos administrativos).** La publicidad de las actuaciones administrativas se verifica en el Caso Claude Reyes y otros vs. Chile donde instó a la gestación de procedimientos administrativos tendientes a garantizar el acceso a la información que obra bajo el control del Estado y por la CIDH en el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos donde sostuvo que: el derecho al acceso a la información es «la presunción de que todas las reuniones de los órganos gubernamentales son abiertas al público». (iv) **El plazo razonable como garantía de DDHH.** La CorteIDH avanza en controlar el tiempo en el derecho, como una garantía de vigencia de los derechos humanos afectados, en los casos Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, del 29 de marzo 2006, donde tanto la CIDH como la CorteIDH se expidieron. La CIDH alegó que el Estado paraguayo no había garantizado el derecho de propiedad ancestral de la comunidad indígena Yakye Axa y sus miembros, ya que desde 1993 se encontraba en trámite la solicitud de reivindicación territorial de la comunidad, sin que se hubiera resuelto esta situación lo que significó la imposibilidad de la comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de su territorio e implicó mantenerla en un estado de vulnerabilidad. No hay que olvidar que para determinar la razonabilidad del plazo debemos tomar en cuenta 3 variables y aplicarlas al caso concreto: cual es el desempeño del administrado, la complejidad del caso y la diligencia del actuar administrativo; (v) **La motivación del acto como garantía de los DDHH.** En el ya citado Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, del 19 de septiembre de 2006, se analizó una controversia donde la autoridad estatal se negó a resolver en firma satisfactoria una solicitud de información sin siquiera plasmar dicha denegatoria en una decisión escrita y debidamente fundada. Tal situación determinó que la Corte IDH entendiera que tal actuación de la administración resulto arbitrario y determinó la violación de la CADH. Mismo criterio utilizo la CIDH en los casos Elías Gatas Sahih, Ecuador, 23 de febrero de 2005, y José Luis Tapia Gonzales y otros, Chile. 24 de febrero de 2004. (vi) **Sobre la prerrogativa del agotamiento de la vía administrativa frente a la vigencia efectiva de los derechos.** En el «Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana» encontramos un importante precedente donde se consideró que el régimen jurídico no daba la oportunidad

82 De la lectura de la mencionada notificación no resultaba claro el motivo específico por el cual la señora Maldonado estaba siendo objeto de un proceso disciplinario; en consecuencia, no contó con información detallada de las razones por las cuales podría ser destituida de su trabajo. Esta falta de información constituyó una violación a la garantía de contar con información previa y detallada del proceso iniciado en su contra, contenida en el artículo 8.2.b de la Convención Americana.

de apelar una decisión negativa de las autoridades del del Registro Civil (decisión administrativa) de manera consistente con el art. 8 de la convención, por lo cual la prerrogativa se constituye en un valladar para la tutela judicial efectiva y que en definitiva vedaba el acceso a la justicia; (vii) **El control de la discrecionalidad administrativa.** En el Caso «Baena, Ricardo y otros vs Panamá» la CorteIDH dejó sentado que —aun en materia administrativa— la actuación discrecional del Estado tiene límites infranqueables siendo los derechos humanos uno de esos límites. Todo funcionario público, sea éste de carrera o político, debe adecuar su accionar tanto a los establecido en la Convención Interamericana de DH, como a las sentencias de la Corte IDH y a las recomendaciones de la CIDH, so pena de hacer caer al Estado en responsabilidad internacional por violación de normas internacionales. Limitaciones a la discrecionalidad estatal en el ámbito del sistema Interamericano de Derechos Humanos. En igual sentido, en el Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, del 28 de febrero de 2003, se aplicó también el mismo parámetro y se condenó al estado peruano por la reducción de haberes jubilatorios de pensionistas, que habían trabajado en la administración pública de Perú, y que habían sido ordenadas por decisiones judiciales no acatadas, ordenando el cumplimiento para su pago pago conforme a su régimen originario de cálculo.

La breve y parcial reseña efectuada en materia de acto administrativo nos lleva a reflexionar en la necesidad de verificar la congruencia de los elementos competencia, objeto, causa, motivación, procedimiento, fin y las reglas de interdicción a la arbitrariedad así como también los plazos y prerrogativas que en su contraste con los DDHH empiezan a desdibujarse, tales como las presunciones de legitimidad de normas inconvencionales, la caducidad en contra del administrado en situación de vulnerabilidad, entre otros supuestos, que convierten que la decisión administrativa (y luego si ocurre también la judicial del fuero) resultan inconstitucionales e inconvencionales[83].

7.2. Contratos públicos y derechos humanos

Mucho se habla de corrupción en contrato públicos, y las fórmulas para su combate, y es en los DDHH una de las mejores herramientas que podemos aportar para su reducción, en pos de erradicar su consecuencia más nociva, esto es la pobreza y el estancamiento moral, social y de la economía colectiva de una sociedad. Por ello, las reglas y normas locales de contratación deben ser revisadas y el miraje es desde los DDHH. En primer lugar, desde el PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA, el cual enumera los derechos civiles y políticos que corresponden a las personas humanas, y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. En este instrumento, se destaca el Articulo 26 de los denominados «DESCA» que promueve el desarrollo sostenible y progresivo y que resulta una obligación de los estados de adoptar decisiones en tal sentido, conforme el artículo 2 del PSJCR. En segundo término, pero no por ello menor, aparece en escena la «CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION», que ostenta jerarquía constitucional en Argentina, que indico como este flagelo impacta, no solo por ser inmoral, sino porque produce más pobreza, en tanto se convierte en corrupción estructural (conf. inciso 11, Artículo III). En ella se establece que, a los fines de erradicar la corrupción, los Estados parte convienen en la aplicación de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción. Además, como los contratos públicos pueden tener por objeto la concreción o protección de bienes que hacen a la satisfac-

83 Para ampliar en el punto recomiendo especialmente las lecturas de la obra del Prof. Sammartino, Patricio M.E. donde se profundiza una nueva visión del régimen de nulidades de los actos administrativos, desde la convencionalidad y el Estado Constitucional Social de Derecho; en «La causa y el objeto del acto administrativo en el Estado constitucional», publicado en «Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho Administrativo», Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ed. Rap, Buenos Aires, 2009, p. 59, su obra «Amparo y Administración en el Estado Constitucional Social de Derecho», T. I y II, Abeledo Perrot, 2012; «Precisiones introductorias en torno a las bases del proceso administrativo en el Estado constitucional social de derecho»(ED 30-10-15), entre otros. Asimismo, en la materia resulta interesante referirnos al menos en esta nota al pie al «ALITI» (ASOCIACION LUCHA POR LA IDENTIDAD TRAVESTI TRANSEXUAL) donde la CSJN dijo que ¨el arbitrio de la administración no es arbitrariedad, por ende, debe ser controlado judicialmente. Actividad discrecional no es igual a facultad de decir que si o que no, según le plazca a la administración y mucho menos cuando se trata de conceder la personalidad jurídica, porque están comprometidos derechos de carácter constitucional».

ción de necesidad generales de la población y resultan por tanto bienes fundamentales protegidos por el ordenamiento[84], en términos y alcances del derecho conforme Luiggi Ferragioli[85]. Otro principio que surge como herramienta esencial es la DILIGENCIA DEBIDA[86] la cual se verifica:

En la etapa previa de formación del contrato: información y participación ciudadana para el conceso. La diligencia debida en esta etapa ordena extremar los cuidados de todos los aspectos que pueden generar una afectación de los derechos humanos en general, así como de grupos o colectivos diferenciados o de personas humanas en particular en la contratación pública futura. Uno de los casos más resonantes son los de la participación de los pueblos indígenas, participación que resulta reconocida por la CN en su art. 75 inciso 17. La CorteIDH va a darnos varias reglas al respecto en «Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam» donde la Corte expreso que en «... los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones [...]. Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones[87].

En Argentina, el «Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina», relativo a la realización de consultas previas a la construcción de un puente internacional, considerado de interés público y donde se había reconocido que su construcción impactaba en la vida de las comunidades preexistentes es un precedente de gran tenor. En este caso la CorteIDH expreso que, debido a los «derechos políticos» de participación receptados en el artículo 23 de la Convención, en cuestiones atinentes a sus tierras, los pueblos indígenas deben ser consultados de forma adecuada a través de instituciones representativas de los mismos. Y que «si bien la Convención no puede interpretarse de modo que impida al Estado realizar, por sí o a través de terceros, proyectos y obras sobre el territorio, el impacto de estos no puede en ningún caso negar la capacidad de los miembros de los pueblos indígenas y tribales a su propia supervivencia».

Por ello, en una contratación pública deberían verificarse los procesos previos o concomitantes de:

- Estudios de impacto ambiental y determinación de las medidas o paliativos a adoptar en caso de poder realizar la obra o servicio.
- Control de la ejecución contractual y del cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos (y aquí se abre un abanico interesante en materia de DDHH que va desde los derechos de los trabajadores, los de los usuarios, terceros, ya desde la pers-

84 Así resulta, por ejemplo, la OC de la CIDH N.° 23/17 sobre protección del ambiente, el Protocolo de San Salvador sobre medidas para la protección del medio ambiente, el Protocolo de Escazú sobre acceso a la información ambiental; la observación Nro. 15 del Comité del (entonces) DESC, de noviembre de 2002, del cual resulta que el derecho humano al agua se halla implícitamente alojado en los artículos 11 y 12 del PIDESC.

85 Ferrajoli, Luigi «Constitucionalismo más allá del Estado» Ed. Trotta. ISBN: 978-84-9879-763-3. 2024.

86 Definida en el caso VELIZ FRANCO C/GUATEMALA de la CorteIDH en el año 2021

87 En similar sentido, ver entre otros: Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 177 La CIDH va a distinguir en el caso entre «consulta» y «consentimiento» y va a reafirmar el criterio en «Sarayaku vs. Ecuador»; «Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras»; «Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras».

pectiva global de los derechos humanos, la lucha contra la opresión y la protección de las minoras o sectores más vulnerables, que interactúen en el caso.

- Cumplimiento de deberes de interés o servicio públicos a cargo de las empresas privadas.
- De cumplimiento de obligaciones que derivan de la tutela de la perspectiva de género. En este caso, se destaca la jurisprudencia de la CNCAF de Argentina, que ha marcado un claro norte de vigencia efectiva de los derechos humanos y la visión con perspectiva de género, por ejemplo, en casos de despido de empleada mujeres cursando embarazo o con embarazos de alto riesgo, donde el estado debe garantizar la plena satisfacción de derechos fundamentales, como resulta del caso «L.H.V»[88] al que se reenvía, por razones de brevedad[89].

7.3. Responsabilidad del Estado frente a la tutela de los DD. HH.

Durante la pandemia resulto de especial atención la OC 1/2020 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SERVICIOS PUBLICOS Y ATENCION DE NECESIDADES PRIMARIAS de personas en particular de las mujeres por las obligaciones de cuidado, los niños, las personas mayores entre sus regulaciones más importantes. Ahora bien, es interesante destacar como el CorteIDH empieza a avanzar en obligaciones de control a cargo del Estado, cuyo incumplimiento le genera responsabilidad del Estado. Uno de los aspectos más destacados es el de la perspectiva de género como principio y derecho resultante de las convenciones internacionales y las leyes domesticas adoptadas al efecto —que imponen en particular, por la obligación convencional, y en nuestro país por el deber de prevención del daño previsto en el artículo 1710 y cctes del CCyCN—. Ya viendo la jurisprudencia del fuero local federal, destacamos los autos «C. C. y otro c/ EN- M.º Economía-Secretaria de Transporte y otros s/ daños y perjuicios» del año 2020, donde se ventilaba la responsabilidad del concesionario y del Estado en el ejercicio de sus obligaciones contractuales, y si las omisiones en ese cuidado del espacio concesionado permitieron hacer de un cuadro de estación oscuro, sucio y abandonado, el ámbito propicio para la violación de dos menores por parte de unos delincuentes sexuales. El fallo siguiendo la doctrina de la Corte IDH dice que «Los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas [...] La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia» (caso «González y otras (Campo Algodonero) vs. México», sentencia del 16 de noviembre de 2009, párrafo 258).

En línea con lo analizado, se destaca el caso resuelto por la CorteIDH denominado «Buzos Miskitos (Lemoth Morris y Otros) vs. Honduras» sentencia del 31 de agosto de 2021[90], relativo a Responsabilidad del Estado por omisión de un deber genérico en el control de una actividad privada (pesca submarina) y se encontró responsable al Estado de Honduras, porque había tenido suficiente información sobre el flagelo que ocurría con los trabajadores (que no tenían ningún cuidado de su vida, se encontraban sujetos a trabajo esclavo, recibiendo parte de su sueldo en drogas para soportar el yugo de la pesca submarina sin descanso ni protección) y ello llevó a la muerte (y reducción en la expectativa de vida en el mejor de los casos) de los trabajadores; y nada había

88 «L, H. V. c/ EN S/ EMPLEO PUBLICO» 8/07/2021 - CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL - SALA I. Ver fallo en extenso en elDial.com - AH5A9D.

89 Ampliar de mi autoría el estudio «Participación ciudadana, asuntos de gobierno y buena administración pública», disponible en forma gratuita en el portal de la biblioteca digital de humanidades de la Universidad Veracruzada en https://www.uv.mx/bdh/general/participacion-ciudadana-asuntos-de-gobierno-y-buena-administracion-publica-jose-guadalupe-altamirano-castro-y-luis-fernando-villafuerte-valdes

90 Ver https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_432_esp.pdf

hecho para controlar la explotación comercial e impedirlo. En el caso no se trataba de un servicio público, sino de una actividad comercial, pero por el interés que representaba la tutela de los derechos de los trabajadores el tribunal internacional interamericano hace responsable a las empresas pesqueras, así como al Estado de Honduras. En otros casos como «Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana» del 24 de octubre de 2012 ya se había destacado la responsabilidad del Estado en no otorgar acceso a los bienes y servicios de salud de la población, en particular quienes estén más marginados o en situación de vulnerabilidad. Dice al respecto que «[L]os Estados son responsables de regular [...] con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad». Por lo que estos tienen, tal como se planteó en el caso Gonzáles Lluy y otros «El deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado». De manera tal que, «Ciertas actividades, como el funcionamiento de bancos de sangre, que entrañan riesgos significativos para la salud de las personas, [...] están en la obligación de [ser reguladas] de manera específica». Además «[D]el acceso a medicamentos [que] forma parte indispensable del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud»[91]. En igual sentido avanza en el caso «Duque Vs. Colombia» entendió que «El acceso a los fármacos antirretrovíricos es sólo uno de los elementos de una respuesta eficaz para las personas que viven con el VIH. [...] estas personas requieren un enfoque integral que comprende una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo»[92]. La tutela será también reconocida a las personas privadas de la libertad, en el caso «Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala», debiendo el Estado probar que ha tomado todas las medidas de protección de la salud de los internos. En el caso «Luna López Vs. Honduras» se expresó que «La obligación de garantizar el derecho a la vida presupone, además, el deber de los Estados de prevenir las violaciones a dicho derecho. Este deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito»[93].

8. Conclusión

Para concluir, considero que es claro el impacto de los tratados internacionales en la República argentina, desde que las Convenciones sobre DDHH tiene jerarquía constitucional y se ha reconocido la aplicación de la doctrina de la convencionalidad, con algunos matices, en la jurisprudencia doméstica. Por otro lado, en relación a la administración pública, el elenco de nuevos derechos forma parte del sistema de interpretación y por ende debe ser verificada su aplicación en cada caso concreto, ya que forman parte del bloque de constitucionalidad y son fuente del derecho. El punto de inflexión que no abordare en este estudio es si es dable sostener la inaplicabilidad de la norma inconvencional por parte de la Administración pública, aspecto que por sus aristas será abordado en futuros estudios.

Ahora bien, en el estado actual considero que como decía ya García de Enterría en su celebre conferencia de 1962 en la Universidad de Barcelona, en su ensayo denominado «La lucha contra las inmunidades del poder», existe un nuevo miraje desde donde se podrá controlar la arbitrariedad administrativa, o prevenir su desavenencia, ejerciendo una tutela administrativa efectiva, ora humanista, esto es desde la vigencia efectiva de los DDHH.

Ahora bien, la aplicación de la convencionalidad en la gestión pública nos pone frente a un principio no escrito —literalmente— en las leyes argentinas y es el de la «buena administración pública». No obstante el contenido que proviene reforzados desde los DDHH, en la Constitución reformada, nos lleva a cumplir con el principio democrático previsto en el párrafo in fine del articulo 36; en la defensa de los derechos y bienes fundamentales previstos en los artículos 14, 14 bis,

91 Ver https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf

92 Ver https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf

93 Ver https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_269_esp.pdf

41,42 y 43 de la CN, en el artículo 75, inciso 17 (relativo a la tutela de los derechos de las personas de pueblos indígenas); inciso 22 (con la incorporación de los Tratados de DDHH) y donde la DIGNIDAD de la persona humana es el eje de sus normativas, positivamente de obligatorio cumplimiento.

Entonces el contenido de la actividad administrativa conteste con la convencionalidad nos lleva a el principio y derecho de la «buena administración» que como lo ha expresado el Catedrático Jaime Rodríguez Arana Muñoz[94] el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 2000 viene a darle una nueva visión al derecho administrativo, con centralidad en la persona, donde la administración no es patrimonio de los dirigentes sino del pueblo que es el titular de la soberanía. El responsable debe saber y practicar que tiene que rendir cuentas continuamente a la ciudadanía. Por eso las nuevas constituciones incorporan al derecho a la buena administración pública, porque el Estado y las administraciones justifican su existencia en la protección de la persona, de la dignidad humana y de todos sus derechos fundamentales; porque es necesario contar con «una buena administración pública que trabaje sobre la realidad, desde la racionalidad y centrada en el ser humano, actúe con mentalidad abierta, buscando el entendimiento y haciendo gala de una profunda sensibilidad social» ya que «La buena administración pública se realiza desde esta consideración abierta, plural, dinámica y complementaria de los intereses generales del bienestar integral de los ciudadanos».

Desde esta mirada el derecho se renueva y los institutos clásicos del derecho administrativo no parecieran mantenerse inconmovibles, ya que, para ser más clara, ¿podemos seguir sosteniendo —a rajatabla y aún a riesgo del sacrificio de los DDHH— las prerrogativas del Estado? (desde la presunción de legalidad de los actos administrativos; ¿los plazos de caducidad (ideados más para sostener a las instituciones que a los derechos de las personas) o las que resultan de los contratos y de la responsabilidad del estado o en la prestación de los servicios esenciales o servicios públicos si no se basan en la protección de DDHH?

Pues bien considero que el impacto de la convencionalidad y la interpretación en materia de derechos humanos es una herramienta sustantiva y adjetiva para la corrección de los desvíos de la gestión pública y de los poderes constituidos.

Como consecuencia de estos avances, nuevas cuestiones interpelan a nuestro sistema legal, resultando que la dignidad de la persona humana es la piedra basal donde se erige el derecho administrativo, y se desplaza del lugar de prevalencia a la «prerrogativa». Y deberemos discutir si será que se troca por una tensión valorativa de derechos fundamentales en crisis como expresa Balbín[95]. O por el contrario se trata de también nuevas formas de aplicar los principios que derivan de las convenciones y nos ordenan en principio a visualizar nuevas políticas públicas y formas de interpretación del derecho y la justicia, donde no hay crisis de derechos en pugna, sino prelaciones.

Como expresa Iris Marion Young, a quien voy a recurrir para la búsqueda de una interpretación conforme, entiendo que la situación nos enfrenta a la aplicación de una interpretación de los DDHH desde la política de la diferencia, en tanto, los mismos son valladares a las violaciones, atropellos y brutalidades que afectan la dignidad humana. Desde la política de la diferencia que entiende que existe un círculo vicioso de explotación, marginalización, empobrecimiento, imperialismo y violencia, que los DDHH y las sociedades de las naciones preocupadas en su defensa vinieron a erradicar. Desde esa política de la diferencia partiremos siempre desde un conocimiento situado, ya que como dice la autora no es posible la solución imparcial o de generalidad (y agrego abstracción) para la aplicación de la mejor solución a un conflicto administrativo[96].

---

94 Rodriguez Arana Muñoz, Jaime «Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano» A&CR. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, año 12, n. 47, p. 13-50, jan./mar. 2012. Entre otras publicaciones del autor.

95 Balbin, Carlos *Crisis del Derecho Administrativo. Bases para una nueva teoría general*. Ed. Astrea. Bs As. Bogotá. Porto Alegre.2020. ISBN 978-987-706-348-6

96 Young, Iris Marion. «Justicia y Política de la diferencia» 1990, Princeton University Press. Princeton and Oxford. ISBN 978-0-691-23516-5. Ed. 2022, USA. Dice la autora en relación a lo expuesto, que «El ideal de imparcialidad es una ficción idealista. Es imposible adoptar un punto de vista moral no situado, y si un punto de vista está situado, entonces no puede ser universal, no puede separarse de todos los puntos

Los tratados internacionales de DDHH, por ello, viene a desafiarnos en lo domestico, en la aplicación concreta de cada uno de nuestros institutos iusadministrativistas, poniendo al valor dignidad humana en primer plano, y luego en discusión todos lo demás (ya sean leyes, principios, doctrinas, acciones, etc.) que los socaven o anulen. Corresponderá a la Administración Pública honrar las bases humanitarias que nuestra CN ha introducido en su texto desde 1994, y sus consecuentes impactos desde lo interamericano e internacional. Derechos que amplían más derechos, donde se pueda gozar en sociedad de una vida digna, integrada y cohesionada, con un Estado cuyo destino es tutelar la vigencia de tales derechos, en concierto con una justicia social, que advierta y pueda arbitrar situaciones en crisis y dar a cada uno lo que en justicia corresponde, con la escucha atenta y la mirada en contexto.

de vista y comprenderlos. es imposible razonar sobre cuestiones morales sustantivas sin comprender su sustancia, lo que siempre presupone algún contexto social e histórico particular; y uno no tiene ningún motivo para emitir juicios morales y resolver dilemas morales a menos que el resultado importe, a menos que tenga un interés particular y apasionado en el resultado. Como señala Bernard Williams, la diferencia entre la reflexión fáctica o científica y la reflexión práctica o moral es precisamente que la primera es impersonal mientras que la segunda no lo es».

9

DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA Y SU PROTECCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Enrique Navarro Beltrán[1]
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Chile

RESUMEN: se analiza el concepto dignidad de la persona humana, protegido constitucionalmente y en tratados internacionales, destacando la jurisprudencia constitucional

PALABRAS CLAVES: Dignidad de la persona humana. Protección constitucional. Jurisprudencia.

ABSRACT: the concept of dignity of the human person, constitutionally protected and in international treaties, is analyzed, highlighting the constitutional jurisprudence.

KEYWORDS: Dignity of the human person. Constitutional protection. Jurisprudence.

En la actualidad, la dignidad de la persona humana constituye un requisito esencial e inamovible del orden jurídico-constitucional de cualquier Estado que se considere democrático de Derecho.

La dignidad humana está reconocida en todas las Declaraciones contemporáneas de Derechos y es en el siglo XX cuando la misma encuentra su manifestación jurídica expresa, tanto en el Derecho Internacional como en el Derecho interno.

El resguardo constitucional de la dignidad humana ha tenido especial reconocimiento en la jurisprudencia constitucional, fundando así muchas de las decisiones de dicha Magistratura Constitucional.

1. Consideraciones generales

La dignidad inspira innumerables debates éticos, asoma indefectiblemente en textos jurídicos y jurisprudenciales. Se trata, sin embargo, de un concepto complejo, multiforme y que a lo largo de la historia ha ido perfilándose hasta llegar a la modernidad en la que ha ido adquiriendo un protagonismo creciente, especialmente durante el siglo XX.

1 Enrique Navarro Beltrán es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Abogado. Profesor Titular de Derecho Constitucional de las Universidades de Chile y Finis Terrae. Ha sido director del Departamento de Derecho Público de la U. de Chile. Director del Magister de Derecho Público de la U. Finis Terrae. Fue Director de Estudio de la Corte Suprema (2002-2006) y Ministro del Tribunal Constitucional (2006-2012). Vicepresidente de la Asociación chilena de Derecho Constitucional y del Instituto chileno de Derecho Administrativo. Presidente de la Asociación chilena de Derecho de la Salud. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Presidente de la comisión de estudios constitucionales del Colegio de Abogados. Autor de 7 libros y de más de un centenar de artículos en publicaciones chilenas y extranjeras.

Ciertamente resulta difícil elaborar un concepto de *«dignidad humana»* dado que existen diferentes concepciones de la misma que hacen imposible el acuerdo o consenso, tanto sobre su contenido como sobre la extensión de los sujetos a quienes debe atribuirse la misma. De hecho, en algunos casos —incluso— se invoca como fundamento de posiciones antagónicas. Piénsese sólo en los debates bio éticos.

Obviamente el concepto tiene orígenes bíblicos[2]. Por eso se ha recordado que la dignidad significa algo sagrado[3]. Y, por cierto, que nos acompaña durante toda la vida[4].

Desde la antigüedad, el ser humano se pregunta sobre el fundamento de su propia dignidad. Los griegos lo explicaron por la presencia de un elemento divino en el hombre. Este elemento se encuentra en lo mejor de su ser, que es el alma, la fórmula aparece tanto en Platón como en Aristóteles[5].

En la antigua Roma, dignidad o «dignitas» significaba estatus, rango, era una cualidad inherente a un oficio o título de las personas superiores que siempre se comportan con dignidad y la merecen. Para Cicerón, la dignidad se universaliza a todas las personas, a diferencia de otros seres desprovistos de razón. Por su parte en Séneca se vincula a la libertad y a la defensa de la interioridad de todo ser humano.

En la Edad Media, el cristianismo otorgará al hombre una singularidad primordial, la única dignidad existente, al menos hasta los siglos XIII y XIV es de origen externo, la heterónoma basada en la imagen de Dios. De esta manera, no se contempla la dignidad desde el hombre, sino que desde Dios[6]. Como señala Peces Barba, la concepción de la dignidad vinculada a la autonomía no se desarrollará sino hasta el renacimiento, en donde el centro es la persona[7].

Sin ahondar en la historia, parece importante remitirnos a la filosofía moral de Kant, la que ha servido de base a muchos autores para sustentar la noción de dignidad. El imperativo categórico de Kant reza textualmente: *«obra de tal modo que te relaciones con la humanidad, tanto en su persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin, y nunca solo como un medio»*[8]; añadiendo que en *«el reino de los fines todo tiene un precio o una dignidad. Aquello que tiene un precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene dignidad»*[9]. Kant diseña así el ideal de un sujeto autónomo, que solo obedece a las leyes universales e impersonales que su razón conoce, de modo que la dignidad se presenta como un valor intrínseco de la persona[10].

Debe precisarse lo que se quiere afirmar cuando se advierte que el hombre es un ser que posee una dignidad, ya que la noción puede también ser tomada en dos sentidos distintos, como lo han sostenido autores como Andorno y Martínez Morán[11].

---

2 Beltran Villegas (1991), «La dignidad vulnerable. La dignidad humana según la Biblia», *Revista Estudios Públicos* 44.

3 Robert Spaemann (1988), «Sobre el concepto de dignidad humana», *Revista Persona y Derecho* 19, U. de Navarra. «Über den Begriff der Menschenwürde», Das Natürliche und das Vernünftige. Aufsätze Anthropologie, Piper, München, p. 77-106. Traducción: Daniel Innerarity.

4 Juan de Dios Vial Correa y Angel Rodriguez Guerro (2009), «La dignidad de la persona humana, desde la fecundación hasta su muerte». *Acta Bioethica*; 15 (1): 55-64.

5 Andorno, Roberto. *Bioética y dignidad de la Persona*. Tecnos. Madrid 1998. p 58.

6 Peces Barba, Gregorio (2002). *Dignidad de las personas desde la Filosofía del Derecho*. Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» Univ. Carlos III de Madrid. Ed. Dykinson.

7 *Ibidem*.

8 I. Kant (1996), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Espasa Calpe (Madrid), p. 104.

9 *Ibidem*, p. 112

10 Dorando Michelini (2010), *Dignidad humana en Kant y Habermas,* Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas Vol. 12 n.° 1, Julio; p. 42

11 Andorno Roberto (1998). *Bioética y dignidad de la Persona*. Tecnos. Madrid, p 57 y Martínez Morán,

Así, en primer lugar, la dignidad ontológica, que es una cualidad inseparablemente unida al ser mismo del hombre, siendo por tanto la misma para todos. Esta noción nos remite a la idea de imposibilidad de reducir este hombre a un simple número. Es el valor del hombre por el hecho de existir.

En este sentido, todo hombre, aun el peor de los criminales, es un ser digno y, por tanto, no puede ser sometido a tratamientos degradantes, como la tortura u otros, tal como lo expresan los artículos 4 y 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Por su lado, la dignidad ética, que hace referencia, no al ser de la persona, sino a su obrar o actuar. En este sentido, el hombre se hace a sí mismo digno cuando su conducta está de acuerdo con lo que él es. Esta dignidad es el fruto por tanto de una vida conforme al bien, y no es poseída por todos de la misma manera. Por lo mismo, se trata de una dignidad dinámica, en el sentido de que es construida a través del ejercicio de la libertad de cada uno.

A juicio del gran jurista Peces Barba, la dignidad humana supone la idea del hombre centro del mundo[12], es decir, es un hombre secularizado, independiente, que decide por sí mismo, que se comunica y dialoga con los demás hombres y que decide libremente sobre su moralidad privada.

Finalmente, otro rasgo de nuestra dignidad es la sociabilidad que algunos ius-naturalistas habían colocado como norma básica material de su sistema. Supone ello el reconocimiento del otro como tal y de la imposibilidad de alcanzar en solitario el desarrollo de la dignidad[13].

Por su parte, el profesor Peter Bieri afirma que la dignidad del hombre no es una propiedad abstracta o metafísica, sino una manera determinada de vivir nuestra vida y afrontar nuestros desafíos. Es un modelo del pensar, del vivir y del hacer. Se refiere a la manera como yo soy tratado por los demás, en cómo nos relacionamos con ellos y con nosotros mismos[14]. Y es que la persona es un ser de naturaleza racional. Gracias a esa naturaleza, ella se constituye en sujeto y se distingue del resto del mundo material, animado e inanimado[15].

A su vez, el núcleo normativo de la dignidad humana —según el profesor Manuel Atienza— puede encontrarse en el derecho y la obligación que tiene cada individuo, cada agente moral, de desarrollarse a sí mismo como persona (aunque la forma de vida no sea aceptable) y, al mismo tiempo, en la obligación, en relación con los demás, de contribuir a su libre (e igual) desarrollo[16].

La dignidad de la persona sirve de fundamento esencial para todos los derechos humanos, como lo ha destacado la doctrina[17]. Y en los últimos años ha sido especialmente invocada en relación a temas de bioética[18] como es el caso del derecho a la vida[19].

Hay autores que han planteado que la garantía de la dignidad *«no admite en un caso particular la realización de ponderaciones con otros intereses constitucionales: el debido respeto a la persona, como reclamo de su dignidad en una situación concreta, se impone sin condicionamiento*

Narciso (2004). *La dignidad humana en las investigaciones biomédicas*. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1958838 (última visita agosto 2022).

12 Peces Barba, Gregorio (2002). *Dignidad de las personas desde la Filosofía del Derecho.* Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» Univ. Carlos III de Madrid. DYKINSON. p. 19.

13 *Ibidem*. p. 67 y 68

14 Bieri, Peter (2017). *La dignidad humana. Una manera de vivir.* Herder, Barcelona

15 Andorno, ob. cit. p. 62.

16 Atienza, Manuel (2022) *Sobre la dignidad humana».* Editorial Trotta, Madrid

17 Juan David Velásquez Monsalve (2011), «La dignidad humana: fundamento de los derechos humanos», *Revista Universidad Católica de Oriente* N.º 31 enero-junio

18 Carlos i Massini Correas (2017), «Sobre dignidad humana y derecho: la noción de dignidad de la persona y su relevancia constitutiva en el derecho», *Prudentia Iuris*, 83.

19 Carlos i Massini Correas (2020), *Dignidad humana, derechos humanos y derecho a la vida. Ensayos sobre la contemporánea ética del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

alguno»[20]. En palabras de Habermas, la dignidad constituye la fuente moral de la que todos los derechos fundamentales derivan su sustento[21].

La Corte Constitucional Colombiana definió *la dignidad humana* en la sentencia de tutela el año 2002 de la siguiente de la siguiente forma:

> «Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo ''dignidad humana'', (se) ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables:
>
> (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera).
>
> (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y
>
> (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).
>
> De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo ''dignidad humana'', (se) ha identificado tres lineamientos:
>
> (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor.
>
> (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y
>
> (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo»[22].

2. Dignidad y derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional comparada. El caso alemán

Esta aparición y desarrollo se produjo no solo en el Derecho Internacional, sino también en el Derecho Constitucional, especialmente a partir de la Constitución federal de la República Federal de Alemania de 1949, así como también en el Derecho positivo interno a nivel de la legislación de varios países[23].

También se ha recordado que la primera Constitución en regular esto precisamente fue la Carta Fundamental de Irlanda en 1937, que expresa que la dignidad del hombre es intocable, de modo que respetarla y protegerla es obligación de todo poder estatal[24]. De allí se expande a otros ordenamientos constitucionales[25].

Sabemos, a su vez, que la Constitución alemana de postguerra, de 1949, sin duda fue un referente en materia de derecho comparado. En el artículo primero, se establece que «la dignidad del hombre es inviolable». De forma tal que «respetarla y protegerla es obligación de todos los poderes del Estado[26].

Son innumerables los razonamientos en los que el Tribunal Constitucional alemán ha invocado como un argumento adicional la protección a la dignidad.

---

20 Matthias Herdeguen (2012), *La garantía de la dignidad humana: absoluta y a la vez diferenciada*, Revista de la Academia colombiana de jurisprudencia 351, p. 190

21 Jürgen Habermas (2010), «El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos», *Revista Diánoia*, volumen LV, número 64 (mayo 2010); p.6

22 Sentencia de Tutela N.º 881/02 de Corte Constitucional de 2002. En https://vlex.com.co/vid/-43619110?from_fbt=1&forw=go&fbt=webapp_preview

23 Peter Häberle (2001): *El Estado Constitucional*, UNAM, México, Capítulo Quinto, «La Dignidad Humana como Proceso Antropológico Cultural» y «La Vinculación entre Dignidad Humana y Democracia».

24 Preámbulo Constitución de Irlanda de 1937

25 Víctor M. Martínez Bullé-Goyri (2013), «Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, núm. 136, enero-abril, 2013, pp. 39-67.

26 Artículo 1 de la Ley Fundamental de 1949

Así, como ha expresado un autor[27] la dignidad ha sido reflejada en diversas sentencias. Desde ya, en la década de los 50, como protección frente a experiencias del nacionalsocialismo. De igual modo, en el célebre caso Lüth, referido a la fuerza expansiva de los derechos fundamentales. Más adelante, en la década del 70 respecto de escuchas telefónicas. Pero también, más recientemente, en los casos sobre negativa de transfusiones (1971), cadena perpetua (1977), censo de la población (1983), soldados asesinos (1991), publicidad ofensiva (2000) o velo islámico (2003). A ello debe agregarse, los famosos casos sobre el aborto y protección de la vida (1975), interrupción del embarazo (1993), ley de seguridad aérea (2001) o el del mínimo existencial digno (2010).

Ha sentenciado el TC alemán que *«las fórmulas generales, como la que prevé que los seres humanos no pueden ser degradados al ser tratados por el poder estatal como un simple objeto, establecen las directrices que sirven para determinar los casos en los que se da una violación de la dignidad humana*». No pocas veces «*el ser humano se vuelve un simple objeto, no sólo de las circunstancias y del desarrollo social, sino también del derecho, en la medida en que debe adherirse a éste sin que se tomen en cuenta sus intereses*». La violación de la dignidad humana no se da por esta sola razón. Se debe añadir *«el hecho de que la persona haya sido sometida a un trato que cuestiona principalmente su calidad de sujeto, o que en el tratamiento dado en un caso concreto exista una desvalorización arbitraria de la dignidad humana»*. El trato que afecta la dignidad humana, otorgado por el poder público al ser humano en cumplimiento de la ley, *«debe ser considerado como una minusvalorización de las garantías de que goza el ser humano por virtud de ser persona, y en ese sentido tiene también el carácter de un «trato abyecto»*[28].

Del mismo modo, se ha recordado que *«el mandato de respetar la dignidad humana significa especialmente, que se prohíben las penas crueles, inhumanas y denigrantes»*. De esta manera, *«el delincuente no puede convertirse en simple objeto de la lucha contra el crimen con violación de sus derechos al respeto y a la protección constitucional de sus valores sociales».* Así, del art. 1 de la Ley Fundamental, en relación con el principio del Estado social, *«se deduce la obligación del Estado —y esto es válido en especial para la ejecución de las penas— de garantizar un mínimo de existencia, que asegure ante todo una vida acorde con la dignidad humana»*. Por ello, *«sería incompatible con este concepto de dignidad humana que el Estado se apropiara de la facultad de privar de la libertad a las personas sin darles por lo menos la posibilidad de poder obtenerla nuevamente. [...] pues el núcleo de la dignidad humana se ve conculcado si se obliga al condenado, independientemente del desarrollo de su personalidad, a abandonar toda esperanza de volver a obtener su libertad. A efectos de asegurar de cierta manera esta perspectiva, que hace soportable el cumplimiento de la pena a perpetuidad, en el marco de una concepción de la dignidad de la persona, el instituto del indulto —por sí solo— no es suficiente para satisfacer las exigencias constitucionales*»[29].

3. Derecho comparado europeo y la jurisprudencia española

En el derecho europeo, la dignidad humana ha tenido un especial reconocimiento, tal como se observa de la revisión de las Constituciones de Grecia, Portugal, Suiza y España, entre otros.

Así, de acuerdo a lo establecido en el artículo 10.1 de la Constitución de España, *«la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social»*.

En España, el Tribunal Constitucional español ha definido la dignidad de la persona humana, precafirmando que *«junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de esta, la Constitución española ha elevado también a valor jurídico fundamental la*

---

27 Germán Gómez Orfanel (2015), «La dignidad de la persona en La Grundgesetz», en obra colectiva *Dignidad humana y derecho fundamental*, CEPC; p. 65 y ss.

28 Sentencia de la Segunda Sala, del 15 de diciembre, 1970 —2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 y 308/69—. En libro *Jurisprudencia del TC alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas* por Jürgen Schwabe, 2009; p. 54

29 Sentencia de la Primera Sala, del 21 de junio, 1977 —1BvL 14/76—. En libro Jurisprudencia del TC alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por JÜRGEN SCHWABE, 2009; p. 55

dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1)». De esta manera, *«el sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás»*[30].

La alusión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al principio de dignidad ha sido utilizada ya sea como un refuerzo interpretativo o de manera directa[31]. En este último caso, se citan las sentencias sobre titularidad de derechos de los extranjeros, el odio o desprecio a todo un pueblo o etnia, la exclusión de las personas jurídicas de derecho público en la titularidad de los derechos o respecto de la solicitud de extradición. Del mismo modo, respecto del mínimo material que garantice la subsistencia vital de las personas, en lo referido a la reproducción asistida o consentimiento de estirilización de personas incapaces, en el ámbito de las normas penales, en otros casos asociados a conflictos de derechos y, por cierto, en el ámbito de la biomedicina[32].

En dicho país, el concepto —sin embargo— no ha estado exento de críticas, desde que se trata de un término *«de contornos tan imprecisos —que— resulta poco idóneo para erigirse en criterio directamente resolutorio de conflictos, y cuando ha querido emplearse en ese sentido por la jurisprudencia (...) con frecuencia se ha pecado de cierta circularidad en los razonamientos»*[33].

En el caso italiano, se alude indirectamente a este principio en los artículos 2 y 3 de la Carta Fundamental, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 32.2, 36.1 y 41, habiéndole otorgado la Corte Constitucional especial importancia al momento de resolver en el último medio siglo[34].

4. Referencia al sistema interamericano

En Iberoamérica encontramos numerosas referencias acerca de cómo los derechos humanos encuentran su fundamento en la idea de dignidad de la persona humana.

En el ámbito latinoamericano, esta justificación tendría su origen *«en los lamentables eventos históricos de la primera mitad del siglo XX que destacaron por su documentada vulneración a los derechos más elementales, entre otras razones, porque los regímenes jurídico-políticos vigentes en estos periodos condicionaron el respeto a la dignidad humana a consideraciones de color, raza, condición económica, cultura, etc., establecidas en la legislación y no en la idea de que el ser humano es algo valioso y digno de respeto por el solo hecho de serlo»*[35].

Frente a aquellos excesos, los derechos humanos expresan, en cada tiempo y lugar, *«las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional»*[36].

---

30 Sentencia del TC español 53/1985, de 16 de abril de 1985

31 Amelia Pascual Medrano (2015), «La dignidad humana como principio jurídico del ordenamiento constitucional español», en obra colectiva *Dignidad humana y derecho fundamental*, CEPC; p. 322 y ss.

32 Gonzalo Arruego (2015), «El recurso al concepto de dignidad humana en la argumentación biojurídica», en obra colectiva *Dignidad humana y derecho fundamental*, CEPC; p. 434

33 Carmen Tomás-Valiente Lanuza (2014), «La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil?», *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 102, septiembre-diciembre, p. 203

34 Máster Haideer, Miranda Bonilla (2009), «La dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana», *Revista de Ciencias Jurídicas* N.º 119) mayo-agosto; p. 37-68

35 E. Ferrer Mac-Gregor y C.M. Pelayo Möller. (2014), «Comentario al Preámbulo», en Ch. Steiner y P. Uribe (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, prólogo de Ruddy José Flores Monterrey, prefacio de Diego García-Sayán y presentación de Dean Spielmann, Fundación Konrad Adenauer-Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Colombia, p. 37.

36 A.E. Pérez Luño (1984), *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, p. 48. Y también en A.E. Pérez Luño (1989), «Sobre los valores fundamentadores de los derechos humanos», en

Así, en el derecho constitucional latinoamericano la afirmación de la dignidad de la persona y de los derechos humanos como soporte del orden constitucional está presente en la mayoría de las Cartas Fundamentales[37].

Como ejemplos pueden mencionarse desde ya la Constitución de Brasil de 1988, en cuyo artículo 1.º se expresa que la República Federativa de Brasil tiene como fundamentos «[...] III. *la dignidad de la persona humana*»;

Por su parte, la Constitución de Colombia de 1991, cuyo artículo 1.o prescribe: *«Colombia es un estado social de derecho [...] fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general*». Del mismo modo, lo asocia a ciertos derechos como es el caso del derecho a un trabajo digno (art. 25), a la honra (art. 42) o a una vivienda digna (art. 51). Así se ha transformado en un verdadero principio de principios[38].

La Constitución chilena de 1980, en su artículo 1.º, dentro de las bases de la institucionalidad, expresa que «*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos».*

la Constitución de Honduras de 1982, en su artículo 5.o precisa*: «[...] la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla*»;

A su turno, la Constitución de Guatemala de 1985, establece en su artículo 1.º: *«Protección de la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a su familia; su fin supremo es la realización del bien común».*

No debe olvidarse que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en Bogotá, en mayo de 1948 hace referencia a la dignidad en el primer párrafo de su Preámbulo, conforme al cual: *«Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros».*

Por lo demás, este artículo coincide totalmente con el artículo primero de la Declaración Universal de diciembre de 1948. La coincidencia entre los dos textos, aunque uno está integrado en la parte dispositiva y otro en la parte del preámbulo, es una muestra de la relación de ambos textos durante el proceso de redacción. A partir de la segunda guerra mundial, se trata de una materia que se encuentra reconocida en todos los tratados internacionales[39].

Por su lado, la Constitución peruana de 1993, en su artículo 1.o señala: *«[...] la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado».*

Finalmente, la clásica Constitución de México no la menciona sino hasta la reforma de 2001[40].

5. Referencia a Chile en la Jurisprudencia Constitucional

De acuerdo al artículo 1.º de la Carta fundamental chilena: «Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos». Sobre esta materia han existido diversos pronunciamientos realizados por el Tribunal Constitucional[41]. La dignidad de la persona se irradia en las disposiciones de la CPR en una doble dimensión: como principio y como norma positiva[42].

G. Peces-Barba (ed.), *El fundamento de los derechos humanos*, Javier Muguerza y otros autores Debate, Madrid, p. 280-281.

37 Humberto Nogueira Alcala (2010), «Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina», *Revista de Derecho*, U Católica de Uruguay 05

38 Juan Carlos Esguerra Portocarrero (2019), «La dignidad humana en la Constitución», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 25; p. 731

39 Hector Gros Espiell (2003), «La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos», *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época. Vol. 4; p 193-223

40 Aristeo García González (2015), «La dignidad humana, núcleo duro de los derechos humanos fundamentales», en Derecho Civil y Social, U. Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

41 Enrique Navarro B y Carlos Larmona S (2015). *Recopilación de jurisprudencia del TC 1981-2015*, Cuaderno 59 del TC, Santiago, Chile.

42 STC 1273, c. 46.

En tal sentido, se ha recordado que la dignidad, a la cual se alude en el art. 1.º, inc. 1.º, CPR, principio capital de nuestra Carta Política, *«es la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados»*[43].

Del mismo modo, ha señalado el TC que se trata de un *«principio matriz del sistema institucional vigente del cual se infiere, con claridad inequívoca, que todo ser humano, sin distinción ni exclusión, está dotado de esa cualidad, fuente de los derechos fundamentales que se aseguran en su art. 19».* De la dignidad se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida. Entre tales atributos *«se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia»*[44].

De igual forma, se ha recordado que el respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones, *«son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto, así como de su manifestación en la comunidad a través de los grupos intermedios autónomos con que se estructura la sociedad».* Por lo que resulta menester recordar que *«tal autonomía es también sustento del sistema de instituciones vigente en nuestro país, debiendo a su respecto cumplirse la exigencia de respeto, especialmente cuidadoso, que se ha destacado ya con relación a la dignidad de la persona humana»*[45].

Por su lado, también ha recordado el TC que el derecho a la seguridad social tiene su razón de ser en que los administrados están sujetos a contingencias sociales. De modo que la necesidad de proteger de estas contingencias al ser humano y a los que de él dependen *«emana de su derecho a la existencia; de la obligación de conservar su vida y hacerlo en un nivel digno y acorde con su condición de tal. Así, el derecho a la seguridad social constituye una directa y estrecha proyección de la dignidad humana»* a que alude el art. 1.º, inc. 1.º, CPR[46].

Adicionalmente, el reconocimiento del derecho a la identidad personal —en cuanto emanación de la dignidad humana— se ha sentenciado que implica *«la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra, lo que se traduce en que tiene derecho a ser inscrita inmediatamente después de que nace, a tener un nombre desde dicho momento y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidada por ellos»*. Si bien esta forma de entender el derecho a la identidad personal se deriva del art. 7.º de la Convención sobre los Derechos del Niño, no cabe restringir su reconocimiento y protección a los menores de edad. Ello, *«porque el derecho a la identidad personal constituye un derecho personalísimo, inherente a toda persona, independientemente de su edad, sexo o condición social»*[47].

También se ha sentenciado que la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal constituye también una concreción de la dignidad humana y del derecho a la defensa en el marco de un debido proceso. Esta prohibición *«representa un soporte sustancial a gran parte de las garantías emanadas de la igual protección ante la ley en el ejercicio de derechos»*[48].

A su turno, se ha fallado que encomendar a ciertos particulares una función registral y de almacenamiento de datos, sin las seguridades ni garantías legales suficientes como para impedir que se vean afectados los derechos reconocidos por la CPR, *«produce un efecto inhibitorio injustificado sobre el ejercicio de la libertad personal que hiere la dignidad e igualdad de las personas»*[49].

Por último, en materia de protección del no nacido, ha dicho el TC que, si *«al momento de la concepción surge un individuo que cuenta con toda la información genética necesaria para su*

43 STC 389, c. 17. En el mismo sentido STC 433, cc. 24 y 25, STC 521, c. 18.

44 STC 1287, cc. 16 a 19. En el mismo sentido STC 1273, c. 42.

45 STC 389, c. 21. En el mismo sentido STC 433, c. 27, STC 521, c. 19, STC 1894, c. 20.

46 STC 790, c. 31. En el mismo sentido STC 1710, c. 85.

47 STC 1340, cc. 10, 25 y 27.

48 STC 825, c. 24. En el mismo sentido STC 519, c. 42.

49 STC 1894, cc. 17 y 18.

desarrollo, constituyéndose en un ser distinto y distinguible completamente de su padre y de su madre, es posible afirmar que estamos frente a una persona en cuanto sujeto de derecho». Y es que *«la singularidad que posee el embrión, desde la concepción, permite observarlo ya como un ser único e irrepetible que se hace acreedor, desde ese mismo momento, a la protección del derecho y que no podría simplemente ser subsumido en otra entidad, ni menos manipulado, sin afectar la dignidad sustancial de la que ya goza en cuanto persona»*[50].

Finalmente, debe tenerse presente que —tal como ha recordado en diversas decisiones el TC[51]— los principios limitadores del ius puniendi estatal, tales como los principios de presunción de inocencia, non bis in *idem*, culpabilidad y proporcionalidad de las penas tienen como antecedente inmediato la propia dignidad humana[52].

6. Jurisprudencia de la Corte Suprema

De la revisión, a su vez, de la jurisprudencia de la Corte Suprema en los últimos años, uno puede encontrar distintas decisiones del máximo tribunal vinculadas también a este concepto de la dignidad humana[53].

Así, por ejemplo, en diversas sentencias se ha expresado que los delitos de lesa humanidad constituyen un ultraje a la dignidad humana, y representan una violación grave y manifiesta a los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales[54].

En segundo lugar, se aprecian también sentencias y decisiones en relación al daño moral y a procedimientos disciplinarios, incluso vinculados a la falta de servicios en sentencia pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, Sala Constitucional y Contencioso Administrativa[55].

En tercer lugar, en relación a situaciones asociadas a la honra y al buen nombre, haciéndose expresa referencia a la jurisprudencia ya referida del Tribunal Constitucional[56].

En cuarto lugar, la Corte Suprema ha señalado que el derecho a la libre competencia no es absoluto, y tiene como límites los principios constitucionales de la dignidad humana y de la subsidiaridad, en cuanto el Estado debe crear las condiciones para hacer efectivo el acceso de las personas con menores ingresos por un servicio básico de tecnología, información y comunicación, ampliando progresivamente su cobertura[57].

Incluso, en temas de orden público en general, también la Corte Suprema ha señalado que los elementos constitutivos del orden público, si bien son muy variados, se sustentan en la existencia de un orden jurídico constitucionalmente establecido y que representa una ecuación entre los valores que deben respetarse con miras a la dignidad de la persona humana y las exigencias del bien común, que son los factores que involucran beneficios en el orden privado y en la defensa del régimen jurídico[58].

---

50 STC 740, cc. 45 a 53.

51 Navarro Beltran, Enrique (2010) *Principios que rigen en materia de derecho administrativo sancionador reconocidos por la jurisprudencia constitucional chilena*. Libro Homenaje a grandes penalistas chilenos, Ed. Universidad Finis Terra, p. 241-265.

52 Marcelo Ignacio Ovalle Bazán (2019), *La dignidad humana como límite al ius puniendi. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile*, Dikaion, 28, 1, Universidad de la Sabana, Colombia.

53 Enrique Navarro Beltran (2015), *Dignidad de la persona humana y jurisprudencia de la Corte Suprema*. Libro Una gran conversación por Chile. Proceso constituyente y Nueva Constitución Política, U. de Chile, p. 229-233.

54 Corte Suprema, Roles 5720-2010, 1686-2013 y 4300-2014, entre otros.

55 Corte Suprema, Rol 3865-2013.

56 Corte Suprema, Roles 5.976-2006, 12.562-2011, 6.666-2012 y 4.681-2013.

57 Corte Suprema, Rol 9.265-2010.

58 Corte Suprema, Rol 11.385-2011.

Por otro lado, en el ámbito del debido proceso, se ha sentenciado que su respeto se asocia a un derecho subjetivo fundamental que nuestra Carta Fundamental reconoce a la dignidad de la persona sometida a un procedimiento en que el Estado y sus órganos tienen el deber de respetar[59].

Por último, en materia sancionatoria se ha sentenciado que una medida de destitución aparece como resultado de un sumario administrativo en el que se ha actuado arbitrariamente al ponderar las pruebas, omitiendo pronunciarse respecto de alguna de ellas y dictar una resolución en que no se concluye de las pruebas del sumario, lo que afecta a derechos fundamentales del recurrente; no pudiéndose apreciar fundamento racional, por lo que puede ser calificada de arbitraria una resolución administrativa cuya fundamentación es deficiente o cuando al menos es carente de sentido común y que más grave es decretarla sin ponderar los medios probatorios tanto a favor como en contra del denunciado, que tal decisión afectará, vulnerando, entonces, el principio del debido proceso y dejando en evidencia la arbitrariedad del actuar del ente recurrido, cometido posiblemente sobre una apreciación errada de los mismos. En definitiva, se concluye que la actuación afecta severamente el derecho constitucional de asociación, el derecho al trabajo y la dignidad de la persona del recurrente, junto con otros derechos fundamentales[60].

7. Conclusiones

En la actualidad, la dignidad de la persona humana constituye un requisito esencial e inamovible del orden jurídico-constitucional de cualquier Estado que se considere democrático de Derecho.

La dignidad humana está reconocida en todas las Declaraciones contemporáneas de Derechos y es en el siglo XX cuando la misma encuentra su manifestación jurídica expresa, tanto en el Derecho Internacional como en el Derecho interno.

La dignidad es la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados».

Se trata de un principio matriz del sistema institucional vigente del cual se infiere, con claridad inequívoca, que todo ser humano, sin distinción ni exclusión, está dotado de esa cualidad, fuente de los derechos fundamentales que se aseguran en la Carta Fundamental.

Como se analizará, ha sido un principio ampliamente desarrollado por la doctrina y jurisprudencia iberoamericana y que ha fundado decisiones en diversos casos resueltos.

En efecto, el resguardo constitucional de la dignidad humana ha tenido especial reconocimiento en la jurisprudencia constitucional tanto por parte de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional.

De esta manera, el concepto —recogido en declaraciones de derecho y diversas constituciones— ha sido invocado por la Corte Suprema y por el Tribunal Constitucional/, en materias tan diversas como civiles, penales o laborales.

Bibliografía

Andorno, **Roberto** (1998). *Bioética y dignidad de la Persona*. Tecnos. Madrid

Arruego, **Gonzalo** (2015). «El recurso al concepto de dignidad humana en la argumentación biojurídica», en obra colectiva *Dignidad humana y derecho fundamental*, CEPC,

Atienza, **Manuel** (2022). *Sobre la dignidad humana.* Editorial Trotta, Madrid

Bieri, **Peter** (2017). *La dignidad humana. Una manera de vivir.* Herder, Barcelona

59 Corte Suprema, Rol 2.548-2012.

60 Corte Suprema, Rol 271-2009.

Busso, Giuliana (2021), «La dignidad como derecho en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos», *Revista Derecho de la PUCP* N.º 87, diciembre-mayo

Esguerra Portocarrero, **Juan Carlos** (2019) «La dignidad humana en la Constitución», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 25

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y **Pelayo Möller C.M**. (2014), «Comentario al Preámbulo», en Ch. Steiner y P. Uribe (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Fundación Konrad Adenauer-Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Colombia

García González, **Aristeo** (2015), «La dignidad humana, núcleo duro de los derechos humanos fundamentales», en *Derecho Civil y Social*, U. Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

Gómez Orfanel, Germán (2015), «La dignidad de la persona en La Grundgesetz», en obra colectiva *Dignidad humana y derecho fundamental*, CEPC

Gros Espiell, Hector (2003), «La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos», *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época. Vol. 4

Habermas, Jürgen (2010), «El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos», *Revista Diánoia, volumen LV*, número 64, mayo

Häberle, Peter (2001): *El Estado Constitucional*, UNAM, México, Capítulo Quinto, «La Dignidad Humana como Proceso Antropológico Cultural» y «La Vinculación entre Dignidad Humana y Democracia».

Herdeguen, Matthias (2012), «La garantía de la dignidad humana: absoluta y a la vez diferenciada», *Revista de la Academia colombiana de jurisprudencia 351*.

Kant, Immanuel (1996), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Espasa Calpe, Madrid

Martínez Bullé-Goyri, Víctor M. (2013), «Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, núm. 136, enero-abril

Massini Correas, Carlos I (2017), «Sobre dignidad humana y derecho: la noción de dignidad de la persona y su relevancia constitutiva en el derecho», *Revista Prudentia Iuris*, 83.

Massini Correas, Carlos I (2020). *Dignidad humana, derechos humanos y derecho a la vida. Ensayos sobre la contemporánea ética del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Miranda Bonilla Máster, Haideer (2009), «La dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana», *Revista de Ciencias Jurídicas* N.º 119, mayo-agosto.

Martínez Morán, **Narciso** (2004). «La dignidad humana en las investigaciones biomédicas». *Revista asociada a la UNED de Melilla* N.º 32

Michelini Dorando (2010). «Dignidad humana en Kant y Habermas», *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas* Vol. 12 n.º 1, Julio 2010

Navarro Beltran, **Enrique** (2010) *Principios que rigen en materia de derecho administrativo sancionador reconocidos por la jurisprudencia constitucional chilena.* Libro Homenaje a grandes penalistas chilenos, Ed. Universidad Finis Terra

Navarro B Enrique y **Carmona S**. **Carlos** (2015) *Recopilación de jurisprudencia del TC 1981-2015*, Cuaderno 59 del TC

Navarro Beltran Enrique (2015), *Dignidad de la persona humana y jurisprudencia de la Corte Suprema***.** Libro Una gran conversación por Chile. Proceso constituyente y Nueva Constitución Política, U. de Chile

Nogueira Alcala Humberto (2010). «Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina», *Revista de Derecho*, U Católica de Uruguay 05

Peces Barba, **Gregorio** (2002). *Dignidad de las personas desde la Filosofía del Derecho.* Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» Univ. Carlos III de Madrid. Ed. Dykinson.

Peces-Barba Gregorio (1989), *El fundamento de los derechos humanos*, Javier Muguerza y otros autores Debate, Madrid

Ovalle Bazán Marcelo Ignacio (2019), *La dignidad humana como límite al ius puniendi. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile*, Dikaion, 28, Universidad de la Sabana, Colombia

Schwabe Jürgen (2009) *Jurisprudencia del TC alemán. Extractos de las sentencias más relevantes* Fundación Konrad Adenauer

Pascual Medrano Amelia (2015). «La dignidad humana como principio jurídico del ordenamiento constitucional español», en obra colectiva *Dignidad humana y derecho fundamental*, CEPC

Pérez Luño A.E. (1984), *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid

Spaemann Robert (1988), «Sobre el concepto de dignidad humana», *Revista Persona y Derecho* 19, Universidad de Navarra

Tomás-Valiente Lanuza Carmen (2014), «La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil?», *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 102, septiembre-diciembre

Velásquez Monsalve Juan David (2011), «La dignidad humana: fundamento de los derechos humanos», *Revista Universidad Católica de Oriente* N.º 31 enero - junio

Verdugo Marinkovic Mario (1998), *Manual de Derecho Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile.

Vial Correa Juan de Dios y **Rodriguez Guerro Angel** (2009), *La dignidad de la persona humana, desde la fecundación hasta su muerte.* Acta Bioethica 15

Villegas Beltran (1991), «La dignidad vulnerable. La dignidad humana según la Biblia», *Revista Estudios Públicos 44*.

Viteri Custodio Daniela Damaris (2012), «La naturaleza jurídica de la dignidad humana: un análisis comparado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y el Tribunal Constitucional federal alemán», *Estudios de Derecho*, Vol. LXIX. N.º 153, junio.

10

PRINCIPIOS Y VALORES ORGANIZACIONALES DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN UNA SOCIEDAD DE GOBIERNO ABIERTO. SU PREEMINENCIA SOBRE INTERESES POLÍTICOS Y SINDICALES

Pablo Schiavi[1]

SUMARIO: 1. GOBIERNO ABIERTO COMO CULTURA DE GOBERNANZA: INTEGRIDAD COMO VALOR IRRENUNCIABLE. 2. LA INTEGRIDAD PROFESIONAL COMO PRINCIPIO GENERAL DE UNA SOCIEDAD DE GOBIERNO ABIERTO. 3. BUENAS PRÁCTICAS DE ACTUACIÓN EN LA FUNCIÓN PÚBLICA EN UN GOBIERNO ABIERTO. 4. PROBIDAD, IMPROBIDAD, INTERÉS PÚBLICO Y BUENA ADMINISTRACIÓN. 5. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y VALORES ORGANIZACIONALES EN EL ESTATUTO DEL FUNCIONARIO PÚBLICO DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL. 6. LA IMPORTANCIA DE LA CAPACITACIÓN Y COMUNICACIÓN EN LAS ORGANIZACIONES PÚBLICAS. 7. REFLEXIONES FINALES.

«Artículo 59. Constitución de la República. ... el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario».

1. Gobierno abierto como cultura de gobernanza: integridad como valor irrenunciable

Los principios y valores organizacionales de la función pública en el Siglo XXI deben leerse, interpretarse, y especialmente aplicarse, en la llamada «Sociedad del Gobierno Abierto», conformando el núcleo duro de los principios generales de ***una cultura de gobernanza íntegra*** junto a la transparencia, la rendición de cuentas y la participación ciudadana.

Su aplicación y respeto cotidiano no debe admitir excepciones ni dudas de ningún tipo, habiendo leído hasta el hartazgo, enumeraciones de principios y valores, que brillan en su definición y conceptualización, pero que, muchas veces, también brillan por su ausencia.

De acuerdo a la definición recogida en la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Gobierno Abierto de 14/12/2017, el Gobierno Abierto es una cultura de gobernanza que promueve

1 PhD. Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña (UDC). Máster en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Montevideo (UM). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Profesor Adjunto Grado 3 (I) de Derecho Administrativo y de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor de Derecho de la Información, y de Maestrías y Postgrados en la Universidad de Montevideo. https://www.linkedin.com/in/pabloschiavi/; pablo.schiavi@schiavi.com.uy.

los principios de **transparencia, integridad, rendición de cuentas y participación** de las partes interesadas en apoyo de la democracia y el crecimiento inclusivo[2].

Un gobierno abierto es fundamental para generar confianza en los ciudadanos y es un elemento clave para alcanzar diferentes resultados de política pública en diversos ámbitos, incluidos: la integridad del sector público y anticorrupción, la modernización del sector público, la libertad cívica, el gobierno digital, la contratación pública, la innovación del sector público, la gestión de las finanzas públicas y la gestión de recursos humanos, así como los principales objetivos socioeconómicos dentro del marco de la Agenda Global 2030 para el Desarrollo Sostenible[3].

La participación de las partes interesadas mejora la rendición de cuentas gubernamental, favorece el empoderamiento e influencia de los ciudadanos en las decisiones, construye capacidad cívica, mejora la base empírica para la elaboración de políticas públicas, reduce los costos de implementación y explota redes más amplias para innovar en la elaboración de políticas públicas y en la prestación de servicios públicos[4].

Una de las consignas más repetidas y cacareadas acerca de la reforma del gobierno y de la administración pública se refiere, como es bien conocido, al gobierno en red, al gobierno abierto, al gobierno y a la administración transparente.

2. La integridad profesional como principio general de una sociedad de gobierno abierto

Cada vez más los pueblos del mundo exigen una mayor apertura en el gobierno piden mayor participación ciudadana en los asuntos públicos y buscan la forma de que sus gobiernos sean más transparentes, sensibles, responsables y eficaces[5].

A pesar del importante impulso que ha tomado este concepto durante los últimos años, la idea de un Gobierno Abierto, inclusivo y participativo en una relación recíproca con la ciudadanía es casi tan antigua como la democracia[6].

Sin embargo, han sido los avances en las tecnologías de la información a fines del siglo pasado los que permiten a los estados imaginar relaciones más ricas y bidireccionales con los ciudadanos, ejerciendo sus derechos de forma más directa y sencilla, al tiempo que se mejoran la transparencia y rendición de cuentas[7].

---

2 Disponible en el Portal de la Transparencia, Administración General del Estado, Gobierno de España: https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/Gobierno-abierto/que-es_organizacion.html, Fecha de consulta: 9/3/2021.

3 Disponible en el Portal de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE): https://www.oecd.org/gov/recomendacion-del-consejo-sobre-gobierno-abierto-141217.pdf, Fecha de consulta: 9/3/2021.

4 Disponible en el Portal de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE): https://www.oecd.org/gov/recomendacion-del-consejo-sobre-gobierno-abierto-141217.pdf, Fecha de consulta: 9/3/2021.

5 Disponible en el Portal de la Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC), Uruguay: https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/comunicacion/publicaciones/que-es-gobierno-abierto; Fecha de consulta: 9/3/2021.

6 Disponible en el Portal de la Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC), Uruguay: https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/comunicacion/publicaciones/que-es-gobierno-abierto; Fecha de consulta: 9/3/2021.

7 Disponible en el Portal de la Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC), Uruguay: https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/comunicacion/publicaciones/que-es-gobierno-abierto; Fecha de consulta: 9/3/2021.

Pueden existir variantes en la definición de Gobierno Abierto y los temas centrales que éste debe abarcar según la situación particular, prioridades o aspiraciones de desarrollo de cada país[8].

Por ese motivo, la Sociedad de Gobierno Abierto elabora una declaración que enuncia **cuatro principios generales** que procuran englobar los objetivos y compromisos a los que adhieren sus países miembros[9].

1. Aumentar la disponibilidad de información sobre las actividades gubernamentales

Los gobiernos recopilan y generan información, y los ciudadanos tienen el derecho a solicitar acceso a la misma.

2. Apoyar la participación ciudadana

Se valora la participación de todas las personas, por igual y sin discriminación, en la toma de decisiones y la formulación de políticas.

3. Aplicar los más altos estándares de integridad profesional en todos nuestros gobiernos

Un gobierno responsable requiere altos estándares éticos y códigos de conducta para sus funcionarios públicos.

En ese marco, los países se comprometen a:

a) Definir políticas, prácticas y mecanismos sólidos contra la corrupción, que garanticen la transparencia en la gestión de las finanzas públicas y las compras gubernamentales; **b)** Mantener o establecer un marco jurídico para hacer pública la información sobre los ingresos y bienes de los altos funcionarios públicos nacionales; **c)** Poner a disposición del público información sobre las actividades y la eficacia de nuestros organismos encargados de aplicar las leyes contra la corrupción y de evitarla, así como los procedimientos de recurso a esos organismos, respetando la confidencialidad de información específica relativa a la aplicación de las leyes.

4. Aumentar el acceso a las nuevas tecnologías para la apertura y la rendición de cuentas

Las nuevas tecnologías ofrecen oportunidades para el intercambio de información, la participación del público y la colaboración. Los países deben aprovechar estas tecnologías para hacer pública más información de manera que permitan a la gente entender lo que sus gobiernos hacen e influir en las decisiones.

3. Buenas prácticas de actuación en la función pública en un gobierno abierto

Con fecha 18 de setiembre de 2019, se aprobó en Uruguay la Ley N.º 19.823, que declara de interés general, el **Código de Ética en la Función Pública**.

Su artículo 1.º declara de interés general la adecuación de prácticas de actuación en la función pública, para el fortalecimiento de la transparencia en la Administración Pública.

La presente ley, sin perjuicio de todas las demás normas que surjan del ordenamiento jurídico, tiene por objeto regular las conductas de los funcionarios públicos definidos en los artículos 2.º y 3.º de la presente norma, en un marco de profesionalización, transparencia, eficacia y eficiencia, de prácticas honestas y responsables de actuación.

En cuanto al alcance e interpretación, y a los efectos de la presente Ley, de acuerdo al artículo 2.º, se entiende por funcionario público, *«a toda persona que, cualquiera sea la forma jurídica de*

8 Disponible en el Portal de la Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC), Uruguay: https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/comunicacion/publicaciones/que-es-gobierno-abierto; Fecha de consulta: 9/3/2021.

9 Disponible en el Portal de la Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC), Uruguay: https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/comunicacion/publicaciones/que-es-gobierno-abierto; Fecha de consulta: 9/3/2021.

vinculación con la entidad respectiva, desempeñe función pública, a título oneroso o gratuito, permanente o temporaria, en cualquier persona de derecho público estatal y no estatal».

En cuanto al ámbito orgánico de aplicación, la presente ley es aplicable a los funcionarios públicos que se desempeñen en: *A) Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial; B) Tribunal de Cuentas; C) Corte Electoral; D) Tribunal de lo Contencioso Administrativo; E) Gobiernos Departamentales; F) Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, y, G) En general, todos los organismos, servicios o entidades estatales, así como las personas de derecho público no estatal.*

El capítulo II regula los principios generales aplicables:

- **Principios y valores organizacionales** (Art. 5.º): *El ejercicio de la función pública estará regido por un conjunto de principios fundamentales y valores organizacionales, partiendo de la base de que los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política, y que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario, debiendo servir con imparcialidad al interés general*.

- **Interés Público** (Art. 6.º): *El funcionario público debe actuar en todo momento en consideración del interés público, conforme con las normas dictadas por los órganos competentes, de acuerdo con las reglas expresadas en la Constitución de la República (artículo 82).*

El interés público se expresa, entre otras manifestaciones, en la satisfacción de necesidades colectivas de manera regular y continua, en la buena fe en el ejercicio del poder, en la imparcialidad de las decisiones adoptadas, en el desempeño de las atribuciones y obligaciones funcionales, en la rectitud de su ejercicio y en la idónea administración de los recursos públicos.

La satisfacción de necesidades colectivas debe ser compatible con la protección de los derechos individuales, los inherentes a la personalidad humana o los que se deriven de la forma republicana de gobierno.

- **Principios rectores** (Art. 7.º). *Los funcionarios públicos observarán los principios de respeto, imparcialidad, objetividad y buena fe, rectitud e idoneidad y evitarán toda conducta que importe un abuso, exceso o desviación de poder, y el uso indebido de su cargo o su intervención en asuntos que puedan beneficiarlos económicamente o beneficiar a personas relacionadas directamente con ellos.*

- **Deberes y obligaciones de los funcionarios** (Art.8.º). Los funcionarios públicos deben actuar con arreglo a los siguientes deberes y obligaciones:

a) Respetar y cumplir la Constitución de la República, las leyes y disposiciones reglamentarias.

b) Desarrollar sus funciones, atribuciones y deberes administrativos, con puntualidad, celeridad, economía, eficiencia y cortesía.

c) Dar cumplimiento a las determinaciones de sus superiores jerárquicos. Si el funcionario entendiere que lo que se le ordena es contrario al derecho o a las normas de ética, podrá pedir a su jerarca que se le reitere la orden por escrito.

d) Desarrollar las iniciativas que sean útiles para el mejoramiento del servicio.

e) Cumplir con la jornada laboral establecida, dedicando la totalidad del tiempo de la misma al desempeño de sus funciones, sin perjuicio del descanso intermedio establecido en el inciso primero del artículo 6.º de la Ley N.º 19.121, de 20 de agosto de 2013.

f) Atender debidamente las actividades de formación, capacitación y efectuar las prácticas y las tareas que tales actividades conlleven, las que se procurará se realicen en el horario de trabajo.

g) Mantener reserva sobre asuntos e informaciones conocidos en razón de su función, aun después de haber cesado en la relación funcional, en todos aquellos casos que corresponda por ley.

h) Vigilar y salvaguardar los intereses, valores, bienes, equipos y materiales del Estado principalmente los que pertenezcan a su área de trabajo o estén bajo su responsabilidad.

i) Actuar imparcialmente en el desempeño de sus tareas dando trato y servicio por igual a quien la norma señale, sin discriminaciones político-partidarias, de género, religioso,

étnico o de otro tipo, absteniéndose de intervenir en aquellos casos que puedan dar origen a interpretaciones de falta de imparcialidad.

j) Responder por el ejercicio de la autoridad que les haya sido otorgada y por la ejecución de las órdenes que imparta.

k) Declarar por escrito su domicilio real y comunicar en la misma forma todos los cambios posteriores del mismo, teniéndose al declarado como domicilio real a todos los efectos.

l) Denunciar ante el respectivo superior jerárquico y si la situación lo amerita ante cualquier superior, los hechos con apariencia ilícita y/o delictiva de los que tuvieren conocimiento en el ejercicio de su función.

- **Prohibiciones e incompatibilidades (Art. 9.º).** Sin perjuicio de las prohibiciones e incompatibilidades específicas establecidas por otras leyes, los funcionarios públicos están sujetos a las siguientes prohibiciones e incompatibilidades:

a) Realizar en los lugares y horas de trabajo, toda actividad ajena a la función, salvo las correspondientes a la libertad sindical en las condiciones establecidas en la normativa vigente, reputándose ilícita la dirigida a fines de proselitismo político partidario.

b) Constituir agrupaciones con fines proselitistas, utilizando el nombre de la repartición, o invocando el vínculo que la función determina. Esta disposición no será aplicable a las agrupaciones sindicales que invoquen para su organización la repartición pública a la que pertenecen los afiliados.

c) Tramitar asuntos como gestores, agentes o corredores, y, en general, tomar en ellos cualquier intervención que no sea la correspondiente a los cometidos del cargo o función de la repartición en la que revista.

d) Intervenir en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, en la atención, tramitación o resolución de asuntos que impliquen un conflicto de intereses.

e) Recomendar a los interesados, profesionales universitarios, corredores o gestores, para realizar servicios en la repartición pública a la que pertenecen.

f) Solicitar o recibir cualquier obsequio, gratificación, comisión, recompensa, honorario o ventaja de terceros, para sí o para otros, por los actos específicos de su función.

g) Disponer o utilizar información previamente establecida como confidencial y reservada con fines distintos a los de su función administrativa.

h) Utilizar, sin previa autorización, documentos, informes y otros datos, salvo que el ordenamiento jurídico permita su uso sin limitaciones.

i) Actuar bajo dependencia directa dentro de la misma repartición u oficina de aquellos funcionarios que se vinculen por lazos de parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad y afinidad, matrimonio o unión concubinaria.

Los traslados necesarios para dar cumplimiento a lo previsto en el inciso anterior no podrán causar lesión de derecho alguno, ni afectar su remuneración.

4. Probidad, improbidad, interés público y buena administración

La Ley N.º 19.823, que declara de interés general, el ***Código de Ética en la Función Pública,*** debe leerse en correspondencia, con la Ley N.º 17.060, de 23 de diciembre de 1998, que mantiene vigencia absoluta en todos sus postulados.

A) Probidad e improbidad de los funcionarios públicos

El artículo 20 de la ley N.º 17.060, de 23 de diciembre de 1998, refiere al principio de probidad.

En tal sentido expresa: «Artículo 20.-*Los funcionarios públicos deberán observar estrictamente el principio de probidad, que implica una conducta funcional honesta en el desempeño de su cargo con preeminencia del interés público sobre cualquier otro. El interés público se expresa en la satisfacción de necesidades colectivas de manera regular y continua, en la buena fe en el ejercicio del poder, en la imparcialidad de las decisiones adoptadas, en el desempeño de las atribuciones y obligaciones funcionales, en la rectitud de su ejercicio y en la idónea administración de los recursos públicos».*

En dicho marco legislativo, el artículo 11 del decreto N.º 30/2003 aborda la probidad. En tal sentido establece: «***Artículo 11.º- (Probidad)***. *El funcionario público debe observar una conducta honesta, recta e íntegra y desechar todo provecho o ventaja de cualquier naturaleza, obtenido por sí o por interpuesta persona, para sí o para terceros, en el desempeño de su función, con preeminencia del interés público sobre cualquier otro (arts. 20 y 21 de la ley 17.060).*

Al respecto señalar que nada puede agregarse a lo dispuesto tanto en la Ley como en el Decreto reglamentario sobre el concepto de probidad, la definición es clara y contundente, y así debería ser también la respuesta en caso de comprobarse apartamientos a lo allí señalado[10].

Por oposición se puede extraer el concepto de improbidad. Es una conducta deshonesta, no recta, no íntegra. Implica también admitir cualquier provecho o ventaja, cualquiera sea su naturaleza, obtenido por sí o por interpuesta persona, para sí o para terceros en el desempeño de su función en desmedro del interés público. Implica además cualquier acción, en ejercicio de la función pública que exteriorice la apariencia de violación de las Normas de Conducta en la Función Pública, recogidas en ese decreto N.º 30/003, lo que comprende, por cierto, la violación de esas normas y no solo la apariencia de violación[11].

La improbidad así concebida es un concepto más amplio que la corrupción tal como está definida en nuestro derecho positivo[12].

El artículo 12 del decreto N.º 30/003, recogiendo en esencia el texto del artículo 22 de la ley N.º 17.060, enumera una serie de conductas contrarias a la probidad[13].

Este artículo dice: **«Artículo 12.º- (Conductas contrarias a la probidad)**. Son conductas contrarias a la probidad en la función pública (art. 22 de la ley N.º 17.060):

a) Negar información o documentación que haya sido solicitada de conformidad de la ley.

b) Valerse del cargo para influir sobre una persona con el objeto de conseguir un beneficio directo o indirecto para sí o para un tercero.

c) Tomar un préstamo o bajo cualquier otra forma dinero o bienes de la institución, salvo que la ley expresamente lo autorice.

d) Intervenir en las decisiones que recaigan en asuntos en que haya participado privadamente como técnico. Los funcionarios deberán poner en conocimiento de su superior jerárquico su implicancia en dichos asuntos y los antecedentes correspondientes para que éste adopte la resolución que corresponda.

e) Usar en beneficio propio o de terceros información reservada o privilegiada de la que se tenga conocimiento en el ejercicio de la función».

Pero en puridad, tal como se desprende del inciso final del artículo 11, toda violación a las Normas de Conducta en la Función Pública contenidas en el decreto en estudio configura improbidad. Por tanto, debe señalarse que la enumeración del artículo 12 no es taxativa sino meramente enunciativa[14].

Carlos E. Delpiazzo sostiene que el funcionario público que adecua su conducta al deber ser y actúa como un verdadero servidor público no tiene nada que ocultar ni a sus superiores ni a sus subordinados ni a los integrantes del cuerpo social a los que se debe en el desempeño de sus tareas presididas por el fin del logro del bien común[15].

---

10 Durán Martínez, Augusto. - «Improbidad del funcionario público»; en *El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia*; Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires. Buenos Aires, miércoles 9 de octubre de 2013, N.º 13.339, año LI, pág. 2 y siguientes.

11 Durán Martínez, Augusto. - «Improbidad del funcionario público»; Ob. Cit. Pág. 3.

12 Durán Martínez, Augusto. - «Improbidad del funcionario público»; Ob. Cit. Pág. 3.

13 Durán Martínez, Augusto. - «Improbidad del funcionario público»; Ob. Cit. Pág. 3.

14 Durán Martínez, Augusto. - «Improbidad del funcionario público»; Ob. Cit. Pág. 4.

15 Delpiazzo, Carlos E. «Acerca del control social de la gestión pública», Cita On Linehttps://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/672/458.

En feliz expresión ajustada a la verdad, se ha configurado al Derecho Administrativo como «custodio del comportamiento ético», destacando que el mismo «trata de garantizar el servicio a los intereses generales, sujetando la actividad administrativa a una serie de formalidades y controles»[16].

B) Interés Público e improbidad

El artículo 9.º del Decreto N.º 30/2003 establece: «***Artículo 9.º- (Interés Público).*** *En el ejercicio de sus funciones, el funcionario público debe actuar en todo momento en consideración del interés público, conforme con las normas dictadas por los órganos competentes, de acuerdo con las reglas expresadas en la Constitución (art. 82 incisos 1.º y 2.º de la Carta Política).*

El interés público se expresa, entre otras manifestaciones, en la satisfacción de necesidades colectivas de manera regular y continua, en la buena fe en el ejercicio del poder, en la imparcialidad de las decisiones adoptadas, en el desempeño de las atribuciones y obligaciones funcionales, en la rectitud de su ejercicio y en la idónea administración de los recursos públicos (art. 20 de la ley 17.060). La satisfacción de necesidades colectivas debe ser compatible con la protección de los derechos individuales, los inherentes a la personalidad humana o los que se deriven de la forma republicana de gobierno (arts. 7.º y 72 de la Constitución)»[17].

Por su parte, el artículo 8 establece: «***Artículo 8.º- (Preeminencia del interés funcional).*** *La conducta funcional se desarrollará sobre la base fundamental de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario (art. 59 de la Constitución de la República)».*

Consagrando deberes funcionales, los artículos 58 y 59 de la Constitución de la República expresan[18]:

> «**Artículo 58**.- Los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política. En los lugares y las horas de trabajo, queda prohibida toda actividad ajena a la función, reputándose ilícita la dirigida a fines de proselitismo de cualquier especie.
>
> No podrán constituirse agrupaciones con fines proselitistas utilizándose las denominaciones de reparticiones públicas o invocándose el vínculo que la función determine entre sus integrantes».
>
> «**Artículo 59**.- La ley establecerá el Estatuto del Funcionario sobre la base fundamental de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario».

De acuerdo a estas normas, los funcionarios deben[19]:

- Actuar al servicio de la Nación y conforme a la base fundamental de que la función no existe para el funcionario sino éste para ella,
- Abstenerse de actuar, en cuanto funcionarios, al servicio de una fracción política, así como de hacer proselitismo o realizar cualquier actividad ajena a la función en los lugares y horas de trabajo,
- Abstenerse de constituir agrupaciones con fines proselitistas utilizando denominaciones de reparticiones públicas o invocando el vínculo que la función determine entre sus integrantes.

Sin perjuicio de la contundencia y de la claridad conceptual de la fórmula constitucional *«el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario»* existen sobrados ejemplos de que en la Administración Pública prima la fórmula inversa, quizás sustentados o motivados en la mal concebida inamovilidad de los funcionarios públicos, donde salvo la muerte o aisladas renun-

16 Delpiazzo, Carlos E. «Acerca del control social de la gestión pública», Cita On Linehttps://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/672/458.

17 Durán Martínez, Augusto. - «Improbidad del funcionario público»; Ob. Cit. Pág. 4.

18 Vázquez, Cristina. - «Deberes de los funcionarios públicos en el estatuto del funcionario de la administración central» en RDT enero - marzo 2014.

19 Vázquez, Cristina. - «Deberes de los funcionarios públicos en el estatuto del funcionario de la administración central» en RDT enero - marzo 2014.

cias a la función pública, prácticamente nada separará al funcionario de su cargo público a lo largo de su vida.

C) Corrupción, improbidad y buena administración.

El término *buena administración* apareció por primera vez en una Constitución en nuestro país, en la Carta de 1952.En base a esa evolución, hemos entendido que la buena administración significa elegir los instrumentos adecuados para la consecución del fin debido, obtener los resultados procurados con el menor costo posible, no efectuar trámites inútiles, hacer un buen uso del tiempo pero también actuar con transparencia, con probidad; significa asimismo que los servicios públicos funcionen correctamente acorde a las necesidades reales del hombre de hoy, que los requerimientos de los administrados sean atendidos como corresponde y que todas las actuaciones administrativas sean seguidas cumpliendo con todas las garantías[20].

De esta manera se vincula adecuadamente la buena administración, la probidad y la actuación conforme al interés público primario o interés general. Una desviación de poder es, así, un acto de improbidad y contrario a la buena administración[21].

La conceptualización clásica de la buena administración, como no podía de ser de otra manera, adquiere también, al influjo de las nuevas tecnologías de la Información y de las comunicaciones, una nueva dimensión, ajustada y funcional a las nuevas necesidades de la Administración Pública, ***de una nueva Administración Pública, más transparente, más abierta, más participativa y más cercana a una nueva ciudadanía digital, con nuevas preocupaciones y exigencias***[22]***.***

D) Motivación del acto administrativo e improbidad.

Augusto Durán Martínez destaca que en el artículo 21 del decreto N.º 30/003, al incluirlo en este decreto, el Poder Ejecutivo considera, con razón, que la ausencia de motivación o una motivación insuficiente configura improbidad[23].

El artículo 21 del decreto N.º 30/003 establece: «***Artículo 21.º- (Motivación de la decisión). El*** *funcionario debe motivar los actos administrativos que dicte, explicitando las razones de hecho y de derecho que lo fundamenten. No son admisibles fórmulas generales de fundamentación, sino que deberá hacerse una relación directa y concreta de los hechos del caso específico en resolución, exponiéndose además las razones que con referencia a él en particular justifican la decisión adoptada. Tratándose de actos discrecionales se requerirá la identificación clara de los motivos en que se funda la opción, en consideración al interés público».*

Como se percibe, el inciso primero reproduce en esencia el artículo 123 del decreto N.º 500/991. Pero introduce un segundo inciso de singular importancia. Ese segundo inciso recoge lo que ya la doctrina y jurisprudencia sostenían, en cuanto a que, en el ejercicio de la actividad discrecional, la motivación se exige con mayor razón[24].

Esto es así porque una motivación insuficiente puede pretender encubrir un motivo falso o una desviación de poder la que, de por sí, configura por lo menos improbidad[25].

La debida motivación del acto administrativo puede ser también considerada como una garantía de buena administración, de una buena gestión administrativa, y especialmente de una gestión pública de calidad ajustada a derecho.

---

20 Durán Martínez, A, «La buena...», loc. cit., p. 175. Durán Martínez, Augusto. - «Improbidad del funcionario público»; Ob. Cit. Pág. 4.

21 Durán Martínez, Augusto. - «Improbidad del funcionario público»; Ob. Cit. Pág. 4.

22 Schiavi, P. (2023). Transparencia y buena administración en la sociedad de la información y de las nuevas tecnologías. En: Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Dr. Augusto Durán Martínez. (pp.1161-1178). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

23 Durán Martínez, Augusto. - «Improbidad del funcionario público»; Ob. Cit. Pág. 5.

24 Durán Martínez, Augusto. - «Improbidad del funcionario público»; Ob. Cit. Pág. 4.

25 Durán Martínez, Augusto. - «Improbidad del funcionario público»; Ob. Cit. Pág. 5.

La realidad nos demuestra que la falta de motivación de los actos administrativos no ha desaparecido por completo, no pudiendo existir dudas en cuanto a que es una exigencia de buena administración que el Estado funde sus actos en forma debida.

Augusto Durán Martínez, luego de un exhaustivo análisis, entiende que *«la motivación es pues la justificación del acto administrativo efectuada con la expresión de los motivos determinantes y la finalidad perseguida, de manera que se pueda entender la decisión como correcta o aceptable»*[26].

El Profesor hace referencia a una serie de requisitos para una motivación válida. La motivación debe ser suficiente, congruente y exacta[27].

Es decir, la motivación, no solo debe existir, sino que, además, deber reunir esos tres requisitos.

La motivación es suficiente cuando con su sola lectura se pueden advertir las razones determinantes del acto.

Gascón Abellán, refiriéndose a la sentencia, pero perfectamente aplicable al acto administrativo, decía que la motivación debe ser explícita y completa. Critica la motivación «parcial, escueta, sucinta, lacónica o poco intensa» porque supone admitir decisiones que están motivadas de una manera incompleta, por tanto, insuficiente. De la misma manera rechaza la motivación por remisión. Sostiene que esta técnica puede propiciar que se asuman decisiones poco satisfactorias o poco racionales[28].

La motivación debe figurar en el mismo acto. No obstante, estimo que no siempre el reenvío configura un vicio de nulidad. Entiendo que, en la especie, corresponde aplicar el principio de trascendencia recogido en el artículo 7 del decreto N.º 500/991, de 27 de setiembre de 1991. De manera que, si esa remisión se efectúa a un documento del expediente, concretamente individualizable y de cuya lectura se pueda extraer plenamente la justificación del acto, no hay vicio de nulidad. En cambio, si el reenvío no es preciso, la motivación está viciada de nulidad. En general esto es lo que ocurre, porque en la mayoría de los casos la motivación por remisión no permite justificar adecuadamente el acto[29].

La motivación, además de suficiente, debe ser congruente. La motivación es congruente cuando existe coherencia entre la parte expositiva y la parte dispositiva del acto. Dicho en otros términos, cuando existe razonable adecuación entre los motivos y finalidad enunciados y el contenido del acto consignado en la parte dispositiva[30].

La congruencia es una exigencia de razonabilidad. El acto administrativo es una declaración de voluntad razonable, puesto que la voluntad presupone la inteligencia[31].

La motivación, además de suficiente y congruente, para ser legítima debe, además, ser exacta. La motivación es exacta cuando son ciertas las circunstancias de hecho enunciadas, cuando las reglas de derecho invocadas son aplicables al caso y su interpretación es correcta y cuando la finalidad enunciada puede ser satisfecha con lo decidido[32].

---

26 Durán Martínez, A (2013). «Motivación del acto administrativo y buena administración». *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 18-32, janeiro/junho de 2013.

27 Durán Martínez, A (2013). «Motivación del acto administrativo y buena administración». *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, ...pp. 18-32.

28 Durán Martínez, A (2013). «Motivación del acto administrativo y buena administración». *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba. ...pp. 18-32.

29 Durán Martínez, A (2013). «Motivación del acto administrativo y buena administración». *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, ...pp. 18-32.

30 Durán Martínez, A (2013). «Motivación del acto administrativo y buena administración». *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, ...pp. 18-32.

31 Durán Martínez, A (2013). «Motivación del acto administrativo y buena administración». *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 18-32, janeiro/junho de 2013.

32 Durán Martínez, A (2013). «Motivación del acto administrativo y buena administración». *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, ...pp. 18-32.

Nuestro derecho positivo ha recogido plenamente los desarrollos doctrinarios precedentemente expuestos. En efecto, el decreto N.º 500/991, de 27 de setiembre de 1991, verdadero código de procedimiento administrativo, por su artículo 123 expresó: *«Todo acto administrativo deberá ser motivado, explicándose las razones de hecho y de derecho que lo fundamentan. No son admisibles fórmulas generales de fundamentación, sino que deberá hacerse una relación directa y concreta de los hechos del caso específico en resolución, exponiéndose además las razones que con referencia a él en particular justifican la decisión adoptada»*[33].

Y en el artículo 124 se establece la estructura del acto administrativo.

De allí destaco lo expresado con relación a los RESULTANDOS, *«en los que deben exponer los hechos que constituyen los antecedentes del acto administrativo de que se trate»* y a los CONSIDERANDOS, *«en los que se desarrollan los fundamentos de derecho, las doctrinas aplicables, las razones de mérito y la finalidad perseguidos».*

Estos dos artículos del decreto N.º 500/991, el 123 y el 124, recogen expresamente el principio del deber de motivar, conciben una motivación suficiente, congruente y exacta como condición de validez del acto y encaran la motivación como una justificación más que como una explicación, conforme a los desarrollos más actuales de la doctrina[34].

Con el paso del tiempo, y en forma más que acertada, ya no se discute que la motivación de la decisión es sin lugar a dudas, *una buena práctica de actuación en la función pública*[35].

Con fecha 18 de setiembre de 2019, se aprobó en Uruguay la Ley N.º 19.823, que declara de interés general, el ***Código de Ética en la Función Pública***.

En cuanto a la motivación de la decisión, el artículo 23 es claro[36]:

> «**Artículo 23.º (Motivación de la decisión).** - El funcionario debe motivar los actos administrativos que dicte, explicitando las razones de hecho y de derecho que lo fundamenten. No son admisibles fórmulas generales de fundamentación, sino que deberá hacerse una relación directa y concreta de los hechos del caso específico en resolución, exponiéndose además las razones que con referencia a él en particular justifican la decisión adoptada».

La correspondencia entre motivación y ética pública es innegable, en tanto la motivación de la decisión como buena práctica de actuación en la función pública, y así lo estipula, a texto expreso, en Uruguay, el propio ***Código de Ética en la Función Pública***, aprobado por la Ley N.º 19.823, en 2019[37].

5. Principios fundamentales y valores organizacionales en el estatuto del funcionario público de la administración central

La regulación del Estatuto del Funcionario Público de la Administración Central, de 20 de agosto de 2013, aunque en forma acotada a quienes se aplica, enumera en su artículo 4.º, lo que define como «*principios fundamentales y valores organizacionales».*

El ejercicio de la función pública estará regido por un conjunto de principios fundamentales y valores organizacionales que constituyen la esencia del Estatuto, partiendo de ***la base de que los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política, —y agregaría ni de una***

33 Durán Martínez, A (2013). «Motivación del acto administrativo y buena administración». *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, ...pp. 18-32.

34 Durán Martínez, A (2013). «Motivación del acto administrativo y buena administración». *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, ...pp. 18-32.

35 Schiavi, P. (2022). «Motivación y ética pública como cultura de gobernanza». En: *Novedades legislativas de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Emérito Juan Pablo Cajarville Peluffo*. (pp.561-576). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. Presentado en 14a Semana Académica (Montevideo: 14-16 nov.2022).

36 Schiavi, P. (2022). «Motivación y ética pública como cultura de gobernanza»; *Op. cit*. pp. 561 y ss.

37 Schiavi, P. (2022). «Motivación y ética pública como cultura de gobernanza»; *Op. cit*. pp. 561 y ss.

fracción gremial— y que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario, debiendo servir con imparcialidad al interés general:

1) Mérito personal. La contratación, el ingreso y el ascenso de los funcionarios públicos, se basará en el mérito personal, demostrado mediante concursos, evaluación de desempeño u otros instrumentos de calificación.

2) Igualdad de acceso. El acceso a la función pública y a la carrera administrativa se realizará sin ningún tipo de discriminación basada en género, discapacidad, pertenencia a minorías, o de cualquier otra índole, sin perjuicio de los requerimientos necesarios para la función y de aquellas normas específicas de discriminación positiva.

3) Perfil del funcionario. La actitud y aptitud del funcionario público deben estar enfocadas a servir las necesidades de la comunidad.

4) Estabilidad en los cargos de carrera. El funcionario de carrera tendrá derecho a la estabilidad en el cargo siempre que su desempeño se ajuste a la eficiencia, a la eficacia y a los requerimientos éticos y disciplinarios del régimen de la función pública.

5) Adaptabilidad organizacional. Es la potestad de la Administración de adaptar las estructuras de cargos y funciones conforme a la normativa vigente y las condiciones de trabajo para atender las transformaciones tecnológicas y las necesidades de la ciudadanía.

6) Valores. El funcionario desempeñará sus funciones con transparencia, imparcialidad, buena fe, probidad, eficacia, eficiencia, responsabilidad, profesionalidad y ética en el ejercicio de la función pública.

7) Capacitación y formación. El Estado fomentará la capacitación y perfeccionamiento permanente de los funcionarios públicos, de acuerdo a las necesidades exigidas por los criterios de eficacia y eficiencia para la obtención de una mejor gestión. Será considerada de fundamental importancia para el acceso a los cargos y/o funciones.

Nadie discute *«principios fundamentales y valores organizacionales»* enumerados en el Estatuto del Funcionario Público de la Administración Central, y recogidos en varios reglamentos de Entes autónomos y servicios descentralizados, así como en regulaciones de Gobiernos Departamentales, pero si, debemos entendernos sobre la base enunciada en nuestra Constitución de la República, en el sentido de que ***los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política, —y agregaría ni de una fracción gremial—*** y que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario.

Me permito agregar a lo dispuesto en nuestra Constitución, que en principio refiere a que los funcionarios no pueden estar, mientras ejercen sus cargos, al servicio de una fracción política, ***a la actividad gremial***, por confusiones que se han suscitado en nuestro país, por lamentables hechos ocurridos en el ejercicio de las libertades sindicales, que deben ser ejercidas en forma responsable, y no son ilimitadas, y especialmente en el sentido, de que siempre, y sin excepciones, ***prima la calidad de funcionario público*** de quienes en forma transitoria representan y ostentan intereses sindicales legítimos, pero que en caso de abusos y/o excesos, son los funcionarios a título personal, y no los colectivos gremiales, quienes deberán enfrentar las consecuencias administrativas, civiles y penales de su accionar.

6. La importancia de la capacitación y comunicación en las organizaciones públicas

El Código de Ética en la Función Pública en Uruguay, aprobado por la Ley N.º 19.823, contiene referencias expresas en relación con la transparencia, como condición y requisito excluyente del ejercicio de la función pública.

El artículo 20, en sede de transparencia y publicidad, dispone que,

> «**el funcionario público debe actuar con transparencia en el cumplimiento de su función**.
>
> Los actos, documentos y demás elementos relativos a la función pública pueden ser divulgados libremente, salvo que por su naturaleza deban permanecer reservados o secre-

tos o hayan sido declarados tales por ley o resolución fundada, en todo caso bajo la responsabilidad a que hubiere lugar por derecho.

Queda comprendido en lo dispuesto precedentemente el deber de garantizar, a los particulares interesados que lo solicitaren, el acceso a la información que resulte del empleo y aplicación de medios informáticos y telemáticos para el desarrollo de las actividades de las administraciones públicas y el ejercicio de sus competencias».

Debe destacarse el último párrafo del artículo, **que consagra una dimensión electrónica de la transparencia**, al referir al acceso a la información que resulte del empleo y aplicación de medios informáticos y telemáticos para el desarrollo de las actividades de las administraciones públicas y el ejercicio de sus competencias.

Las leyes de transparencia e información pública son claves en la lucha contra la corrupción. Cuanto mayor sea la información pública en poder y al alcance de la ciudadanía, menor será el riesgo de la corrupción.

Las obligaciones de transparencia activa consagradas en la mayoría de las leyes de transparencia buscan ante todo que lo medular y esencial de toda gestión pública sea público y accesible, al alcance de todos, —sin necesidad de que el ciudadano lo reclame— en los sitios web de cada Administración Pública.

De esta forma, las remuneraciones de los funcionarios públicos, las compras y contrataciones del Estado, entre otros ítems, deben ser, sin dudas, públicos y deben ser publicados en forma clara y accesible para todos.

De eso se trata la Transparencia.

A su vez, por ejemplo, en nuestra legislación se exige a los gobernantes la presentación de declaraciones juradas de bienes e ingresos ante la Junta de Transparencia, siendo obligatoria la publicación de las declaraciones juradas del Presidente y del Vicepresidente de la República.

Claro está que con la sola publicación de la información no alcanza.

De ahí la importancia del ***control social***, y del innegable rol que juegan los medios de comunicación en un Estado de Derecho, en cuanto al seguimiento y puesta en agenda pública de todos aquellos casos que puedan levantar sospechas por presuntos indicios de corrupción.

Debemos apostar a una Cultura de Transparencia en la Administración Pública, de ahí la importancia de la capacitación y comunicación de los funcionarios públicos en lo que llamaremos «Agenda de Transparencia» donde la información y la ética públicas revisten una importancia central en las organizaciones.

Se debe propiciar una cultura de transparencia en cada organismo a través de una mejora de la calidad en la gestión de los servicios de comunicación, como forma de mejorar el desempeño de la Administración y de sus funcionarios y al mismo tiempo acercar el Estado a los ciudadanos.

Es importante la referencia a la idoneidad y capacitación en el Código de Ética en la función pública (Ley N.º 19.823).

El artículo 24.º dispone que la observación de una conducta idónea exige que el funcionario mantenga aptitud para el adecuado desempeño de las tareas públicas a su cargo.

Será su obligación capacitarse para actuar con pleno conocimiento de las materias sometidas a su consideración y, en particular, deberán asistir a los cursos de actualización referentes a la moral administrativa, incompatibilidades, prohibiciones y conflictos de intereses en la función pública según lo determinan las normas que rigen el servicio o lo dispongan las autoridades competentes.

La transparencia no es una condición propia de las Organizaciones, hay que construirla y para ello hay a trabajar en iniciativas concretas.

Entre ellas, podemos destacar procesos y beneficios asociados a la gestión interna tales como talleres de capacitación y mejora continua a funcionarios en las temáticas acceso a la información pública, de datos personales y ética pública; fortalecimiento del rol de la comunicación mediante el rediseño del área especializada y el trabajo en equipo, entre otros.

Cuando hablamos de Cultura de la Transparencia, entendemos que no alcanza sólo con la dimensión de la transparencia activa hacia la ciudadanía, sino que abarca también la transparencia hacia adentro de las organizaciones, razón por la cual, la transparencia *intra organización* se

constituye en presupuesto indispensable para aquella, en la medida que, sin transparencia hacia adentro de las organizaciones, difícilmente la haya hacia afuera de las mismas.

Partimos de la base que es imposible comunicar bien y en forma las notas de la transparencia activa, si el organismo carece una cultura de transparencia. En tal sentido es indispensable la realización de acciones concretas de concientización y capacitación de los funcionarios en el corazón de la organización.

Una organización pública concientizada y capacitada en transparencia es la que mejor va a comunicar y transparentar su información con la ciudadanía.

Si administrar quiere decir servir, es preciso rescatar que el funcionario público es, antes que cualquier otra cosa, un servidor, sea que ocupe un cargo político de alto rango, sea que desempeñe la más modesta de las tareas[38].

Debe existir un fuerte compromiso institucional para capacitar y formar a los funcionarios sobre transparencia y ética pública para luego apuntar a que el Estado se relacione mejor con sus ciudadanos y les brinde información creíble, oportuna, clara y transparente.

7. Reflexiones finales

Es, en este contexto actual y en esta dimensión actual de la llamada sociedad del conocimiento, de la información y de las nuevas tecnologías, que debemos analizar los principales caracteres del gobierno abierto y los nuevos desafíos que se plantean, en tanto **cultura de gobernanza para el siglo XXI,** *y su necesaria correspondencia con la ética pública, y con los valores fundamentales y principios generales que deben regir la función pública.*

La conceptualización clásica de la buena administración, como no podía de ser de otra manera, adquiere también, al influjo de las nuevas tecnologías de la Información y de las comunicaciones, una nueva dimensión, ajustada y funcional a las nuevas necesidades de la Administración Pública, ***de una nueva Administración Pública, más transparente, más abierta, más participativa y más cercana a una nueva ciudadanía digital, con nuevas preocupaciones y exigencias.***

Toda iniciativa pública hacia la institucionalidad en gobierno abierto es bienvenida y positiva, y significa dar un paso hacia adelante, y esto supone superar los ya tradicionales y clásicos esquemas de organización administrativa interna de cada país, con órganos y organismos públicos obsoletos y de otra época para transformarla en ***una nueva gobernanza pública que contemple las necesidades y requerimientos de una nueva sociedad y de una nueva ciudadanía digital***.

Sin perjuicio de la contundencia y de la claridad conceptual de la fórmula constitucional *«el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario»* existen sobrados ejemplos de que en la Administración Pública prima la fórmula inversa, quizás sustentados o motivados en la mal concebida inamovilidad de los funcionarios públicos, donde salvo la muerte o aisladas renuncias a la función pública, prácticamente nada separará al funcionario de su cargo público a lo largo de su vida.

De ahí, que también, no permitimos agregar a lo dispuesto en nuestra Constitución, que en principio refiere a que los funcionarios no pueden estar, mientras ejercen sus cargos, al servicio de una fracción política, ***a* la *actividad gremial***, por confusiones que se han suscitado en nuestro país, por lamentables hechos ocurridos en el ejercicio de las libertades sindicales, que deben ser ejercidas en forma responsable, y no son ilimitadas, y especialmente en el sentido, de que siempre, y sin excepciones, ***prima la calidad de funcionario público*** de quienes en forma transitoria representan intereses sindicales legítimos, pero que en caso de abusos y/o excesos, son los funcionarios a título personal, y no los colectivos gremiales, quienes deberán enfrentar las consecuencias administrativas, civiles y penales de su accionar.

En esta lucha contra la corrupción todos podemos aportar algo, desde el propio Estado que debe ser estricto y severo, con legislaciones duras que no se agoten en enunciados y enumeración de listas inagotables de principios y deberes que nunca se cumplen, donde no quepa otra sanción

38 Delpiazzo, Carlos E. (2008). «Acerca del control social de la gestión pública», Disponible en la web: https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/672/458; fecha de consulta: 05/03/2021.

que la destitución sin atenuantes de aquellos funcionarios públicos involucrados; con una Poder Legislativo fuerte y dispuesto a sancionar leyes acordes a las necesidades y finalmente con la existencia de pluralidad de medios de comunicación que investiguen y denuncien hechos de corrupción para que el Poder Judicial actúe lo más rápido que pueda —no es bueno que los procesos judiciales sean interminables—.

Los principios y valores organizacionales de la función pública en el Siglo XXI deben leerse, interpretarse, y especialmente aplicarse, en la llamada «Sociedad del Gobierno abierto», conformando el núcleo duro de los principios generales de una cultura de gobernanza íntegra junto a la transparencia, la rendición de cuentas y la participación ciudadana.

Su aplicación y respeto cotidiano no debe admitir excepciones ni dudas de ningún tipo, habiendo leído hasta el hartazgo, enumeraciones de principios y valores, que brillan en su definición y conceptualización, pero que, muchas veces, también brillan por su ausencia.

La credibilidad de un país está en juego en la lucha contra la corrupción, y todos sabemos lo que pasa cuando un país deja de ser creíble y se transforma en un chiste.

11

DIGNIDAD HUMANA, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO

Adriana Taller[1]

RESUMEN: El respeto a la dignidad humana es esencial para la convivencia en una sociedad democrática, participativa e igualitaria, donde las personas y las autoridades públicas en sus relaciones se traten de manera justa. El reconocimiento del derecho a la dignidad humana de raigambre constitucional, debe estar plasmado en el derecho administrativo, el cual al regular la organización y funcionamiento de la administración pública tiene como objetivo estar al servicio del bienestar general para la satisfacción de las necesidades de la comunidad y cada uno de los individuos que la integran. En este sentido los institutos regulados por el derecho administrativo al ser aplicados por las autoridades públicas deben expresar y concretizar la sumisión al derecho a la dignidad humana.

PALABRAS CLAVES: Dignidad humana, administración pública, derecho administrativo

ABSTRACT: Respect for human dignity is essential for coexistence in a democratic, participatory and egalitarian society, where people and public authorities treat each other fairly in their relationships. The recognition of the constitutionally rooted right to human dignity must be embodied in administrative law, which by regulating the organization and functioning of public administration aims to be at the service of the general well-being to satisfy the needs of the community. and each of the individuals that make it up. In this sense, the institutes regulated by administrative law, when applied by public authorities, must express and concretize submission to the right to human dignity.

KEYWORDS: Human dignity, public administration, administrative law.

1. Introducción

Aunque en las ciencias sociales y jurídicas el concepto de dignidad de la persona está muy tratado, siempre está presente la necesidad de profundizar en él, y reflexionar sobre cómo se traduce o es utilizado en el derecho, más concretamente, en nuestra disciplina, el derecho administrativo y específicamente, en la organización y funcionamiento de la Administración Pública, que como actividad material, concreta, permanente y dinámica es objeto de estudio y de regulación por este derecho, al igual que las relaciones jurídicas tanto estatutarias, legales o reglamentarias y contractuales que la ligan con las personas humanas.

Partimos de la premisa que el respeto a la dignidad humana es esencial para la convivencia en una sociedad democrática, participativa, plural, igualitaria e inclusiva, donde la Administración Púbica trate a las personas de manera justa, y con reconocimiento de este valor humano, obli-

1 Profesora Titular Ordinaria por Concurso–Cátedra Derecho Administrativo. Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Argentina.

gándose, por ende, a garantizar que las personas disfruten de su vida y de su libertad de manera decorosa, promoviendo el acceso a los derechos económicos, sociales culturales y ambientales[2].

La falta de respeto a la dignidad humana ha generado y sigue generando grietas, sociales, educacionales, culturales y económicas entre los ciudadanos que las Administraciones Públicas tienen el deber de solucionar cumpliendo y haciendo cumplir este valor moral y jurídico esencial, que existe por el solo hecho de ser, —ontológicamente—, una persona; por tanto, el derecho debe reconocer y garantizar esa calidad.

La dignidad es el núcleo esencial del ordenamiento jurídico, que caracteriza y distingue a la persona humana, como un ser humano portador de derechos y deberes fundamentales, que merece y brinda respeto.

Para introducirnos en el tema, una primera y breve reflexión sobre ¿qué entendemos por dignidad humana?, para luego señalar que dice sobre ella la Constitución de la Nación Argentina, algunas Constituciones Provinciales incluida la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Corte Suprema de Justicia la Nación Argentina en relación a algunas cuestiones relacionadas con el derecho administrativo, para luego identificar, como un mera enunciación, y sin agotar el tema, el cual merece ser objeto de una pesquisa especial, ¿cómo se manifiesta o debería exteriorizarse específicamente el respeto por la dignidad humana en el derecho administrativo?.

2. Qué entendemos por dignidad humana

Según la Real Academia Española[3] el término «dignidad», refiere a la «Cualidad de digno., como sinónimo de honradez, respetabilidad, nobleza, honestidad, honorabilidad, integridad, probidad, rectitud, decencia, seriedad, decoro. pundonor, autoestima, orgullo, vergüenza, honrilla, honra, puntillo, honor».

Admitiendo también la acepción de excelencia, realce, gravedad y decoro de las personas en la manera de comportarse.

Cuando hablamos entonces de dignidad humana pensamos en el ser humano como merecedor de un trato honorable, de una condición de vida aceptable, adecuada, propicia, que pueda ser alcanzada con los adjetivos antes mencionados desde el punto de vista físico, moral, material, espiritual, educativo, cultural, social, económico, familiar, etc.; de manera que, a toda persona se le respete el derecho a vivir una vida digna, decorosa tanto en su ámbito familiar como social, educativo, laboral, comunitario, deportivo, etc., esto es, en su ámbito tanto privado como público.

Bajo esta concepción la dignidad de la persona emerge como un derecho fundamental, como un principio general del derecho que debe ser fundamento, sostén, justificación del ordenamiento jurídico e informador de todas las normas jurídicas, en sentido amplio[4] y orientador de la libre interpretación de todas y cada una de ellas, aplicándose en el sentido más congruente posible y rechazando cualquier interpretación que conduzca a un resultado directa o indirectamente contrario a su realización o violatorio del mismo.

Este significado o alcance de la dignidad de la persona debe informar la actuación del Estado en el ejercicio de todas sus funciones esenciales.

---

2 Alcanzar el respeto pleno a la dignidad humana exige reconocer todos los derechos fundamentales, siendo de particular importancia aquellos indispensables para que las personas vivan en condiciones adecuadas y justas que les permitan el desarrollo individual y colectivo: derecho a la vida, derecho a no sufrir violencia, derecho al agua, derecho a la participación política, derecho a la educación, derecho a no ser discriminado, derecho a la educación y la cultura, derecho a la libertad, derecho a una vivienda adecuada, entre otros.

3 https://dle.rae.es/dignidad

4 En sentido amplio hacemos referencia a la norma como una regla de comportamiento, y que puede ser obligatoria o no, abarcando en nuestra disciplina, a las normas constitucionales, convencionales legales, reglamentarias, resoluciones, circulares, actos administrativos, contratos administrativos, convenios urbanísticos y edilicios entre otros.

En la función legislativa, absteniéndose de promulgar ley alguna que contravenga este principio; en la función judicial, al aplicar el derecho y dirimir conflictos de intereses entre particulares o entre estos y las autoridades públicas, cualquiera sea la jurisdicción penal, civil, comercial, contencioso administrativa, como también en su función ejecutiva al gobernar y administrar.

Así, la organización y funcionamiento de la administración pública que es objeto de estudio de nuestra disciplina debe «tener como norte» la dignidad de la persona, porque su reconocimiento y respeto es la base fundamental de toda sociedad, de las relaciones privadas, públicas o público-privadas.

Si no se reconoce su valor ni su importancia, se desconocen los derechos y las garantías de las personas.

Bajo esta condición, el principio de la dignidad humana, se constituye en un mandato constitucional, un deber positivo o un principio de acción, según el cual todas las autoridades del Estado sin excepción, deben, en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales, desempeñar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales con el propósito de lograr las mejores condiciones, para el desarrollo efectivo de los ámbitos de protección de la dignidad humana identificados en la autonomía individual, condiciones materiales de existencia, e integridad física y moral, entre otras.

Luego en los textos constitucionales y tratados internacionales la dignidad es pensada como un valor, como un principio o como un derecho fundamental y autónomo.

Puede decirse, siguiendo a Faúndez Ledesma (2004)[5], que los derechos humanos *«son las prerrogativas que, conforme al Derecho Internacional, tiene todo individuo frente a los órganos del poder para preservar su dignidad como ser humano, y cuya función es excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual, o asegurar la prestación de determinados servicios por parte del Estado, para satisfacer sus necesidades básicas, y que reflejan las exigencias fundamentales que cada ser humano puede formular a la sociedad en la que vive»*.

Todo derecho humando está alcanzado por los siguientes caracteres:

1. La Universalidad: El derecho humano posee un contenido esencial que no puede modificarse, alterarse o variarse, en función de las diferencias culturales, políticas, históricas, sociales, económicas, raciales o de cualquier otra índole que distingan a las organizaciones o colectividades humanas; sin perjuicio de dejar de reconocer las diferencias que existen entre las diferentes sociedades y pueblos de la humanidad. Todos los seres humanos, independientemente del país de procedencia, están protegidos por los derechos humanos. Su reconocimiento es hacia toda persona, por ello tal característica se encuentra en el mundo del deber ser, en el escenario de la guía de los comportamientos debidos, y esa es la base de su valor;

2. La Indivisibilidad: Este carácter supone que: a) No es posible establecer compartimentos separados entre los derechos; b) Todos los derechos se derivan de la misma esencia y causa, por lo que deben ser tratados en pie de igualdad; c) Cualquier clasificación de los derechos humanos sólo tiene valor heurístico y, probablemente, pedagógico, nunca puede tener un valor jurídico; d) Los derechos humanos no pueden ser sometidos a tratos diferenciados y no pueden existir derechos judicialmente exigibles y derechos que, formando parte del elenco de derechos humanos, no puedan ser exigibles;

3. La Interdependencia: o entrelazamiento, de manera que la afectación de un derecho humano envuelve la afectación de otros derechos que forman con él un todo coherente y armónico. Los derechos humanos no se encuentran en la realidad como categorías separadas, autónomas o como compartimentos estancos, sino que existen en un escenario de complementariedad entre sí;

4. La Integralidad: Con este carácter se hace referencia al carácter metódico, ordenado de los derechos humanos como un sistema completo, único y equilibrado que responde al hecho de que los derechos humanos no existen en la realidad como categorías separadas, sino que se complementan entre sí. De allí que, la violación a un derecho humano no puede entenderse solo respecto

5 Faundez Ledesma, Héctor (2004), *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales*, 3.ª: ed., San José de Costa Rica, InstitutoInteramericano de Derechos Humanos, p. 4 https://www.corteidh.or.cr/tablas/23853.pdf

del derecho violado, sino que impacta en los otros derechos humanos, aunque lo sea en distinto grado. En la Segunda Conferencia Internacional de DD HH realizada en Viena en 1993, en la Declaración a la que se arribó se sostiene que: *«Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí...»* Y además dispone que: *«La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales»*;

5. La Inderogabilidad: Los derechos humanos representan una necesidad básica para todas las personas humanas y, como tal, no se pueden suspender ni anular. Aunque algunos derechos pueden ser excepcionalmente restringidos por circunstancias muy concretas, como ocurrió en varios países durante la pandemia vivida en el año 2020, donde la suspensión temporal en el ejercicio de algunos derechos fue consecuencia de la declaración del estado de emergencia. La suspensión del ejercicio de los derechos humanos durante estas situaciones extraordinarias no afecta el carácter en comentario.

6. La Subjetividad: Es derivación del carácter subjetivo de los derechos humanos; pertenecen a cada persona humana y le son reconocidos de forma natural e individual a cada una de ellas, por el mero hecho de nacer, de existir, de ser personas.

7. La Imprescriptibilidad: Los derechos humanos no se desvanecen por el transcurso del tiempo ni por su no ejercicio por parte del ser humano. Son sine die, su vigencia es indeterminada, por ello los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales otorgan múltiples mecanismos legales que los promueven y velan constantemente por su protección, tanto en sede administrativa como judicial.

8. La Progresividad: Con este carácter se hace referencia a que los derechos humanos no se han alcanzado en todos los países al mismo tiempo. Podríamos decir que su reconocimiento y realización es como un proceso en el que los Estados trabajan para que todas las personas puedan disfrutar de una vida digna, en libertad e igualdad. Por eso las autoridades públicas tan obligadas a protegerlos al menos un «umbral mínimo» para lograr la concreción de los derechos adoptando todas las medidas adecuadas y hasta el máximo de sus recursos disponibles para satisfacerlos, otorgando prioridad a los grupos más vulnerables, con necesidades más urgentes.

Es entonces, la dignidad humana, que no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, opiniones o creencias[6], el centro sobre la base que debe girar la organización y funcionamiento de la administración pública en su cometido de satisfacer las necesidades de las personas.

3. La Constitución de la República Argentina

La Constitución Nacional histórica de 1853-1860 no contemplaba en forma expresa la dignidad humana o el calificativo de digno, entre las cláusulas en la que reconocía los derechos civiles de los habitantes, tanto ciudadanos como extranjeros[7].

Es en el año 1957, con la incorporación al texto constitucional de los derechos sociales, es cuando por primera vez se identifica el calificativo «digno» en dos cláusulas relacionadas a los trabajadores. Al expresar que «las leyes, asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitati-

6 Gonzalez Perez, Jesús citado por Cassagne, Juan Carlos en *Los Grandes Principios del Derecho Públicos Constitucional y Administrativo,* Ed. Thomson Reuters La Ley 2015, pág. 47.

7 Constitución de la Nación Argentina, Artículo 20.- Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias

vas de labor»[8] (art. 14 bis); y al consagrar «el acceso a una vivienda digna», que será establecida por la ley[9].

En la Constitución reformada de 1994, aparece el término en las cláusulas que protegen los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, al hacer referencia a las «condiciones de trato equitativo y digno» al cual tienen derecho las personas en la relación de consumo[10].

Este principio ético-jurídico o derecho de la dignidad humana, ingresa también, a nuestro sistema jurídico nacional, con la incorporación de los tratados internacionales[11], como la Declaración Universal de los Derechos humanos, que en su artículo 1, dispone que *«Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros,* en su artículo 22*, que Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad»*.

Este derecho humano toma también reconocimiento en los Pactos y Tratados Internacionales, como en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, al consagrar el derecho a la integridad personal, en la prohibición a la esclavitud y la servidumbre y en la protección de la honra y la dignidad y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuando refiere al Derecho a la propiedad en el Artículo XXIII y enfatiza que, *«Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar».*

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Artículo 13, punto 1 dispone que, los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación y Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, cuyo Preámbulo, recuerda que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que

8 Constitución de la Nación Argentina, Artículo 14 bis. - El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada, ...».

9 Constitución de la Nación Argentina, Articulo 14 bis, 3er. Párrafo, El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, ...; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

10 Constitución de la Nación Argentina, Artículo 42, 1er. párrafo. - Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

11 Constitución de la Nación Argentina, Artículo 75.- Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad.

Asimismo, en la Convención sobre los Derechos del Niño al reconocer los Estado partes, el derecho del niño a la educación deben adoptar cuantas medidas que sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención. (Artículo 28, punto 1 y 2) y vuelve a detenerse en este principio al disponer que, los Estados partes velarán porque: c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad (art. 37).

También se menciona este derecho humano en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo.

4. Las constituciones provinciales de la Argentina

Las Constituciones Provinciales de la Nación Argentina también en sus cláusulas consagran la protección del derecho a la dignidad humana.

La Constitución de la Provincia de Entre Ríos, al disponer que «El estado garantiza el derecho a la diversidad, al pluralismo y la igualdad de oportunidades, consagra la dignidad de la persona como derecho inalienable que le son inherente. (art. 15).

Por su parte la Constitución de la Provincia de Jujuy reconoce que las declaraciones, derechos, deberes y garantías enumerados en la Constitución Nacional y en esta Constitución, no serán entendidos ni interpretados como negación o mengua de otros no enumerados y que hacen a la dignidad de la persona humana». (art.17); y de manera expresa dispone que la Provincia reconoce a la persona humana su eminente dignidad y que todos los órganos del poder público están obligados a respetarla y protegerla» (art. 18). Asimismo, impone a las autoridades públicas la obligación de ser respetuosa de la dignidad humana al organizar la salud pública procurando una atención integral e interdisciplinaria (art. 85).

La Constitución de la Provincia de Córdoba reconoce también la dignidad de la persona humana desde su concepción y consagra el deber de su respeto y protección de la comunidad y, en especial, de los poderes públicos» (art.4).

En tanto la Constitución de la Provincia de Salta expresa que la dignidad la persona es intangible y que su respeto y protección es deber de todos y en especial de los poderes públicos» (art. 10) y que todos los habitantes gozan de los derechos y garantías consagrados por esta Constitución de conformidad con las leyes que reglamenten razonablemente su ejercicio y que los principios, declaraciones, derechos y garantías contenidos en ella no pueden ser alterados por disposición alguna, explicitando que tales enunciaciones no son negatorias de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen de la libertad, igualdad y dignidad de la persona humana... (art. 16).

La Constitución de la Provincia de Catamarca al consagrar el derecho de propiedad dispone de manera concreta que no podrá ser ejercido en detrimento de la dignidad humana. (art. 8).

En lo que respecta al tema, la Constitución de la Provincia de Tucumán, impone a toda autoridad pública la obligación de respetar, hacer respetar y proteger la dignidad de la persona. (art. 5).

En igual sentido la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, consagra entre los derechos de las personas, el gozar del respeto de la dignidad. (art.12).

En tanto la Constitución de la Provincia de La Pampa, consagra que, «todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos...» (art. 6).

En el Preámbulo de la Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, se expresa que el pueblo a través de sus representantes exaltará la dignidad humana protegiendo los derechos individuales y sociales.

Sobre este mismo derecho, la Constitución de la Provincia de Chubut expresa que «nadie puede en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la dignidad de la persona humana». (art. 48); en relación a las políticas de salud, consagra la obligación de atender en todos los casos a la dignidad de la persona al integrar lo científico y humanístico en la satisfacción de las necesidades sociales, especialmente en los relacionados con manipulación genética» (art. 72), asimismo

reprime la usura o acciones que involucran o permita la explotación de la persona o atentan contra su dignidad (art. 79) y al disponer que, toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano que asegure la dignidad de su vida y su bienestar ...(art.109).

La Constitución de la Provincia de Santa Cruz, dispone la prohibición de toda forma de explotación de las personas, que atente contra la dignidad humana (art. 10).

En tanto la Constitución de la Provincia de Neuquén refiere a la dignidad social de los habitantes (art. 22).

La Constitución de la Provincia de Misiones, consagra el deber de tutela de los derechos y garantías que posibiliten el pleno desarrollo de la dignidad humanas (art. 8); glorifica a la dignidad social de los habitantes (art. 9), y resalta el reconocimiento la dignidad humana (art. 29).

En el caso de la Constitución de la Provincia de San Juan, se instituye a la dignidad de la persona como premisa básica en la organización política y social de San Juan (art. 5), equipara el derecho de igualdad ante la ley con el respeto a la dignidad social de los habitantes (art. 24) y dispone que el trabajo manual e intelectual poseen idéntica dignidad social (art. 62).

En relación al tema la Constitución de la Provincia de Formosa, consagra la igual en dignidad de los todos los habitantes de la Provincia (art.9).

Mientras que, en la Constitución de la Provincia de Chaco se dispone que los habitantes de la Provincia tienen idéntica dignidad social ... (art. 8) y que los derechos, deberes, declaraciones y garantías, los acuerdos y tratados mencionados en el artículo 75, inciso 22, enumerados en la Constitución Nacional, la constitución en comentario incorpora a su texto dándolos por reproducidos, por cuanto atañen a la dignidad de la persona humana (art.14).

La Constitución de la Provincia de San Luis, destaca el nacimiento de los principios, declaraciones, derechos y garantías contenidos en ella desde el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, (11); disponiendo, además, que todos los habitantes tienen idéntica dignidad social (art. 16).

En el mismo camino la Constitución de la Provincia de La Rioja, reconoce que todos los habitantes tienen idéntica dignidad social (art. 21).

En tanto la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dispone que todas las personas tienen idéntica dignidad ... (art. 11); que la ciudad garantiza el derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad como parte inviolable de la dignidad humana y la libertad de sus habitantes como parte de la inviolable dignidad de las personas... (arts. 12 y 13).

Por último, en la Constitución de Santa Fe, el Estado Provincial reconoce a la persona humana su eminente dignidad y dispone de manera expresa que todos los órganos del poder público están obligados a respetarla y protegerla. (art.7); y al consagrar la libertad de la iniciativa económica de los individuos dispone que la misma no puede desarrollarse en pugna o con mengua de la dignidad humana. ... (art. 15).

Cada una de estas Constituciones mencionadas precedentemente consagran en sus cláusulas el derecho a la dignidad humana. Derecho fundamental, cuyo mínimo vital o existencial debe estar cubierto en nuestras sociedades a partir un suelo o núcleo mínimo, a través de los principios de progresividad y prohibición de la regresividad, y encaminarse hacia mayores cuotas de dignidad en el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

Todo ello por la sencilla razón que la dignidad del ser humano es el centro y la raíz del Estado.

De más está decir que, el fundamento del orden político y la paz social, residen en la dignidad de la persona, en los derechos que le son inherentes y en el libre desarrollo de la personalidad.

Ante esta condición, las normas, las estructuras, los procedimientos y la organización administrativa tanto nacional como de cada una de las provincias, deben estar al servicio del principal patrón y estándar ético y jurídico, al que los demás han de rendirse: la dignidad del ser humano.

De allí, que la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona sea la principal tarea que tiene en sus manos el Estado moderno y de la que debe dar cuenta periódicamente a la ciudadanía[12].

12 Rodriguez-Arana, Jaime. https://rodriguezarana.com/los-derechos-sociales-fundamentales-2/

5. La Corte Suprema de justicia de la Nación Argentina

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a lo largo del tiempo fue destacando la especial protección que merecen los derechos fundamentales y afirmando un merecido reconocimiento a la dignidad de la persona, al resguardo de la dignidad del ciudadano.

Su doctrina contribuye de manera constate al eminente cometido de crear una mayor conciencia y comprensión sobre la existencia, el contenido y el alance del principio-ético de la dignidad de la persona humana.

Nuestro cimero Tribunal ha expresado que, *el valor jurídico básico de la dignidad humana ocupa un lugar central en el derecho público, siendo un principio constitucional*[13].

5.1. En materia de salud

En el caso de un paciente que solicitaba se suprima la hidratación y alimentación enteral y todas las medidas terapéuticas que lo mantienen con vida en forma artificial, la Corte analizó los alcances de los derechos constitucionales en juego tales como el derecho a la vida, a la autonomía personal, a la dignidad humana y a la intimidad.

Y, destacó al fallar, que en esa zona de reserva el individuo es dueño de hacer elecciones sobre su propia vida sin intromisión del Estado, en tanto no afecten la moral, el orden público ni a terceros. Aseguró que esas decisiones libres hacen a la dignidad de la persona y al pleno ejercicio de la libertad.

Asimismo, subrayó que de la dignidad que le asiste por el simple hecho de ser humano, reconocida en distintas tas normas convencionales, se desprende el principio de inviolabilidad de las personas que proscribe tratarlo con base en consideraciones utilitarias[14].

5.2. En materia de la prestación del servicio público de transportes de pasajeros

El caso trata de la demanda iniciada por daños y perjuicios a raíz del accidente que una pasajera sufrió al descender de un vagón de subterráneos, en el medio del tumulto de pasajeros que viajaba en el mismo. Al resolver a la cuestión planteada el Alto Tribunal sostuvo, *que la Constitución Nacional obliga a los prestadores de servicios a brindarles a los consumidores un trato digno (art. 42 Constitución Nacional). El trato digno al pasajero transportado significa que se deben adoptar medidas para que sea atendido como una persona humana con dignidad, contemplando la situación de quienes tienen capacidades diferentes, o son menores, o no tienen la instrucción necesaria para comprender el funcionamiento de lo que se le ofrece. Ello incluye la adopción de medidas para que el pasajero no descienda empujado por una marea humana con riesgo de su integridad física y para que viaje de un modo razonablemente cómodo*[15].

5.3. En materia de contingencias derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, reguladas en la Ley de Riesgos del Trabajo[16]

En el caso condenó a la empleadora demandada, con base en el Código Civil, al pago de la indemnización por daños derivados del accidente laboral, entendiendo que la ley de riesgos del trabajo, al vedar la promoción de toda acción judicial tendiente a poder demostrar la real existencia y dimensión de los daños sufridos por el trabajador y disponer, además, la exención de respon-

13 Fallos 314:421.

14 Fallos: 335:19: Considerando 16. «D., M. A. s/ declaración de incapacidad»- D. 376. XLIX. REX 07/07/2015 Fallos: 338:556.

15 Fallos: 331:819: Ledesma María Leonor C/ Metrovias S.A. S/Daños Y Perjuicios L. 1170. XIII. Rhe 22/04/2008).

16 http://www.infoleg.gob.ar/ Ley 24.557.

sabilidad civil para el empleador, cercena de manera inconciliable con los principios constitucionales, el derecho a obtener una reparación íntegra.

Con este argumento, sostuvo, *que la exclusión y eximición sub discussio impuestas por la ley de 1995, también terminan mortificando el fundamento definitivo de los derechos humanos, enunciado desde hace más de medio siglo por la Declaración Universal de Derechos Humanos: la dignidad del ser humano, que no deriva de un reconocimiento ni de una gracia de las autoridades o poderes, toda vez que resulta «intrínseca» o «inherente» a todas y cada una de las personas humanas y por el solo hecho de serlo (Preámbulo, primer párrafo, y art. 1; asimismo, PIDESC, Preámbulo, primer párrafo; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ídem y art. 10.1, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, párrafo segundo y arts. 5.2 y 11.1, entre otros instrumentos de jerarquía constitucional). Fundamento y, a la par, fuente de los mentados derechos pues, según lo expresa el PIDESC, los derechos en él enunciados «se desprenden» de la dignidad inherente a la persona humana (Preámbulo, segundo párrafo; en iguales términos: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Preámbulo, segundo párrafo. Ver, asimismo: Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, párrafo segundo). Por demás concluyente es este último tratado de raíz continental: ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de A. 2652. XXXVIII. RECURSO DE HECHO Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688. Corte Suprema de Justicia de la Nación -21- «excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano[...]» (art. 29.c), así como también lo es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: «Considerando: Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen, que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar materialmente y alcanzar la felicidad..» (primer párrafo). Protección de la dignidad del hombre que, inserta en el texto constitucional de 1853-1860, como será visto en el considerando siguiente, ha recibido un singular énfasis si se trata del trabajador, por vía del art. 14 bis: las leyes asegurarán a éste condiciones «dignas» de trabajo. Incluso el trabajo digno del que habla el PIDESC es sólo aquel que respeta los derechos fundamentales de la persona humana y los derechos de los trabajadores, entre los cuales «figura el respeto de la integridad física y moral del trabajador en el ejercicio de su actividad» (v. Proyecto de Observación General sobre el derecho al trabajo (artículo 6.º) ..., cit., pág. 5, párr. 8)*[17].

5.4. En relación a la aplicación de la ley de Riesgos del Trabajo[18]

Se trataba de un trabajador que reclamó que la indemnización del accidente del trabajo del que resultó víctima le fuese satisfecha mediante un pago único y no en forma de renta periódica según lo establecía la norma.

La Corte sostuvo que, *A su vez, cabe señalar que los principios elaborados a partir de lo dispuesto en el mencionado art. 14 bis se integran a las disposiciones incorporadas por la reforma de 1994, en el art. 75, incs. 22 y 23, del texto constitucional. En tal sentido, el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considera de manera explícita la interdependencia e indivisibilidad que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto todos éstos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana (párrs. 2 y 3; asimismo: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Preámbulo, párrs. 2 y 3). Por dicha razón, el mencionado conjunto de derechos exige una tutela y promoción permanentes con el objeto de lograr su plena vigencia. En línea con tales afirmaciones, el art. 7 del instrumento internacional nombrado en primer término, al reconocer el «derecho al trabajo», dispone que éste comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida, lo cual se completa con el artículo siguiente en el que los estados reconocen que tal derecho supone que toda persona goce del mismo en condiciones equitativas y satisfactorias, que le aseguren condiciones de existencia dignas para el trabajador y para su familia, mencionando al respecto, de manera particular, la seguridad y la higiene en el trabajo, entre*

17 Fallos: 327:3753: Aquino Isacio C/ Cargo Servicios Industriales S.A. S/Art. 39 Ley 24.557 A. 2652. XXXVIII. Rhe 21/09/2004.

18 Ver cita 16.

otras materias que según lo allí previsto deben ser garantizadas por los estados en sus legislaciones. A ello se suma el art. 12, relativo al derecho de toda persona al «disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental», cuando en su inc. 2 dispone: «Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para [...] b. El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo [...]; c. La prevención y el tratamiento de las enfermedades [...] profesionales». El citado art. 7.b, corresponde subrayarlo, implica que, una vez establecida por los estados la legislación apropiada en materia de seguridad e higiene en el trabajo, uno de los más cruciales aspectos sea la reparación a que tengan derecho los dañados (Craven, Matthew, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Oxford, Clarendom, 1998, pág. 242). (Milone Juan Antonio C/ Asociart Sa Aseguradora De Riesgos Del Trabajo S/Inconst. Art. 14 Lrt M. 3724. Xxxviii. Rex 26/10/2004 - Fallos: 327:4607)[19]. El Máximo Tribunal expresó en su pronunciamiento que, *Por lo contrario, si se produjera alguna duda en el llamado a interpretar el art. 14 bis, sería entonces aconsejable recordar, además de lo que será expuesto infra (considerando 8.º), la decisiva doctrina que asentó esta Corte en el caso Berçaitz: «tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: in dubio pro justitia socialis. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el 'bienestar', esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad» (Fallos: 289: 430, 436; asimismo: Fallos: 293:26, 27, considerando 3.º). No fue por azar que este precedente se originó en el contexto de los derechos sociales de la norma citada; tampoco es por ese motivo que la justicia social se ha integrado expressis verbis, en 1994, a la Constitución Nacional (art. 75.23; «Aquino», cit., p. 3777/3778).*

Pero no fue asunto exclusivo tutelar la dignidad del agente público frente a dichas situaciones, sino, también, tributar a la realización de los fines para los cuales existen las instituciones en las que aquéllos prestan sus servicios. Fue visto, y con razón, que las mencionadas circunstancias y sus negativos resultados no conducían a otro puerto que al deterioro de la función pública con notorio perjuicio de quienes son sus destinatarios: los administrados (v. las intervenciones de los convencionales Martella y Mercado, J.A., ya mencionados, y de Miró, Diario de sesiones..., cit., t. II, ps. 1243, 1336 y 1337, y 1345, respectivamente).

Dignidad y trabajo que, por lo pronto, se relacionan en términos naturalmente entrañables, según lo reconoce con claridad el art. 14 bis de la Constitución Nacional y lo reitera el art. 7.a.ii del mentado Pacto, así como ya lo habían hecho, entre otros antecedentes, los arts. XIV y 23.3 de las recordadas Declaración Americana y Universal de 1948, y la Declaración de los Fines y Objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, aprobada el 10 de mayo de 1944, que asienta los principios que debieran inspirar la política de sus Miembros: «todos los seres humanos [...] tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades» (Ii, A). (Madorran Marta Cristina C/ Administración Nacional De Aduanas S/Despido X Negligencia- Reincorporación M. 1488. Xxxvi. Rex 03/05/2007 Fallos: 330:1989).

6. Breve referencia a la necesidad del respeto a la dignidad humana en algunos institutos regulados por el derecho administrativo

Como señala el Profesor Arana Muñoz, el Derecho Administrativo es una rama del Derecho Público en continua evolución que, sin embargo, presenta un común denominador que siempre lo caracteriza esencialmente: el servicio objetivo al interés general anclado en la dignidad

19 Fallos: 327:3753: Aquino Isacio C/ Cargo Servicios Industriales S.A. S/Art. 39 Ley 24.557 A. 2652. XXXVIII. Rhe 21/09/2004. En este caso en comentario se dio solución a lo que el Prof. Comadira señalaba como «una dicotomía entre el régimen de derecho público de base estatutaria, aunque contractual, con protección de la estabilidad propia o absoluta, por un lado, y el régimen de los agentes regidos por el derecho laboral, y, por tanto, excluidos de aquella protección, por el otro» y, de este modo, «la estabilidad, como requisito para la carrera administrativa y la consecuente profesionalización, cede ante la precariedad laboral propia del régimen privado en ámbitos importantes de la organización estatal». Comadira, Julio R., *Derecho Administrativo*, Segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2003, p. 630.

humana y comprometido con los derechos sociales fundamentales pues la dignidad del ser humano se refiere a la persona también en su dimensión social[20].

El respeto que se debe a la dignidad humana y las exigencias de desarrollo que conlleva constituyen la base para la organización y funcionamiento de la administración pública, que se diseña para que actúe al servicio de las personas.

El Derecho Administrativo, como señala Balbín, es un instrumento para reconocer derechos y fortalecer la cooperación entre la sociedad y el Estado[21] y en ese reconcomiendo y fortalecimiento, decimos que está llamado a promover y proteger la dignidad humana en todas sus dimensiones.

Consecuentemente el Derecho Administrativo, que tiene entre su objetos de estudio la organización y funcionamiento de la administración pública y las relaciones jurídicas contractuales y legales, reglamentarias o estatuarias de ésta con las personas, cualquiera sea la denominación con la que lo identifiquemos: ciudadano, contribuyente, funcionario, empleado, usuarios, consumidor, contratante, oferente, licitante, impugnante, reclamante, investigado, sumariado, sujeto obligado, legitimado, desarrollador, urbanizador, beneficiario de políticas públicas, etc., está constreñido (compelido) al regular su quehacer a promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable. (Preámbulo de la Carta Iberoamericana de los derechos y deberes de los ciudadanos, 2013).

En este sentido en cada uno de los institutos o relaciones jurídicas reglamentarias, legales, estatutarias o contractuales reguladas por el derecho administrativo debe emerger, en el ejercicio de las funciones administrativas, el respeto debido al derecho humano a la dignidad de la persona

A continuación, esbozaré un enunciado breve y preliminar de algunas temáticas a analizar a la luz a de la dignidad de la persona para explorar y verificar su cumplimiento en materia derecho administrativo disciplinario.

6.1. Respecto de la intervención administrativa en los derechos de las personas

El Estado interviene en la actividad económica de los particulares para garantizar la salud, la tranquilidad, la moral, el orden público, la seguridad y la economía en cuanto pueda afectar a ésta última, como una manifestación más radical del ejercicio de las medidas coercitivas sobre las personas, a través de la actividad administrativa de policía o actividad de regulación o de la prestación de los servicios públicos. De manera no coactiva, sino persuasiva a través de la actividad administrativa de fomento.

En todas estas manifestaciones de la intervención administrativa, al limitar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, ha de tenerse en cuenta, no afectar la dignidad de la persona aquejada, que sufre la limitación en sus derechos como consecuencia de aquellas medidas, mirando de igual modo que el impacto de las mismas en la sociedad lo sea respetando la dignidad del resto de los ciudadanos no alcanzados por la restricción.

En este sentido la intervención administrativa deber ir claramente encaminada hacia el bien común y el aseguramiento de la dignidad de las personas; debe atender siempre a los criterios normativos permitidos y a la preservación de la dignidad humana, aún en casos de extrema urgencia o emergencia pública.

---

20 Rodríguez-Arana, Jaime «Derecho administrativo, dignidad humana y derechos sociales fundamentales» - *Revista Jurídica Austral* | Vol. 3, N.º 1 (junio de 2022): 183-213).

21 Balbín, Carlos, *Un Derecho Administrativo para la Inclusión Social*, ano 14 - n. 58 | outubro/dezembro - 2014Belo Horizonte | p. 1-296 | ISSN 1516-3210A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional, p. 57)

Para ello deberá respetar los principios que informan a cada uno de los institutos legales en juego como: Legalidad, Igualdad, Proporcionalidad, congruencia, Favor libertatis/ respeto a la libertad individual, De buena fe y confianza legítima, Interés Público, Subsidiariedad, Intercambiabilidad.

6.2. En materia de empleo público[22]

En primer lugar, corresponde poner de resalto que cualquier definición que se pretenda adoptar de empleo público debe partir de la dignidad del trabajador, que es el centro de protección y en torno al cual gira todo el ordenamiento jurídico vigente, tanto local, nacional como internacional[23].

El funcionario público, está obligado a tratar a los administrados con debida consideración y respeto, esto es de manera digna.

Al hacer cumplir la ley deberá respetar y proteger la dignidad humana: dispensando un trato respetuoso, velando por la ignorancia o inexperiencia de los ciudadanos y evitar perjudicarlos en sus derechos.

La implementación de buenas prácticas administrativas, claras, trasparentes, accesibles y comprensibles.

Pero también en la relación de función o empleo púbico, en la relación subjetiva de órgano-persona/órgano institución, el empleado púbico tiene el derecho al respeto de su dignidad como tal. Así, en la relación jerárquica de mando-obediencia, el funcionario no sólo tiene el deber de respetar la dignidad de superiores, inferiores e iguales, del público en general, sino también el superior debe respetarlo hacia sus subordinados. Respeto a la implementación de normas de higiene y seguridad, para asegurar las condiciones dignas de trabajo, de los ambientes o espacios físicos en donde los agentes púbicos desarrollan las tareas habituales, respetando los principios de habitabilidad, funcionalidad, seguridad y accesibilidad de los edificios públicos.

En esta materia también el derecho administrativo debe fijar los criterios bajo los cuales orientar a los empleados y funcionarios, de manera tal que el trato digno lleve a la efectividad de los derechos fundamentales atendiendo a la dignidad humana, mediante la implementación de mecanismos orientados a la eficiencia, la eficacia, la calidad de los servicios, el acceso igualitario de los ciudadanos, sin que el trato conferido a las personas, pueda estar influenciado por circunstancias personales de los destinatarios, como la raza, el sexo, la edad, la religión, el género, etc. otorgando un tratamiento diferente y superado sólo cuando las personas integran los llamados grupos vulnerables o en términos de nuestra Constitución Nacional, art. 75 inc. 23, «en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad».

En síntesis, el derecho administrativo debe velar por el respeto de la dignidad personal del empelado y del funcionario, velar por su propia dignidad como persona, como por la de los ciudadanos destinatarios de su servicio.

VI.2.1. También en el análisis del funcionario como órgano persona, que expresa la voluntad de la administración. En este aspecto debemos considerar la protección de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración a través de los procesos de formación de la voluntad administrativa, tanto en los procedimientos impugnativos, como reclamativos, de mediación o de arbitraje, respetando la totalidad de los principios que informan los mismos: Principios de la tutela administrativa efectiva, de la verdad material, de la valoración de la prueba según la libre convicción; de la imparcialidad del órgano administrativo, de economía, sencillez y celeridad procesal, de la asistencia a la parte no instruida, o de interpretación favorable al peticionante en caso de duda, de actuación e impulsión de oficio, de pronunciamiento expreso, del debido proceso, de unidad inescindible del trámite; de interdicción de comportamientos materiales, de confianza legítima.

---

22 Los términos «funcionario público» y «empleado público», son usados de manera indistinta en este texto y bajo ellos se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

23 Buenader, Eduardo, «Algunas consideraciones sobre el empleo público y el derecho a la estabilidad (a propósito de un fallo de la corte suprema)», ED-RDTSS, 2016, p. 901, cita online ED-DCCLXXVI-458.)

La obligación de fundar debidamente las decisiones que se adoptan.

Esta última obligación, no sólo trasunta el cumplimiento del deber ético de todo funcionario público, conforme la Ley de Ética de la Función Pública[24], sino también el respeto hacia la persona destinataria de lo decido, que debe conocer las razones debidamente justificadas que indujeron a la autoridad pública a adoptar la decisión, de manera que, no le quepan dudas al ciudadano que el acto administrativo emitido cumple con la finalidad que resulta de las normas que otorgan las facultades pertinentes al órgano emisor, sin perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto y que las medidas que el acto involucre son proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad.

Emerge entonces ... «la obligación, como señala la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los ciudadanos «de las instancias públicas de proceder a una buena Administración Pública, aquella que se dirige a la mejora integral de las condiciones de vida de las personas. La buena Administración Pública es, pues, una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable»[25].

VI.2.2. En materia de responsabilidad administrativa disciplinaria, el respeto por el debido proceso adjetivo y por el resto de los principios que informan el procedimiento administrativo sancionador, tales como principio de legalidad, debido proceso adjetivo, tutela administrativa efectiva, reserva de ley, non bis in ídem, culpabilidad, razonabilidad, proporcionalidad y prescripción.

Sin perjuicio de la aplicación de los demás principios propios del procedimiento administrativo que fueron enunciados precedentemente.

Pero también en materia de procedimiento administrativo contravencional o penal administrativo, la aplicación de esos principios, a los que se suman la no analogía, la ley administrativa más benigna como manifestación de la realización del principio de la dignidad humana.

VI.2.3. En materia de sumarios administrativos, debemos resaltar que la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en nuestro texto constitucional a partir del año 1994 implicó un cambio de paradigma centrado en el valor del principio *pro persona, pro homine* e *in dubio pro libertate.*

Se trata de principios sustantivos que se dirigen al agente público que dicta el acto administrativo sancionador a los efectos de interpretar en forma favorable a la persona sumariada las normas que reconocen o amplían los derechos humanos y en forma circunscripta las normas que regulan restricciones o limitaciones con el fin de preservar la dignidad de la persona.

La potestad disciplinaria encuentra fundamento en mantener el adecuado desenvolvimiento de la Administración pública, y a tal fin debe desplegarse con el debido respeto a la persona del sumariado.

En consonancia con los principios indicados en el primer párrafo de este ítem, el nuevo Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por el Decreto n.º 456/2022[26] (RIA) incorporó una serie de artículos de real importancia, que plasman el principio de la dignidad de la persona.

Así, en el artículo 10 del mencionado reglamento se reconoce como deber de toda instructora e instructor aplicar la perspectiva de género en todas las instancias y actuaciones llevadas a cabo dentro del procedimiento y en el artículo 125 del mismo se distinguió que en los casos de investigaciones cuyo objeto versare sobre violencia laboral o de género ejercida en el ámbito laboral, la Instrucción adoptará las medidas que prevengan un injustificado aumento de las molestias que produzca la tramitación del procedimiento, concentrará las intervenciones de la persona presuntamente afectada en la menor cantidad de actos posibles y evitará convocatorias recurrentes y contacto innecesario con la persona imputada o sumariada; mantendrá un trato respetuoso, que

24 http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=112, Ley, 25.188

25 Preámbulo de la Carta Iberoamericana de los derechos y deberes de los ciudadanos, 2013.

26 http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=112.

no menoscabe la dignidad de la persona presuntamente afectada, sin intromisión ni indagación en aspectos íntimos que no resulten conducentes para el esclarecimiento de los hechos.

También la Instrucción, en caso de tratarse de una denuncia por violencia de género ejercida en el ámbito laboral, observará lo establecido en el Protocolo Marco aprobado por la Decisión Administrativa n.º 1012 de fecha 22 de octubre de 2021[27] o la normativa que resultare de aplicación, que se rige por principios rectores que pretende que el abordaje ante situaciones de violencia por motivos de género no afecte la dignidad de la persona, tales como: a) Escucha activa y empática por parte de quien recibe las consultas, adoptando una actitud receptiva, sin críticas ni prejuicios, que favorezca la comunicación por parte de quien consulta, así como su participación en las decisiones para el diseño de una estrategia de intervención y acompañamiento, b) Confidencialidad y respeto. Su aplicación significa que la persona que efectúe una consulta o presente una denuncia en sede administrativa, será tratada con respeto y confidencialidad, debiendo ser escuchada en su exposición sin menoscabo de su dignidad y sin intromisión en aspectos que resulten irrelevantes para el conocimiento de los hechos. En todo momento se deberá respetar la confidencialidad de los datos que manifieste querer mantener en reserva; c) No revictimización en el sentido que se evitará la reiteración innecesaria del relato de los hechos, como también de la exposición pública de la persona denunciante y/o de los datos que permiten identificarla; d) Contención y orientación. En tanto dispone que la persona afectada será orientada de manera gratuita, en todo trámite posterior a la consulta, realización de la denuncia administrativa, así como respecto del procedimiento que pudiera seguir a dicha denuncia, de las acciones legales que tiene derecho a emprender y medidas preventivas que puede solicitar.

Los enunciados precedentemente son algunos ejemplos que no agotan los institutos y asuntos regulados por el derecho administrativo, que en su normatización y aplicación deben extremar su atención para no afectar el derecho humano a la dignidad de la persona.

7. A modo de conclusión

El respeto debido a la dignidad de la persona adquiere especial relieve en las actuaciones de las Administraciones Públicas. De allí la importancia de que se regulen con el máximo detalle las exigencias que impone su consideración.

Ahora esas exigencias requieren de un cambio de paradigma en el quehacer de la cosa pública, un cambio, en la conducta de las personas humanas titulares de los órganos administrativos y de los ciudadanos destinatarios de las mismas, signado por la dignidad de la persona, la que marcará las pautas de conducta a seguir.

Como nos enseña Jesús González Pérez, «la dignidad, es el rango o la categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a todo lo creado. Se atenta contra la dignidad humana siempre que se olvide esta esencial superioridad del hombre y se le considere como cualquier otra parte de la naturaleza. Será indigno todo lo que suponga una degradación del puesto central que le corresponde en la Creación»[28]

Como nos enseña el Papa Francisco, en su encíclica «Fratelli tutti» (4 de octubre de 2020), *no se reconoce adecuadamente la dignidad humana si se adopta una visión relativista, pues el relativismo, «envuelto detrás de una supuesta tolerancia, termina facilitando que los valores morales sean interpretados por los poderosos según las conveniencias del momento»* (n. 206, una idea parecida en el n. 209) y agrega *las sociedades necesitan encontrar un válido fundamento de la dignidad humana, para evitar los riesgos que seguirían de no reconocerla. Solo entonces esas sociedades pueden tener garantizado, dentro de los límites de la historia, su futuro* («Fratelli tutti», n. 207).

27 http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=112.

28 (Jesús González Pérez, cit. por Massimimo, «La dignidad...». Leonardo Massimino, «La dignidad de la persona como principio del derecho público», Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, n.º 418 (2013).

Bibliografía

Balbín, **Carlos**. «Un Derecho Administrativo para la Inclusión Social» - *Revista de Direito Administrativo & Constitucional,* ISSN 1516-3210.

Buenader, **Eduardo**. «Algunas consideraciones sobre el empleo público y el derecho a la estabilidad (a propósito de un fallo de la corte suprema)», ED-RDTSS, 2016.

Cassagne, **Juan Carlos**. *Los Grandes Principios del Derecho Públicos Constitucional y Administrativo*, Ed. Thomson Reuters La Ley, 2015,

Faundez Ledesma, **Héctor** *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales*, 3.ª: ed., San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

Rodriguez-Arana, **Jaime**. https://rodriguezarana.com/los-derechos-sociales-fundamentales-2/.

12

LA APLICACIÓN DE LA TECNOLOGÍA BIM EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

THE APPLICATION OF BIM TECHNOLOGY IN PUBLIC PROCUREMENT. ANALYSIS OF THE RESOLUTIONS OF THE ADMINISTRATIVE PROCUREMENT TRIBUNALS

María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: En el presente trabajo se estudia la implantación de la Tecnología BIM en la contratación pública, sus requisitos, condiciones, plazos de implantación, su inclusión en los pliegos y la doctrina de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública en cuanto a los requisitos de solvencia, criterios de adjudicación, condiciones de ejecución, adscripción de medios y prescripciones técnicas.

PALABRAS CLAVE: BIM, contratación pública, tecnología.

ABSTRACT: This paper studies Spanish regulations about the implementation of BIM («Building Information Modelling») technology in public procurement, its requirements, conditions, implementation deadlines, its inclusion in the bidding documents and the doctrine of the Administrative Procurement Tribunals regarding solvency requirements, award criteria, performance conditions, assignment of means and technical specifications.

KEYWORDS: BIM, public procurement, technology

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA COMISIÓN INTERMINISTERIAL PARA LA INCORPORACIÓN DE LA TECNOLOGÍA BIM EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 3. EL PLAN DE INCORPORACIÓN DE LA METODOLOGÍA BIM EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO Y SUS ORGANISMOS PÚBLICOS Y ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO VINCULADOS O DEPENDIENTES. 4. EXPERIENCIAS DE LICITACIONES. EL OBSERVATORIO. 5. INFORMES DE LAS JUNTAS CONSULTIVAS DE CONTRATACIÓN. 6. ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS DE LOS TRIBUNALES DE CONTRATACIÓN SOBRE LA TECNOLOGÍA BIM. 7. SEGUIMIENTO, REVISIÓN Y EVALUACIÓN DE LA IMPLANTACIÓN DEL PLAN PARA LA INCORPORACIÓN DE BIM EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 8. CONCLUSIONES. 9. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

La Tecnología BIM («Building Information Modelling»), modelado de la construcción del edificio, o de modelado digital de la información de la construcción, ha ido adquiriendo un gran auge en los

últimos años en el sector privado[1] y su implantación está aumentando progresivamente[2]. Paulatinamente se está incorporando al Sector Público.

Como señala J.M. Gimeno Feliu (2023a) «para impulsar de forma decidida la BIM resulta imprescindible su aplicación *"convencida"* por el sector público, que debe ejercer su función constitucional de liderazgo institucional, lo que obliga a prestar atención a las reglas de contratación pública pues el sector público es, de forma destacada el *"primer cliente"*»[3].

El reconocimiento normativo de la tecnología BIM se ha producido inicialmente en la Directiva 2014/24/UE[4] para posteriormente ser recogida en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público[5] (en adelante LCSP)[6].

La Directiva 2014/24/UE en su art. 22.4 dispone que, para contratos públicos de obra y concursos de proyectos, los Estados miembros podrán exigir el uso de herramientas electrónicas específicas, como herramientas de diseño electrónico de edificios o herramientas similares. En esos supuestos, los poderes adjudicadores ofrecerán medios de acceso alternativos según lo estipulado en el apartado 5[7] hasta el momento en que dichas herramientas estén generalmente disponibles en el sentido de la segunda frase del párrafo primero del apartado 1[8].

Por su parte, la Disposición Adicional 15.6 de la LCSP postula que, para contratos públicos de obras, de concesión de obras, de servicios y concursos de proyectos, y en contratos mixtos que combinen elementos de los mismos, los órganos de contratación podrán exigir la utilización de herramientas electrónicas específicas, tales como herramientas de modelado digital de la información de la construcción (BIM) o herramientas similares. En esos casos, ofrecerán medios de

1 Ver B. Fuentes Giner (2014).

2 Ya en el año 2016 estaba en progresiva implantación. Ver Resultados de la encuesta BIM a arquitectos, mayo 2016: https://www.cscae.com/images/stories/BIM/Resultados-encuesta-BIM_v8-imagenes.pdf Ver también J. Marin Escribano (2022: 1-15).

3 J.M. Gimeno Feliu (2023a).

4 Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

5 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

6 Sobre la incorporación del BIM en la contratación pública en nuestro país, ver M. Chamorro Oter (2020: 39-58).

7 Art. 22.5: «Cuando sea necesario, los poderes adjudicadores podrán exigir la utilización de herramientas y dispositivos que no estén disponibles de forma general, a condición de que los poderes adjudicadores ofrezcan medios de acceso alternativos.
Se considerará que los poderes adjudicadores ofrecen medios de acceso alternativos apropiados cuando:
a) ofrezcan gratuitamente un acceso completo y directo por medios electrónicos a esas herramientas y dispositivos a partir de la fecha de publicación del anuncio, de conformidad con el anexo VIII, o a partir de la fecha de envío de la invitación a confirmar el interés; el texto del anuncio o de la invitación a confirmar el interés especificará la dirección de internet en la que puede accederse a esas herramientas y dispositivos;
b) garanticen que los licitadores que no tienen acceso a las herramientas y dispositivos de que se trate, o que no tienen la posibilidad de obtenerlos en el plazo fijado, siempre que la falta de acceso no pueda atribuirse al licitador en cuestión, pueden tener acceso al procedimiento de contratación utilizando fichas provisionales disponibles gratuitamente en línea, o
c) admitan un canal alternativo para la presentación electrónica de ofertas».

8 Art. 22.1: «Los Estados miembros garantizarán que todas las comunicaciones y todos los intercambios de información en virtud de la presente Directiva, y en particular la presentación electrónica de ofertas, se lleven a cabo utilizando medios de comunicación de conformidad con los requisitos establecidos en el presente artículo. Las herramientas y dispositivos que deban utilizarse para la comunicación por medios electrónicos, así como sus características técnicas, serán no discriminatorios, estarán disponibles de forma general y serán compatibles con los productos informáticos de uso general, y no restringirán el acceso de los operadores económicos al procedimiento de contratación. (...)».

acceso alternativos de acuerdo con lo previsto en el apartado 7 de esta Disposición adicional[9] hasta el momento en que dichas herramientas estén generalmente disponibles para los operadores económicos.

CUADRO COMPARATIVO REGULACIÓN BIM EN DIRECTIVA Y LCSP		
Art. 22.4 Directiva 2014/24	D.Adicional 15.6 LCSP	
Para contratos públicos de obra y concursos de proyectos, los Estados miembros podrán exigir el uso de herramientas electrónicas específicas, como herramientas de diseño electrónico de edificios o herramientas similares.	Para contratos públicos de obras, de concesión de obras, de servicios y concursos de proyectos, y en contratos mixtos que combinen elementos de los mismos, los órganos de contratación podrán exigir el uso de herramientas electrónicas específicas, tales como herramientas de modelado digital de la información de la construcción (BIM) o herramientas similares.	La LCSP especifica además los contratos de concesión de obras, de servicios y contratos mixtos.
En esos casos, los poderes adjudicadores ofrecerán medios de acceso alternativos según lo dispuesto en el apartado 5 hasta el momento en que dichas herramientas estén generalmente disponibles en el sentido de la segunda frase del párrafo primero del apartado 1.	En esos casos, ofrecerán medios de acceso alternativos según lo dispuesto en el apartado 7 de la presente Disposición adicional hasta el momento en que dichas herramientas estén generalmente disponibles para los operadores económicos.	

J.M. Gimeno Feliu (2023b: 59) concluye que «la metodología BIM permite pensar en clave de valor y de inversión y no de ahorro y precio, donde la colaboración público-privada debe ser una herramienta para satisfacer el interés general»[10].

2. La Comisión Interministerial para la incorporación de la tecnología BIM en la contratación pública

Por Real Decreto 1515/2018, de 28 de diciembre[11], se crea la Comisión Interministerial para la incorporación de la metodología BIM en la contratación pública («BOE» núm. 29, de 2 de febrero de 2019)[12]. Como señala el Preámbulo de esta disposición «Building Information Modelling» (BIM)

9 Disposición Adicional 15.7 de la LCSP: «Cuando sea necesario, los órganos de contratación podrán exigir la utilización de herramientas y dispositivos que no estén disponibles de forma general, a condición de que ofrezcan medios de acceso alternativos. Se considerará que los órganos de contratación ofrecen medios de acceso alternativos apropiados cuando:
a) ofrezcan gratuitamente un acceso completo y directo por medios electrónicos a dichas herramientas y dispositivos a partir de la fecha de publicación del anuncio correspondiente o a partir de la fecha de envío de la invitación, en su caso. El texto del anuncio o de la invitación especificará la dirección de Internet en la que puede accederse a dichas herramientas y dispositivos, o bien,
b) garanticen que los licitadores que no tienen acceso a las herramientas y dispositivos de que se trate, o que no tienen la posibilidad de obtenerlos en el plazo fijado, siempre que la falta de acceso no pueda atribuirse al licitador en cuestión, pueden tener acceso al procedimiento de contratación utilizando mecanismos de acceso provisionales disponibles gratuitamente en línea; o bien,
c) admitan un canal alternativo para la presentación electrónica de ofertas».

10 J.M. Gimeno Feliu (2023b: 59).

11 El art. 3 se modificó por Real Decreto 284/2021, de 20 de abril.

12 Como antecedente cabe citar que el 14 de julio de 2015 se había constituido en el Ministerio de Fomento la Comisión para la implantación de la metodología BIM. Es preciso destacar también la creación del «EU BIM Task Group» que celebró su primera reunión oficial en Bruselas el 19 de enero de 2016. El grupo está integrado por representantes de Administraciones Públicas (licitadores públicos, gestores de infraes-

«es una metodología de trabajo basada en la digitalización y en la colaboración entre agentes a lo largo de todo el ciclo de vida de una edificación o infraestructura. Requiere del conocimiento y formación en tecnologías asociadas a las nuevas herramientas de diseño y su objetivo es obtener una mayor eficiencia en la inversión en infraestructuras e industria en general ya que la citada metodología pretende conseguir una reducción de riesgos e incertidumbres y un incremento en la calidad. Si bien la utilización de esta metodología persigue esencialmente un incremento de la eficacia en la inversión pública, adicionalmente son muchos los efectos beneficiosos cuya incorporación es susceptible de generar. Entre ellos destaca la mejora de la gestión documental de los proyectos, del mantenimiento a largo plazo de las instalaciones y de la formación de los operarios y del resto de los agentes intervinientes en las diferentes fases de un proyecto. Estos son los elementos clave que han hecho que BIM esté cada vez más presente en todo el mundo y especialmente en los países de nuestro entorno europeo. El concepto BIM engloba el control y la gestión de toda la información que se genera a lo largo del desarrollo del proyecto: desde las fases iniciales de diseño conceptual y selección de alternativas a fases más avanzadas que incluyen el diseño estructural e instalaciones. Sin olvidarnos, por supuesto, del control y la gestión de la construcción y del mantenimiento futuro de las instalaciones. Etapa, esta última, crucial en aspectos clave como la seguridad y la sostenibilidad de edificaciones e infraestructuras».

El Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España (CSCAE) en su declaración BIM[13] quiere resaltar las siguientes consideraciones, que han de guiar la posición de sus representantes en la Comisión BIM España:

- La implantación de sistemas BIM resulta compatible, y se adecua perfectamente, con el modelo profesional del arquitecto español.
- La «maqueta digital» resultante de la aplicación de los sistemas BIM refuerza la idea del proyecto único, arquitectónico, contemplada en el marco legal vigente en el sector, la Ley de Ordenación de la Edificación.
- La implantación de sistemas BIM supone una oportunidad para la mejora de la relación entre todos los agentes de la edificación, en la medida que cada uno lleve a cabo el esfuerzo de asimilación de los modos de participación que corresponda.
- A medio plazo, la mayor parte de los arquitectos españoles harán sus trabajos con sistemas BIM. El proceso de adaptación debe realizarse teniendo en cuenta la actual estructura empresarial en el sector de los servicios de arquitectura, con medidas que faciliten el acceso a la formación, equipos, y aplicaciones informáticas, con costes y plazos asumibles.

La Ley 9/2022, de 14 de junio, de Calidad de la Arquitectura en su art. 5, relativo a las Medidas para que los poderes públicos preserven, fomenten y divulguen la calidad de la arquitectura, señala en su apartado 2 que los poderes públicos procurarán ante todo la excelencia y sostenibilidad de las obras en las que ejerzan como promotores, de forma ejemplarizante para otros sectores de la sociedad. Impulsarán la investigación, el desarrollo y la innovación (I+D+i) en sus proyectos y obras y fomentarán la digitalización y la utilización de herramientas tecnológicamente innovadoras destinadas a hacer más eficiente, competitivo, seguro y de calidad, el proceso constructivo. Estas herramientas facilitarán la redacción de proyectos, dirección de obra y dirección de la ejecución de la obra, el uso y mantenimiento de la arquitectura. Entre otras medidas, se fomentará en los proyectos del sector público el uso de herramientas electrónicas específicas, como metodologías de modelado digital de la información de la construcción (BIM) o similares y la incorporación de técnicas innovadoras.

Asimismo entre las funciones del Consejo sobre la Calidad de la Arquitectura recoge en el art. 6.3: «e) Facilitar, en coordinación con la Comisión Interministerial para la incorporación de la

---

tructuras y gestores de activos inmobiliarios) de diversos Estados Miembros. El «EU BIM Task Group» (co-financiado por la Comisión Europea) tiene como objetivo reunir y alinear los distintos esfuerzos nacionales bajo un enfoque común europeo para desarrollar un sector de la construcción que sea referencia mundial en excelencia.

13 https://www.cscae.com/index.php/conoce-cscae/area-tecnica/bim/declaracion-bim

metodología BIM *(Building Information Modelling)* en la contratación pública, la digitalización del proceso constructivo, así como la incorporación progresiva de modelos de información integrada en el patrimonio público al objeto de facilitar, optimizar y hacer más sostenible su explotación y mantenimiento».

3. El plan de incorporación de la metodología BIM en la contratación pública de la Administración General del Estado y sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes

Se regula en la Orden PCM/818/2023, de 18 de julio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de junio de 2023, por el que se aprueba el Plan de Incorporación de la Metodología BIM en la contratación pública de la Administración General del Estado y sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes[14].

El Plan se estructura del siguiente modo:

- 1. Introducción.
- 2. BIM en la contratación pública: eficiencia del gasto público e innovación en el sector de la construcción.
- 3. Diagnóstico sobre la situación de la Administración General del Estado y organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes para el uso de BIM en la contratación pública.
  - 3.1. Debilidades: Experiencia escasa y de baja madurez en el uso de BIM entre los órganos públicos, capacitación insuficiente, ausencia de un enfoque de implantación común, necesidad de orientaciones sobre especificaciones del hardware y software, escasa experiencia en el uso de BIM entre la PYME del sector de la construcción, deficiencia de la información disponible sobre la participación de la PYME en la contratación pública con requisitos BIM.
  - 3.2. Fortalezas: Compromiso de los órganos de contratación en el uso de BIM y expectativa de uso generalizado, experiencias piloto tractoras relevantes en el sector público estatal, amplio conocimiento de BIM y de sus beneficios, y expectativa de aplicación generalizada en la PYME del sector de la construcción, participación relevante de la PYME del sector de la construcción en contratos públicos que solicitan el uso de BIM, formación e inversión en BIM entre la PYME del sector de la construcción, disponibilidad generalizada del software BIM para la PYME.
  - 3.3. Amenazas: Resistencia al cambio en las organizaciones públicas, implantación no coordinada de BIM en el sector público, riesgo de obsolescencia, restricción del acceso de la PYME a la contratación pública.
  - 3.4. Oportunidades: Interoperabilidad y neutralidad tecnológica en el intercambio de información, transformación de la contratación pública para tener en cuenta el ciclo de vida de los activos, desarrollo de empleo digital, trabajo cualificado para la juventud.
- 4. Objetivo del Plan de incorporación de la metodología BIM en la contratación pública:
  - 4.1. Ámbito objetivo de aplicación.
  - 4.2. Ámbito subjetivo de aplicación y eficacia.
  - 4.3. Objetivo del Plan: Marco temporal y umbrales de aplicación
  - 4.4. Forma de incorporar BIM en los contratos.
  - 4.5. Excepciones a la solicitud de BIM en los contratos del sector público.
  - 4.6. Estándares aplicables.

14 BOE núm. 172, de 20 de julio de 2023.

- 4.7. Seguridad de los datos[15].
- 4.8. Bases Digitales de Geoinformación Nacionales[16].
- 4.9. Niveles BIM[17]: Nivel BIM previo (No BIM); nivel BIM inicial; nivel BIM medio; nivel BIM avanzado; Nivel BIM integrado.

Plazos de aplicación	Fecha/nivel	Fecha/nivel	Fecha/nivel	Fecha/nivel
Umbral del valor estimado igual o superior al establecido en el art. 20 LCSP[18]	1 abril 2024 Nivel BIM inicial	1 octubre 2025 Nivel BIM medio	1 octubre 2027 Nivel BIM avanzado	1 octubre 2030 Nivel BIM integrado
Umbral del valor estimado inferior al establecido en el art. 20 LCSP e igual o superior a 2.000.000 €[19].	1 abril 2024 Nivel recomendado inicial	1 octubre 2025 Nivel inicial	1 octubre 2027 Nivel medio	1 octubre 2030 Nivel avanzado

En los contratos divididos en lotes, se tendrá en cuenta el valor estimado de cada lote.

En los contratos de servicios vinculados o previos a contratos de obra o de concesión de obras, se solicitará BIM cuando los contratos de obra o de concesión de obras a los que estén vinculados superen los umbrales del valor estimado señalados, o se prevea que van a superarlos.

– 5. Actuaciones para la incorporación de BIM en la contratación pública.
  - 5.1. Línea de Estrategia.
  - 5.2. Línea de Personas: PER1 (Divulgación); PER2 (Formación); PER3 (Promoción de BIM en la formación reglada); PER4 (Promoción de formación en BIM en la Administración General del Estado y su sector público institucional); PER5 (Fomento de la formación en BIM en el ámbito profesional).
  - 5.3. Línea de Procesos.
  - 5.4. Línea de Tecnologías.
– 6. Seguimiento y revisión del Plan.
  - 6.1. Seguimiento anual por la Comisión Interministerial.
  - 6.2. Información al Consejo de Ministros.

15 Las aplicaciones, servicios o sistemas electrónicos que se utilicen para gestionar la información con BIM han de cumplir el Esquema Nacional de Seguridad (ENS) definido en el Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad.

16 Una vez finalice un contrato cuya gestión de la información se haya llevado a cabo con BIM, el órgano de contratación enviará las envolventes del modelo BIM, así como las modificaciones que se hayan realizado en el territorio del perímetro de actuación, al Instituto Geográfico Nacional (IGN) para su inclusión en las Bases Digitales de Geoinformación Nacionales del Sistema Cartográfico Nacional, establecido en el Real Decreto 1545/2007, de 23 de noviembre. El Instituto Geográfico Nacional establecerá tanto las características de las envolventes del modelo BIM y la información asociada (metadatos), como el procedimiento de envío para su inclusión en las Bases Digitales de Geoinformación.

17 A los efectos de consecución gradual y progresiva del objetivo de este Plan, se establecen 5 niveles BIM en la gestión de la información de un contrato del sector público. Los niveles BIM son graduales, en nivel creciente de aplicación BIM. Cada nivel se define por un conjunto de requisitos mínimos, agrupados en 4 categorías: estrategia, procesos, soporte tecnológico y personas.

18 Ver Orden HFP/1352/2023, de 15 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2024, que modifica la cuantía del art. 20.1 de la LCSP.

19 Se entenderá revisado cuando se actualice el importe mencionado en el art. 159.1.a) de la LCSP.

- 6.3. Revisión del Plan: Este Plan se revisará en 2 años desde su aprobación.

La incorporación de BIM en la contratación pública persigue un objetivo doble: por un lado, mejorar la eficiencia del gasto público en los contratos del sector público y, por otro, servir de palanca para la transformación digital del sector de la construcción.

Según se indica en el Plan de Incorporación de la Metodología BIM en la contratación pública los órganos de contratación de la Administración General del Estado y sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes ya se están solicitando el uso de BIM. En el año 2022, dichos órganos de contratación licitaron 190 contratos que incluían la utilización de BIM y que supusieron el 1,4 % del valor estimado de todas las licitaciones publicadas en la Plataforma de Contratación del Sector Público por la Administración General del Estado y sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes, según análisis realizado por el Observatorio de licitaciones BIM que mantiene la Comisión Interministerial BIM.

El Plan incluye en su apartado 4.4 la forma de incorporar BIM en los contratos. Así, señala que la incorporación de BIM en los contratos será como sigue[20]:

a. En todo caso, el órgano de contratación solicitará BIM incorporando requisitos de información BIM en los pliegos de prescripciones técnicas particulares o en los documentos descriptivos, según corresponda, que se definirán en función de las necesidades del contrato y de las fases del ciclo de vida del activo para dar respuesta a los objetivos fijados y a los usos pretendidos. Los requisitos de información BIM se definirán de conformidad con las reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas definidas en el art. 126 de la LCSP, solicitando únicamente aquellos requisitos de información BIM que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este o con contratos posteriores. En este sentido, para el establecimiento de los requisitos de información BIM se recomienda tener en cuenta todas las fases del ciclo de vida del activo, especialmente la utilización y el mantenimiento del activo.

b. Adicionalmente a lo anterior, el órgano de contratación podrá solicitar consideraciones sobre BIM en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, si lo cree oportuno, pudiendo consistir entre otros en:

- Criterios de solvencia técnica,
- Criterios de adjudicación relacionados,
- Condiciones especiales de ejecución,
- Otras consideraciones.

En el apartado 4.5 del Plan se recogen las excepciones a la solicitud de BIM en los contratos del sector público. En este sentido indica que los órganos de contratación, de forma excepcional, podrán no solicitar BIM en los siguientes casos:

a) Causas derivadas de la naturaleza del contrato que puedan suponer una limitación a la concurrencia de los licitadores.
b) Razones de urgencia que requieran dar respuesta a una necesidad inaplazable o acelerar la contratación por motivos de interés público.
c) Causas debidamente justificadas no imputables al sujeto contratante que deriven de acontecimientos imprevisibles por el órgano de contratación.
d) Falta de eficiencia o de rentabilidad considerando el ciclo de vida en su totalidad, por la naturaleza y el objeto de las obras.
e) Otros supuestos de análoga naturaleza en los que se prevea que la exigencia de BIM imposibilitaría la debida atención en tiempo y forma de la necesidad pública.
f) Por cuestiones que afecten a los intereses de la seguridad del Estado.

El órgano de contratación tendrá que justificar dicha excepcionalidad en el informe de motivación de la necesidad del contrato que se publica en el perfil del contratante.

20 Plan de Incorporación de la Metodología BIM en la contratación pública.

Cuando el valor estimado del contrato es igual o superior al umbral fijado en el apartado 1.a) del art. 324 de la LCSP, 12.000.000 euros, se deberá enviar dicho informe de motivación a la Comisión Interministerial BIM (CIBIM), la cual publicará de forma anual un resumen de los informes recibidos y, en su caso, una valoración de dichos informes.

El Grupo de Trabajo sobre BIM de la UE[21], que cuenta con el respaldo de la Comisión Europea, elaboró ya en 2017 un Manual para la introducción de la metodología BIM por parte del sector público europeo[22] y en el mismo se recomienda a los gobiernos utilizar la contratación pública para impulsar la transformación del sector de la construcción y la adopción de BIM, trabajando de forma conjunta con la industria.

También algunas Comunidades Autónomas han elaborado libros blancos, manuales y guías sobre tecnología BIM, así Cataluña elaboró[23] el Libro blanco sobre la definición estratégica de implementación del BIM en la Generalitat de Cataluña en septiembre de 2018[24], o una Guía BIM en junio de 2019, o manuales específicos como el relativo a la Agencia Catalana del Agua[25]. De igual modo, algunos Colegios Profesionales.

Las normas UNE-EN ISO 19650 Partes 1 y 2: Organización y Digitalización de la Información en Obras de Edificación e Ingeniería Civil que utilizan BIM (Building Information Modeling). Gestión de la Información al utilizar BIM (Building Information Modeling) regulan pormenorizadamente la tecnología BIM.

4. Experiencias de licitaciones. El Observatorio

El Observatorio de Licitaciones Públicas BIM se creó en mayo de 2017 con el objetivo de conocer el avance de la implantación de la metodología BIM en España.

Este Observatorio es de gran interés, ya que proporciona información valiosa sobre el número de licitaciones públicas con BIM, según diferentes clasificaciones y entidades, analizando la distribución de los requisitos BIM más solicitados en los pliegos de contratación, entre otras cuestiones.

5. Informes de las Juntas Consultivas de Contratación

Aunque la implantación de la tecnología BIM es relativamente reciente, en España ya se pronunció en primer lugar la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya sobre esta cuestión.

En este sentido cabe destacar el Informe 4/2018, de 16 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Pleno) sobre la propuesta de Acuerdo del Gobierno de la Generalitat de Catalunya por el que se determinan los contratos en que se tiene que aplicar la metodología de trabajo colaborativa y virtual en tres dimensiones denominada Building Information Modelling (BIM) y la forma y las condiciones para hacerlo.

La Junta se pronuncia sobre incorporar la utilización de la metodología BIM, cuando no se exige como prescripción técnica obligatoria, como un aspecto a valorar en función del objeto del contrato. Señala que «en relación con esta previsión, y dado que el artículo 145.2.1.º de la LCSP, relativo a los requisitos y clases de criterios de adjudicación de los contratos, prevé, como criterios cualitativos que se pueden establecer para evaluar la mejor relación calidad-precio de una oferta, entre otros, la calidad, incluido el valor técnico y las características estéticas y funcionales, hay que afirmar que es posible incorporar la utilización de la metodología BIM, cuando no se exige como prescripción técnica obligatoria, como un aspecto a valorar en función del objeto del contrato».

21 EU BIM Task Group.

22 http://www.eubim.eu/wp-content/uploads/2018/02/GROW-2017-01356-00-00-ES-TRA-00.pdf

23 Ver Acuerdo de 11 de diciembre de 2018 y Resolución Tes/188/2019 de 21 de enero (DOGC 7803, de 5 de febrero de 2019, dejado sin efecto por Acuerdo 4 abril 3023 (DOGC 8891 de 6 de abril 2023).

24 https://itec.cat/docs/pdf/libro_blanco_bim.pdf

25 https://aca.gencat.cat/web/.content/10_ACA/D_Perfil_del_contractant/BIM/manual.pdf

Por otra parte, pone de relieve que «la importancia de utilizar formatos abiertos y neutrales para el intercambio de datos se pone de manifiesto en el «manual para la introducción de la metodología BIM por parte del sector público europeo» en que se hace referencia al formato abierto IFC como formato de colaboración muy utilizado en el ámbito del BIM. Según se señala en este manual, la importancia del uso de formatos neutrales y abiertos, además de aumentar la interoperabilidad y facilitar el intercambio de datos, favorece la diversidad en la cadena de suministro y, en cuanto a los programas informáticos disponibles, evita las situaciones de monopolio y contribuye a fomentar la competencia. En este sentido, se indica que los estándares abiertos son muy importantes para los promotores públicos, puesto que ofrecen la posibilidad de establecer que los datos se ajusten a un formato y un modelo que cualquier miembro de la cadena de suministro, como las PYMEs, pueda proporcionar, con independencia del software escogido».

De igual modo hay que tener en cuenta que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su informe 22/2023, se pronunció sobre el Plan de incorporación de la metodología BIM en la contratación pública de la Administración General del Estado[26].

6. Algunos pronunciamientos de los Tribunales de Contratación sobre la tecnología BIM

Existen algunos pronunciamientos de los Tribunales Administrativos de Contratación sobre diversos temas contractuales de la tecnología BIM.

Así, destacamos, entre otros, los que se exponen a continuación, cuyos aspectos más relevantes se recogen, dado su interés y exposición argumentativa.

6.1. La aplicación de la metodología BIM, condición de ejecución y criterio de adjudicación

Sobre esta cuestión se ha manifestado la Resolución 102/2019, de 30 de mayo, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (OARC/KEAO).

La recurrente considera que la obligación de la aplicación de la metodología BIM como condición de ejecución y como cláusula de penalización (el incumplimiento del compromiso de aplica-

26 En este sentido la JCCPE ha expresado: «2. El uso de BIM en la contratación pública ha sido previsto en el apartado 6 de la disposición adicional decimoquinta de la LCSP, que establece que «Para contratos públicos de obras, de concesión de obras, de servicios y concursos de proyectos, y en contratos mixtos que combinen elementos de los mismos, los órganos de contratación podrán exigir el uso de herramientas electrónicas específicas, tales como herramientas de modelado digital de la información de la construcción (BIM) o herramientas similares [...]». El Plan parte del impacto previsto del uso de BIM en la contratación pública mejorando la eficiencia del gasto público y contribuyendo en la transformación digital del sector de la construcción a través de la innovación, y en línea con la práctica de otros Estados miembros de la Unión Europea, se dirige a facilitar a los órganos de contratación de la Administración General del Estado y sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes, la transición hacia la incorporación de BIM en la contratación pública en los próximos años. Por otra parte, se destaca que el Plan se alinea con la política de fomento de la innovación a través de la contratación pública estratégica, impulsada por la Comisión Europea e incluida en las principales directivas de contratación pública de los últimos años, así como con la Estrategia Nacional de Contratación Pública. El Plan se estructura en siete capítulos y un Anexo. Parte de un diagnóstico de la situación de la Administración General del Estado y sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes como punto de partida para la incorporación del uso de BIM en la contratación pública. Sobre esta base, se establece el objetivo del Plan, que es instruir a los órganos de contratación para la incorporación de BIM en la gestión de la información en los contratos del sector público relacionados con la construcción, conforme a un calendario progresivo de aplicación de BIM. en función del valor estimado del contrato. Con el fin de facilitar una implantación de BIM coordinada, el Plan fija las líneas de acción que deben emprenderse por la Comisión Interministerial BIM como acompañamiento a los órganos de contratación, así como medidas para el seguimiento de dicho Objetivo y un apartado sobre la revisión del Plan. Finalmente, desde el punto de vista de su tramitación, este Plan se elevará al Consejo de Ministros para su aprobación mediante acuerdo, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, y se revisará cada dos años o cuando así lo acuerde la Comisión».

ción) ponen de manifiesto la vulneración de los siguientes principios: de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad. Asimismo, se alega que no se puede valorar como criterio de adjudicación el desarrollo de los trabajos en metodología BIM porque no se ofrecen medios de acceso alternativos, de acuerdo con lo establecido en los apartados 6 y 7 de la disposición adicional 15 de la LCSP. De forma previa al análisis de los argumentos impugnatorios contenidos en el recurso se considera conveniente resumir en qué consiste el «Building Information Modelling» (BIM). El Preámbulo del Real Decreto 1515/2018, de 28 de diciembre, por el que se crea la Comisión Interministerial para la incorporación de la metodología BIM en la contratación pública lo define como una metodología de trabajo basada en la digitalización y en la colaboración entre agentes a lo largo de todo el ciclo de vida de una edificación o infraestructura, cuya utilización persigue esencialmente un incremento de la eficacia en la inversión pública. Además, el concepto BIM engloba el control y la gestión de toda la información que se genera a lo largo del desarrollo del proyecto: desde las fases iniciales de diseño conceptual y selección de alternativas a fases más avanzadas que incluyen el diseño estructural e instalaciones. Asimismo, indica que el interés público derivado de la implantación de la metodología BIM en la contratación pública radica principalmente en que permite tener un mejor control de los costes que se van produciendo, lo que repercutirá en un ahorro de los mismos, resultado que se obtiene al contemplar todo el ciclo de vida de los proyectos de construcción y supondrá un notable incremento de la eficiencia de la inversión pública y de la contratación pública. A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC/KEAO sobre los correspondientes motivos de recurso.

A) La metodología BIM como condición de ejecución

La cláusula 3 del PPT indica que forma parte del objeto del contrato la elaboración de un modelo virtual BIM del Proyecto. Asimismo, la cláusula 19 de la carátula del PCAP establece como una de las condiciones especiales de ejecución del contrato en su letra c), lo siguiente: 19. Condiciones especiales de ejecución (...) c) Condiciones especiales de la ejecución vinculadas al objeto del contrato: (...) c.2 Obligación de aplicación de metodología «BIM»[27] (...) c.3 Entrega del BIM Execution Plan (BEP) Adicionalmente, el proyecto habrá de entregarse en formato tradicional (PDF y DWG).

Por su lado, la cláusula 20 relativa a la penalización, estipula en el apartado c) que el incumplimiento del compromiso de aplicación de la metodología BIM (cualquiera que sea su grado en base a la puntuación obtenida) se considerará un incumplimiento esencial y, por tanto, causa de resolución del contrato.

El núcleo de la pretensión del recurso es determinar si la obligación de aplicar la metodología BIM como condición especial de ejecución y/o como cláusula de penalización (por el quebranto del compromiso de aplicación) es una «barrera de entrada» que impide ilegítimamente el acceso a la licitación y la libre competencia (ver, por ejemplo, el art. 126.1 de la LCSP).

Para que se pueda considerar la existencia de una barrera de entrada, la condición de ejecución debe cumplir, por lo que interesa al objeto del recurso, 2 condiciones:

la primera es que se fije una condición técnica que únicamente puede ser cumplido de una forma o a través de una forma concreta, lo que provocaría una barrera o dificultad para el acceso a la licitación de las empresas que no están en disposición de ofrecerla,

y la segunda, que tal condición sea arbitraria, es decir, no estrictamente exigida por el cumplimiento de la finalidad del contrato, la cual podría quedar igualmente satisfecha con otras soluciones técnicas que, sin embargo, las prescripciones no permiten[28].

---

27 El nivel de definición mínimo del proyecto será un LOD 300, según lo establecido en el apartado correspondiente a «Usos BIM» del Pliego de Prescripciones Técnicas. Los formatos de entrega serán:
d) IFC4, OpenBIM o similares
e) Archivos vinculables al sistema AUTODESK REVIT o similar. Se podrá presentar un archivo vinculable distinto a AUTODESK REVIT siempre y cuando, al vincularse no exista pérdida de información geométrica, de cuantificación, ubicación ni de las características técnicas.
f) Formato integrador que permita visualizar, revisar y coordinar los modelos, en NAVISWORKS o similar.

28 Para la apreciación de estas circunstancias, ha de tenerse en cuenta que el poder adjudicador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad en la configuración del objeto del contrato; además, debe ponderarse la proporcionalidad de la medida, de modo que no se impongan requisitos obligatorios cuyo valor añadido para el objeto de la prestación no compensa su efecto restrictivo de la concurrencia, sin

Igualmente, resulta clarificador para este debate la Resolución del TACRC 837/2015, según la cual el principio de neutralidad tecnológica puede decaer frente a la existencia de justificaciones objetivas que aconsejen optar por una tecnología determinada. Señala asimismo que no es función de este Tribunal entrar en el análisis de los Pliegos desde un punto de vista técnico, sino únicamente jurídico. Además de estas consideraciones, aplicables a cualquier prescripción técnica, ha de tenerse en cuenta la Disposición adicional 15 de la LCSP que, en sus apartados 6 y 7 establece una norma específica para delimitar en qué términos puede exigirse el uso de la herramienta BIM u otras similares.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales observa lo siguiente:

1) Transcurrido más de 1 año desde la entrada en vigor de la LCSP, y más de 5 años desde la publicación de las Directivas 2014/24/UE (ver su art. 22, apartados 4 y 5), ha habido tiempo suficiente para que los diversos operadores del mercado del ámbito de la arquitectura, ingeniería, construcción, así como la Administración pública, se hayan adecuado a una metodología de trabajo impulsada por las propias administraciones (europeas, nacionales y autonómicas), de tal forma que su exigencia actual no supone una discriminación de potenciales licitadores ni la restricción indebida del acceso de los operadores económicos a los procedimientos de contratación.

2) A falta de datos estadísticos actualizados, de acuerdo con la última encuesta publicada por el Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España, de mayo de 2016, el grado de implantación de BIM entre los arquitectos encuestados alcanza el 40 %, siendo su uso mayor en la redacción del proyecto y en el seguimiento de la obra, por lo que este Órgano considera que, transcurridos 2 años desde la realización de dicha encuesta y dado el gran esfuerzo realizado por todos los operadores del mercado para su implantación, la disposición de la herramienta o metodología BIM es tan general como para que los órganos de contratación no se encuentren obligados a ofrecer los medios de acceso alternativos, según lo dispuesto en el apartado 7 de la Disposición adicional 15. Puede reforzarse esta conclusión teniendo en cuenta que, según los informes del Observatorio del BIM, el uso y la exigencia de esta tecnología son cada vez más habituales y que ya es obligatoria, por ejemplo, para los contratos, entre otros, de servicios de redacción de proyectos en la Comunidad Autónoma de Cataluña.

3) Por tanto, no siendo necesario a juicio de este Órgano ofrecer medios de acceso alternativos al BIM para la ejecución de este contrato, y no constando que la prescripción impugnada sea arbitraria, desproporcionada o irrelevante para el interés general, debe desestimarse este motivo del recurso; por el contrario, este Órgano estima que la prescripción denunciada, si bien puede limitar en cierta medida el acceso a la licitación al exigir el uso de una metodología de trabajo concreta, obedece a razones de interés público atendibles, proporcionadas y relacionadas con el objeto y finalidad del contrato, estando su inserción en los pliegos amparada por la discrecionalidad técnica que asiste al órgano de contratación.

En este sentido, se observa que el órgano contratante acredita que la utilización de la metodología BIM es una característica relevante para el interés público y la finalidad del contrato (entre otras cosas, es la manera más adecuada de conocer y controlar los costes del ciclo de vida del proyecto). Por otra parte, no se observa ningún indicio de que la prescripción debatida se haya establecido con la intención ilegítima de perjudicar o beneficiar a empresas o tipos de empresas concretas. Además, se advierte que existen herramientas para trabajar en el entorno BIM abiertas y gratuitas de tal forma que los formatos de entrega exigidos por los pliegos se encuentran disponibles para todo licitador interesado. En definitiva, a juicio de este Órgano la utilización de esta herramienta de modelado digital no constituye un obstáculo a la presentación de las ofertas que impida el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, en los términos del art. 126.1 de la LCSP.

B) La metodología BIM como criterio de adjudicación

Por lo que respecta a la metodología BIM como criterio de adjudicación[29], la recurrente achaca la ilegalidad de la metodología BIM como criterio de adjudicación solamente a que los pliegos no

perjuicio de la inserción, en su caso, de dichos requisitos como criterios de adjudicación (ver, por ejemplo, las Resoluciones del OARC/KEAO 116/2014, 7/2016, 111/2017 y 70/2018).

29 La Cláusula 18 de la Carátula del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares relativo a «Desglose

ofrecen medios de acceso alternativos (de acceso gratuito, completo y directo por medios electrónicos a dichas herramientas), de acuerdo con lo dispuesto en la DA 15.ª, apartados 6 y 7, de la LCSP. Los mencionados preceptos se refieren únicamente al caso en el que los pliegos exijan el uso de la herramienta BIM o similar, y su finalidad es impedir que dicha exigencia sea discriminatoria para la generalidad de los operadores del mercado que aún no disponen de ella, los cuales podrían verse excluidos del acceso a la licitación. Consecuentemente, no es aplicable a los criterios de adjudicación, que no se exigen, sino que se valoran para identificar la mejor oferta, y cuyo incumplimiento no supone vedar el acceso al contrato, sobre todo a la vista del caso concreto, en el que la ponderación es reducida. De hecho, una vez adoptada la medida legislativa para proteger a los operadores más rezagados en la adopción de la nueva herramienta, es adecuado al sentido y finalidad de los criterios de adjudicación que estos pretendan, además, premiar a los licitadores más diligentes en adaptarse a ella. Por todo ello, no habiendo otro motivo de reproche al criterio impugnado, el motivo del recurso debe desestimarse.

6.2. Justificación de los criterios de adjudicación y puntuación asignada a la tecnología BIM

A continuación, cabe mencionar la resolución 15/2019, de 14 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León sobre la falta de justificación de los criterios de adjudicación, especialmente la tecnología BIM y la puntuación otorgada.

Esta resolución se adopta cuando comienza a aplicarse esta metodología, criterio que ha ido evolucionando a medida que ha transcurrido el tiempo. En este caso, señala el TACRC que el informe del órgano de contratación no justifica de un modo suficiente, ni tan siquiera realiza ningún tipo de argumentación al respecto, sobre la conveniencia de la utilización de tal criterio de adjudicación en el contrato examinado, ni sobre el modo genérico en el que aparece previsto en los pliegos.

Por otra parte, el determinante peso que se atribuye a tal criterio (20 puntos) por la simple utilización de tal formato podría suponer una limitación no justificada de la concurrencia, y del fomento del acceso de las PYMES a la contratación. Por ello, de preverse tal criterio de adjudicación en los nuevos pliegos que se redacten el órgano de contratación deberá proceder con la máxima diligencia, justificando, en su caso, la utilización de tal criterio, y valorando de forma suficientemente ponderada la puntuación relativa que pudiera merecer tal criterio en los términos expuestos.

6.3. Alegación de ausencia de medios de acceso alternativos

Cabe aludir a la Resolución n.º71/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) de 26 de enero de 2018 sobre la ausencia de medios de acceso alternativos, que recuerda que el primer motivo por el cual la recurrente solicita que se declare la nulidad de estos pliegos es la denuncia de la existencia de una restricción a la competencia contraria a los principios básicos de la contratación pública, ante la exigencia de herramientas electrónicas específicas de diseño de edificios, que se concretan en la exigencia de redacción del proyecto en modelo BIM (LOD 400), y la ausencia de medios de acceso alternativos. De conformidad con la normativa expuesta, el uso de metodología BIM exigiría de acuerdo con el art. 22 de la Directiva 2014/24/UE y la interpretación que de él resulta a la luz de la disposición 15 de la Ley

de la oferta técnica», valora en su apartado 4:
BIM: Máximo 7 puntos.
a) Se valorará con un punto la presentación de un pre-BEP que incluya aquellos apartados previstos en el Pliego de Prescripciones Técnicas (1 punto).
b) Se otorgarán dos puntos adicionales a quien, además de haber obtenido el punto del apartado (4.a), vincule el sistema de mediciones y presupuestos con el modelo BIM de aquellas partidas relevantes especificadas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (2 puntos).
c) Se otorgarán cuatro puntos adicionales a quien, además de haber obtenido los 3 puntos de los apartados anteriores (4.a y 4.b), entregue mensualmente el modelo actualizado y los modelos AS BUILT a fin de obra, que recojan los cambios ocurridos en el proyecto durante la ejecución de obra (4 puntos).
La valoración de los apartados b y c se hará mediante la presentación irrevocable por parte del licitador.

9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, la obligación de ofrecer medios de acceso alternativos, lo que, tal y como denuncia la recurrente, no se ha realizado, procediendo, por tanto, la estimación de este primer motivo.

En igual sentido se manifiesta la Resolución n.º 1543/2023, del Pleno del TACRC de 30 de noviembre de 2023.

6.4. Aportación de Tecnología BIM no valorable

En la Resolución n.º 794/2018 del TACRC de 14 de septiembre de 2018 se alude a que el licitador ofertó tecnología BIM, pero no se puede valorar porque el pliego no lo prevé como criterio de adjudicación.

6.5. Remuneración por tecnología BIM

Otra resolución del TACRC, la n.º 742/2019 de 4 de julio de 2019 se pronunció sobre la remuneración por tecnología BIM. Se critica por el recurrente que «la remuneración de la presentación del trabajo en metodología BIM supone un esfuerzo añadido supletorio a la clásica forma de trabajar, que debe recibir su justa compensación»[30]. El TACRC señala que «ninguna prueba aporta el recurrente que justifique que en el cálculo del valor estimado por parte de AENA no se hayan incluido la utilización de la metodología BIM ni por qué dicha tecnología ha de hacerse constar por separado en el precio del contrato. Asimismo, tampoco hay prueba alguna que no se vaya a retribuir ese trabajo concreto».

6.6. Requisito de solvencia y criterio de adjudicación. Sobre experiencia profesional mínima como requisito de solvencia y una valoración de la experiencia profesional superior a ese mínimo

Cabe referenciar la Resolución n.º 1671/2021 del TACRC de 19 de noviembre de 2021 sobre experiencia profesional mínima como requisito de solvencia y una valoración de la experiencia profesional superior a ese mínimo.

Señala que «la experiencia requerida por parte del personal encargado de ejecutar el contrato viene configurada como requisito de solvencia, y, por otro lado, como criterio de adjudicación respecto de «EQUIPO TÉCNICO» y «CUALIFICACIÓN Y EXPERIENCIA EQUIPO BIM», como valor añadido a la oferta, operando únicamente para el caso de que el licitador supere esos requisitos mínimos exigidos. Al margen de que el pliego no ha sido impugnado en este punto, sobre la compatibilidad de esta doble exigencia podemos citar nuestra Resolución 358/2017, según la cual «no habría vicio alguno al exigir una experiencia profesional mínima como requisito de solvencia y una valoración de la experiencia profesional superior a ese mínimo como criterio de valoración y adjudicación de la oferta», y la Resolución 677/2017, que indica que «la experiencia mínima que se exige como requisito de solvencia y la adicional que se valora como criterio de adjudicación del contrato, aunque tengan el mismo contenido sustantivo en cuanto a su contenido material, son diferentes desde el punto de vista cuantitativo, pues la experiencia adicional constituye un plus de calidad respecto de la solvencia mínima exigida que afecta directamente a la prestación».

6.7. Exigencia de clasificación empresarial y además adscripción de medios personales cualificados

Sobre esta cuestión se ha manifestado la Resolución de Pleno del TACRC n.º 1543/2023, de 30 de noviembre de 2023.

Se refiere en este punto la recurrente al apartado H) del Cuadro de características del pliego de cláusulas administrativas particulares relativo a los criterios de solvencia técnica y profesional, en el que, además de la exigencia de clasificación empresarial, el órgano de contratación exige mayores requisitos de solvencia, estableciendo que el contratista deberá adscribir a la ejecución del

30 Ver en igual sentido la Resolución TACRC 757/2019 de 4 de julio de 2019.

contrato, entre otros medios personales cualificados, a un responsable técnico de la implementación BIM de la obra, que deberá cumplir los requisitos de formación y experiencia allí establecidos.

El segundo motivo del recurso se refiere a que el pliego exige a los licitadores unos mayores requisitos de solvencia de forma acumulativa al propio certificado de clasificación de contratistas: «Mayores requisitos de solvencia técnica y profesional que se concretan, no solo en la adscripción a la obra de un responsable de implantación BIM, sino también de un Jefe de Obra con una titulación y experiencia determinada; y de un responsable técnico de prevención de riesgos laborales, también con una titulación y experiencia que se concreta en la citada estipulación H) del Cuadro de características del pliego».

Como criterio de adjudicación se valorará la mayor experiencia acreditada en:

- La implementación de la gestión BIM, distinta a la coordinación BIM o desarrollo de función de BIM Manager, en un tipo determinado de obras que se concreta en las de naturaleza civil hidráulica.
- La participación en la gestión de la Calidad y Medio Ambiente en obras de naturaleza civil.

Son evidentes las diferencias entre los requisitos dispuestos en cuanto a solvencia y las establecidas como criterios de adjudicación, apuntando estas últimas a una relación directa con el contrato que se licita en aras de conseguir una mayor calidad en su ejecución, lo que obliga a la desestimación de este alegato del recurso.

6.8. Sobre adscripción de medios

Cabe aludir a la Resolución n.º 135/2023 del TACRC de 9 de febrero de 2023 sobre adscripción de medios exigida, que indica que la adscripción de medios solicitada resulta adecuada y no desorbitada, además de que la recurrente en ningún momento justifica esa manifestación, y la experiencia mínima que se exige a los medios personales, no es excesiva, ya que únicamente se exige un mínimo de 5 años de ejercicio profesional en algunas de las categorías requeridas, y de 3 años o sin experiencia para otras (modelador BIM y administrativo). En todo caso, la experiencia solicitada es un criterio de adjudicación, y no de selección de las empresas a presentar ofertas.

6.9. En el documento aportado no se certifica expresamente que el proyecto esté desarrollado en la metodología BIM

La Resolución n.º 33/2024 del TACRC (Sección 2.ª), de 18 de enero de 2024 señala que la mesa de contratación, en sesión de 18 de octubre de 2023, decidió revisar nuevamente los certificados presentados por todos los licitadores relativos al apartado de experiencia BIM, con el fin de respetar el principio de igualdad de trato. De la revisión practicada se produjeron cambios en las puntuaciones otorgadas por este criterio a dos licitadores, uno de ellos la recurrente, a la que se le redujeron 5 puntos correspondientes a un certificado en el que no se hacía referencia a que la ejecución de la obra se hubiese ejecutado mediante metodología BIM.

Frente a las alegaciones de la recurrente de que el certificado no valorado «...es evidente que está desarrollado bajo metodología BIM, como se puede comprobar en el documento que se adjuntó», el informe del órgano de contratación pone de relieve como en el documento aportado no se certifica expresamente que el proyecto esté desarrollado en la mencionada metodología, a diferencia de lo que ocurre en otros certificados realizados por la misma promotora y aportados por la propia recurrente. El recurrente se opone la conclusión a la que llega el órgano de contratación, pero lo hace resaltando que «es evidente» que el proyecto en disputa ha sido desarrollado con metodología BIM. Esta postura no confronta de forma efectiva la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, en tanto no pone de manifiesto que la conclusión alcanzada por este incurra en error material o arbitrariedad, lo que lleva a desestimar el recurso.

6.10. No acreditación de formación o experiencia específica en metodología BIM

En la Resolución n.º 41/2024 de 18 de enero de 2024 el TACRC indica que los pliegos diferencian entre titulación, formación y experiencia, para cuya acreditación, hacen referencia al título académico, certificados de formación específica y certificados de experiencia profesional. El título

académico de la persona ofertada por «V», solamente acredita su titulación y la formación superior que la misma supone, en este caso, la Ingeniería de Caminos, Canales y Puertos, pero no la formación específica en metodología BIM, ni la experiencia en dicho campo. Para acreditar ambos aspectos los pliegos exigen certificados de experiencia o de formación, sin que pueda considerarse equivalente un curriculum vitae, que no deja de ser una declaración del propio trabajador, pero no una acreditación de lo que el mismo recoge. Para acreditar la experiencia y formación en este campo de la persona en cuestión, presenta «V» un certificado específico de formación, si bien data del año 2022, lo que supone acreditar la formación o experiencia BIM, pero no durante el mínimo de cuatro años que los pliegos exigen. Lo expuesto lleva a desestimar la impugnación de «V», pues los pliegos exigen acreditar una formación o experiencia específica en metodología BIM durante cuatro años a través de un certificado, y tales circunstancias no pueden considerarse acreditadas con la documentación presentada por la mercantil.

6.11. Exigencia de un título de Master universitario BIM

La Resolución n.º 963/2023 del TACRC de 20 de julio de 2023 apunta que la afirmación de que exigir un título de Máster Universitario BIM suponga una restricción injustificada al principio de la libre concurrencia, por el hecho de que el mencionado máster únicamente se imparta por tres centros educativos en España, carece de todo fundamento. La formación exigida para los profesionales viene determinada por las características del anteproyecto contratado, apareciendo suficientemente motivada en el expediente, siendo indiferente que existan más o menos titulados universitarios en España con esa titulación, pues lo importante es la calidad que tal titulación acredita para la ejecución del contrato, no el número de profesionales que la tengan.

Así la exigencia de dicha titulación es objetiva y resulta proporcionada, al encontrarse debidamente justificada en relación al objeto del contrato, quedando por tanto descartado el primer motivo de impugnación.

6.12. Adscripción de medios. Gestor de proyectos en metodología BIM

La Resolución n.º 919/2023 del TACRC de 13 de julio de 2023 señala que no resulta desproporcionado que, entre los medios personales a adscribir por el proponente, figure un evaluador de sostenibilidad y un gestor de proyectos en metodología BIM. Entiende este Tribunal que, aunque la justificación invocada en el PCAP es parca, aunque suficiente, ajustándose a lo estipulado en el art. 116.4 LCSP. y ello porque aun cuando lo idóneo hubiera sido una mayor concreción y desarrollo en el expediente, la allí contenida es suficiente para entender justificada la adscripción de medios personales exigida, pues contiene los elementos esenciales que posteriormente son abordados con intensidad en el informe al recurso. En el mismo sentido el Tribunal ha expuesto su criterio en un caso similar al planteado que fue instado por la misma asociación recurrente (Resolución n.º 55/2023, de 2 de febrero).

La recurrente no ha aportado ante el Tribunal argumentos de peso que pongan de manifiesto la falta de justificación, irrazonabilidad y desproporción de los compromisos exigidos en relación con los específicos trabajos a desarrollar en ejecución del contrato o en relación con la envergadura de la obra, sino que su recurso se ha limitado a una invocación formal de los preceptos legales que entiende vulnerados y a una serie de afirmaciones genéricas e inconcretas sobre la falta de adecuación de los requisitos a cumplir con las características y dimensión del contrato.

6.13. Viabilidad de cumplimiento de plazos sin herramientas BIM

La Resolución 014/2024, de 19 de enero, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la adjudicación del «Contrato de Asistencia técnica para la redacción del Proyecto de ejecución y la dirección facultativa de la obra de la rehabilitación y reforma del Convento de Santa Clara de Zarautz», tramitado por el Ayuntamiento de Zarautz, indica que «las apreciaciones relativas a que las diversas fases del trabajo no se van a poder ejecutar en los plazos ofertados por no utilizar herramientas como BIM 4 y BIM 5 deben ser desestimadas. Téngase en cuenta que el PPT no obliga al uso de estas herramientas y que su oferta es valorable como criterio de adjudicación, de lo que cabe deducir que el poder adjudicador al redactar las prescripciones técnicas y establecer los plazos de ejecución de los trabajos ya tuvo en cuenta la circunstancia de que no se requiere del uso de determinadas herramientas informáticas para ejecutar el contrato en los plazos establecidos en el PCAP. Consecuentemente, el hecho de que la adjudicataria no las haya ofertado no implica que la ejecución del contrato no sea viable».

6.14. Inadecuada justificación de oferta anormalmente baja

La Resolución 180/2020, de 18 de diciembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la exclusión de su oferta del lote 1 pone de manifiesto que la metodología BIM está incluida en la licitación como una sobreprestación y ha sido ofertada por todos los equipos, por lo que no supone una ventaja competitiva y el BIM manager ha sido incluido únicamente por un equipo, el resto lo realiza con sus colaboradores.

Añade que «el grueso de la justificación de la baja efectuada consiste en el argumento de que, si se adicionase a la propuesta económica efectuada el 19 % de gastos generales y beneficio industrial más la cantidad correspondiente al asesoramiento de un BIM manager, la oferta presentada no se hallaría incursa en presunción de desproporcionalidad. Sin embargo, a juicio de este OARC/KEAO este argumento no explica la viabilidad de la oferta. En concreto, se basa en una hipótesis económicamente inadecuada (artículo 149.4 de la LCSP) ya que, en vez de explicar la composición de la oferta, la justificación realizada se centra en adicionar a la propuesta económica efectuada la valoración económica de diversos conceptos, que no forman parte de su oferta, con la única finalidad de alcanzar un montante económico superior al umbral a partir del cual opera la presunción de anormalidad. La explicación de la composición de la oferta resulta especialmente relevante cuando no contempla los gastos generales ya que éstos, aunque no son imputables directamente al contrato, inciden sobre él por ser necesarios para el funcionamiento de la empresa y ejercicio de la actividad a la que profesionalmente se dedica el licitador. En este sentido, la afirmación de la recurrente de que dichos costes se hallan absorbidos por «los contratos en vigor de este mismo año por otras entidades» resulta vaga, amplia, genérica y sin sustento en base fáctica alguna, como pudiera ser la relación de los contratos más significativos o los importes de ellos, que permitan al poder adjudicador apreciar que la licitadora goza de la solvencia técnica o económica y financiera suficiente para hacer frente a estos costes sin que peligre la viabilidad del contrato».

6.15. No admisión del compromiso de contar con los títulos BIM con anterioridad a la presentación de ofertas, admitiendo únicamente la aportación de los citados títulos

La Resolución n.º 176/2024, de 6 de agosto del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias indica que la entidad reclamante basa su recurso en primer lugar en el quebrantamiento de la doctrina de los actos propios, por parte de la Mesa de Contratación, por cuanto en la valoración relativa al criterio de adjudicación cualitativo n.º 4 llamado «Entrega metodología BIM», no admiten el compromiso de contar con los títulos BIM con anterioridad a la presentación de ofertas, admitiendo solamente la aportación de los citados títulos.

El Tribunal considera que la regulación contenida en el apartado 12.2.1 del PCAP (que forma parte de la «lex contractus», vinculante para la Administración contratante y para las empresas que participan en la licitación) era clara y terminante, al establecer que respecto a la valoración del criterio de adjudicación cualitativo n.º 4 llamado «Entrega metodología BIM», «se acreditará con copia de certificado de curso/máster sobre BIM e indicación del rol que tomara cada persona certificada en el BEP a modo de compromiso». El tenor literal de este apartado del PCAP no deja lugar a dudas por lo que respecta a la exigencia de acreditar el citado criterio con copia de certificado de curso máster sobre BIM, sin incluir matización alguna respecto a que si se permite un compromiso de obtención de dicho certificado o no.

7. Seguimiento, revisión y evaluación de la implantación del Plan para la incorporación de BIM en la contratación pública

La Orden PCM/818/2023, de 18 de julio contiene en el apartado 6 de su Anexo medidas para el seguimiento y revisión del Plan de incorporación de la metodología BIM en la contratación pública, así como su evaluación.

La documentación a recoger es muy completa, partiendo de que, con carácter anual (antes del 30 de junio de cada año), la Comisión Interministerial publicará en su página web un informe sobre la evolución de la incorporación de BIM en la contratación pública durante el ejercicio anterior con

una serie de indicadores. También se recogerá información sobre el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos del sector público con BIM.

Asimismo, en el mes de enero de cada ejercicio los órganos de contratación implicados deberán enviar al Observatorio de Licitaciones Públicas BIM información actualizada sobre su nivel BIM del ejercicio anterior mediante la cumplimentación de una herramienta de autoevaluación.

8. Conclusiones

1- La Directiva 2014/24/UE y la LCSP han dado un impulso normativo a la tecnología BIM.

2- La creación de la Comisión Interministerial para la incorporación de la tecnología BIM en la contratación pública y la aprobación del Plan con las medidas contenidas en el mismo y que se han expuesto supondrá poner en marcha la tecnología BIM, en especial los plazos de aplicación conforme a determinados niveles.

3- Asimismo son muy importantes todas las previsiones de formación que se contemplan en el Plan.

4- Es preciso contemplar la necesidad de utilizar formatos abiertos, facilitando las condiciones de acceso alternativas.

5- Los pliegos de cláusulas administrativas tienen que contemplar los criterios de solvencia específicos, los criterios de valoración y la definición de los requisitos y condiciones de las mejoras, así como los medios personales relacionados con las distintas modalidades de tecnología BIM.

6- Las prescripciones técnicas son fundamentales para concretar como se tiene que contemplar las distintas fases de la tecnología BIM y sus entregables, así como el adecuado y permanente control y seguimiento de la ejecución del contrato, y el adecuado cumplimiento del contrato, especializando a técnicos de la Administración para el ejercicio de estas funciones.

7- Es necesario desarrollar en la Ley 9/2017 los requisitos y condiciones para el uso de la tecnología BIM, y en especial las prescripciones técnicas, criterios de solvencia técnica, criterios de adjudicación, asignación de medios y condiciones de ejecución[31]**.**

8- Asimismo, se deben regular normativamente e incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares:

a) La definición de los derechos de propiedad intelectual del modelo BIM, reconociéndose a favor de la Administración el derecho de uso por tiempo indefinido.

b) Las medidas para la seguridad de datos y confidencialidad, cuando proceda. Se debe estudiar la aplicación de la inteligencia artificial en el diseño, desarrollo, ejecución y control de los proyectos en tecnología BIM.

c) La exigencia de responsabilidad por defectos, errores u omisiones del modelo BIM y la inclusión de los riesgos en las coberturas de las pólizas de seguros, y la indemnización de los daños y perjuicios a la Administración o a terceros, siguiendo las pautas de los artículos 314 y 315 LCSP.

d) Determinar las personas responsables de la actualización y mantenimiento del modelo BIM.

9 - Crear oficinas de supervisión especializadas en modelos BIM.

10- El uso de medidas de revisión y autoevaluación y control de calidad ampliables a proyectos BIM contribuirá a una mejora continua del uso de esta tecnología en la contratación.

9. Bibliografía

Chamorro Oter, **Marta** (2020): «La incorporación del BIM en la contratación pública en España», en Tirant Lo Blanch (ed.), *Derecho Administrativo 2020*, dir. por Enrique Ortega Burgos, pp. 39-58.

Fuentes Giner, **Begoña** (2014): *Impacto de BIM en el proceso constructivo español*, Alicante, Servicios y Comunicaciones LGV.

31 M.C. Rodríguez Martín-Retortillo (2022).

Gimeno Feliu, **José María** (2023a): «La implementación de la metodología BIM en la Contratación Pública», en *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, mes 3 (marzo).

Gimeno Feliu, **José María** (2023b): «Modelos colaborativos en obras públicas y su viabilidad jurídica en España con el marco normativo vigente», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 60, pp. 13-64.

Marin Escribano, **Javier** (2022): «Caso de éxito en la aplicación de tecnología Open BIM en obra», en *Journal BIM & Construction Management,* núm. 4, pp. 1-15.

Rodríguez Martín-Retortillo, **María del Carmen** (2022): *El contrato de obras en la normativa de contratación del sector público: Estudio práctico y jurisprudencial,* Atelier.

13

COMENTARIOS ACERCA DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

Miriam M. Ivanega

1. Eficacia y eficiencia

1.1. El bloque de eficacia en las contrataciones públicas

Ser eficaz implica lograr o alcanzar los objetivos propuestos, las metas programadas o los resultados deseados; es decir que una actividad, un proyecto o un programa serán efectivos en la medida en que los propósitos sean obtenidos o logrados[1].

La eficacia es propia de la naturaleza de toda organización, dado que no podría concebirse organismo o ente público que careciera de finalidades que justifiquen su existencia. Por eso, siempre es importante para lograrla que los objetivos propuestos sean mensurables, claros y precisos.

El problema de la eficacia estatal no es nuevo en la ciencia jurídica, pero actualmente se plantea en términos novedosos, no tradicionales, así por ejemplo ha sido incorporada a documentos internacionales e incluso como principio general de la «buena administración»[2].

Si bien es cierto que durante mucho tiempo fue circunscripta al ámbito presupuestario, hace tiempo que ha trascendido esa limitación para vinculársela a metas de realización de derechos y satisfacción de necesidad.

Este avance no implica desplazar la importancia que para el gasto público tienen las contrataciones públicas, sino que se trata de evitar que la valoración de ellas se centre en el impacto que tienen en el presupuesto.

Con un punto de vista análogo, se sostuvo que la satisfacción oportuna de las necesidades públicas, con la optimización de tiempos y costos en un marco de irrestricta transparencia, se erige como una «panacea» del operador del sistema de Contrataciones Públicas, dado que con ello se hallarían cumplidas las finalidades perseguidas al momento de diseñarlas[3].

---

1 Nos remitimos a nuestro trabajo Transparencia en las contrataciones públicas, 2da. Edición, Buenos Aires, 2022, La Ley.

2 La Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración, que brinda interesantes elementos para interpretar este principio, en su art. 2.6, al señalar que, en virtud de él «las actuaciones administrativas deberán realizarse, de acuerdo con el personal asignado, en el marco de los objetivos establecidos para cada ente público, que siempre estarán ordenadas a la mayor y mejor satisfacción de las necesidades y legítimas expectativas del ciudadano Las Autoridades buscarán que los procedimientos y las medidas adoptadas logren su finalidad y, para ello, procurarán remover de oficio los obstáculos puramente formales y evitarán las dilaciones y los retardos, buscando la compatibilidad con la equidad y el servicio objetivo al interés general. En esta materia será de aplicación, de acuerdo con los diferentes ordenamientos jurídicos, el régimen de responsabilidad del personal al servicio de la Administración Pública».

3 Bautista Flores, Alvaro, «Eficiencia de la contratación, mantenimiento de la ecuación económico-finan-

Por eso, preferimos hablar del «bloque de la eficacia» para identificar en forma sistémica el contenido de ese principio que impone que en su diseño, tramitación, conclusión y evaluación se incorporen todos los factores que deberían influir en su desarrollo: necesidades, derechos, magnitud del gasto público involucrado, políticas de diversa índole, etc.

1.2. Eficiencia

Entre las nociones de eficacia y eficiencia existe un estrecho vínculo, pues mientras la primera alude a la producción real o efectiva de un efecto, la eficiencia se refiere principalmente a la idoneidad de la actividad dirigida a tal fin[4]. Nos inclinamos por esta postura[5].

El criterio más arraigado —desarrollado hace más de dos décadas por Luciano Parejo Alfonso— es el que clasifica a la eficiencia según se refleje en las organizaciones públicas: 1) técnica y económica, que apuntan a la relación entre los recursos y los resultados físicos y a la relación entre costes de utilización de los recursos con el valor de los resultados, respectivamente; 2) dentro de la segunda, se conocen la eficiencia en la asignación y la eficiencia productiva, según se trate de la distribución óptima de los recursos disponibles, o del rendimiento en la utilización de los recursos disponibles, producción a mínimo coste, lo que implica una buena gestión, y 3) operativa y adaptativa; la primera se vincula con la planificación a largo plazo, con la formulación precisa de objetivos y de estándares de actividad; la adaptativa con un entorno evolutivo y cambiante y, por ende, con la reformulación de objetivos mediante la flexibilidad.

Sin perjuicio de ello, el tema que nos convoca tampoco puede interpretarse exclusivamente en relación con el presupuesto público, ya que tal como postulamos la eficiencia se instituye como principio que refiere a la idoneidad de los medios utilizados (humanos, tecnológicos, presupuestarios, procedimentales, etc.) para cumplir con los objetivos (es decir, con la eficacia).

Ese criterio en la gestión de las contrataciones públicas se mide en dirección a valorar si la contratación es el instrumento de gestión adecuado para satisfacer un legítimo fin.

En otras palabras y reconociendo que ambas deben ser postuladas desde el principio de juridicidad, referirse a la eficacia y la eficiencia implica aludir la gestión por resultados, figura que, aunque no surja de las disciplinas jurídicas, es importante que estas la adopten e incorporen en el análisis e interpretación de los contratos públicos[6].

La Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública del año 2008, se inscribe en la propuesta de adecuar el funcionamiento de las Administraciones públicas para garantizar que sean instrumentos útiles, efectivos y confiables al servicio de las sociedades. Es así como se vincula la calidad en la gestión pública con dos propósitos fundamentales de un buen gobierno democrático: «1) toda gestión pública debe estar referenciada a la satisfacción del ciudadano, ya sea como usuario o beneficiario de servicios y programas públicos, o como legítimo participante en el proceso, formulación, ejecución y control de las políticas públicas bajo el principio de corresponsabilidad social; 2) la gestión pública tiene que orientarse para resultados, por lo que debe sujetarse a diversos controles sobre sus acciones, suponiendo entre otras modalidades la responsabilización del ejercicio de la autoridad pública por medio del control social y rendición periódica de cuentas».

---

ciera y readecuación de precios» en *Revista de Contrataciones Públicas* —Número 2— diciembre 2019, en https://www.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=bdeb7df2a4775993de8bae050b3089b2

4 Parejo Alfonso, «La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública», *Documentación Administrativa*, nro. 218-219, 1989, ps. 97-98.

5 La definición contenida en la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano se inclina por un enfoque económico, al indicar que ese principio «obliga a todas las autoridades y funcionarios a optimizar los resultados alcanzados en relación con los recursos disponibles e invertidos en su consecución en un marco de compatibilidad con la equidad y con el servicio objetivo al interés general» (art. 2.7). «(...) El gasto público se realizará atendiendo a criterios de equidad, economía, eficiencia y transparencia» (art. 2.8).

6 En este último sentido, la gestión por resultados es un modelo que centra la administración de los recursos públicos en el cumplimiento de las acciones estratégicas definidas en el plan de gobierno, durante un período de tiempo determinado Makon, Marcos, *Planificación, prospectiva y gestión pública*, CEPAL, Santiago de Chile, mayo 2014, ps. 7-8.

Con ese enfoque, las acciones gubernamentales se orientan hacia la consecución de los objetivos estratégicos prioritarios del gobierno (en forma coherente y coordinada con el resto de las políticas públicas), por lo tanto, debe valorarse el rendimiento de esa gestión. Así, la importancia de este criterio incide directamente en la forma de evaluar la gestión de los contratos públicos, midiendo el grado de cumplimiento de los objetivos que fueron considerados prioritarios para el gobierno[7].

2. Gobernanza y buena administración

2.1. Introducción y conceptos

Una de las palabras que ha invadido la vida de las personas es la gobernanza.

Gobiernos, administraciones, organismos internacionales, medios de comunicación, la sociedad en general, refieren a ella identificando —no siempre con el mismo contenido— una nueva forma de actuación en la que se suman decisiones, objetivos, medios, instrumentos, cuyo fin es convertirse en la solución de los males de la gestión estatal burocrática.

Fuera de estas reflexiones, es definida como el «arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía»[8].

Nos inclinamos por este concepto porque no es ajeno a ella el intenso debate académico sobre su contenido y el vínculo con las transformaciones del Estado, lo que ha dado lugar a que se la analizara a partir de distintas perspectivas. Analizada de diferentes formas, por diferentes escuelas, en diferentes momentos de tiempo, en la década de los noventa del siglo pasado jugaron un rol central los organismos internacionales con las reformas estatales de la Nueva Gerencia Pública y los enfoques de políticas públicas[9].

En ese sentido, para el Banco Mundial es un proceso «mediante el cual los grupos estatales y no estatales interactúan para diseñar y aplicar políticas, trabajando en el marco de un conjunto de reglas formales e informales que son moldeadas por el poder».

Se trata de un nuevo estilo de gobierno, distinto del modelo de control jerárquico y de mercado, que se caracteriza por un mayor grado de cooperación entre los gobiernos, las administraciones públicas y los actores no gubernamentales en la hechura de las políticas públicas. Implica una forma de la elaboración de las políticas apoyada en la colaboración, el consenso y la participación de distintos sectores, con el fin de mejorar sus resultados y rendimientos[10].

Se ha puntualizado que la diferencia entre buen gobierno-buena administración y la buena gobernanza se basa en que las primeras son nociones más restringidas y concretas, al no incluir actores privados, distinguiéndose por la específica función a la que se refieren, aunque en ocasiones, sobre todo buena gobernanza y buen gobierno, se utilicen de manera indistinta pues depende del contexto y del idioma[11].

---

7 Rezzoagli Bruno A., «Contratación pública para objetivos y resultados: aproximación y discusión teórica», *Revista de Derecho Público*, nro. 37, Universidad de los Andes, Colombia, julio-diciembre 2016.

8 Diccionario de la lengua española-RAE.

9 Prats, Joan Oriol, «El concepto y el análisis de la gobernabilidad», *Revista Instituciones y Desarrollo*, nros. 14-15, Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya, Barcelona, 2003, ps. 239-269; Altamirano, Santiago Mijael - Martínez Velasco, José F., «Significado y cauce de la gobernabilidad en el estudio de los sistemas políticos», *Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión Pública*, vol. 5, nro. 9, 2012, ps. 255-269, *https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4170095* (último acceso 08-03-2025).

10 Zurbriggen, Cristina, «Gobernanza: una mirada desde América Latina», *Perfiles Latinoamericanos*, 2011, ps. 39-64.

11 Ponce Sole Juli, «El derecho a una buena administración y el derecho administrativo iberoamericano del siglo xxi. Buen gobierno y derecho a una buena administración contra arbitrariedad y corrupción». http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-ponce-buena.pdf

Lo cierto es que la buena administración en los últimos tiempos salpicó la vida de las empresas y de las instituciones públicas de forma creciente en un intento de mejorar el contenido de la actividad de conducción o manejo de estas instituciones, de estas corporaciones[12].

Se trata de un tema estructural, vinculado a la recuperación de la perspectiva ética, del servicio a la ciudadanía por parte de las administraciones públicas. Su vinculación con la forma en que deben dirigir las instituciones públicas, en una democracia avanzada, supone asumir que la Administración Pública existe y se justifica en la medida en que sirve objetivamente al interés general. Las instituciones públicas en la democracia no son de propiedad de sus dirigentes, son del pueblo que es el titular de la soberanía.

Otras investigaciones demuestran que la preocupación por la buena administración en el campo jurídico hunde sus raíces con anterioridad a nuestras épocas. El uso de las expresiones «mala administración» y «buena administración» no constituye patrimonio exclusivo de los documentos y de los *iuspublicistas* desde la segunda mitad siglo XX y lo que va del XXI, por el contrario, «en escritos de Derecho Público y Derecho Administrativo del período decimonónico y de los primeros lustros de la centuria posterior, ya es posible encontrar la presencia de tales locuciones; incluso, antes de esa época puede hallarse traza de esta existencia. De ahí que en el contexto jurídico más actual no se descubre la buena administración como fórmula jurídicamente relevante»[13].

Esto implica que, para esos criterios, en las últimas décadas no se innovó en la buena administración, sino que se la dotó de visibilidad, potenció y asignó paulatinamente una configuración y un contenido jurídicos: en los últimos lustros se le otorgó «una nueva dimensión como pilar del orden jurídico administrativo que se desenvuelve por estos días. Pero, todo ello, al igual que cualquier fenómeno jurídico, como resultado de un proceso evolutivo que se ha forjado al calor de la marcha y transformaciones del espacio *iuspúblico*»[14].

En consecuencia, aun reconociendo esas raíces en los tiempos actuales el «deber ser» de la Administración Pública exige que esta se ubique cerca del ciudadano, con visión dinámica y sistémica de la organización administrativa, la gestión, el comportamiento de los servidores públicos.

La triple funcionalidad con que ha sido incorporada en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública demuestra la integralidad de su contenido al definirla como:

a) Principio general de aplicación a la Administración Pública y al derecho administrativo;

b) Obligación de toda Administración Pública derivada de la definición del Estado social y democrático de derecho y,

c) Desde la perspectiva de la persona, un genuino y auténtico derecho fundamental del que se derivan una serie de derechos concretos.

Los veintitrés principios que enumera aquel instrumento privilegian la relación con el ciudadano al imponer reglas vinculadas al funcionamiento interno y a los procedimientos administrativos (celeridad, debido proceso, objetividad), la actuación de los servidores públicos (responsabilidad, imparcialidad, independencia, buena fe), el trato que debe recibir el ciudadano (amabilidad, igualdad), la transparencia (previsibilidad, participación ciudadana, publicidad, prohibición del abuso o exceso de poder, acceso a la información), los servicios públicos (universalidad, asequibilidad y calidad), entre otros.

Como principio, la buena administración tiene eficacia jurídica, lo que supone la integración de principios de la Ciencia de la Administración en el ordenamiento jurídico: eficacia, eficiencia, eco-

-«Buen gobierno y derecho a una buena administración desde una perspectiva de calidad normativa. A propósito del libro de la profesora Maria De Benedetto», *Revista en Cultura de la Legalidad* N. 24, pp. 377- https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/7679/6001

12 Rodríguez Arana Muñoz, Jaime, prólogo a Matilla Correa, Andry, *La buena administración como noción jurídico-administrativa*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 15.

13 Matilla Correa Andyr, *La buena administración como noción jurídico-administrativa*. DYKINSON, Madrid, 2020, pp.33 y ss.

14 *Idem*.

nomía, proporcionalidad, transparencia, accesibilidad, simplicidad, que se instituyen en criterios de actuación en diversos sectores[15].

A su vez, en su rol de derecho no se lo puede considerar como un derecho individual más, porque es la síntesis del conjunto, evolutivo y diferenciado por sectores administrativos, de otros derechos reconocidos en la Constitución y las leyes, por eso su funcionalidad institucional y potencial reformista solo se captan si se toma en cuenta su dimensión colectiva. Se trata de un derecho que no garantiza solo ni principalmente situaciones subjetivas frente a los poderes públicos, sino un derecho ejercido colectivamente por ciudadanos activos, que se organizan colectivamente para asumir la corresponsabilidad en la realización de los intereses generales, que pueden ayudar a ir superando los equilibrios institucionales instalados de larga data en el interior de la Administración y que obstruyen los principios mencionados[16].

Resulta obvio que la gobernanza y la buena administrativa constituyen el marco y la contención necesaria para que se formen, desarrollen y ejecuten las contrataciones públicas en la actualidad.

Si la organización administrativa, los instrumentos jurídicos, recursos materiales, tecnológicos, humanos y los fines se estructuran a partir de los principios generales, la contratación pública se convierte en una de las manifestaciones más genuinas de la buena administración.

A partir de ese razonamiento, debe reconocerse que la dimensión social de las contrataciones públicas encuentra firmes bases en la buena administración.

Por último, cabe mencionar otro punto de vista complementario en el análisis de la gestión de estos contratos públicos, es el referente a las condiciones de calidad que deben reunir.

La calidad presupone el cumplimiento de los principios generales antes mencionados, aunque resultará necesario determinar cuáles serán los sistemas que permitirán evaluar qué contrataciones cumplen con esa condición.

Bien se indica que a partir de la calidad en la gestión pública, se postula «una contratación pública de calidad», lo que requiere garantizar de un modo científico y técnico, serio, objetivo, comúnmente aceptable y difundido entre los diferentes actores de las contrataciones en general la aplicación de sistemas de normalización y estandarización de la calidad de bienes, obras y servicios, dando efectos jurídicos públicos a las normas, certificados y a la propia autoridad de entidades privadas en la materia, tal como ocurre con las normas ISO (*International Organization for Standardization*[17] mundialmente conocida como «ISO»)[18].

Estas normas técnicas cuyo cumplimiento certifican organismos de igual carácter, representan una manifestación genuina de la denominada «autorregulación»: han surgido y se desarrollaron principalmente desde el sector privado, adquiriendo luego reconocimiento y recepción con efectos legales, por parte del Estado, dando lugar así a la denominada «autorregulación regulada». La utilización de normas y certificaciones técnicas de calidad y gestión por organismos independientes aparece claramente en la globalización de la contratación pública[19].

---

15 Meilán Gil, José Luis, *Derecho administrativo revisado*, Andavira, Santiago de Compostela, 2016, p. 101.

16 Prats Catala, Joan, «La lucha contra la corrupción como parte integrante del Derecho, el deber y las políticas de buena administración», *Cuadernos de Derecho Público*, nro. 31 (mayo-agosto 2007), https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/download/811/866 (último acceso 08-03-2025).

17 Entidad internacional no gubernamental conformada por 164 entidades nacionales de estandarización entre ellas, por nuestro país, el Instituto Argentino de Normalización y Certificación («IRAM»).

18 Ampliar en Muratorio, Jorge, «Aplicación de normas y certificaciones técnicas de calidad y sustentabilidad en la contratación pública» https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/14897 (último acceso 08-03-2025)

19 Muratorio menciona que el Protocolo de Compras Públicas del Mercosur establece tanto los principios de legalidad, objetividad, imparcialidad, igualdad, debido proceso, publicidad, concurrencia y los demás principios que concuerden con ellos, cuanto la promoción del desarrollo sustentable de los Estados partes. El art. 10 de dicho Protocolo prevé que se formularán especificaciones técnicas de bienes y servicios, procurando hacer referencia, siempre que sea apropiado, a normas del MERCOSUR, a las normas técnicas de la Asociación MERCOSUR de Normalización (AMN) o a normas internacionales, cuando estas existan, o de lo contrario, a normas nacionales reconocidas o reglamentos técnicos nacionales. La AMN es una asociación civil sin fines de lucro, no gubernamental, único organismo responsable por la gestión

3. Las dimensiones sociales de las contrataciones públicas. La sustentabilidad

3.1. Las dos dimensiones sociales

En el escenario descripto, la dimensión social de las contrataciones públicas debe ser entendida como la realización, directa o indirectamente, de los derechos y necesidades de la sociedad.

Así pues, todas las etapas de la contratación están involucradas con tal propósito: la decisión de contratar, la tramitación del procedimiento de selección del contratista, la ejecución y la conclusión. Es decir que la necesidad a satisfacer no configura un elemento aislado o temporario, sino que informa y da sentido a todo el desarrollo de la vida del contrato.

Al ser la comunidad la que se presenta como destinataria de la actuación pública contractual es factible considerar que todos los objetivos a perseguir son de índole social, sin perjuicio de las especificidades de las políticas que también se cumplan (por ejemplo, ambientales), incluso los vinculados con la provisión de suministros de uso interno por las organizaciones administrativas, cuyo funcionamiento eficaz incide directamente en el bienestar del ciudadano.

Esta visión no se contrapone con la finalidad de interés público que caracteriza y define a las contrataciones públicas[20], muy por el contrario, la refuerza bajo el criterio de que aquel no puede oponerse a los derechos y necesidades de la sociedad como receptora de los bienes, servicios y obras que se contraten.

Por eso identificamos dos planos de la dimensión social de la contratación pública: «genérica» y «especial»[21], cuya raíz común reside en la dignidad de la persona humana.

La primera es la descripta en los párrafos anteriores. La existencia del contrato público se justifica a partir de esa dimensión social genérica, se forman y ejecutan para cumplir en forma directa o indirecta con las necesidades de las comunidades.

Con la dimensión social especial, identificamos a las contrataciones públicas que se instituyen como instrumentos para aplicar políticas públicas con efectos sociales de diversa índole. A través de cláusulas especiales, se fomenta la participación de empresas propiedad de mujeres o de otros grupos social o económicamente vulnerables, instándose al desarrollo ambientalmente sostenible.

La inclusión social como término comienza a ser utilizado por la ONU dentro del desarrollo sostenible, para incorporar, en el ámbito de los derechos, la mejora de las condiciones materiales de vida de las personas. Es decir, que no se limita a la problemática de la pobreza y su reducción, sino que reconoce las múltiples dimensiones de las condiciones materiales de vida y de las vulnerabilidades de la persona humana, que no dependen solo de sus elecciones personales.

En otras palabras, ingresamos en el terreno de la contratación pública sustentable que implementan las organizaciones para satisfacer sus necesidades servicios, bienes, trabajo con un vín-

de normalización voluntaria en el ámbito del Mercosur, reconocido por el Grupo Mercado Común. En el Acuerdo Mercosur-Unión Europea, el Capítulo de Contrataciones Gubernamentales contiene previsiones similares, en particular en cuanto a que las especificaciones técnicas se deben basar en estándares internacionales, cuando existan, y sino en las regulaciones nacionales.

20 Se sostiene que el contrato debe enmarcarse en la satisfacción del interés público, entendido «con el alcance que modernamente tiene en la Administración que no la restringe a aquellos fines que son de estricto carácter jurídico, sino que lo extiende al servicio de los más amplios intereses sociales, o sea, a todo aquello en lo que el interés público esté, en cierta forma, directamente implicado». Comadira, Julio R. - Escola, Héctor J. - Comadira, Julio P., *Curso de derecho administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, t. I, capítulo XII (el autor del capítulo es Héctor Jorge Escola, actualizado por Julio Rodolfo Comadira).

21 Ivanega, Mirian M., «Las dimensiones social y ética de los contratos públicos», en *Bases y retos de la contratación pública en el escenario global (Actas del XVI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo en Santo Domingo)*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Panamá, 2017, ps. 551-562.

culo óptimo calidad-precio, que genera beneficios para la organización estatal y la comunidad y que minimiza el impacto sobre el medio ambiente.

Los objetivos de ese proceso son:

a) Promover un liderazgo político de alto nivel que impulse las compras públicas sostenibles y que involucre e integre el organismo rector de las compras públicas nacionales.

b) Adoptar una estrategia de aplicación gradual para la incorporación de criterios ambientales y sociales en los procesos de contratación de bienes y servicios prioritarios.

c) Asegurar la inclusión y la sostenibilidad de las PYMES en los programas de sociedades público-privadas (SPP) mediante la implantación de medidas de política e instrumentos específicos.

d) Establecer un mecanismo multisectorial (que integre los ministerios de economía y finanzas), a fin de facilitar la participación en la evaluación y seguimiento de las compras públicas sostenibles[22].

Los regímenes promocionales de compre nacional responden también a esas particularidades.

En la UE, un interesante antecedente de estas contrataciones fue la Estrategia Europea 2020[23], que postuló a la contratación pública como un factor clave para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (COM 2010, 2020), entendiendo que como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para alcanzar estos objetivos, mejora el entorno empresarial y las condiciones para que las empresas innoven y fomenten un uso más generalizado de la contratación ecológica[24].

4. Para concluir: la pérdida de confianza en las instituciones

Confiar es, según la Real Academia Española (23.ª ed.), en su primera acepción, «1. f. Esperanza firme que se tiene de alguien o algo».

Justamente esa esperanza conlleva expectativas y certidumbres que permiten a una persona prever la estabilidad de situaciones o comportamientos.

Dentro de la confianza se distinguen la general, la interpersonal y la institucional. La primera refleja nuestra posición general, nuestra preferencia abstracta, en relación con el tema de la confianza. La confianza interpersonal hace referencia a la que tenemos en relación con otras personas (familia y amigos, u otras que no están dentro de nuestro círculo más cercano) y la confianza institucional refiere a la que tienen las personas en las instituciones «formales». Esta se expresa a través de preguntas, «¿tiene Ud. confianza en su gobierno?», «¿tiene Ud. confianza en el Parlamento?» o «¿tiene Ud. confianza en el sistema judicial?»[25].

---

22 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_566105.pdf (último acceso 08-03-2025).

23 Explica Moreno Molina que en la Unión Europea la contratación pública constituyó uno de los sectores en los que la armonización de los ordenamientos de los Estados miembros se produjo con mayor intensidad. En ese ámbito se cuenta con desarrolladas reglas sobre los procedimientos de preparación, selección, adjudicación y ejecución de los contratos públicos de obras, suministros y servicios, constituyendo un completo corpus iuris europeo sobre contratación pública integrado por normas de Derecho originario, de Derecho derivado y de la decisiva jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuya doctrina se fueron incorporando mediante las sucesivas directivas europea. Moreno Molina, José A., «Las nuevas directivas de la Unión Europea sobre contratación pública y su necesaria incorporación al derecho español», en *Gabilex, Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, extra 2, 2015. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5364440 (último acceso 08-03-2025).

24 Gómez Fariñas, Beatriz, «La participación de las PYMEs en la contratación pública: una visión desde el derecho europeo», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nro. 24, 2020, *https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7471557* (último acceso 08-03-2025).

25 Estella de Noriega, Antonio, «Confianza institucional en América Latina: un análisis comparado», *documento de Trabajo 34/2020*, Fundación Carolina, *https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2020/05/DT_FC_34.pdf* (último acceso 08-03-2025).

Incluso se ha sostenido que no necesariamente la confianza tiene que ser un rasgo estable e inmutable, dado que puede ser «una respuesta a una interacción entre individuos e instituciones que se fortalece o se debilita según sus condiciones políticas y sus resultados socioeconómicos»[26].

Los factores que inciden en la confianza en las instituciones son variados: la inestabilidad económica, la ineficiencia de la Administración Pública, el funcionamiento de los partidos políticos, los altos niveles de corrupción, la inseguridad física y jurídica, afectan en forma directa a la confianza del ciudadano en las instituciones y en los funcionarios públicos.

Por eso, es necesario que los ciudadanos consideren que el Estado mismo es «confiable».

Pero ¿por qué referirse a la confianza institucional al hablar de las contrataciones públicas? Porque se encuentran directa y estrechamente vinculadas.

Consideramos que uno de los factores que construye confianza en las instituciones es la formación y ejecución de contrataciones públicas eficaces, eficientes, transparentes, inclusivas, con dimensión social.

Por eso, no puede pasar desapercibido que el mal uso de los recursos a través de ellas, el desvío de sus objetivos, el abuso del poder, el clientelismo político, producen una marcada desconfianza ciudadana respecto de quienes adoptan las políticas públicas en materia contractual y de quienes las gestionan.

26 Moreno, Alejandro, «Introducción», en Moreno, Alejandro (coord.), *La confianza en las instituciones. México en perspectiva comparada*, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, Cámara de Diputados / LXI Legislatura, México, diciembre de 2010, p. 14.

14

EL DERECHO ADMINISTRATIVO CHILENO Y SUS VÍNCULOS CONSTITUCIONALES

CHILEAN ADMINISTRATIVE LAW AND ITS CONSTITUTIONAL LINKS

Claudio Moraga Klenner

Profesor asociado Derecho Administrativo, Facultad de Derecho Universidad de Chile
cmoragak@derecho.uchile.cl

1. Prolegómeno

La luna y la tierra conforman un sistema binario y gravitacional. La luna muestra siempre una misma y única faz, no obstante que los observadores pueden diferir en lo que ven en ella: una cara sonriente, unas manos, la forma de un conejo, a San Jorge y su espada, u otro. La tierra, por su parte, al rotar se muestra cambiante y a veces más inclinada y otras más alejada de su satélite, pero en todo caso, siempre necesitada de una estabilidad que solo puede darle aquél. El Derecho Administrativo y la Constitución siguen un patrón parecido. La Constitución (la luna) está orientada a la estabilidad y, si su texto está abierto al ejercicio de la política, incluso frente a los intérpretes que ven en ella respuestas distintas para un mismo problema, sigue siendo la misma. El Derecho Administrativo (la tierra) —cambiante, evolutivo y en permanente actualización y corrección— se presenta inquieto porque le corresponde salir al encuentro de los problemas que en cada momento interesan a la sociedad, para ofrecer y ejecutar prestaciones, acciones y medidas incluso sin tener certezas acerca de los efectos que finalmente se generarán.

En fin, es innegable que la Constitución siempre ha atraído las miradas del derecho administrativo y, por tal circunstancia, también de parte de la doctrina. La reciente publicación de *Allan Brewer-Carías,* «Derecho Administrativo en la Constitución» (EJV 2022) puede ser tenida como una visualización omnicomprensiva del fenómeno que se viene comentando[1]. La obra abarca las bases constitucionales del derecho administrativo, su constitucionalización, los principios fundamentales, las personas jurídicas públicas, los actos públicos, los contratos administrativos y los servicios públicos. Hay que ratificar entonces que existe un «imprescindible enraizamiento del Derecho administrativo en el marco constitucional»[2].

Y lo anterior no es un fenómeno reciente. La dimensión histórica entrega el mismo resultado. Tratándose de la administración chilena, por mucho tiempo la Constitución Política fue el cuerpo normativo al que necesariamente habría de recurrirse para poder describir y explicar la organización administrativa de la República y las funciones y atribuciones que detentaban los organismos administrativos más representativos, a saber, las municipalidades. Más concretamente, hasta antes de la dictación de la primera Ley General de Municipalidades (1854), la descripción de esas

1 También es posible destacar, entre otros, los artículos de *Jaime Rodríguez-Arana Muñoz* (El Marco Constitucional del Derecho Administrativo (el derecho Administrativo Constitucional), 2011) y *Javier Barnés* (La Interacción entre la Constitución y el Derecho Administrativo: Límites y Patologías, 2014).

2 Gaspar Ariño Ortíz «Sobre el Estudio y Comprensión del Derecho Público, Guía para su Estudio», en *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE)*, N.º 6, junio 2012, pp. 9-26.

corporaciones edilicias y la integración de sus más altas autoridades y sus funciones, estaban únicamente consagradas en un texto constitucional[3], claro que, lamentablemente, sin el mismo ahínco constitucional se las dotaba de recursos en cuantía suficiente para cumplir adecuadamente sus tareas y cometidos constitucionales[4], ni se disponía de mecanismos de compensación financiera entre las ricas municipalidades del norte del país (donde primaba la actividad minera) respecto de las más pobres, del sur (donde la principal actividad era la agricultura).

Pero el derecho Administrativo no solo se ha nutrido del constitucional. También el Derecho Administrativo ha ejercido influencia en sentido contrario. Ello ocurre con algunas acciones contenciosas administrativas incorporadas en la Constitución (arts. 12, 19 N.º 7, 38 inc. 2); con la regulación de la potestad expropiatoria (art. 19 N.º 24), con las normas que explican la función pública con base en la carrera funcionaria, y con su carácter técnico y profesional, con la igualdad de oportunidad de ingreso, capacitación y perfeccionamiento (art. 38 inc. 1), y las reglas que determinan que las remuneraciones de las más altas autoridades administrativas deben ser adecuadas a la responsabilidad del cargo y la independencia para cumplir sus funciones y atribuciones (art. 38 bis).

En consecuencia, el camino que une la Constitución con el Derecho Administrativo no tiene ni un sentido único, ni está completamente condicionada por la norma de mayor rango. Se trata más bien de un vínculo que muestra un flujo que corre en ambos sentidos.

2. Evidencia de un derecho administrativo anclado en el texto de la Constitución

No es posible crear, desarrollar y aplicar el derecho administrativo sin tener en consideración el texto de la Constitución, sea porque la administración actuante es creación constitucional (e.g. Banco Central, Consejo Nacional de Televisión, Contraloría General de la República), sea porque sus funciones son fijadas por la Constitución o, finalmente, sea porque los principios y valores constitucionales permean inexorablemente la actividad administrativa. Esta íntima conexión de la Carta Fundamental y el derecho administrativo justifica pensar en un Derecho Administrativo Constitucional que, en el caso chileno, no solo hunde sus raíces en el texto de la Constitución Política de la República de 1980 (CPR), sino que también en todo el Derecho Constitucional patrio, dentro del cual merecen especial mención las leyes de complementación constitucional, a saber, las leyes orgánicas constitucionales de Bases Generales de la Administración del Estado (ley 18.575, cuyo texto actual se encuentra en el Decreto con Fuerza de Ley 1/19.653, de 2000), de la Función Pública (ley 18.834, cuyo texto actual se encuentra en el Decreto con Fuerza de Ley 29, de 2004), de Municipalidades (ley 18.695, cuyo texto actual se contiene en el Decreto con Fuerza de Ley 1, de 2006), y de Gobierno y Administración Regional (ley 19.175, cuyo texto actual se contiene en el Decreto con Fuerza de Ley 1-19.175, de 2005), entre otras.

A partir de lo recién indicado, el vínculo existente entre el Derecho Administrativo y las normas jerárquicamente superiores puede ser visualizado desde dos dimensiones distintas, ya que todo dependerá del marco de contraste que se utilice.

Si el marco de contraste es el texto de la Constitución (aproximación restrictiva), entonces el Derecho Administrativo Constitucional sería el derecho administrativo influenciado o tocado por la Constitución o, en otras palabras, el Derecho Administrativo representado ejemplarmente en las leyes antes individualizadas, que se actualiza con los principios y valores de la CPR.

Por el contrario, si el marco de contraste se amplía más allá de la CPR, y se considera todo el Derecho Constitucional (aproximación amplia), el Derecho Administrativo pasaría a ser una parte integrante de aquél, de momento que las leyes antes mencionadas son materialmente el Derecho Constitucional que es integrado por la Constitución y aquéllas. En esta aproximación amplia, como se ve, no existe ya una diferenciación en ambas ramas del derecho.

---

3 *V.gr.*: Art. 122 Constitución Política de 1828 y art. 128 Constitución de 1833 (rigió hasta 1925).

4 *Cfr.* «Memoria del Ministro del Interior presentada al Congreso en 1845», en *Discursos Papeles de Gobierno i Correspondencia de don Manuel Montt,* reunidos y anotados por Luis Montt, t. II, Santiago 1905, p. 194.

Consideramos que la aproximación restrictiva es la correcta y, desde ese punto de vista, existen aspectos concretos del Derecho Administrativo Constitucional visualizables en la CPR, por de pronto en aspectos institucionales, organizacionales, y en la garantía de una vía de impugnación jurisdiccional de las actuaciones del Estado, en general, y de las administraciones públicas, en particular.

2.1. Lo institucional y funcional en la CPR

Poniendo la mirada solo en la administración pública, ella actúa dentro de una República democrática (art. 4.º) y se inserta dentro de un Estado unitario (art. 3.º inc. 1), descentralizado (funcional y territorialmente) o desconcentrado en su caso, de conformidad a la ley (art. 3.º inc. 2). Ese Estado unitario exige de los Poderes del Estado promover el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional (art. 3.º inc. 3).

Luego, las administraciones públicas son serviciales y tienen por finalidad promover el bien común, para lo cual deben contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que establece la CPR (art. 1.º inc. 4).

Las administraciones públicas ejercen poderes, facultades y atribuciones públicas, porque le son reconocidas u otorgadas por la CPR o las leyes. Lo hacen de un modo limitado, en cuanto deben respetar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Más aún, se impone como un deber constitucional a las administraciones públicas respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (art. 5.º inc. 2).

Desde la dimensión funcional, el art. 1.º inc. 5, ciertamente en tensión con el art. 24 inc. 2[5], resume con claridad los deberes primarios que se imponen a la administración pública: resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

2.2. Lo orgánico en la Constitución

La CPR sienta las bases organizacionales de las administraciones públicas.

De una parte, considera a las administraciones centralizadas, descentralizadas y desconcentradas (y al gobierno) como formando parte del Estado, correspondiendo al Presidente de la República dirigirla en su calidad de Jefe del Estado (art. 24 inc. 1). La Constitución hace de cargo de la ley determinar la organización básica de la Administración Pública (arts. 63 y 65 inc. 4 N.º 2), en la que, en todo caso, se debe garantizar la carrera funcionaria, los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y la igualdad de oportunidades de ingreso a ella, la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes (art. 38 inc. 1).

Al lado de esta administración del Estado, la Constitución establece unas administraciones territoriales autónomas (administración territorial) y crea una serie de organismos de rango constitucional con autonomía reforzada (administración acentralizada). Dentro de la administración territorial (Capítulo XIV Gobierno y Administración Interior del Estado) se ubican los gobiernos regionales (arts. 111 a 115), las provincias (arts. 116 y 117), las municipalidades (arts. 118 a 122) y los territorios especiales (art. 126 bis). Dentro de la administración acentralizada, por su lado, se ubica

5 La tensión se explica porque el art. 24 inc. 2, siguiendo una tradición constitucional, describe una administración pública esencialmente decimonónica, preocupada únicamente del orden y la seguridad públicas («Su autoridad [del Presidente de la República] se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes»).

la Contraloría General de la República (arts. 98 y 99[6]), el Servicio Electoral (art. 94 bis), el Consejo Nacional de Televisión (art. 19 N.º 12 inc. 6) y el Banco Central (arts. 108 y 109).

2.3. Las garantías en la Constitución

Son pocos los artículos constitucionales reservados para tratar la defensa de posiciones jurídicas de particulares frente al Estado y las administraciones públicas. En este sentido, el texto constitucional otorga acciones especiales para los casos de pérdida o desconocimiento de la nacionalidad chilena por acto administrativo (art. 12), por error judicial (art. 19 N.º 7 letra i) y las acciones que nacen de la expropiación —anulatoria y reparatoria de perjuicios— (art. 19 N.º 24 inc. 3). A los anteriores se suman los arts. 20 y 21 que consagran la acción de amparo de derechos fundamentales (acción de protección, como se conoce en Chile) y de Habeas Corpus, respectivamente.

Sin embargo, la disposición garantística más importante se encuentra en el art. 38 inc. 2, que consagra la acción contenciosa administrativa de un modo general, directo y sencillo. Dice: «Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño». Como se aprecia, la disposición transcrita no limita la causa de pedir, la cosa que se puede pedir ni la ley decisoria litis. Simplemente establece la acción contenciosa administrativa fundada en la idea de la «lesión de derechos» de una persona. Esa persona lesionada se identifica completamente con la persona del agraviado, interesado, reclamante, ofendido, afectado o perjudicado, que es como frecuentemente las leyes administrativas nombran al titular de una acción en contra de la Administración[7].

3. Aplicación del derecho administrativo inspirada constitucionalmente

Un segundo punto de conexión entre el Derecho Administrativo y la Constitución está en los valores y principios jurídicos consagrados en esta última. De entre ellos deben ser mencionados la juridicidad o legalidad (arts. 6.º y 7.º), la probidad (art. 8.º), la publicidad (art. 8.º), la razonabilidad (art. 20), el control administrativo (arts. 98 y 99), la interdicción de la arbitrariedad (art. 19 N.º 2 inc. 2, y N.º 22) y la participación (arts. 1.º y 118).

Estos principios son verdaderas pautas a las que se les atribuye un contenido particularmente importante, cuya concreción significa alcanzar un fin intrínseca y manifiestamente conforme a Derecho. Son, en realidad, ideas matrices o propiedades normativas destinadas a integrar regulativamente —que no de manera simplemente explicativa o supletoria— las actuaciones públicas. De allí que esos principios y valores cumplen una función disciplinar del Derecho Administrativo y de los organismos administrativos, en general.

Pero, no solo los principios expresamente reconocidos en la Constitución juegan un papel. Hay otros principios, que llamaremos «principios periféricos» que no tienen un reconocimiento constitucional —y en muchos casos tampoco tienen un reconocimiento legal— pero que han sido recepcionados por la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República y/o la jurisprudencia de los tribunales de justicia, y que al ser aplicados en casos específicos, lo son siempre con referencia a alguna disposición o idea expresamente contenida en la CPR: e.g. garantía de la propiedad (art. 19 N.º 24), el núcleo esencial del derecho fundamental (art. 19 N.º 26), la limitación del ejercicio del poder público (art. 5.º), la no discriminación arbitraria (art. 19 N.º 2 y 22), etc. Los principales principios periféricos a que nos referimos son los de confianza legítima, debido procedimiento, justicia ambiental, sustentabilidad y buena fe.

---

6 El art. 100 de la Constitución menciona a las Tesorerías Generales de la República, las que no tienen la cualidad de órganos autónomos constitucionales. La doctrina las califica simplemente como órganos de relevancia constitucional.

7 *Cfr*. Eduardo Cordero Quinzacara «La Legitimación Activa en el Proceso Contencioso Administrativo», en *La Justicia Administrativa*, Juan Carlos Ferrada Bórquez (coord.), Editorial Lexis Nexis, Santiago 2005, p. 407.

Los principios cumplen un papel trascendental porque de algún modo ajustan o actualizan tanto la interpretación de la Constitución, como que sirven de orientación y guía para el comportamiento esperado de la administración pública, fundamentalmente en el momento del diseño y ejecución de las políticas públicas, sin perjuicio de que luego dicho comportamiento pueda ser contrastado por órganos de control de naturaleza administrativa y jurisdiccional y, desde allí, generan nuevos estándares y regulaciones aplicables a las administraciones que inciden positiva o negativamente en las personas.

En el caso chileno, tales «ajustes» y «actualizaciones» constitucionales son más fácilmente visibles en la labor de la tercera sala (Sala Constitucional) de la Corte Suprema, de momento que ha ido perfilando instituciones propias del Derecho Administrativo a partir de la interpretación que hace de disposiciones constitucionales. Este fenómeno representa una cierta voluntad independentista del Derecho Administrativo, cuya finalidad es desarrollar desde sus propios contenidos e instituciones —que no desde la Constitución— las respuestas jurídicas que expliquen el fin o propósito de las administraciones, los estándares fundamentales que deben seguir en el cumplimiento de sus funciones y el grado de participación en la gestión pública que debe asegurarse a las personas. Es, por tanto, un proceso de naturaleza jurisdiccional de «des constitucionalización» del Derecho Administrativo y que se ejemplifica en los siguientes tres aspectos:

- La imposibilidad de fundar en los Derechos Fundamentales un sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración por su actividad lícita. En particular, la Corte Suprema sostiene que no es posible aceptar tal responsabilidad con base en el derecho de propiedad —cuasi expropiación, regulación expropiatoria, etc.— ni en el principio de igual reparto de cargas públicas (art. 19 N.º 24 y 20, respectivamente)[8];
- La aplicación de una acción de Nulidad de Derecho Público de orden constitucional es siempre residual, en el sentido que la persona siempre debe ejercer la acción anulatoria que le franquea la ley, sin poder ejercer paralela o concomitantemente la acción de nulidad establecida en el art. 7.º inc. 3 constitucional[9];
- El cambio de sentido de los principios propios del Derecho Administrativo Sancionatorio que, de haberse sostenido por largo tiempo que tales eran las garantías de orden penal reconocidas en el art. 19 N.º 3 de la Constitución, han pasado a ser los principios del debido procedimiento administrativo, mismo que no se haya en el texto de la Constitución, sino que en una ley (ley 19.880, de 2003, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado)[10].

En consecuencia, este fenómeno originado por la más alta Corte de Justicia ha tensionado positivamente la relación entre la Constitución y el Derecho Administrativo, porque permite que este último busque una cierta emancipación constitucional, es decir, cree su propia estampa.

4. Conclusiones: entre contribuciones y algunos vacíos

Son muchas las dimensiones y puntos de conexión entre la Constitución y el Derecho Administrativo, a punto que es posible afirmar que *el Derecho Administrativo chileno es exageradamente constitucional*, yendo incluso más allá de la muy extendida descripción de Fritz Werner de 1959: *Verwaltungsrecht ist konkretisiertes Verfassungsrecht*.

La principal contribución que hace la Constitución al Derecho Administrativo y a las organizaciones administrativas es darle a estas últimas una legitimación democrática y contenerlas dentro del Estado de Derecho. El Derecho Administrativo, por su parte, debe tener a la Constitución no solo como el marco supremo de limitación del ejercicio del poder (Derecho Administrativo del *régi-*

8 Por todas, Corte Suprema, 2010, Inmobiliaria Maullín con Fisco, rol 552-2008.

9 Por todas, Corte Suprema, 2020, Arcos Dorados Restaurantes de Chile Ltda. con Fisco de Chile, rol 18.204-2019.

10 Por todas, Corte Suprema, 2014, caso «Chispas», rol 1.079-2014.

men exorbitante, dirá Jaime Rodríguez-Arana[11]), o como el marco supremo de protección de los derechos fundamentales de las personas (Derecho Administrativo subjetivo y sensibilizado, dirá *Eberhard Schmidt-Assmann*[12]*)*. La Constitución debe ser tenida, antes bien, como un marco de posibilidades para que las administraciones públicas, en ejercicio de sus funciones, tareas y cometidos propios, se transformen en verdaderas *administraciones participadas* por las personas que tienen interés en la gestión pública, la vida nacional y el diseño y ejecución de las políticas públicas.

El mejor vacío que deja la Constitución con respecto al Derecho Administrativo es el hecho de no intentar diseñar los organismos administrativos como esclavos de la eficiencia, sino que les impone el deber de actuar en la búsqueda de un bien común que es imposible o muy difícil de evaluar con base en criterios económicos. En otras palabras, la Constitución no juzga la actividad administrativa desde lo eficiente o económico, sino que lo hace desde la idea del servicio a la persona y la promoción del bien común (art. 1.º), lo que involucra calidad, sensibilidad (arts. 5.º y 19) y la garantía de una participación de las personas en el progreso económico, social y cultural (art. 118).

Finalmente, la decepcionante omisión que deja el análisis del marco constitucional del Derecho Administrativo chileno está en la ausencia de la declaración de que el Estado es social, que no solo de derecho[13]. Es que la Constitución se concentra en la «persona individual», despreocupándose de lo social, sin advertir que faltando lo social no hay desarrollo pleno de la persona.

Pazo de Mariñán, marzo de 2024

Bibliografía

Ariño Ortíz, **Gaspar**, Sobre el «Estudio y Comprensión del Derecho Público, Guía para su Estudio», en *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE)*, N.º 6, junio 2012

Barnés, **Javier**, «La Interacción entre la Constitución y el Derecho Administrativo: Límites y Patologías», 2014, en *La constitucionalización del Derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, pp. 499-534.

Cordero Quinzacara, **Eduardo**, «La Legitimación Activa en el Proceso Contencioso Administrativo», en *La justicia administrativa*, Juan Carlos Ferrada Bórquez (coord.), Editorial Lexis Nexis, Santiago 2005, p. 407.

Memoria del Ministro del Interior presentada al Congreso en 1845, en «Discursos Papeles de Gobierno i Correspondencia de don Manuel Montt», reunidos y anotados por Luis Montt, t. II, Santiago 1905.

Rodríguez-Arana Muñoz, **Jaime**, «El Marco Constitucional del Derecho Administrativo (el Derecho Administrativo Constitucional)», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidades da Coruña*, 2011, 15: 87-102. ISSN: 1138-039X.

Schmidt-Assmann, **Eberhard**, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer, Heidelberg 1998.

Corte Suprema:

2010, Inmobiliaria Maullín con Fisco, rol 552-2008.

2020, Arcos Dorados Restaurantes de Chile Ltda. con Fisco de Chile, rol 18.204-2019.

2014, caso «Chispas», rol 1.079-2014.

11 Jaime Rodríguez-Arana Muñoz «El Marco Constitucional del Derecho Administrativo (el Derecho Administrativo Constitucional», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidades da Coruña*, 2011, 15: 87-102. ISSN: 1138-039X.

12 Eberhard Schmidt-Assmann *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer, Heidelberg 1998, p. 57.

13 Tal declaración fue perseguida en los dos procesos constituyentes verificados en Chile en los años 2022 y 2023. El rechazo popular a las dos propuestas constitucionales mantiene en suspenso el día en que un texto constitucional declarará que «El Estado de Chile es social y de derecho».

15

LAS FUNCIONES ESTATALES PARA LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD, DESDE UNA MIRADA CONVENCIONAL

STATE FUNCTIONS FOR THE LEGAL PROTECTION OF PEOPLE IN SITUATIONS OF VULNERABILITY, FROM A CONVENTIONAL LOOK

Luis Eduardo Rey Vázquez[1]
Doctor en Derecho
Universidad Nacional del Nordeste
Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano
Universidade da Coruña

RESUMEN: En la presente ponencia analizaré la relación existente entre los principios constitucionales y convencionales potenciados en los últimos tiempos, en especial respecto de las personas en situación de vulnerabilidad, y cómo la normativa derivada debió adoptar dicha orientación, mostrando el rol que les cupo a los Poderes Judiciales, en especial el de Corrientes, para adecuar la normativa interna en tal sentido, procurando elevar la consideración de la dignidad humana como centro del ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVES: Convencionalidad. Acceso a la Justicia. Gestión judicial. Plazo razonable.

ABSTRACT: In this presentation I will analyze the relationship between the constitutional and conventional principles promoted in recent times, especially with respect to people in vulnerable situations, and how the derived regulations should have adopted said orientation, showing the role that the Powers had. Judicial, especially that of Corrientes, to adapt the internal regulations in this sense, seeking to elevate the consideration of human dignity as the center of the legal system.

KEY WORDS: Conventionality. Access to justice. Judicial management. Reasonable term.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS FUNCIONES ESTATALES. 2.1. Algunas manifestaciones de la función administrativa en el ámbito judicial. 2.1.1. En el orden federal. 2.1.2. En la Provincia de Corrientes. 2.2. Acerca del «gobierno judicial» y las reformas necesarias. 3. CONCLUSIONES. 4. BIBLIOGRAFÍA.

1 El autor es Abogado y Escribano (UNNE), Doctor en Derecho (UNNE), Especialista en Derecho Administrativo (UNNE), Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano de la Universidad de La Coruña (España). Profesor Adjunto por Concurso de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas (UNNE) e Investigador Categorizado (IV). Profesor Titular de Derecho Administrativo General y Especial - Carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Presidente del Superior Tribunal de Justicia y del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Corrientes.

Abreviaturas utilizadas:

AFDUC	Anuario de la Universidade da Coruña
CorIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)
ED	El Derecho (Argentina)
EDA	El Derecho Administrativo (Argentina)
JA	Jurisprudencia Argentina
RDA	Revista de Derecho Administrativo (Argentina).

1. Introducción

En la presente ponencia, enmarcada en la temática de las XV Jornadas Prof. Meilán Gil de Derecho Administrativo Iberoamericano, intituladas «Convencionalidad, constitucionalidad, legalidad y Administración pública», dentro de la Mesa Redonda N.º 4 dedicada a «El marco constitucional del Derecho Administrativo», analizaré la relación existente entre los principios constitucionales y convencionales potenciados en los últimos tiempos, en especial respecto de las personas en situación de vulnerabilidad, y cómo la normativa derivada ha ido adaptándose en dicha orientación, cual conquistas que en modo alguno admiten un retroceso.

Con motivo de la reforma constitucional de 1994, donde a la par de elevar a jerarquía constitucional una serie de tratados internacionales de Derechos Humanos, la Nación Argentina encomendó al Congreso nacional la adopción de una serie de medidas de acción positiva, podemos afirmar que se ha abierto un camino hacia la humanización del derecho, elevando la consideración de la dignidad humana[2], y en especial, de aquellas personas que se encuentren en una situación de vulnerabilidad.

Mostraré algunas manifestaciones de la mentada humanización, esta vez desde las funciones estatales, y especialmente el rol que corresponde al Poder Judicial en sentido amplio, en ejercicio del deber de ejercer el control de convencionalidad, al igual que evidenciar el rol que les cupo a los Poderes Judiciales, en especial el de Corrientes, para adecuar la normativa interna en tal sentido.

2. Las funciones estatales

Intentaré transmitir algunas reflexiones a modo de muestrario de las múltiples actividades administrativas que coadyuvan al ejercicio de la función judicial, porque para poder cumplir la función jurisdiccional, uno necesita una organización, necesita un espacio, necesita una infraestructura edilicia tecnológica y obviamente que todo esto requiere del soporte necesario de diferentes áreas que forman parte de la organización del poder judicial[3].

Cuando hablamos de «Administración» debemos tener en cuenta que dicha palabra es susceptible de diversas acepciones, aun cuando pocos autores se ocuparon de desentrañar tales significados, que van desde la noción etimológica, vulgar, sentidos económico social, político y

2 Como ejemplo, se ha decidido que «En la duda debe estarse a favor de la justicia social o principio de favorabilidad (*cfr*. «Berçaitz» *Fallos* 289:430) o en del principio *pro-homine* (*cfr*. «Aquino» *Fallos* 327:3774; «Milone», *Fallos* 327:4619»), según el cual «el derecho es para el hombre, y, en consecuencia, las leyes «deben ser interpretadas a favor de quienes al serle aplicadas consiguen o tienden a alcanzar el "bienestar", esto las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su extensa dignidad» (CSJN, 03/05/2007, «*Madorrán, Marta C. v. Administración Nacional de Aduanas*», *Fallos* 330:1989).

3 Algunas de las ideas aquí expuestas, fueron abordadas en Rey Vázquez, Luis E., «La función administrativa en la órbita judicial. Principales manifestaciones», publicado en *Temas de Derecho Administrativo*, Editorial Erreius, agosto 2021, pp. 631-653, Cita digital: IUSDC3288474A.

jurídico, y dentro de este último tanto en el campo del derecho público como del derecho privado[4]. A su vez, entrando en el campo jurídico, podemos hallar tres subdivisiones, a saber: subjetivo, que alude a un órgano o sujeto; objetivo o material, que alude a la actividad desplegada por un sujeto determinado; y formal, que pone el énfasis en el régimen jurídico que regula una cierta actividad desarrollada por un cierto sujeto[5].

Por tal motivo, podemos hablar de actividad jurisdiccional desde el punto de vista material u objetivo, y sin embargo formalmente no será jurisdiccional sino administrativo el acto emanado como consecuencia de dicha actividad, por hallarse regido por el régimen jurídico propio del acto administrativo, manifestación más palmaria de la función administrativa.

Por función administrativa cabe entender —siguiendo a Gordillo— toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativo y judicial excluidos los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales respectivamente, como así también las funciones de poder jurídico o económico ejercidas por particulares en virtud de una potestad conferida por el Estado[6].

En punto a la conceptualización de acto administrativo, el Profesor Julio Rodolfo Comadira lo definía como *«toda declaración de un órgano del Estado, o de un ente no estatal, emitida en ejercicio de la función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros»*[7].

La función de la teoría del acto administrativo —sostenía Comadira, citando a Cassagne y a Gordillo— debe responder, sustancialmente a dos objetivos básicos: Por un lado, nuclear en el concepto los actos sometidos a un régimen jurídico uniforme. Por otro, elaborar una noción útil para

---

4 Para una completa referencia de cada uno de dichos significados, puede verse: Revidatti, Gustavo A. (1984), *Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Tomo I, p. 1 y ss.; Roquel, Rodolfo R.; Grando, José H. y Rey, Luis M. (2009), *Lecciones de Derecho Administrativo*, Ediciones Moglia, Corrientes, p. 13 y ss.; asimismo puede verse Villegas Basavilbaso, Benjamín (1949), *Derecho Administrativo*, TEA, Buenos Aires, T.º 1.º, p. 2 y ss.

5 *Conf*. Revidatti, cit., p. 10 y ss. A su vez, dentro de cada sentido objetivo y formal hallamos diversos criterios que desarrolla el citado autor. Al definir los sentidos de la voz «Administración», dentro de los sentidos jurídico y formal, enseña el autor que «... lo que caracteriza a lo *administrativo*, es la manera como se prevé en ella el uso del Poder, o de otras prerrogativas públicas. En otros términos, lo que es típico de este tipo de normas es que pone el Poder Público —u otras prerrogativas— a disposición de un funcionario —generalmente— para asegurar el cumplimiento de la obligación a que se refiere la norma (Ob. cit., p. 61 y ss.). Agrega el autor que: «... Eso hace que este tipo de norma tenga una forma de aplicación y un tipo de vigencia que le es característica. Ella se aplica directamente por la autoridad que la dictó, o por otro órgano, pero sin un previo proceso declarativo; así se asegura que pueda compeler a cumplir la prestación u obligación a que aquella se refiere sin un largo procedimiento previo en caso de *incumplimiento*. Eso es lo que se conoce como *ejecutoriedad o ejecutividad*...». Puntualiza luego —p. 63— que «Sin pretender dar aquí una explicación exhaustiva del tema, basta con señalar que lo que sucede en estos casos es que si estas normas contienen —como no podría ser de otra manera— todos y cada uno de los elementos que son esenciales en una norma jurídica, ellas admiten que se obligue primero a ejecutar la conducta debida y aplicar de inmediato el poder necesario para obtener su cumplimiento y solamente después, someter a análisis independiente y sereno la cuestión de si hubo o no necesidad de recurrir a tal empleo de poder y establecer, en su caso, las responsabilidades correspondientes...». Más adelante —p. 70— agrega que: «Mientras en Derecho Privado el no cumplimiento estricto de la conducta genera simplemente la obligación de cumplir el compromiso contraído y/o de resarcir los perjuicios ocasionados luego de la condena en juicio regular, en el sector público en el cual las normas que nos interesan tienen aplicación, el cumplimiento tardío o resarcimiento posterior no serán eficaces y suficientes y por lo tanto no queda otra posibilidad que asegurar el estricto cumplimiento de la conducta prevista... Por eso, mientras en las otra normas jurídicas el Estado está obligado primero a analizar, luego a resolver y finalmente a disponer la ejecución de una conducta y, en caso de incumplimiento, establecer el resarcimiento, en el sector en el cual nos encontramos, cuando la administración advierte el incumplimiento, queda, allí mismo, habilitada para adoptar las medidas destinadas a asegurar que se realicen los comportamientos necesarios para que sea alcanzado el fin querido cuando se dictó la norma...».

6 Gordillo, Agustín (1997), *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, 4ta. edición, Buenos Aires, FDA, p. V-29.

7 Conf. Comadira, Julio R. (1996), «Algunos aspectos de la teoría del acto administrativo», *JA* 1996-IV-750. Allí efectúa un análisis detallado de la definición, al que remito.

la protección de los derechos, a lo que agregaba dentro de esta última finalidad, la necesidad de pensar, también, en la protección del interés público ...».

La recta comprensión de qué se entiende por acto administrativo desde el punto de vista formal, es crucial para detectar cuándo estamos ante un acto de esa naturaleza, con independencia de la denominación que le asigne su autor, o incluso, por las normas constitucionales, legales o reglamentarias que lo designan con nombres ajenos a su naturaleza.

Una de las características del acto administrativo, es la de ser susceptibles de ser sometidos a revisión judicial[8], dentro de los plazos legales[9] y previo agotamiento de la vía administrativa[10], aun cuando tales actos emanen de órganos insertos en la esfera del Poder Judicial.

Resulta igualmente grave que quede inmune al control judicial un acto administrativo —producto de igual función— tanto si emana del Poder Ejecutivo como de los Poderes Legislativo y Judicial, registrándose en un pasado no muy lejano decisiones emanadas de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) que vedaban el control jurisdiccional de sus decisiones dictadas en la esfera de superintendencia[11], producto de confundir quizás las funciones estatales desde los puntos de vista subjetivo, objetivo y formal, pues su carácter de Tribunal Supremo no implica que se menoscabe porque se sometan a control judicial sus actos dictados en ejercicio de funciones administrativas desde el punto de vista formal.

No obstante, con posterioridad la CSJN ha variado dicha posición, entendiendo que *«... las resoluciones dictadas por esta Corte con el objeto de definir una reclamación de la naturaleza indicada formulada por un funcionario vinculado con este departamento por una relación de empleo público, configuran actos típicamente administrativos que, sin discusión a la luz de los precedentes puntualizados, son revisables judicialmente en las mismas condiciones en que puede*

---

8 En tal sentido, sostuvo el Alto Tribunal de la Nación que: «*... Una razonable interpretación de las leyes 21.356 y 22.105, armonizando sus preceptos del modo que mejor concuerden con el ordenamiento jurídico vigente y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, lleva a sostener que la inapelabilidad que establece el art. 5 de la primera, o la falta de previsión del art. 62 de la segunda, no importan privar al acto que decreta la intervención de un ente gremial de toda revisión judicial, habida cuenta que a ella, como regla, están sujetos todos los actos que producen efectos jurídicos directos con relación a administrados o terceros destinatarios de ellos*» (CSJN, 15/11/1983, «*Cabrera, Carlos Roberto*», *Fallos* 305:1937).

9 Se ha decidido al respecto que **«***Los actos administrativos no impugnados judicialmente en el plazo que dispone el art. 25 de la ley 19.549, devienen firmes e irrevisables a pedido del interesado debido a la caducidad operada*» ... «*En consecuencia, si el acto administrativo que se ataca no fue oportunamente impugnado por vía judicial, no es admisible la acción por cobro de pesos o reclamo de daños y perjuicios basados en el accionar ilegítimo de la administración*» (CSJN, 20/08/1996, «*Alcántara Díaz Colodrero, Pedro c. Banco de la Nación Argentina*», *Fallos* 319:1476). En análogo sentido, ver CNACAF, Plenario «*Petracca e Hijos S.A.C.I.F.I. y otros c/ Estado Nacional (Ente Autárquico Mundial 78) s/ cobro de pesos*», 24-04-1986, en Obra «Fallos Plenarios», RAP N.º 313, de Marcelo Gustavo Carattini, 2.ª Edición Actualizada y anotada al año 2004, p. 192 y ss.; CSJN, 20/08/1996, «*Nava, Alberto Emilio c. Estado Nacional Secretaría de Inteligencia del Estado S.I.D.E. s/cobro*», *ED*, 183-716. *Fallos* 329:1532).

10 Ha dicho la Corte Suprema que: «*Para que el órgano jurisdiccional contenciosoadministrativo pueda examinar el fondo de la pretensión, el actor debe cumplir las condiciones de admisibilidad establecidas en el Cód. Procesal y los requisitos específicos establecidos en el título IV de la ley 19.549*», y que «*Dada la condición de presupuesto procesal del plazo de caducidad establecido en el art. 25 de la ley 19.549, el juez de 1.ª instancia está facultado para examinar de oficio su cumplimiento y rechazar en caso contrario "in limine" la pretensión, pues su falta no requiere la expresa denuncia del demandado...*» (CSJN, 04/02/1999, «*Gorordo Allaria de Kralj, Haydée M. c. Ministerio de Cultura y Educación*», *Fallos* 322:73). Dicho precedente ha sido ratificado en la causa R. 341. XLIII. «*Ramírez, Andrés Lionel c/ Estado Nacional - Secretaría Presidencia de la Nación s/empleo público*», de fecha 28/04/2009 (*Fallos* 332:875).

11 Por ejemplo ha sostenido que «... si bien cuando el ejercicio de las funciones jurisdiccionales-administrativas da lugar a la aplicación de sanciones por parte de órganos que no integran el Poder Judicial se requiere garantizar una posterior instancia de revisión en esa sede, tal exigencia no es trasladable cuando aquellas atribuciones son cumplidas por los tribunales de justicia, pues por tratarse las correcciones disciplinarias del ejercicio de funciones que se cuentan entre las jurisdiccionales que los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional otorgan al Tribunal, toda impugnación ulterior importaría un patente desconocimiento de la condición suprema de la Corte...» (CSJN, 09/11/2000, S. 1804/2000. «*Dragonetti de Román, Haydeé c/ Estado Nacional, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación*», *Fallos* 323:3672).

serlo cualquier acto de autoridad pública que decida sobre la materia indicada, con prescindencia del departamento del gobierno, nacional o local, que hubiera emitido el acto cuestionado...»[12].

Utilizó la expresión «órgano administrativo» en forma amplia comprensiva de todo aquel que por ley tenga otorgado el ejercicio de función administrativa, cualquiera fuese la esfera de Poder en que se halle inserto.

Comentando dicho pronunciamiento, ha señalado Buteler que: «Como se sabe, la función administrativa no haya restringido su campo de actuación al ámbito del Poder administrador, sino que también tiene lugar en los otros poderes estatales, tal como lo ha reconocido la doctrina mayoritaria, la jurisprudencia e incluso algunos ordenamientos provinciales. Sobre esa temática, incluso, se ha pronunciado la Corte Suprema adoptando un criterio material para la determinación de la existencia de función administrativa y a partir de ello, ha entendido que existe desenvolvimiento de la misma fuera de la órbita del Poder Ejecutivo. En esa inteligencia, ha señalado que "es sabido que la doctrina de la división de los poderes o la separación de funciones no implica que cada uno de los órganos del poder pueda ejecutar únicamente actividades materialmente administrativas, legislativas o judiciales. Es que esas actividades son consecuencia del ejercicio mismo del poder, que nuestro sistema legal le reconoce a los tres órganos en sus determinado(s) ámbitos de competencia. Sin embargo, cada uno de los órganos puede ejercer sus atribuciones dentro del estricto marco de su función específica"»[13].

En punto al sustento normativo de la función administrativa del Poder Judicial, enseña Tomás Hutchinson que *«... surgen de nuestro ordenamiento jurídico. Así, el artículo 113 de la Constitución Nacional otorga a la Corte Suprema de Justicia de la Nación la facultad de dictarse su reglamento interno y económico y de nombrar todos sus empleados subalternos. Lo propio ocurre en las Constituciones provinciales respecto de los Superiores Tribunales o Cortes provinciales, que tienen facultades de superintendencia sobre los órganos inferiores. ... No sólo los Tribunales Supremos ejercen función administrativa; ella corresponde también, según las circunstancias, a los órganos inferiores. A modo de ejemplo, cabe acotar que en ciertas legislaciones corresponde*

12 CSJN, 08/04/2008, «*Charpin, Osvaldo José René c/ EN —Poder judicial de la Nación, CSJN— s/ empleo público*», *Fallos* 331:536, Considerando 8.º), 2.º párrafo. Incluso antes en el Considerando 6.º) enfatizó rebatiendo la postura que sostuviera el Estado Nacional en la causa expresando que: «... la formulación sostenida por el Estado Nacional de que la demanda —al someter un acto administrativo dictado por esta Corte a la revisión de los jueces inferiores de la Nación— introduce una cuestión inmune a todo control judicial, no hace pie en la doctrina que resulta de los precedentes del Tribunal que —para supuestos como el ventilado en el sub lite— ha admitido una estándar de sentido opuesto al indicado, con arreglo al cual los actos emanados de este cuerpo en ejercicio de las funciones típicamente administrativas que le reconoce la Constitución Nacional y sus leyes reglamentarias, están sometidas al control de los tribunales competentes del Poder Judicial de la Nación, con igual alcance al que lo están los actos de naturaleza análoga llevados a cabo por los otros departamentos del gobierno federal (Fallos: 308:666 y sus citas; 308:2026; 311:59; 313:336; 313:427; 315:1059; 316:1551; 320:300; 326:4076 y 329:304, entre muchos otros).

13 Buteler, Alfonso. 2008. «La revisión judicial de los actos administrativos dictados por la Corte Suprema», *DJ* 2008-II, 6839. Refiere el autor que «... a partir del caso "Mai de Alegre" (Fallos, 317:1539, 17/11/1994) de 1994 la Corte revierte esa posición negatoria, admitiendo la revisión de las decisiones administrativas dictadas por las autoridades jurisdiccionales locales. En ese caso, revocó la sentencia que había rechazado la acción contencioso—administrativa dirigida a obtener la declaración de nulidad de unas resoluciones dictadas por el Superior Tribunal de la Provincia de Chaco por medio de las cuales se le aplicó una medida disciplinaria a la actora. Esa nueva directriz jurisprudencial, se consolidará luego en "Merchán" (14/03/1995, "Merchán, María Inés c/ Prov. de Buenos Aires (Poder Judicial)", Expte. M. 473. XXVI) en donde el Máximo tribunal —luego de reiterar la doctrina de "Persoglia" (Fallos, 311:260, 10/03/1988) y "Aranzazu" (Fallos, 317:683 (Sumario), 23/06/1994) para actos administrativos emanados del Poder Legislativo— dejó sin efecto la sentencia de la Corte Suprema de Buenos Aires que al rechazar in limine la demanda conteciosoadministrativa había considerado insusceptible de contralor judicial el acto de cesantía dispuesto por ese tribunal contra la actora, quien se desempeñaba como abogada inspectora de una Curadoría zonal...», retomando la línea «...favorable a la revisión de tales decisiones en "Demonte" (Fallos, 2/12/1997). En esa oportunidad, el actor —auxiliar de la Secretaría de Exhortos Penales de la justicia de la Provincia de Buenos Aires— había promovido demanda a los fines de obtener la declaración de nulidad de la cesantía dispuesta por la Corte de esa provincia. El Alto Tribunal —remitiendo a la causa "Merchán"— dejó sin efecto la sentencia del tribunal local que había rechazado el planteo del actor por considerar que la sanción impuesta no implicaba el ejercicio de función administrativa...».

a las Cámaras de Apelaciones la designación y remoción de su personal (p. ej., artículos 267 de la Constitución de Buenos Aires), a veces, corno ocurre en el orden nacional, esa competencia de las Cámaras se ejerce por delegación de la Corte...»[14].

2.1. Algunas manifestaciones de la función administrativa en el ámbito judicial

A continuación, y a sólo modo ejemplificativo, procederé a revisar algunas manifestaciones de la función administrativa por órganos del Poder Judicial, centrando la atención fundamentalmente en la Provincia de Corrientes, aunque comparando y discurriendo por lo acontecido a nivel federal.

Como punto destacable de la regulación provincial, tanto la Ley de Procedimientos Administrativos[15] como el Código Contencioso Administrativo[16] vigente hasta el 1.º de febrero de 2023, fecha en que entró en vigor el nuevo Código Procesal Administrativo[17], contemplaban y contemplan en su ámbito de aplicación a cualquier órgano que tenga atribuida por el ordenamiento jurídico el ejercicio de función administrativa[18].

En tal sentido, tanto la Ley 3460, cuando prescribe en su: Art. 1. «Esta ley regirá la actividad administrativa del Estado, con excepción de aquellas que tenga un régimen establecido por ley especial, en cuyo caso se aplicarán las disposiciones de la presente como supletoria».

Agrega en su Art. 2. «Las normas de esta ley se aplicarán también en la forma establecida en el artículo anterior, a las personas públicas no estatales y a las privadas que ejerzan función administrativa por delegación estatal, salvo, en ambos casos, que lo impida la naturaleza del ente o de su actividad»[19].

Dividiremos ahora las manifestaciones entre, la relativo al ejercicio de potestades reglamentarias, como las relativas al desarrollo de actividad administrativa singular, tanto en la esfera de superintendencia, como vinculada a procesos judiciales en trámite.

---

14 Hutchinson, Tomás. 2010, «De la irrevisibilidad a la revisibilidad jurisdiccional de la función administrativa del Poder Judicial», *LL*, Sup. Adm.2010 (agosto), 63. Además, puede verse del mismo autor, entre otros, «El Poder Judicial y su función administrativa, en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, año 1977, n.º 13, pp. 35 y ss.; «La función administrativa del Poder Judicial y su revisión jurisdiccional», en *El Derecho*, t. 84 p. 840, (1978); «Empleados del Poder Judicial ¿ciudadanos de segunda categoría?», en *Revista JUS, 1984*, n.º 37, pp. 43 y ss.; «La revisión (pero no tanto) de los actos administrativos del Poder Judicial», en *Revista de Derecho Administrativo* n.º 14, 1993, pp. 499 y ss.

15 Ley de Procedimientos Administrativos N.º 3460, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Corrientes el 30 de enero de 1979.

16 Ley 4106, Código Contencioso Administrativo (sancionado el 10/10/1986, promulgado el 15/10/1986, publicado en B.O. el 11/03/1987).

17 Ley 6.620 (B.O. 23-11-2022, en Anexo), promulgado por Decreto N.º 3420 del 22-11-2022 (B.O. 23-11-2022), en vigencia a los 60 días de la publicación.

18 Como dato ilustrativo, en la reciente —aunque aún frustrada— Ley de Bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos, proyectada en el ámbito nacional argentino, en las reformas propuestas a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos —N.º 19.549— se expande su ámbito de aplicación no sólo al Poder Ejecutivo —que ve ampliado el espectro, pues como regla se aplica a los organismos militares y de defensa y seguridad—, sino también a los Poderes Legislativo y Judicial y del Ministerio Público Nacional, en tanto ejerzan función administrativa, así como de manera supletoria a los entes públicos no estatales, a las personas de derecho público no estatales y a personas privadas, cuando ejerzan potestades públicas otorgadas por leyes nacionales (Artículo 34 de la Ley de Bases, modificatoria del art. 1.º de la Ley 19549, Incisos a y b).

19 Por su parte agrega el Art. 3: «Se presume regida por el derecho público toda la organización, actividad o relación del Estado y de los entes públicos; en consecuencia, se requiere norma expresa para que se considere la organización o actividad de los órganos públicos o las relaciones en que ellos sean parte, excluidas de la regulación establecida por esta ley y demás que integran el sistema administrativo provincial. La actividad de las personas privadas sólo se considerará sometida a esta ley y a las demás que integran el sistema de derecho administrativo provincial, cuando la ley expresamente lo disponga o surja en forma indudable del tipo de función ejercida».

En el primer caso, siguiendo a Sacristán[20], «... la expresión "potestad reglamentaria" se empleará en el sentido ya admitido por la doctrina como actividad reglamentaria o de emisión de reglamentos o actos de alcance general, en este caso, del específico órgano judicial involucrado. Como actividad reglamentaria será una actividad no jurisdiccional, "no judicial", ejercida por el órgano judicial (Bidart Campos, 1993, p. 417), que se caracteriza por ser de sustancia "normativa o legislativa" (Cassagne, 2018, pp. 59-60)...», la que luego de referir que compete a cualquiera de los Poderes estatales, consiste en la «... manifestación de una actividad no judicial enderezada al dictado de medidas de alcance general que podemos —en forma genérica— denominar "reglamentos judiciales"...», los que a su vez materializan reglamentos de variada índole.

2.1.1. En el orden federal

En relación con el principio de división de poderes en el marco constitucional argentino, enseña Balbín, en punto al poder regulatorio legislativo por los jueces, que un «... aspecto controvertido es el dictado de resoluciones judiciales —en abstracto— con rango legal[21] o, en su caso, resoluciones reglamentarias que tienen por objeto establecer los detalles de las leyes sancionadas por el Congreso. Habitualmente, el Poder Judicial ejerce tales competencias regulatorias (legislativas o reglamentarias) respecto de asuntos propios o cuestiones procesales»[22].

Refiere como ejemplo, el decreto delegado 1023/2001 sobre el régimen general de las contrataciones del Estado establece que «los poderes legislativo y judicial y el Ministerio Público reglamentarán el presente Régimen para su aplicación en sus respectivas jurisdicciones y establecerán los funcionarios que autorizarán y aprobarán las contrataciones» y, a su vez, dicho decreto delegado derogó los arts. 55 al 63 del decreto-ley 23.354 (Ley de Contabilidad; ADM-0451). Sin embargo, el Poder Judicial aplica este decreto ley y su decreto reglamentario 5720 (este último derogado por el decreto 436/2000), de modo que el Poder Judicial no sólo estableció el cuadro reglamentario sino también legal respecto de sus contrataciones.

Otro tanto ocurre acerca de la ley 24.631 que derogó la exención de los jueces al pago del impuesto a las ganancias. La Corte por Acordada 20/96 (y no por sentencia en el marco de un caso judicial) declaró inaplicable el art. 1.º de la ley 24.631 «en cuanto deroga las exenciones contempladas... para los magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Nación»[23].

Señala asimismo Balbín lo acontecido con la ley 26.861 que estableció el procedimiento de concurso público para el ingreso en los cargos letrados, de empleados y personal obrero y de maestranza del Poder Judicial de la Nación y le encomendó a la Corte —en su carácter de Autoridad de Aplicación— «establecer el régimen con arreglo al cual se sustanciarán los concursos y dictar las normas aclaratorias y complementarias que fueren necesarias a efectos de la aplicación de la referida ley». Cabe señalar que el Legislador también fijó los impedimentos para el ingreso (entre otros: condena por delitos dolosos o contra la Administración Pública). Luego, la Corte aprobó la Acordada 26/13 en donde estableció que «como autoridad de aplicación de la ley 26.861, sancionará la reglamentación del procedimiento de concursos previsto para el ingreso al Poder Judicial»

---

20 Sacristán, Estela, «La Corte Suprema como titular de poder reglamentario», *Revista Jurídica Austral*, Vol. 1, N.º 2 (diciembre de 2020), pp. 499-530, en especial pp. 501-502.

21 Sacristán, Estela B., «Acerca de las audiencias públicas solicitadas en "CEPIS" y su fuente», *EDA* 30-09-2016, pp. 3-6. Señala la autora que en el caso CSJN, 18/08/2016, «*Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo*», *Fallos* 339:1077, se extendió la obligatoriedad de la Audiencia Pública a una actividad que, en rigor, no constituye «servicio público», por lo que el propio fallo se erigía en la fuente de tal obligación.

22 Balbín, Carlos F. (2015), *Tratado de Derecho Administrativo* —2a Ed— Tomo I, La Ley, Buenos Aires, p. 82 y ss.

23 La propia CSJN ha decidido que «... tiene facultades para ejercer el control de constitucionalidad de una ley por vía de la Acordada cuando se trata de salvaguardar atribuciones originarias del Tribunal en materia sustraída por el poder constitucional a la competencia del poder legislativo...» (CSJN, 29/09/1998, *Acordada N.º 41/1998 - Ministerio Público. Escalafón*. *La Ley* 2001-B, 113, *Fallos* 321:1536, AR/JUR/4507/1998). Con comentario de Bianchi, Alberto B., «¿Puede la Corte Suprema ejercer control de constitucionalidad por vía de acordada?», *La Ley* 2001-B, 112, AR/DOC/19085/2001.

y, asimismo, señaló que «dictará las medidas apropiadas que permitan una ordenada aplicación de la ley 26.861». A su vez, excluyó del art. 4.º de la ley «a los cargos de funcionarios para cuyo acceso no se requiera acreditar la condición de letrado». También ordenó que a fin de «dotar de la debida seguridad a las relaciones de empleo público surgidas con anterioridad a la puesta en funcionamiento del nuevo sistema, conviene unificar su tratamiento a fin de dar una solución integral que evite la afectación de derechos». Así, «en el marco de las atribuciones conferidas por la ley 26.861 a esta Corte y de las que le asisten, con carácter exclusivo, como encargado del gobierno de este Poder del Estado... dispuso que hasta la confección de las listas..., los cargos a cubrirse en todo el ámbito del Poder Judicial... tendrían carácter transitorio».

Por último, por Acordada 49/13 resolvió: 1- «fijar que los cargos de ingreso, a los efectos establecidos en la ley 26.861, serán...ayudante para el personal llamado de maestranza y oficios..., de auxiliar para el personal denominado empleados... y de secretarios y prosecretarios que requieren título de abogado para los funcionarios letrados» y 2- «declarar que hasta que se produzca la efectiva puesta en funcionamiento del régimen de ingreso que contempla la ley 26.861, lo que dispondrá esta Corte como autoridad de aplicación, los tribunales mantendrán las atribuciones... para la designación y promoción de empleados, efectivos o interinos, en cargos de planta, o contratados».

Luego, puntualiza Balbín[24] que, en el orden federal, y en punto a las competencias materialmente legislativas del Poder Judicial, explica Balbín que «... el Consejo de la Magistratura dicta los reglamentos relacionados con la organización del Poder Judicial y todos aquellos que fuesen necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia (art. 114, CN) ...» Por su parte, la CSJN, «... dicta los regímenes propios sobre personal, contrataciones, consultas de los tribunales en el marco del MERCOSUR y recursos extraordinarios, entre otros...», refiriendo como ejemplo que dicho Tribunal —por Acordada N.º 1/14— creó la Oficina de Justicia Ambiental cuyas funciones básicas son: «a) mejorar de modo continuo la gestión de los recursos..., b) implementar y realizar el seguimiento de las acciones derivadas de la Norma Ambiental... c) establecer vinculación con oficinas de similar carácter... d) coordinar y gestionar programas de capacitación con los restantes poderes del Estado... f) recabar información... g) identificar las necesidades y oportunidades en materia ambiental mediante el relevamiento de datos e investigaciones de su estructura y decisiones jurisdiccionales».

Agrega como otro ejemplo de tales potestades, «... el dictado del reglamento interno de la Corte. Cabe recordar que el art. 113, CN, establece que "la Corte dictará su reglamento interno". Pues bien, por Acordada 24/13, el Tribunal sostuvo que "la ley 26.856...dispone la publicación, en un diario judicial en formato digital accesible al público en forma gratuita y por medio de la página de Internet... de las sentencias, acordadas y resoluciones que dicte este Tribunal y los tribunales de segunda instancia... Que aquella norma ordena también la publicación de un listado de causas en trámite en los distintos tribunales... y de las cuestiones a dirimir por esta Corte... en los futuros acuerdos y reuniones". Sin embargo, recordó que "esta tarea ha sido encarada con fundamento en sus competencias propias como cabeza de este poder del Estado... cuyas atribuciones se encuentran ampliamente desarrolladas... acordada 4/2000... por cuanto el dictado de sentencias, acordadas y resoluciones resulta un acto propio del Poder Judicial, y en tanto el Tribunal tiene las facultades de dictar su reglamento interior". Así, "de todo lo expuesto precedentemente se desprende que, en razón de la política de transparencia encarada por este Tribunal, los objetivos centrales de la ley 26.856 se encuentran ya cumplidos". De todos modos, la Corte sostuvo que "distinto enfoque cabe atribuirle a la disposición contenida en el art. 4 de aquella normativa pues, al establecer la obligatoriedad de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación publique las cuestiones a dirimir en sus acuerdos y reuniones con una antelación mínima de cinco días, invade una esfera propia y exclusiva de este Tribunal (conforme arts. 108 y 113 de la Constitución Nacional...)". Finalmente, el Tribunal aprobó el "Protocolo de registro de sentencias, acordadas y resoluciones administrativas" y declaró inaplicable el art. 4.º de la ley 26.856...»[25]

---

24 Balbín, Carlos F., *Tratado* ..., p. 88 y ss.

25 Agrega Balbín, en *Tratado* ..., p. 89, que «... Asimismo, en relación con las declaraciones juradas patrimoniales de los jueces, la Corte dictó la acordada 25/13. Cabe recordar aquí que la ley 26.857 creó una nueva regulación sobre el carácter público de las declaraciones juradas de los funcionarios públicos y, por su parte, la Corte ordenó: a) declarar inaplicable el art. 6.º de la ley "en cuanto instituye a la Oficina

2.1.2. En la Provincia de Corrientes

La Constitución Provincial (reformada en 2007), prescribe en su Capítulo II «De las Atribuciones del Superior Tribunal de Justicia» (en adelante STJ), Artículo 187, las siguientes: ... 3) Nombra y remueve sus empleados y los de los Jueces de Primera Instancia a propuesta o indicación de éstos. Las Cámaras de Apelaciones nombran y remueven los suyos. Las designaciones se hacen en todos los casos sobre la base de los siguientes principios: concurso para el ingreso a la función, derecho ascenso e inmovilidad en el cargo... 5) Puede imponer a los abogados, escribanos y procuradores, correcciones disciplinarias de suspensión en el ejercicio profesional hasta de seis (6) meses y de multa hasta cinco mil pesos moneda nacional ($5.000), pudiendo aplicar esta última corrección a los Magistrados y funcionarios judiciales... 6) Designa anualmente de entre sus miembros al Presidente del Cuerpo y a sus subrogantes... 7) Determina las épocas de las ferias judiciales como también los feriados cuando las circunstancias particulares así lo exijan... 8) Tiene a su cargo la Policía Judicial, de conformidad a lo que determina la ley.... 9) Expide acordadas y reglamentos para hacer efectiva esta Constitución y la Ley Orgánica de los Tribunales».

Por su parte, el Artículo 188 prescribe que: «El Superior Tribunal dictará el Reglamento Interno de la Administración de Justicia, ejercerá la superintendencia de la misma y podrá como las Cámaras de Apelaciones, imponer las correcciones disciplinarias enumeradas en el inciso 5) del artículo precedente a los funcionarios y empleados del Poder Judicial»[26].

Finalmente, consagra como regla el principio de Publicidad de los procedimientos en toda clase, expresando en su Artículo 193: «Los procedimientos en toda clase de juicio serán públicos, salvo el caso en que el secreto sea reclamado por la moral pública o el honor de los interesados».

Por su parte, la Ley orgánica vigente —Decreto Ley 26/2000[27]—, prescribe respecto del Superior Tribunal de Justicia, en su Art. 23, «Ejercerá la superintendencia de la Administración de Justicia en toda la provincia, con las siguientes facultades: ... 1. Dictar el Reglamento Interno y las acordadas conducentes al mejor servicio de la Administración de Justicia; ... 14. Dictar mediante acordada las normas prácticas que fueren necesarias para la aplicación de las leyes procesales; ...» (transcribo los incisos relativos a la potestad reglamentaria).

En ejercicio de tales competencias atribuidas por la Constitución Provincial y la Ley orgánica, el STJ ha dictado los siguientes reglamentos (denominados Protocolos), a saber:

1) Protocolo de Actuación de Psicólogos del Poder Judicial para Entrevistas de Declaración Testimonial (aprobado por Acuerdo 16/11, punto 12).
2) Protocolo Único de Examen de Víctimas de Violencia Sexual (aprobado por Acuerdo 25/13, punto 13).
3) Protocolo de Actuación de los Distintos Operadores Judiciales y Policiales en atención de Víctimas de Violencia (aprobado por Acuerdo 25/13, punto 13).
4) Protocolo de Actuación del Equipo de Salud en caso de Abuso Sexual Infanto Juvenil (aprobado por Acuerdo 25/13, punto 13).
5) Protocolo de Actuación para los Juzgados de Paz en casos de Violencia Familiar (aprobado por Acuerdo 21/14, punto 10).

Anticorrupción... como Autoridad de Aplicación..."; b) disponer que las declaraciones juradas sean publicadas en la página web del Tribunal y c) aclarar que el presente ordenamiento rige para las declaraciones juradas posteriores a las del año 2012».
«Finalmente, cabe recordar que la Corte aplica las reglas de la Ley de Contabilidad sobre contrataciones, sin perjuicio de haber sido derogadas por el decreto delegado 1023/2001. En verdad, este decreto delegado le reconoce al Poder Judicial la potestad de dictar las reglas complementarias (regulaciones ejecutivas) en su propio ámbito, pero no el poder de dictar las regulaciones legislativas».

26 Agrega asimismo en el Artículo 189: «El Superior Tribunal debe pasar anualmente a la Legislatura una memoria sobre el estado de la Administración de Justicia y podrá proponer en forma de proyecto las reformas de procedimientos y organización que tiendan a mejorarla».

27 Ley Orgánica, fecha de emisión 29/05/2000; publ. 30/05/2000.

6) Protocolo de Actuación para los Juzgados de Paz en Casos de Menores en Riesgo (aprobado por Acuerdo 21/14, punto 10).
7) Protocolo de Publicación de Información en el Portal web del Poder Judicial (aprobado por Acuerdo 28/15, punto 14).
8) Protocolo Único de Actuación para el Acceso a Justicia de las Personas con Discapacidad (aprobado por Acuerdo 22/16, punto 18).
9) Reglamento sobre Procedimiento para Casos de Ilícitos cometidos en Flagrancia (aprobado por Acuerdo 31/17, punto 10).
10) Protocolo de Actuación de los Juzgados de Familia en Materia de Violencia Familiar y de Género. Asignación de turnos mensuales (aprobado por Acuerdo 33/17, punto 9).
11) Protocolo de Actuación de Automotores Secuestrados Judicialmente (aprobado por Acuerdo 7/18, punto 13).
12) Protocolo de Actuación entre el Instituto Médico Forense y los Juzgados con competencia en lo Laboral (aprobado por Acuerdo 12/18, punto 10).
13) Protocolo de Mediación Penal Juvenil (aprobado por Acuerdo 16/18, punto 23).
14) Protocolo de Gestión Administrativo Contable en Pericias Genéticas (aprobado por Acuerdo N.° 35/18, punto 14).
15) Protocolo de Convocatorias para Postulantes para Guardas Pre-adoptivas (aprobado por Acuerdo 2/19, punto 21).
16) Procedimiento para Acceder a los Expedientes Administrativos de la Dirección General de Rentas (aprobado por Acuerdo N 8/19, punto 14).
17) Protocolo para Resguardo de Archivos de Audio-Video de Audiencias (aprobado por Acuerdo 8/19, punto 17).
18) Protocolo de Juicio por Audiencia en la Provincia de Corrientes (aprobado por Acuerdo 11/19, punto 14).

Respecto de este último, amén de los resultados obtenidos a partir de su implementación —maximizados con motivo de la Pandemia desde el año 2020—, se han levantado voces favorables respecto de dicho Protocolo, señalando que supera con creces el test de convencionalidad[28], pues «... se inclina hacia la cristalización de la pretensión sustancial controvertida en tiempo útil, es decir, se sustenta en la búsqueda de la verdad real objetiva dentro de un plazo razonable (art. 8.1 de la CADH) ...»[29].

En línea con lo establecido por el art. 193 de la Constitución Provincial, ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CorIDH), en el caso «Mémoli vs. Argentina», Sentencia del 22 de agosto de 2013 que «... 176. La Corte recuerda que es el Estado, a través de sus autoridades judiciales, quien debe conducir el proceso. Al respecto, conforme la legislación procesal civil aplicable al presente caso, el juez tiene el deber de dirigir el procedimiento, manteniendo la igualdad de las partes en el proceso, vigilando que la tramitación de la causa procure la mayor economía procesal y evitando la paralización del proceso. Sin embargo, la Corte constata que han existido varios períodos de inactividad en el proceso civil que son enteramente atribuibles a las autoridades judiciales. Asimismo, existió una falta de debida diligencia por parte de las autoridades que no es cuantificable en una demora específica de tiempo, pero que sin duda contribuyó a la dilación en el procedimiento...».

28 Cabe señalar que el STJ de Corrientes se expidió jurisdiccionalmente por la constitucionalidad de dicho Protocolo, mediante Resoluciones N.° 28, «*Altamirano*», 29, «*Sena*», 30, «*Rodríguez*» y 31, «*Niz*» del 03-12-2020, y 33, «*Gaúna*» del 09-12-2020, las que pueden consultarse en http://www.juscorrientes.gov.ar/seccion/jurisprudencia/fallos-recientes/?anio=2020&fuero=laborales&tipo=resoluciones.

29 Urbina, Dalsen L. (2020), «Implementación de los procesos por audiencias a través del Protocolo de Oralidad dispuesto por el STJ de la Provincia de Corrientes por Acuerdo 11/2019 —Análisis— Cuestiones de Constitucionalidad», *RC* D 1497/2020.

Con mayor énfasis, en el caso «Furlán, Sebastián y flía. vs. Argentina», Sentencia del 13/08/2014, en relación a la responsabilidad internacional del Estado argentino por su demora al momento de establecer una indemnización a favor de Sebastián Furlán de la que dependía su tratamiento médico como persona con discapacidad, la CorIDH ha señalado:

«134. En este sentido, la Corte Interamericana reitera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que **no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho,** ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. (...).

Respecto al Plazo razonable, expresó:

«169. Este Tribunal reitera que el Estado, en ejercicio de su función judicial, ostenta un deber jurídico propio, por lo que la conducta de las autoridades judiciales no debe depender exclusivamente de la iniciativa procesal de la parte actora de los procesos».

Agregó más adelante que:

«186. En suma, de los argumentos presentados por el Estado no se desprenden razones concretas que justifiquen por qué un proceso civil que no debía durar más de dos años (...), terminó durando más de doce años. Como se mencionó anteriormente, la actividad de la parte interesada no es la causante directa de dicha dilación, por lo que no ha sido desvirtuada la falta de diligencia que las autoridades judiciales que estuvieron a cargo del proceso judicial tuvieron en relación con los términos o plazos establecidos por el proceso civil. A la luz de lo anterior, el Tribunal concluye que la autoridad judicial no procuró en forma diligente que los plazos procesales se cumplieran, no cumplió su deber de «tom[ar] medidas tendientes a evitar la paralización del proceso» y, no obstante tratarse de un asunto relacionado con una indemnización por incapacidad física de un menor de edad, no hizo uso de sus facultades ordenatorias e instructorias, no le confirió "preferente despacho" y, en general, no tuvo la diligencia especial requerida para resolver este asunto objeto de su conocimiento»[30].

Y en línea con el principio de oralidad de los procesos, sostuvo:

«230. Asimismo, la Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Igualmente, el Tribunal recuerda que el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso. No sobra recalcar que estos estándares son igualmente aplicables a las niñas y niños con discapacidad».

30 204. Una vez analizados los cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo (...), la Corte Interamericana concluye que las autoridades judiciales a cargo del proceso civil por daños y perjuicios y del cobro de la indemnización no actuaron con la debida diligencia y el deber de celeridad que exigía la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba Sebastián Furlan, razón por la cual excedieron el plazo razonable, lo cual vulnera el derecho a las garantías judiciales establecido en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1, todos de la Convención Americana, en perjuicio de Sebastián Claus Furlan.

«232. De la prueba que obra en el expediente judicial, la Corte observa que Sebastián Furlan no fue escuchado directamente por el juez a cargo del proceso civil por daños y perjuicios. Por el contrario, en el expediente hay prueba de que Sebastián Furlan compareció personalmente dos veces al juzgado, sin que en ninguna de las oportunidades fuera escuchado (...)»[31].

«237. La Corte observa que tanto la Comisión como los representantes, en el presente caso, argumentaron que la falta de participación del asesor de menores habría tenido una incidencia directa en la forma en que se desarrolló el proceso civil por daños y perjuicios. (...)»[32].

El dictado del Protocolo, al igual que los enumerados precedentemente a modo ejemplificativo, constituye el ejercicio responsable y razonable de los deberes impuestos por normas supranacionales, constitucionales y legales que imponen a los órganos del Estado —en especial a los judiciales— la necesidad de asegurar la tramitación de los procesos con las debidas salvaguardas, respetando el derecho a ser oído[33], y obteniendo una respuesta a la pretensión de fondo en un plazo razonable[34].

Como ha expresado Silva Tamayo —siguiendo a Balbín—, «... el principio de división de poderes subsiste, aunque adaptado a la evolución sistémica del Derecho Público: cada poder poseer un núcleo competencial constitucionalmente asignado y un círculo de competencias periféricas. Las competencias periféricas pueden ser asumidas por cualquiera de los otros dos órganos, en forma complementaria o extraordinaria...»[35].

2.2. Acerca del «gobierno judicial» y las reformas necesarias

En punto al gobierno judicial, bien han destacado Sesín y Gómez que *«... las profundas transformaciones solo pueden conseguirse mediante la aplicación de un proceso sostenido y bajo una clara conducción, capaz de trazar metas, de liderar el cambio, con autoridad y competencia de fijar ritmos y esquemas de trabajo».* Agregan que *«... en los sistemas judiciales sólo parece factible a partir del rol o función de Gobierno, es decir del Gobierno Judicial que ejercen los órganos encargados de fijar la política judicial, esto es así aún en una organización como la nuestra con*

31 233. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte considera que se vulneró el derecho a ser oído y ser debidamente tomado en cuenta consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1, todos de la Convención Americana, en perjuicio de Sebastián Claus Furlan.

32 243. En este sentido, la Corte observa que el asesor de menores no fue notificado por el juez del proceso civil mientras Sebastián Furlan era un menor de edad ni posteriormente, cuando se contó con los peritajes que daban cuenta del grado de su discapacidad, razón por la cual Sebastián Furlan no contó con una garantía, no sólo obligatoria en el ámbito interno, sino que además habría podido intervenir mediante las facultades que le concede la ley (...), a coadyuvar en el proceso civil. Teniendo en cuenta lo anterior, en las circunstancias específicas del presente caso el asesor de menores e incapaces constituía una herramienta esencial para enfrentar la vulnerabilidad de Sebastián Furlan por el efecto negativo que generaba la interrelación entre su discapacidad y los escasos recursos económicos con que contaban él y su familia, generando, como se mencionó anteriormente (...), que la pobreza de su entorno tuviera un impacto desproporcionado en su condición de persona con discapacidad. En consecuencia, la Corte concluye que se vulneró el derecho a las garantías judiciales establecido en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1, todos de la Convención Americana, en perjuicio de Sebastián Claus Furlan.

33 En la versión en inglés de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el art. 8 se lee al comienzo «*1. Every person has the right to a hearing...*», es decir, un derecho a una audiencia, por lo que bien puede interpretarse que el derecho a ser oído no equivale al derecho a ser leído.

34 Sobre el Plazo razonable, ver Corte IDH. «*Caso Perrone y Preckel Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*», Sentencia de 8 de octubre de 2019, Serie C No. 384, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_385_esp.pdf

35 Silva Tamayo, Gustavo E. (2020), «Pandemia y División de Poderes. (A propósito de los DNU dictados por el PEN en el marco de la emergencia sanitaria desatada por el nuevo Coronavirus, COVID-19)», *elDial* DC2AB5, 18/05/2020.

su propia cultura organizacional de fuertes raigambre de valores y creencias institucionalizadas y formalizadas...»[36].

Lo expuesto no debe en modo alguno confundirse con el denominado «gobierno de los jueces»[37], que en rigor supone una crítica a la interferencia que muchas veces, por exceso, o por invadir esferas de los poderes políticos, algunos magistrados suelen incurrir en ocasión del ejercicio de la función jurisdiccional.

Sobre este aspecto, que ninguna relación tiene con lo que constituye el objeto del presente trabajo, aunque sirve para separar adecuadamente las aguas, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina que: «*...En primer lugar, en virtud del principio de separación de poderes que consagra nuestra organización constitucional, no es de competencia de los jueces determinar el modo de realización de los fines de una determinada institución jurídica, ya que esta atribución es propia de los poderes políticos. El control judicial debe quedar ceñido, en lo sustancial, a que el ejercicio de las potestades de los restantes poderes del Estado se mantenga dentro de los límites de la garantía de la razonabilidad y no avance sobre prohibiciones específicas contenidas en la Constitución o, en su caso, en las leyes. Ello es así, en razón de que no corresponde a los tribunales juzgar el acierto o conveniencia del medio arbitrado por dichos poderes, en el ámbito propio de sus atribuciones, para alcanzar el fin propuesto* (Fallos: 317:126; 324:3345; 325:645, entre otros) ...»[38].

Es que, en toda organización, aún en la judicial, existe una estructura jerárquica, que se ejerce en la esfera de superintendencia cuyo gobierno lo ostentan los máximos tribunales de cada una de las unidades políticas que componen el Estado Federal, respecto de cada una de las dependencias que componen la organización judicial, sin que ello vaya en desmedro de la independencia e imparcialidad de los jueces inferiores, la que se ejerce en el exclusivo ámbito de la función jurisdiccional[39].

Respecto a las reformas necesarias, Arthur Vanderbilt[40] señalaba hace más de medio siglo, en orden de importancia, las siguientes:

> «1) **Perfeccionamiento del personal judicial, incluyendo tanto jurados como jueces... 2) Simplificación de la organización judicial y del procedimiento**, de manera que puedan evitarse los tecnicismos y chicanas, y que el procedimiento llegue a ser un medio de obtener

---

36 Sesín, Domingo J. y Gómez, Cecilia A. (2023), «Gobierno Judicial: Estándares de Medición de Rendimiento y Control de Desempeño Judicial. La Experiencia Córdoba», disponible en https://cepj.justiciacordoba.gob.ar/wp-content/uploads/2019/11/Estandares-de-Medici%C3%B3n-y-Rendici%C3%B3n-y-Control-del-desempe%C3%B1o-judicial.pdf, consultado el 14-05-2023.

37 Al respecto, puede verse Waldron, Jeremy (2018), *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires; también Rüthers, Bernd (2020), *La Revolución Secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Pablo.

38 CSJN, 06-06-2017, «Flores, Lorena R. c. Giménez, Marcelino O. y otros/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)», *Fallos* 340:765, voto del juez Rosenkrantz.

39 Es en ejercicio de la función jurisdiccional, que se predica de las Cortes Supremas o Superiores Tribunales la función casatoria y de unificación de jurisprudencia, a fin de marcar los senderos jurisprudenciales a los cuales los tribunales inferiores deberán ajustarse en función del denominado *stare decisis*. Al respecto puede verse el trabajo de Taruffo, Michelle (2017), «Las Funciones de las Cortes Supremas. Entre Uniformidad y Justicia», *Revista de Derecho YACHAQ N.° 8* - diciembre del 2017, Centro de Investigación de los Estudiantes de Derecho (CIED) Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, pp. 21-30.

40 Vanderbilt, Arthur T. (1959), *La justicia emplazada a reformarse*, Traducción por Carlos Alberto Benites y Javier Clavell Borrás, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, p. 9. Como expresa Carlos Alberto Benítes en el prólogo de la traducción —pp. VII-VIII—, «... *Para juzgar en todo su valor las opiniones aquí vertidas, debemos tener presente que cuando* Vanderbilt *habla de las obligaciones de la profesión legal en relación al problema de la reforma del derecho, lo hace con la autoridad de quien fue presidente de la Asociación Norteamericana de Abogados. Cuando se refiere a los jueces y a la organización de la justicia, es el presidente de la Suprema Corte de Nueva Jersey quien lo hace. Cuando habla de las escuelas de derecho y del papel que les corresponde en la cruzada, nos obliga a recordar que fue decano de una de las primeras escuelas de derecho de su país: la de la Universidad de Nueva York*...».

justicia, más bien que un fin en sí mismo. 3) **Eliminación de la lentitud judicial mediante modernos métodos de administración y una dirección eficiente**. Sin esta mejora una institución judicial, al igual que cualquiera otra empresa de ámbito estadual, no puede pretender funcionar eficazmente. Esto requiere una cabeza administrativa responsable en los tribunales de cada jurisdicción, y una oficina de administración judicial que le preste asistencia...».

3. Conclusiones

Cuando hablamos de los poderes del Estado y del principio de división de aquellos, en rigor corresponde referir a las funciones estatales, y así como es propio reconocer a cada uno una función preponderante, participan a su vez de las funciones que corresponden a los restantes, siendo la función administrativa una de las que se cumple en los tres poderes clásicos, con un régimen jurídico uniforme.

En efecto, corresponde deslindar adecuadamente las funciones estatales, y en qué sentido utilizamos, porque los tres poderes ejercen las tres funciones, pero sólo el Poder Judicial ejerce función jurisdiccional en sentido formal, por lo que le cabe la última palabra a la hora de controlar el ejercicio de los restantes y de resolver conflictos entre partes.

Sin perjuicio, el adecuado equilibrio y control recíproco predicado en nuestro sistema constitucional, supone el saber mantenerse en la esfera de sus respectivas atribuciones, sin que puedan sustituirse en los modos en que los restantes poderes ejercen sus funciones privativas[41].

En lo relativo a la función administrativa, denominada «de superintendencia», las Constituciones —Nacional y Provincial— y las leyes respectivas atribuyen a los órganos judiciales competencias tanto reglamentarias —o de dictado de actos de alcance general—, en algunos casos para el dictado de reglamentos ejecutivos, autónomos o de organización, e incluso delegados en ciertas materias, como así también para el dictado de actos administrativos y la celebración de contratos administrativos.

Como ha señalado Balbín, «... debe reconocerse al Poder Judicial el poder de coadyuvar en el diseño de las políticas públicas siempre en relación con el reconocimiento de los derechos, particularmente los derechos colectivos —individuales y sociales—. En particular, por el mayor acceso al proceso judicial y los efectos absolutos de las sentencias. En este contexto es necesario incorporar técnicas de diálogo, negociación y consenso en el trámite de ejecución de las sentencias más complejas»[42].

Sin intenciones de agotar las posibilidades, con motivo de la crisis sanitaria a raíz de la Pandemia Covid-19, los poderes judiciales han tenido que adoptar medidas que muchas veces excedieron de las que en circunstancia normales podían emitirse[43], en aras a mantener vigente el servicio de justicia, procurando un equilibrio armónico con la salud pública y de los trabajadores judiciales y demás operadores.

4. Bibliografía

Balbín, **Carlos F**. (2015), *Tratado de Derecho Administrativo* - 2a Ed. - Tomo I, La Ley, Buenos Aires.

Bianchi, **Alberto B**. (2001), «¿Puede la Corte Suprema ejercer control de constitucionalidad por vía de acordada?», *La Ley* 2001-B, 112, AR/DOC/19085/2001.

41 Así se ha sostenido que «... lo que ha de llamarse régimen de separación de los poderes determina, no sólo una repartición del Estado, sino también la posibilidad de un recíproco freno entre los poderes...» (BOSCH, Jorge Tristán (1944), *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, Sección Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, p. 43).

42 Balbín, Carlos F., *Tratado ...*, p. 123.

43 Una idea aproximada podemos hallar en el Libro *Acordadas de Cortes y Superiores Tribunales del país por Emergencia Sanitaria. Plazos y alcance*s, Ediciones SAIJ, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Argentina, 202, disponible en http://www.bibliotecadigital.gob.ar/files/original/20/2683/acordadas-poder-judicial_27-05.pdf.

Bosch, **Jorge Tristán** (1944), *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, Sección Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Buenos Aires.

Buteler, **Alfonso** (2008), «La revisión judicial de los actos administrativos dictados por la Corte Suprema», *DJ* 2008-II, 6839

Comadira, **Julio R**. (1996), «Algunos aspectos de la teoría del acto administrativo», *JA* 1996-IV-750.

Gordillo, **Agustín** (1997), *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, 4ta. edición, Buenos Aires, FDA.

Hutchinson, **Tomás** (2010), «De la irrevisibilidad a la revisibilidad jurisdiccional de la función administrativa del Poder Judicial», *LL*, Sup. Adm.2010 (agosto), 63.

Hutchinson, **Tomás** (1977), «El Poder Judicial y su función administrativa, en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*», n.º 13, pp. 35 y ss.

Hutchinson, **Tomás** (1978), «La función administrativa del Poder Judicial y su revisión jurisdiccional», en *El Derecho*, t. 84 p. 840.

Hutchinson, **Tomás** (1984), «Empleados del Poder Judicial ¿ciudadanos de segunda categoría?», en *Revista JUS, 1984*, n.º 37, pp. 43 y ss.

Hutchinson, **Tomás** (1993), «La revisión (pero no tanto) de los actos administrativos del Poder Judicial», en *Revista de Derecho Administrativo* n.º 14, pp. 499 y ss.

Revidatti, **Gustavo A**. (1984), *Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Tomo I.

Rey Vázquez, **Luis E**. (2021), «La función administrativa en la órbita judicial. Principales manifestaciones», publicado en *Temas de Derecho Administrativo*, Editorial Erreius, agosto 2021, pp. 631-653, Cita digital: IUSDC3288474A.

Roquel, **Rodolfo R**.; **Grando**, **José H**. y **Rey**, **Luis M**. (2009), *Lecciones de Derecho Administrativo*, Ediciones Moglia, Corrientes.

Rüthers, **Bernd** (2020), *La Revolución Secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Pablo.

Sacristán, **Estela B**. (2020), «La Corte Suprema como titular de poder reglamentario», *Revista Jurídica Austral*, Vol. 1, N.º 2 (diciembre de 2020), pp. 499-530.

Sacristán, **Estela B**. (2016), «Acerca de las audiencias públicas solicitadas en «CEPIS» y su fuente», *EDA* 30-09-2016, pp. 3-6.

Sesín, Domingo J. y **Gómez, Cecilia A.** (2023), «Gobierno Judicial: Estándares de Medición de Rendimiento y Control de Desempeño Judicial. La Experiencia Córdoba», disponible en https://cepj.justiciacordoba.gob.ar/wp-content/uploads/2019/11/Estandares-de-Medici%C3%B3n-y-Rendici%C3%B3n-y-Control-del-desempe%C3%B1o-judicial.pdf

Silva Tamayo, **Gustavo E**. (2020), «Pandemia y División de Poderes. (A propósito de los DNU dictados por el PEN en el marco de la emergencia sanitaria desatada por el nuevo Coronavirus, COVID-19)», *elDial* DC2AB5, 18/05/2020.

Urbina, **Dalsen L**. (2020), «Implementación de los procesos por audiencias a través del Protocolo de Oralidad dispuesto por el STJ de la Provincia de Corrientes por Acuerdo 11/2019 - Análisis - Cuestiones de Constitucionalidad», *RC* D 1497/2020

Vanderbilt, **Arthur T**. (1959), *La justicia emplazada a reformarse*, Traducción por Carlos Alberto Benites y Javier Clavell Borrás, Roque Depalma Editor, Buenos Aires.

Villegas Basavilbaso, **Benjamín** (1949). *Derecho Administrativo*, TEA, Buenos Aires, T.º 1.º.

Waldron, **Jeremy** (2018), *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires.

16

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES ARTICULADORES DEL DERECHO INTERNACIONAL CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO INTERNO

CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND CONVENTIONS THAT ARTICULATE INTERNATIONAL LAW WITH DOMESTIC ADMINISTRATIVE LAW

Miguel Alejandro López Olvera[1]

RESUMEN: En el presente trabajo de investigación recopilamos y analizamos diferentes principios que actualmente se utilizan para aplicar y tutelar derechos humanos o estándares internacionales que no están reconocidos en el ordenamiento jurídico interno, y que permiten articular el derecho internacional o extranjero con el derecho administrativo interno. Tales principios son la supletoriedad en el derecho administrativo, el principio de juridicidad, el bloque de constitucionalidad, el principio *pro persona*, las figuras del derecho duro y derecho blando, el control de convencionalidad y las buenas o mejores prácticas internacionales.

PALABRAS CLAVE: Juridicidad, bloque de constitucionalidad, principio *pro persona*, hard law, soft law, control de convencionalidad, mejores prácticas.

ABSTRACT: In this research work we collect and analyze different principles that are currently used to apply and protect human rights or international standards that are not recognized in the domestic legal system, and that allow international or foreign law to be articulated with domestic administrative law. Such principles are supplementarity in administrative law, the principle of legality, the block of constitutionality, the principle *pro persona*, the figures of hard and soft law, the control of conventionality and international good or best practices.

KEYWORDS: Legality, block of constitutionality, principle *pro persona*, hard law, soft law, control of conventionality, best practices.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. LA CONSTITUCIÓN EN NUESTRO TIEMPO. 2. PUBLICIDAD DE LA NORMA, PROFESIONALIZACIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y SUPLETORIEDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. 3. ESTADO DE DERECHO Y PRINCIPIO DE JURIDICIDAD. 4. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD. 5. PRINCIPIO *PRO PERSONA*. 6. DERECHO DURO Y DERECHO BLANDO. 7. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. 8. BUENAS O MEJORES PRÁCTICAS INTERNACIONALES. 9. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción. La Constitución en nuestro tiempo

En la actualidad, hablar sobre los fundamentos constitucionales del derecho administrativo, es mucho más que referirse a una normativa fundamental que concentra los derechos humanos y sus garantías reconocidos a las personas y las instituciones que integran el Estado.

1 * Investigador titular «C» de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Lo que en su momento se conocía como Constitución Política, ahora es un complejo entramado de instituciones jurídicas que reconocen los derechos humanos de las personas, establecen las instituciones del Estado, pero que comprende un sinnúmero de tratados internacionales, recomendaciones, opiniones consultivas, criterios de organismos y tribunales internacionales, entre muchos otros.

En su momento, se entendía por Constitución Política, el documento expedido por el Congreso constituyente, que reconocía los derechos de las personas y establecía la organización de las instituciones estatales.

Sin embargo, una característica de ese documento es que los principios y reglas contenidos en su texto, no podían ser invocados por las personas para ser aplicados directamente en un procedimiento o proceso.

Con la consolidación del denominado Estado de Derecho, la Constitución deja de ser concebida como un documento político y programático, para pasar a ser reconocida y aplicada como una verdadera norma jurídica.

En el Estado de Derecho, los principios, las reglas, los derechos humanos y sus garantías, contenidos en la Constitución, son plenamente aplicables por la autoridad competente, y susceptibles de ser invocadas en la vía jurisdiccional por la persona afectada.

En el presente trabajo mencionamos, analizamos y explicamos diferentes figuras jurídicas (principios, reglas, derechos humanos y sus garantías) que se han creado, en diferentes momentos, con el fin de ampliar y permitir su aplicación por parte de las administraciones públicas en el desarrollo de su función administrativa, especialmente, en la determinación de los derechos y obligaciones de las personas.

En primer lugar, nos referimos a la obligación general de dar publicidad a las regulaciones por parte de todas las autoridades, al deber de profesionalización y a la figura jurídica de la supletoriedad.

En segundo lugar, explicamos el principio de juridicidad y su vinculación con el Estado de derecho, los cuales, se consolidaron en México a partir de la reforma constitucional de 1994.

En tercer lugar, hablamos del bloque de constitucionalidad, como un principio que permite la incorporación de derechos humanos de fuente convencional al ordenamiento jurídico interno.

En cuarto lugar, exponemos las principales características y funciones del principio *pro persona*, así como sus fundamentos constitucionales y convencionales.

En quinto lugar, explicamos en qué consisten los conceptos derecho duro o *hard law* y derecho blando o *soft law*, principalmente la función de este último en la incorporación de instituciones de fuente internacional

En sexto lugar, exponemos el origen y los alcances del control de convencionalidad, el cual, permite la tutela de derechos humanos y sus garantías no reconocidos en el ordenamiento jurídico interno, mediante una serie de pasos diseñados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En séptimo lugar, hablamos del concepto buenas o mejores prácticas internacionales, que se menciona en el artículo de la Constitución y en algunas regulaciones como la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

Finalizamos nuestro estudio con unas breves conclusiones y un listado de fuentes bibliográficas.

2. Publicidad de la norma, profesionalización de los servidores públicos y supletoriedad en el derecho administrativo

2.1. Explicación previa

Como primer punto, debemos destacar que en el ordenamiento jurídico existen una serie de principios y reglas que derivan del derecho común, y que son plenamente aplicables a todas las materias y ramas del derecho, incluido el derecho administrativo.

A los códigos civiles y de procedimientos civiles se les suele llamar como «las normas de normas», porque originalmente los códigos civiles regulaban instituciones jurídicas que hoy en día son estudiadas por el derecho administrativo.

Es importante recordarlo, porque, si bien hoy en día el derecho administrativo es una rama autónoma del derecho, diferentes normativas que regulan instituciones del derecho administrativo, expresamente remiten o suplen alguna regla con las instituciones previstas en aquellas normativas, situación que obliga a las administraciones públicas, sus órganos y servidores públicos, a conocerlas y aplicarlas en beneficio de garantizar y proteger los derechos humanos de las personas.

Nos referimos a la obligación del Estado de dar publicidad a las regulaciones que expiden los entes públicos, lo que conlleva un deber de conocimiento y el correspondiente deber de su aplicación en beneficio de los derechos de las personas y del interés público.

2.2. Publicidad del ordenamiento jurídico

Tanto la Constitución como las propias leyes, establecen la obligación de dar publicidad a las normas, para que puedan ser conocidas y aplicadas por todas las personas y por las propias autoridades. La publicidad de las normas es un principio de buen gobierno y condición necesaria en una República democrática.

Por ello, diferentes disposiciones del ordenamiento jurídico contienen figuras jurídicas para cumplir con ese fundamental principio, entre ellas, encontramos la Ley del Diario Oficial de la Federación y Gacetas Gubernamentales, así como los códigos civiles.

En la primera de esas normativas se dispone, por ejemplo, que:

> El Diario Oficial de la Federación es el órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, de carácter permanente e interés público, cuya función consiste en publicar en el territorio nacional, las leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, circulares, órdenes y demás actos, expedidos por los Poderes de la Federación y los Órganos Constitucionales Autónomos, en sus respectivos ámbitos de competencia, a fin de que éstos sean aplicados y observados debidamente.

Es el *Diario Oficial de la Federación* y los periódicos estatales, el medio y el mecanismo que garantiza el principio de publicidad de las normas, así como el derecho de transparencia y acceso a la información pública de los actos regulatorios del Estado.

Asimismo, en el Código Civil Federal, se señala, que:

> **Artículo 6.º**. La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.
>
> **Artículo 10**. Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario.
>
> **Artículo 12**. Las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquéllos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte.
>
> **Artículo 21**. La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento.

Es decir, que las personas quedan sometidas al ordenamiento jurídico por medio de estas figuras jurídicas que se establecen en el derecho común. Situación no menor, ya que esta ficción de que la totalidad del ordenamiento jurídico es conocido por todas las personas que se encuentren en territorio nacional una vez que fue dado a conocer por el medio referido, conlleva la ineludible obligación de los servidores públicos de conocimiento de la totalidad del ordenamiento jurídico, ya que el propio ordenamiento jurídico señala que «La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento».

Esta obligación general de publicidad y sus obligaciones específicas son indispensables para la aplicación y articulación de las figuras jurídicas a las que nos referiremos en los siguientes apartados y subapartados.

2.3. Profesionalización de los servidores públicos

La profesionalización, además de ser un derecho humano y una condición para el ingreso y permanencia a la función pública por parte de los servidores públicos, es una garantía de los derechos humanos de las personas, ya que se interrelaciona con los derechos humanos al debido proceso, la tutela judicial efectiva y a la defensa, entre otros.

La profesionalización es una condición de la garantía de la competencia del servidor público. Asimismo, el cumplimiento del derecho humano al debido proceso se garantiza, entre otros, cuando la determinación de los derechos humanos de las personas ha sido realizada por autoridad competente, competente en sentido formal y material.

La competencia material se cumple cuando el servidor público tiene la preparación, los conocimientos y la aptitud para desempeñar las facultades que le impone su nombramiento. Es así que el servidor público tiene la obligación de conocer la totalidad del ordenamiento jurídico y el deber de garantizar los derechos en los procedimientos del área de su competencia.

2.4. Supletoriedad en el derecho administrativo

Esta figura jurídica es utilizada regularmente por el legislador para vincular la aplicación de reglas comunes establecidas normalmente en los códigos civiles y de procedimientos civiles, y en la legislación común del procedimiento administrativo, a materias, áreas o procedimientos especiales del derecho administrativo.

La Ley Federal de Procedimiento Administrativo, que establece las bases generales del procedimiento administrativo, dispone, que,

> **Artículo 2**. Esta Ley, salvo por lo que toca al título tercero A, se aplicará supletoriamente a las diversas leyes administrativas. El Código Federal de Procedimientos Civiles se aplicará, a su vez, supletoriamente a esta Ley, en lo conducente.

Es importante destacarlo, ya que, en muchas ocasiones, solo se aplica estrictamente la ley que rige en un determinado procedimiento, y se deja a las personas sin la tutela del derecho solicitado.

3. Estado de derecho y principio de juridicidad

El principio de juridicidad o legalidad constitucional se enmarca en el denominado Estado de derecho, ya que antes de la consolidación de este modelo de Estado, regía la legalidad estricta, pues, de hecho, el principio se denominada en sus orígenes «principio de legalidad de la administración», que significaba la aplicación estricta de la ley por parte de las administraciones públicas a las personas.

Manuel Rebollo Puig, explica que,

> La revolución francesa pretendió aportar un principio de legalidad estricto y general para toda actuación administrativa y así, en efecto, lo consagro inicialmente. La noción de un poder ejecutivo limitado propiamente a la función de ejecutar la Ley supone que ésta es no sólo límite, sino fundamento de su acción, y todo ello, en definitiva, expresa una idea semejante a la de la vinculación positiva a la Ley. Se corresponde este período, primero, como una negación total de potestad reglamentaria y, poco después, con su reconocimiento limitado, en principio y salvo excepciones, a la ejecución de la Ley, función que el Reglamento podía desarrollar sin necesidad de previsión legal específica. Esto último seguía siendo perfectamente adecuado al principio de legalidad más estricto y radical: la potestad reglamentaria, conferida constitucionalmente, se desarrollaba exclusivamente respecto a aquellas Leyes cuya ejecución fuera administrativa y no era más que un nuevo medio de ejecución[2].

Pero a principios del siglo XIX, surge el concepto de Estado de Derecho, «que consiste en la sujeción de los órganos del poder a la Constitución y a las normas adoptadas por los órganos competentes conforme a los procedimientos establecidos por la propia Constitución»[3].

---

2 Rebollo Puig, Manuel, «Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del gobierno», *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 125, mayo-agosto de 1991, p. 78.

3 Explica Diego Valadés que, aunque la idea aparece claramente en las obras de Kant y de Humboldt, «el primero que la introduce como un tema relevante para las definiciones políticas y jurídicas del Estado fue el jurista y político alemán Robert von Mohl en su obra *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, publicada en 1929. Aunque varios autores le atribuyen incluso haber acuñado la expersión; sin

El Estado de derecho[4] consiste en la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del poder; el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas en términos perjudiciales, y el respeto a los derechos humanos[5].

Y con la consolidación del Estado de Derecho nace el principio de juridicidad, en virtud de que a la Constitución ya se le concibe como una norma jurídica, cuyos principios, reglas, derechos y garantías son susceptibles de invocación y aplicación en los procedimientos administrativos, así como de ser controlados judicialmente.

No obstante lo anterior, en la actualidad la doctrina hace una distinción entre el principio de legalidad y el principio de juridicidad. Coviello nos dice al respecto que «la locución *principio de juridicidad* puede considerársela más correcta que la otra»[6].

La juridicidad se refiere a que la totalidad de la actuación de los servidores públicos del Estado está sujeta a la ley. Pero las disposiciones de la ley solo son un estándar general de aplicación, pues debe ser complementada con los principios, reglas, derechos humanos y sus garantías que derivan de la Constitución[7].

La juridicidad «no implica la convivencia dentro de cualquier ley, sino de una ley que se produzca dentro de la Constitución y con garantías plenas de los derechos fundamentales, es decir, no se vale cualquier contenido de la ley sino sólo aquel contenido que sea conforme con la Constitución y los derechos humanos»[8].

Es decir, la administración pública, «debe actuar con arreglo al ordenamiento jurídico»[9], siempre con sujeción al principio de juridicidad[10].

4. Bloque de constitucionalidad

4.1. Idea general

El bloque de constitucionalidad es la unidad jurídica compuesta por normas y principios contenidos en normativas de derecho fundamental que, sin aparecer textualmente en la Constitución, forman parte de la misma y deben tener aplicación directa y eficaz.

---

embargo, Böckenförde demuestra que en 1813 ya la había empleado Carl Th. Welker, y en 1824 C. F. Von Aretin». Véase Valadés, Diego, *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, México, UNAM, 2002, pp. 7 y 8.

4 Como apuntamos anteriormente y lo reiteramos en palabras de García de Enterría, «La idea de someter el Poder sistemáticamente a un juicio en el que cualquier ciudadano pueda exigirle cumplidamente justificaciones de su comportamiento ante el Derecho, es una idea que surge del Estado montado por la Revolución francesa, pero que aparece de un modo ocasional. No se encuentra en las grandes fuentes doctrinales de la Revolución una anticipación de este mecanismo que lejanamente pudiese parecerse a lo que hoy estamos habituados a ver». García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1983, p. 13.

5 Valadés, Diego, (nota 2), pp. 7 y 8.

6 Coviello, Pedro José Jorge, «La denominada 'zona de reserva de la administración' y el principio de la legalidad administrativa», en Juan Carlos Cassagne (dir.), *Derecho administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 207.

7 Véase González Navarro, Francisco, *Derecho administrativo español*, Pamplona, España, EUNSA, 1995, p. 236.

8 Cárdenas Gracia, Jaime, «Remover los dogmas», *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Núm. 6, enero-junio de 2002, p. 21.

9 Comadira, Julio Rodolfo, «La actividad discrecional de la administración pública. Justa medida del control judicial», *El Derecho*, Buenos Aires, 29 de marzo de 2000, p. 1.

10 *Idem*.

En ese sentido, en términos de las normas, principios y reglas que se establecen en la Constitución federal, podemos decir que el bloque de constitucionalidad puede ser horizontal o vertical.

4.2. Bloque de constitucionalidad horizontal

Denominamos bloque de constitucionalidad horizontal, al conjunto normativo, cuyo fundamento y mandato se encuentra en el artículo 1o. de la Constitución, que implica que los derechos reconocidos en la Ley Fundamental deben complementarse con los que se contengan en los tratados internacionales[11].

Lo anterior, señala el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, porque el artículo 1o. de la Constitución «prescribe el goce de los derechos humanos reconocidos en la Norma Fundamental y en los tratados internacionales de los cuales México es Parte, lo que equipara éstos a las normas constitucionales, conformando un bloque de constitucionalidad, en la medida en que forman parte de su contenido, integrando una unidad exigible o imponible a todos los actos u omisiones que puedan ser lesivos de derechos fundamentales»[12].

Es decir, hay un bloque de constitucionalidad horizontal conformado por la Constitución federal y los tratados internacionales, lo cual permite incorporar prerrogativas reconocidas en los documentos fundamentales internacionales.

4.3. Bloque de constitucionalidad vertical

Pero también existe un bloque de constitucionalidad vertical, conformado por la Constitución federal y los derechos humanos reconocidos en los ordenamientos locales, como, por ejemplo, el derecho a una buena administración pública o el derecho a la ciudad, que están reconocidos en constituciones locales.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya ha reconocido, implícitamente, la existencia de este principio, al señalar que es posible articular principios y normas contenidos en normas locales con el texto de la Constitución federal.

En la Controversia constitucional 31/2006, señaló:

> Los artículos 122, apartado A, fracción II y apartado C, base primera, fracción V, inciso f) y 116, fracción IV, incisos b) al i), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y las normas que en particular establezca el legislador federal en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, integran un bloque de constitucionalidad en materia electoral para esta entidad. Lo anterior
>
> es así, ya que el artículo 122, apartado C, base primera, fracción V, inciso f), de la Constitución Federal, señala que las disposiciones que rijan en materia electoral en el Distrito Federal deben sujetarse al Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, el cual tomará en cuenta los principios establecidos en los incisos b) al i) de la fracción IV del artículo 116 constitucional; lo anterior porque el fundamento del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal es el indicado artículo 122, y el respeto a la jerarquía constitucional es un requisito para la validez de dicho Estatuto, por lo que, el respeto a lo dispuesto por él, es un requisito de validez para las actuaciones de todas las autoridades del Distrito Federal.

Así, derechos humanos reconocidos en normativas locales o incluso municipales, pueden ser invocados y aplicados en una entidad federativa en la que no se reconozcan esos derechos humanos, utilizando el artículo 1 de la Constitución federal como un satélite que refleja el derecho invocado hacia el expediente en el que se solicita la tutela.

---

11 Tesis aislada I.9o.P.84 P (10a.), Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 20, Julio de 2015, t. II, p. 1751.

12 Tesis aislada III.2o.C.127 C (10a.), Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, Libro 11, marzo de 2022, t. IV, p. 3419.

La universalidad de los derechos humanos en un Estado federal como México, Argentina o Brasil, debe ser real, permitiendo que todos los derechos humanos reconocidos en el ordenamiento jurídico puedan ser gozados por todas las personas.

5. Principio *pro persona*

El principio *pro persona* es un criterio interpretativo que se aplica cuando existe diferencia entre el alcance o la protección reconocida a un determinado derecho humano, reconocido en fuentes de derecho fundamental, es decir, en la Constitución y/o en un tratado internacional[13].

Lo anterior implica, que en la interpretación jurídica siempre se debe buscar el mayor beneficio para la persona, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio[14].

Los antecedentes del principio *pro persona* son los principios *in dubio pro operario*, *in dubido pro reo* y *pro homine*. Pero ahora, el principio *pro persona* cobija a todos los demás, no importando la materia o especialidad.

En nuestro ordenamiento jurídico interno, está reconocido en el artículo 1, párrafo segundo de la Constitución, el cual, dispone textualmente, que:

> Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

En la actualidad, se le define al principio *pro persona* como un criterio hermenéutico cuya técnica jurídica permite ponderar la aplicación de dos o más derechos humanos, aparentemente en contradicción, en un caso concreto.

En ese sentido, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha señalado, que,

> [...] el principio *pro persona* opera como un criterio que rige la selección entre: (i) dos o más normas de derechos humanos que, siendo aplicables, tengan contenidos que sea imposible armonizar y que, por tanto, exijan una elección; o (ii) dos o más posibles interpretaciones admisibles de una norma, de modo que se acoja aquella que adopte el contenido más amplio o la limitación menos restrictiva del derecho. Así, es importante que tanto las normas entre las que se elige como las interpretaciones que se pretendan comparar sean aplicables en el primer caso y plausibles en el segundo, por ser el resultado de técnicas válidas de interpretación normativa[15].

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, este principio se contempla en los artículos 11 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el siete y el 20 de mayo de 1981, respectivamente.

Según la opinión de la CorteIDH, de estos artículos deriva el principio de la dignidad humana y también el principio *pro homine*. Es decir, señala la CorteIDH:

> Los tratados de derechos humanos se inspiran en una noción de garantía colectiva, de manera que no establecen obligaciones *vis a vis* entre los Estados, sino que determinan la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos contenidos en tales instrumentos a todos los seres humanos.

---

13 Véase la Tesis de jurisprudencia 1a./J. 107/2012 (10a.), Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIII, octubre de 2012, t. 2, p. 799.

14 Tesis aislada I.4o.A.464 A, Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, febrero de 2005, p. 1744.

15 Tesis aislada 1a. CCVII/2018 (10a.), Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, diciembre de 2018, t. I, p. 378.

> Toda interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos debe atender al principio **pro homine,** es decir, éstos deben ser interpretados de la manera que más favorezca al ser humano...
>
> El derecho internacional de los derechos humanos, en aplicación del principio **pro homine,** otorga mayor prevalencia a la norma que proyecte una protección a la dignidad humana (que reconozca más ampliamente los derechos humanos), con independencia de la fuente de origen de la obligación que se trate. Por ello, el ordenamiento jurídico de un Estado tiene validez en cuanto sea congruente con los derechos humanos de las personas[16].

Así, el principio *pro persona* es uno de los instrumentos jurídicos más importantes para la tutela de derechos humanos, ya que articula los derechos humanos de fuente constitucional con los de fuente convencional, para que su goce sea pleno.

6. Derecho duro y derecho blando

Los términos derecho duro o *hard law* y derecho blando o *soft law*, son complementarios, y amplían los contenidos de los instrumentos internacionales. El derecho duro comprende todas aquellas normativas que han sido expedidas por organismos internacionales, tales como tratados, convenciones, protocolos, etcétera, y que han sido incorporados al ordenamiento jurídico interno conforme a los procedimientos señalados en la Constitución, por lo tanto, son de obligatorio cumplimiento.

Respecto del derecho blando o *soft law*, el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, explica:

> De conformidad con el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su alcance protector en materia de derechos humanos, los agentes del Estado Mexicano no sólo deben observar la normativa internacional de carácter obligatorio y la jurisprudencia interamericana, sino que en virtud de las máximas de universalidad y progresividad que también contempla, debe admitirse el desarrollo de principios y prácticas del derecho internacional de carácter no vinculante previstos en instrumentos, declaraciones, proclamas, normas uniformes, directrices y recomendaciones aceptados por la mayoría de los Estados. Dichos principios son identificados por la doctrina como «soft law» —en inglés—, cuya traducción corresponde a ley suave, normas ligeras, dúctiles o blandas y es empleado dado (i) el sentido de falta de eficacia obligatoria y (ii) en oposición al «hard law» o derecho duro o positivo. Ahora bien, con independencia de la obligatoriedad que revistan, su contenido puede ser útil para que los Estados, en lo individual, guíen la práctica y mejoramiento de sus instituciones encargadas de vigilar, promover y garantizar el apego irrestricto a los derechos humanos. Sin que ello implique desconocer la observancia primigenia del orden jurídico nacional, ni el principio de subsidiariedad de las normas supranacionales, según el cual, la protección internacional de los derechos humanos es aplicable después de agotada la tutela interna y, sólo en su defecto, debe acudirse a aquélla, pues más allá de que la Constitución Federal y los tratados no se relacionen en términos jerárquicos, según definió el Máximo Tribunal del País en la jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.)(*), la consulta de directrices no vinculantes sólo reporta efectos prácticos derivados de la experiencia acogida por órganos internacionales encargados de la promoción y protección de los derechos fundamentales[17].

16 Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.

17 Tesis aislada XXVII.3o.6 CS (10a.), Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 16, marzo de 2015, t. III, p. 2507. Rubro: «SOFT LAW». LOS CRITERIOS Y DIRECTRICES DESARROLLADOS POR ÓRGANOS INTERNACIONALES ENCARGADOS DE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SON ÚTILES PARA QUE LOS ESTADOS, EN LO INDIVIDUAL, GUÍEN LA PRÁCTICA Y MEJORAMIENTO DE SUS INSTITUCIONES ENCARGADAS DE VIGILAR, PROMOVER Y GARANTIZAR EL APEGO IRRESTRICTO A LOS DERECHOS HUMANOS.

Complementando lo anterior, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al analizar la aplicación de los comentarios al Modelo de Convenio Fiscal sobre Renta y Sobre Patrimonio, expresó lo siguiente:

> Los comentarios al indicado Modelo de Convenio pueden ubicarse entre las fuentes que doctrinalmente se denominan «ley suave» («soft law», en inglés), entendido dicho concepto como referencia a instrumentos cuasi legales que, o bien no tienen fuerza vinculante, o la que lleguen a tener es de algún modo más «débil» que la legislación tradicional. Así, en el contexto del derecho internacional, el término «ley suave» generalmente se refiere a acuerdos entre Estados que no llegan a calificar como derecho internacional en sentido estricto, entre los que se cuentan las «directivas», «comunicaciones» y «recomendaciones», entre otras, que son elaborados por algunas organizaciones internacionales con el objeto de establecer o codificar parámetros uniformes a nivel internacional. En relación con lo anterior, los comentarios al Convenio Modelo, aprobados en el Comité de Asuntos Fiscales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, pueden considerarse como una explicación de sus artículos y como una fuente de interpretación de éstos, tomando en cuenta que el Consejo de la mencionada Organización recomendó a los gobiernos de los países miembros que sus administraciones tributarias sigan los comentarios al Modelo de Convenio cuando apliquen e interpreten las disposiciones de sus convenios fiscales bilaterales, pero sin soslayar el hecho de que los comentarios no son un tratado internacional ni son una fuente formal de derecho fiscal. En tal virtud, si bien no son la única ni la principal forma de acercarse al contenido de las disposiciones de los tratados que concretamente celebre México, los mencionados comentarios no pueden desatenderse como una fuente de interpretación, motivo por el cual la argumentación que se haga contra su contenido, cuando menos, debe presentar razones suficientes para superar la forma de interpretación que el autor del Convenio Modelo le otorga al mismo, como documento base para la celebración de los tratados bilaterales que lleguen a celebrarse, para lo cual, adicionalmente, deberá valorarse en cada caso si existen observaciones o reservas a los artículos de que se trate[18].

En otro criterio, derivado del Amparo directo en revisión 4865/2015, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señaló, que:

> Las normas de derechos humanos contenidas o derivadas de instrumentos jurídicos calificados como «soft law», no forman parte del parámetro de control de regularidad derivado del artículo 1o., primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ello en atención a que no constituyen formalmente un tratado internacional, ni son el resultado de pronunciamientos o interpretaciones de un órgano con atribuciones jurisdiccionales que tenga competencia para interpretar en última instancia un tratado internacional en materia de derechos humanos, en cuyo caso podría tratarse de un criterio vinculante por representar una extensión del tratado en comento, como ocurre con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o con las decisiones de los Comités de Naciones Unidas a los que México les reconozca competencia contenciosa, las cuales, si bien no son vinculantes en sentido estricto, sí exigen un diálogo con estándares que no pueden ignorarse, pero sí superarse. No obstante, ello no impide que el contenido de dichos instrumentos se emplee como un criterio orientador en sentido amplio, al tratarse de una doctrina especializada desarrollada por un organismo internacional de derechos humanos. Por tanto, si un Tribunal Colegiado de Circuito dota de contenido un derecho humano de rango constitucional, partiendo de una interpretación que recoge los estándares derivados de los instrumentos de «soft law», ese ejercicio debe ser calificado como una interpretación directa de la Constitución para efectos de la procedencia del recurso de revisión en los jui-

18 Tesis aislada P. XXXVI/2009, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, Julio de 2009, p. 91. Rubro: RENTA. LOS COMENTARIOS AL MODELO DE CONVENIO FISCAL SOBRE LA RENTA Y SOBRE EL PATRIMONIO, EMITIDOS POR LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, SON UNA FUENTE DE INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DE LOS TRATADOS BILATERALES QUE SE CELEBREN CON BASE EN AQUÉL, EN MATERIA DEL IMPUESTO RELATIVO.

cios de amparo directo, no por el valor jurídico del instrumento mismo, sino por el impacto que tuvo en la decisión de un órgano jurisdiccional al momento de resolver un asunto[19].

Además de los criterios, opiniones consultivas y recomendaciones que emiten los organismos y tribunales internacionales respecto de la interpretación de un determinado instrumento internacional, en la actualidad existe una diversidad de documentos que también son orientadores en la tutela de derechos humanos o en la incorporación de figuras jurídicas de fuente internacional o extranjera, como por ejemplo, las cartas que emite el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, cuyo contenido recopila instituciones novedosas para todos los Estados.

7. Control de convencionalidad

Fue el ex presidente de la CorteIDH Sergio García Ramírez, quien acuñó el término «control de convencionalidad». En su voto razonado emitido en el Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, utilizó por primera vez la expresión «control de convencionalidad»[20].

El término «control de convencionalidad», consistente en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos; en «confrontar los hechos internos —leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo— con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza»[21].

Es el examen que deben de hacer los servidores públicos (legisladores, funcionarios de las administraciones públicas y jueces), en un caso concreto, respecto de la compatibilidad o incompatibilidad entre los actos (normativos, administrativos y jurisdiccionales) y/o las actuaciones emanadas de los órganos del Estado y las disposiciones de los tratados internacionales en materia de derechos humanos celebrados por el Estado Mexicano, «tomando en cuenta para ello no sólo el tratado, sino también la interpretación que de él se ha realizado»[22].

El control de convencionalidad se debe de realizar respecto de cualquier actuación u omisión del Estado: actos y hechos. Se deben de explorar las «circunstancias de jure y de facto que subyacen al acto de autoridad reclamado [sin importar si la voluntad estatal se externó: acto positivo (normas generales, actos concretos); o bien, si no hubo voluntad y la omisión provocó una vulneración a algún derecho humano]»[23].

Y hay que enfatizar que en la actualidad tanto los jueces, los abogados, los servidores públicos y en general todas las autoridades del país tienen que tomar en cuenta la jurisprudencia, las recomendaciones, las opiniones, etcétera, tanto de los tribunales internacionales como de los organismos internacionales de derechos humanos, en la aplicación del derecho interno[24].

---

19 Tesis aislada 1a. CXCVIII/2018 (10a.), Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, diciembre de 2018, t. I, p. 407. Rubro: REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. PROCEDE EL RECURSO SI EN LA SENTENCIA RECURRIDA SE APLICARON INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE «SOFT LAW» PARA INTERPRETAR EL CONTENIDO DE UN DERECHO HUMANO DE RANGO CONSTITUCIONAL.

20 CorteIDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia de Fondo, 25 de noviembre de 2003, párrafo 27.

21 CorteIDH, Caso Vargas Areco vs. Paraguay, Sentencia de Fondo, 26 de septiembre de 2006, párrafo 7.

22 Tesis aislada I.4o.A.91 K, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, marzo de 2010, t. XXXI, p. 2927.

23 Tesis aislada IV.3o.A.11 K (10a.), Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XV, diciembre de 2012, t. 2, p. 1305. Rubro: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. PUEDE EJERCERSE RESPECTO DE CUALQUIER ACTUACIÓN U OMISIÓN DEL ESTADO: ACTOS Y HECHOS.

24 Buergenthal, Thomás, «La jurisprudencia internacional en el derecho interno», Nieto Navia, Rafael (editor), *La corte y el sistema interamericanos de derechos humanos*, San José, 1994, p. 68. Por su parte, Agustín Gordillo afirma que «Poco a poco deberemos acostumbrarnos a consultar las colecciones de

Todas las autoridades del país están obligadas a ejercer control de convencionalidad. Dicha obligación debe de realizarse de oficio, y en los casos en los que expresamente se solicita, ejercerlo resulta ineludible.

La primera obligación es para los órganos encargados de expedir las normativas. El órgano reformador de la Constitución tiene la obligación de adecuar la Constitución a las normas, a los criterios y a las directivas derivadas de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. El Congreso de la Unión y los congresos estatales, tienen la obligación de suprimir las normas que sean contrarias a los derechos humanos, expedir las normativas necesarias para hacer efectivos los derechos humanos y sus garantías reconocidos en los tratados internacionales, y adecuar las normativas internas vigentes a las disposiciones de los tratados internacionales que contienen derechos humanos.

La administración pública inserta en cada uno de los poderes y órganos del Estado también tiene la obligación de ejercer el control de convencionalidad en sus actuaciones, en los procedimientos administrativos y en el dictado de sus determinaciones.

Los poderes y órganos del Estado que realizan función jurisdiccional tanto formal como materialmente, también están obligados a ejercer el control de convencionalidad.

Asimismo, los órganos jurisdiccionales del país pueden, en ejercicio de su potestad y de manera oficiosa, inaplicar normas que consideren contrarias a la Constitución o a los tratados internacionales relacionados con los derechos humanos[25].

8. Buenas o mejores prácticas internacionales

El concepto «mejores prácticas» está contemplado en la Constitución, así como en diferentes normativas del ordenamiento jurídico.

Las mejores prácticas internacionales «son instrumentos contenidos en un orden jurídico superior, que puede innovar y contribuir a la mejora de procesos y procedimientos»[26].

El artículo 28 de la Constitución, que establece las bases del régimen jurídico de las empresas productivas del Estado, que están a cargo de la gestión de la energía eléctrica y de la exploración y extracción del petróleo, dispone que en esas actividades «la ley establecerá las normas relativas a la administración, organización, funcionamiento, procedimientos de contratación y demás actos jurídicos que celebren [...], así como el régimen de remuneraciones de su personal, para garantizar su eficacia, eficiencia, honestidad, productividad, transparencia y rendición de cuentas, con base en las *mejores prácticas*, y determinará las demás actividades que podrán realizar».

Una buena práctica, explica la Comisión Europea, se define como «una política o una intervención pertinente aplicada en un entorno real que ha sido evaluada favorablemente en términos de adecuación (desde el punto de vista ético y de las pruebas que la sustentan) y equidad, así como de eficacia y eficiencia en relación con el proceso y los resultados[27].

---

jurisprudencia supranacionales y no debemos tampoco olvidar que las opiniones consultivas de la Corte de San José son igualmente obligatorias en el plano interno». Gordillo, Agustín, «La creciente internacionalización del derecho», Fernández Ruiz, Jorge, (coord), *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*, México, UNAM, 2002, p. 87.

25 Tesis de Jurisprudencia VII.2o.C. J/3 (10a.), Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XX, mayo de 2013, t. 2, p. 1106. Rubro: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. LOS TRIBUNALES DE ALZADA ESTÁN OBLIGADOS A RESPONDER DENTRO DEL ÁMBITO DE SU COMPETENCIA LOS AGRAVIOS RELATIVOS A LA VIOLACIÓN DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES.

26 Cancino Gómez, Rodolfo, «Las mejores prácticas sobre contratación púbica en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)», López Olvera, Miguel Alejandro y Cancino Gómez, Rodolfo (Coords), *La contratación pública y el Sistema Nacional Anticorrupción*, México, IIJ-UNAM, 2020, p. 29.

27 Véase https://health.ec.europa.eu/non-communicable-diseases/best-practices_es.

En ese sentido, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con Residencia en la Ciudad de México y Jurisdicción en toda la República, señaló, que:

> El artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene diversos mandatos, como los relativos a que: las concesiones deben otorgarse mediante licitación pública, por ser el procedimiento que asegura la máxima concurrencia; se prevengan fenómenos de concentración que contraríen el interés público; se asegure el menor precio de los servicios del usuario final; y, en ningún caso el factor meramente económico será determinante para definir al ganador de la licitación, de los cuales se advierte la autorización al Estado para que introduzca ciertas modalidades a los procedimientos licitatorios. En ese sentido, la orden constitucional de que se prevengan fenómenos de concentración, implica que el Estado, en su posición de ente regulador, puede adoptar los mecanismos necesarios para alcanzar ese fin, entre ellos, otorgar ventajas o incentivos a quienes son nuevos competidores, pues así se favorece la participación de quienes no son titulares de otras concesiones. Asimismo, la directriz constitucional de que el factor económico no sea determinante para la elección del oferente ganador significa, a su vez, que el órgano regulador tiene la facultad de introducir otros criterios para calificar las posturas en la licitación, los cuales implican que se establezcan distinciones acordes con los principios de idoneidad, racionalidad y proporcionalidad que rigen el ejercicio de las potestades regulatorias, sin que ello viole el principio constitucional de igualdad, que rige en el ejercicio de las funciones públicas y el procedimiento de licitación, pues no prohíbe que en el diseño de las bases del concurso relativo se incluyan criterios de oportunidad, mérito, conveniencia o técnicas para dictar el fallo, ni impide que se introduzcan criterios cuya aplicación conduzca a preferir unas propuestas respecto de otras, es decir, que sienten las bases para hacer distinciones entre los concursantes, máxime que las mejores prácticas internacionales aconsejan que se atienda a otros factores o parámetros en función de una serie de criterios objetivos y subjetivos, para elegir la propuesta ganadora[28].

Asimismo, los artículos 22 y 90 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, disponen, respectivamente, que:

> En el diseño y supervisión de los mecanismos a que se refiere el artículo anterior, se considerarán las **mejores prácticas internacionales** sobre controles, ética e integridad en los negocios, además de incluir medidas que inhiban la práctica de conductas irregulares, que orienten a los socios, directivos y empleados de las empresas sobre el cumplimiento del programa de integridad y que contengan herramientas de denuncia y de protección a denunciantes.
>
> En el curso de toda investigación deberán observarse los principios de legalidad, imparcialidad, objetividad, congruencia, verdad material y respeto a los derechos humanos. Las autoridades competentes serán responsables de la oportunidad, exhaustividad y eficiencia en la investigación, la integralidad de los datos y documentos, así como el resguardo del expediente en su conjunto.
>
> Igualmente, incorporarán a sus investigaciones, las técnicas, tecnologías y métodos de investigación que observen las **mejores prácticas internacionales**.
>
> Las autoridades investigadoras, de conformidad con las leyes de la materia, deberán cooperar con las autoridades internacionales a fin de fortalecer los procedimientos de investigación, compartir las **mejores prácticas internacionales**, y combatir de manera efectiva la corrupción.

Además de las anteriores materias, en otras áreas del derecho también se acepta la aplicación de mejores o buenas prácticas internacionales. En algunos casos, esas buenas prácticas están recopiladas en un texto normativo o en recomendaciones de los organismos internacionales.

---

28 Tesis aislada I.2o.A.E.59 A (10a.), Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con Residencia en la Ciudad de México y Jurisdicción en toda la República, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 55, junio de 2018, t. IV, p. 3088.

Los organismos internacionales o los tribunales internacionales que tutelan algún derecho humano o se enfocan en una determinada materia, ya sea salud, fiscalización, economía, derechos humanos, etcétera, tienen recopiladas esas buenas prácticas en los documentos que van emitiendo, además de que, en la mayoría de los casos, están disponibles en sus páginas web.

En la actualidad, los criterios del Poder Judicial Federal, permiten observar que la aplicación de una buena práctica internacional es posible aplicarla por parte de las administraciones públicas, ya que garantizan el buen funcionamiento del ordenamiento jurídico en el procedimiento administrativo o materia en la que se gestiona.

Sería deseable que se estableciera una metodología o técnica para seleccionar y aplicar esas buenas prácticas internacionales en los procedimientos administrativos, ya que, al estar dispersas en una diversidad de fuentes y documentos, se hace difícil su ejecución.

9. Bibliografía

Buergenthal, **Thomás**, «La jurisprudencia internacional en el derecho interno», Nieto Navia, Rafael (editor), *La corte y el sistema interamericanos de derechos humanos*, San José, 1994.

Cancino Gómez, **Rodolfo**, «Las mejores prácticas sobre contratación púbica en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)», López Olvera, Miguel Alejandro y Cancino Gómez, Rodolfo (Coords), *La contratación pública y el Sistema Nacional Anticorrupción*, México, IIJ-UNAM, 2020.

Cárdenas Gracia, **Jaime**, «Remover los dogmas», *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Núm. 6, enero-junio de 2002.

Comadira, **Julio Rodolfo**, «La actividad discrecional de la administración pública. Justa medida del control judicial», *El Derecho*, Buenos Aires, 29 de marzo de 2000.

Comisión Europea, «Buenas prácticas», disponible en: https://health.ec.europa.eu/non-communicable-diseases/best-practices_es.

CorteIDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia de Fondo, 25 de noviembre de 2003, párrafo 27.

CorteIDH, Caso Vargas Areco vs. Paraguay, Sentencia de Fondo, 26 de septiembre de 2006, párrafo 7.

Coviello, **Pedro José Jorge**, «La denominada 'zona de reserva de la administración' y el principio de la legalidad administrativa», en Juan Carlos Cassagne (dir.), *Derecho administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

García de Enterría, **Eduardo**, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1983.

González Navarro, **Francisco**, *Derecho administrativo español*, Pamplona, España, EUNSA, 1995.

Gordillo, **Agustín**, «La creciente internacionalización del derecho», Fernández Ruiz, Jorge, (coord), *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*, México, UNAM, 2002.

Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.

Rebollo Puig, **Manuel**, «Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del gobierno», *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 125, mayo-agosto de 1991.

Tesis aislada 1a. CCVII/2018 (10a.), Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 61, diciembre de 2018, t. I, p. 378.

Tesis aislada 1a. CXCVIII/2018 (10a.), Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, diciembre de 2018, t. I, p. 407.

Tesis aislada I.2o.A.E.59 A (10a.), Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con Residencia

en la Ciudad de México y Jurisdicción en toda la República, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 55, junio de 2018, t. IV, p. 3088.

Tesis aislada I.4o.A.464 A, Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, febrero de 2005, p. 1744.

Tesis aislada I.4o.A.91 K, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, marzo de 2010, t. XXXI, p. 2927.

Tesis aislada I.9o.P.84 P (10a.), Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 20, Julio de 2015, t. II, p. 1751.

Tesis aislada III.2o.C.127 C (10a.), Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, Libro 11, marzo de 2022, t. IV, p. 3419.

Tesis aislada IV.3o.A.11 K (10a.), Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XV, diciembre de 2012, t. 2, p. 1305.

Tesis aislada P. XXXVI/2009, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, Julio de 2009, p. 91.

Tesis aislada XXVII.3o.6 CS (10a.), Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 16, marzo de 2015, t. III, p. 2507.

Tesis de jurisprudencia 1a./J. 107/2012 (10a.), Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIII, octubre de 2012, t. 2, p. 799.

Tesis de Jurisprudencia VII.2o.C. J/3 (10a.), Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XX, mayo de 2013, t. 2, p. 1106.

Valadés, **Diego**, *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, México, UNAM, 2002, pp. 7 y 8.

17

EL PREVIO AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA: ¿VÁLVULA DE ACCESO O TRABA PARA LA VERDADERA JUSTICIA?

PRIOR EXHAUSTION OF ADMINISTRATIVE REMEDIES. A GATEWAY OR A BARRIER TO TRUE JUSTICE?

Graciela Ruocco[1]

PALABRAS CLAVE: Acto definitivo. Agotamiento de la vía administrativa. Tutela judicial efectiva

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Administrative remedies and administrative remedies as prerequisites for nullity actions. Definitive act. 3. Debate on the usefulness of prior exhaustion of administrative remedies as a necessary requirement. 4. Effective judicial protection and access to justice.

KEYWORDS: Definitive act. Prior exhaustion of administrative remedies. Effective judicial protection.

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN. 2.- LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS Y LA VÍA ADMINISTRATIVA COMO PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE NULIDAD. ACTO DEFINITIVO. 3.- DEBATE ACERCA DE LA UTILIDAD DEL PREVIO AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA COMO REQUISITO NECESARIO. 4.- LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y EL ACCESO A LA JUSTICIA.

1. Introducción

Reflexionando sobre la definición de *Derecho Administrativo*, Durán Martínez nos recuerda que el analogado principal del término Derecho es *lo justo* y que, por tanto, se puede hablar de Derecho Administrativo, como *lo justo administrativo*[2], y también se habla de Derecho Administrativo como ciencia o como regla, como analogados secundarios[3].

1 Profesora Titular Grado 5 de Derecho Administrativo de la Universidad Católica del Uruguay. Directora del Área de Derecho Administrativo de la misma Universidad. Profesora Titular Grado 5 de Derecho Público de la Universidad de la República. Directora del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo de la misma Universidad. Máster en Derecho, con énfasis en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Miembro de la Red Internacional de Bienes Públicos. Miembro de la Asociación de Derecho Público del Mercosur. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Miembro Fundador del Centro Iberoamericano de Estudios de Derecho Público y Tecnología. Abogada I de la Dirección Jurídica del Poder Legislativo de Uruguay (1994-2019).

2 Durán Martínez, A., «El derecho administrativo entre legalidad y derechos fundamentales», en *DURÁN MARTÍNEZ, A., Estudios de Derecho Público*. Montevideo, 2008, vol. II, pp. 257 y ss.

3 Durán Martínez, Augusto. «Reflexiones sobre la definición de Derecho Administrativo». *Derecho Administrativo. Otra forma de verlo*. La Ley Uruguay. Montevideo. 2017, p. 3.

El autor nos indica que las «*...actuales concepciones del Derecho Administrativo permiten un mejor ajuste de esos analogados secundarios con el principal, pues al procurar una acción de la Administración conforme a los intereses generales y pretender la consecución del bien común de manera efectiva, en definitiva, se centran en la persona humana, con lo que hacen posible la determinación de lo justo administrativo, objeto de la justicia distributiva*».

La mencionada acción de la Administración hacia la satisfacción de los intereses generales y la consecución del bien común es lo que ha llevado a Cassagne a destacar que la ecuación actual del Derecho Administrativo ya no gira, exclusivamente, en torno al equilibrio entre autoridad y libertad, sino entre el poder público y la dignidad humana, o entre la autoridad y la protección de la persona y sus derechos individuales y colectivos[4].

La dignidad de la persona humana constituye un principio básico que resulta paradigmático, en el sentido que se proyecta a todo el ordenamiento, prevaleciendo sobre las normas e informando su interpretación. La tutela judicial efectiva y el principio *in dubio pro actione* —una de sus manifestaciones— se hallan estrechamente conectados con la protección de los derechos de las personas.

Inspirada en el pensamiento del Maestro argentino, Saettone afirma la necesidad de cambiar la perspectiva de abordaje de las distintas problemáticas jurídicas, habida cuenta del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que ha reforzado el estatus de la persona humana[5].

De manera que el Derecho Administrativo debe tender a la tutela efectiva de las personas, y en lo que nos interesa, a la tutela *jurisdiccional* efectiva. En esa línea de pensamiento, y a la luz del neoconstitucionalismo, en el Estado Constitucional de Derecho, resulta imperativo analizar los requisitos de admisibilidad de la acción de nulidad contra los actos dictados por la Administración, en cuanto puedan configurar una verdadera traba para obtener justicia.

Giorgi define los *requisitos de admisibilidad* de toda acción o recurso como las condiciones o motivos de admisibilidad, cuya inobservancia impide entrar al examen de fondo[6].

Los mismos están regulados en los artículos 309 y 319[7] de la Constitución uruguaya, y pueden categorizarse en requisitos *subjetivo*, *objetivo* y *temporal*.

En cuanto al requisito *subjetivo*, el actor debe ser titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto administrativo impugnado.

El requisito *objetivo* refiere al acto administrativo objeto de la acción, el que debe ser *definitivo*, o sea, aquel respecto del cual se ha agotado la vía administrativa, mediante la interposición de los recursos administrativos correspondientes, que hayan sido resueltos en forma expresa o ficta[8].

---

4 Cassagne, Juan Carlos. «Neoconstitucionalismo y acto administrativo». *Estudios de Derecho Administrativo*. N.º 7. La Ley Uruguay, Montevideo 2007, pp. 20 y ss.

5 Saettone, Mariella. «Proyección del principio de la tutela judicial efectiva sobre los requisitos de admisibilidad de la acción de nulidad». *Estudios de Derecho Administrativo*. N.º 14. La Ley Uruguay. Montevideo, 2016, p. 201.

6 Giorgi, Héctor. *El Contencioso Administrativo de Anulación*. Biblioteca de publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Montevideo. 1958, pp. 136-137.

7 Artículo 309: *El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo conocerá de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, cumplidos por la Administración, en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder.*
La jurisdicción del Tribunal comprenderá también los actos administrativos definitivos emanados de los demás órganos del Estado, de los Gobiernos Departamentales, de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados.
La acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto administrativo.
Artículo 319: La acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, no podrá ejercitarse si antes no se ha agotado la vía administrativa, mediante los recursos correspondientes.
La acción de nulidad deberá interponerse, so pena de caducidad, dentro de los términos que en cada caso determine la ley.

8 Artículo 4 de la Ley N.º 15.869.

Finalmente, el requisito *temporal*, dice relación con el plazo para deducir la acción, el que, conforme a la ley, es de sesenta días corridos, contados desde el siguiente a la notificación personal o publicación en el Diario Oficial, en su caso[9].

Si bien los tres presupuestos mencionados tienen directa relación con el principio de tutela jurisdiccional efectiva, en tanto refieren a una de sus manifestaciones específicas, cual es el *acceso a la justicia* —en el caso, la jurisdicción contencioso-administrativa—, en esta ocasión sólo abordaremos el relativo al *objeto* de la acción de nulidad.

Ya hemos reflexionado antes[10] acerca del presupuesto objetivo de previo agotamiento de la vía administrativa, el que, impuesto preceptivamente, en palabras de Cassagne, resulta incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva[11].

En esta ocasión, efectuaremos un estudio más profundo, sometiendo el tema a la reinterpretación del marco jurídico constitucional, sujeto al control de convencionalidad.

2. Los recursos administrativos y la vía administrativa como presupuestos de la acción de nulidad. Acto definitivo

Se denomina *vía administrativa* al trámite seguido para la instrucción y resolución de los recursos administrativos, interpuestos contra las decisiones de la autoridad estatal, en ejercicio de función administrativa.

Los *recursos* son los medios legales de garantía —*deben serlo*— concedidos a los interesados, cuando se muestran inconformes con las resoluciones dictadas por la Administración, en orden a su impugnación.

En nuestro país, el *agotamiento* de la vía administrativa ha sido previsto como un requisito de admisibilidad de la acción de nulidad desde la Constitución de 1952, y se relaciona con la interposición, en tiempo y forma, de los recursos administrativos contra los actos *originarios* de la Administración, y su resolución expresa o ficta.

El acto *originario* es aquella manifestación de voluntad perfecta en tanto y en cuanto reúne todos sus presupuestos y elementos. Son aquellos que deciden directa o indirectamente sobre el fondo del asunto[12], creador de una situación jurídica, que, si es lesiva para el sujeto, es susceptible de ser resistida mediante la acción de nulidad[13], previo cumplimiento de los presupuestos de la acción.

Sayagués Laso los denomina «principales», esto es, aquellos que producen realmente el efecto jurídico querido. Es la declaración esencial de voluntad administrativa[14].

La misma terminología utiliza Rotondo, denominándolo «principal» o «final», que produce los efectos queridos por la Administración al seguir el procedimiento administrativo, y que incide, en su caso, en el administrado[15].

---

9 Artículo 9 de la Ley N.º 15.869.

10 Ruocco, Graciela. «Procedimientos para la impugnación de las decisiones administrativas. *Procedimientos Administrativos. Libro de ponencias del XIX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.* Departamento de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. San Salvador. 2020, p. 1237.

11 Cassagne, Juan C. «La tutela judicial efectiva». *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*. CASSAGNE, J.C. (Director). Tomo I. La Ley. Buenos Aires. 2007, pp. 98 y ss. y 104 y ss.

12 Cajarville, Juan P. *Procedimiento administrativo común. Procedimiento Administrativo (D. 500/991), Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político (Serie Congresos y Conferencias N.º 5)*. Universidad Católica del Uruguay. Montevideo. 1991, pp. 38-39.

13 Durán Martínez, Augusto. *Contencioso Administrativo*. 3.ª edición actualizada y ampliada. FCU. Montevideo. 2023, p. 60.

14 Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo.* Tomo I. 11.ª edición. Actualización Carlos Delpiazzo y Cristina Vázquez (Directores). Natalia Veloso y Gabriel Delpiazzo (Colaboradores). FCU. Montevideo. 2022, p. 379

15 Rotondo, Felipe. *Manual de Derecho Administrativo*. FCU 11.ª edición. 2021, 365 remite a parágrafo 249,

En lo que refiere al acto *definitivo*, no ha existido siempre coincidencia absoluta en doctrina acerca del concepto, que ha sido muy trabajado por la doctrina italiana[16].

Méndez asociaba el término *definitivo* a lo que hemos conceptualizado antes como originario; sostenía que el acto es definitivo cuando el esfuerzo físico, intelectual y jurídico de un sistema de orden orgánico expresan su voluntad creadora[17].

Sin embargo, Sayagués Laso entendió que acto definitivo es el que resulta después de agotada la vía administrativa, es decir, una vez resueltos los recursos administrativos interpuestos o cuando se deja vencer el plazo para deducirlos[18].

Giorgi conceptualiza el acto definitivo a partir del régimen constitucional, y señala que los actos adquieren el carácter de definitivos cuando respecto de ellos se ha agotado la vía administrativa, cuando la autoridad competente se ha pronunciado —expresa o fictamente— sobre los recursos deducidos contra los mismos, de conformidad con los preceptos de la Carta (art. 317)[19].

Esta postura es la recibida por el Derecho positivo infravalente en Uruguay: artículo 24 del Decreto Ley N.º 15.524 y artículo 4 de la Ley N.º 15.869[20].

La jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo adopta el concepto desarrollado por Giorgi, denominando acto definitivo aquel respecto del cual se han resuelto los recursos administrativos, en forma expresa o ficta. Reservando la expresión «principal» u «originario» para el acto «definitivo» precisado por Méndez, aunque a veces utiliza la expresión «definitivo» al evaluar la lesividad del acto principal.

3. Debate acerca de la utilidad del previo agotamiento de la vía administrativa como requisito necesario

La realidad en nuestro país ha demostrado que es absolutamente excepcional que la Administración revise en vía administrativa sus decisiones. Lo que ciertamente pone en tela de juicio su utilidad.

Siguiendo a Corvalán[21], para el tratamiento del tema que nos ocupa, existe un factor esencial que requiere un previo posicionamiento: si algo no funciona en la práctica (por la razón que sea), existen, entre muchas otras, dos tareas que se advierten esenciales *ab initio:* 1) se debe intentar descubrir cuál es el fundamento por el cual se utiliza la institución y 2) se debe establecer cuál es el ambiente propicio que permite su desarrollo. Concluido este proceso, es importante preci-

p. 291.

16 Ruocco, Graciela. *Tratado Jurisprudencia y doctrinario. Actos y Contratos de la Administración. Carlos Delpíazzo y Graciela Ruocco (Directores)*. La Ley Uruguay. Montevideo. 2013. p. 91.

17 Méndez, Aparicio. *Lo contencioso de anulación en el Derecho uruguayo. Revista de Derecho Público y Privado*. Montevideo. 1953, pp. 130-131.

18 Sayagués Laso, E. op. cit. p. 380.

19 Giorgi, H. op. cit. pp. 161-162.

20 El primer inciso del artículo 24 del decreto-ley N.º 15.524, de 9 de enero de 1984, establece: «*Los actos administrativos, a los efectos de la acción anulatoria, adquieren carácter de definitivos cuando a su respecto se ha agotado la vía administrativa con la resolución expresa o ficta recaída sobre él o los recursos que correspondan, conforme a lo regulado en el capítulo sobre el cumplimiento de aquel presupuesto*». El inciso primero del artículo 4 de la Ley N.º 15.869, de 22 de junio de 1987, dispone: *«La acción de nulidad no podrá ejercerse si previamente no ha sido agotada la vía administrativa. A este efecto los actos administrativos, expresos o tácitos, deberán ser impugnados con el recurso de revocación ante el mismo órgano que los haya dictado, dentro de los diez días corridos y siguientes al de su notificación personal o su publicación en el Diario Oficial. Si el acto administrativo no ha sido notificado personalmente ni publicado en el Diario Oficial, el interesado podrá recurrirlo en cualquier momento».*

21 Corvalán, Juan G. *Agotamiento de la vía administrativa vs. tutela judicial efectiva (hacia una modulación razonable del acceso a la justicia)* Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM www.juridicas.unam.mx www.bibliojuridica.org, pp. 1115-1116.

sar en casos concretos, si el incumplimiento de los fines de la institución responde a su inutilidad inmanente, o bien a la falta de adecuación o inutilidad de los componentes del sistema en el que se inserta.

Señala el autor que, cuando se argumente la inutilidad de una categoría en los hechos o que ella lesiona derechos y garantías constitucionales, a los efectos de descartarla, debemos hacer una valoración previa: se debe demostrar que el instituto o categoría, *aun en un sistema idóneo,* no cumple con los objetivos de su existencia.

Si ello no sucede, a su juicio debe mantenerse la institución (con algunas modulaciones), y lo que se debe modificar es el entorno o esquema normativo en el que ella se inserta, y las condiciones materiales y humanas que posibilitan el cumplimiento de sus fines.

Sobre la base de lo expresado, concluye que la razonabilidad del agotamiento de la vía administrativa sujeta a diversos y numerosos cambios (jurídicos y extrajurídicos) que deberán operar en su entorno, se presenta como una modulación razonable del derecho a la tutela judicial efectiva.

Definido el objeto de discusión, seguiremos el proceso de razonamiento indicado por Corvalán, esto es, analizaremos el fundamento o finalidad del previo agotamiento de la vía administrativa como presupuesto de la acción anulatoria y el sistema en el que se desarrolla.

Entendemos que lo que cabe debatir es la utilidad del agotamiento de la vía administrativa como previo requisito *necesario* para la deducción de la acción de nulidad. En otras palabras. No se trata de desconocer el valor del agotamiento de la vía administrativa mediante la interposición de recursos contra las decisiones administrativas, como instrumento de auto-tutela de la Administración, sino que lo que está en tela de juicio es la configuración normativa de dicho trámite como *presupuesto*, esto es, requisito de admisibilidad, de cumplimiento *obligatorio,* del contencioso anulatorio.

Si bien es cierto que la impugnación de los actos administrativos constituye una proyección del principio de tutela administrativa efectiva, configurándose como un derecho, no es menos cierto que la práctica nos muestra una realidad muy distinta.

En efecto, los recursos administrativos, son encarados por la Administración como una agresión de la que hay que defenderse. Es por ello que no constituyen una verdadera garantía. Por el contrario, conforme Cajarville, constituyen un desmedido privilegio para la Administración ya que para lo único que sirven es para dilatar el acceso a la instancia jurisdiccional, que es la verdadera garantía[22].

Rodríguez Arana y Sendín destacan una *triple finalidad* en el recurso administrativo:

> «**a) en primer lugar, operan como una garantía de los derechos de los interesados, que encuentran en ellos una vía para reaccionar contra aquellos actos que les perjudican; b) en segundo lugar, constituyen mecanismos de control de la actividad de la Administración, en cuanto conllevan una revisión de la legalidad de la actuación administrativa; c) en tercer lugar, ofrecen a la Administración un privilegio procesal, que le permite reconsiderar su actuación antes de verse sometidos a un proceso judicial**. Al tiempo que destacan un verdadero problema, cual es, articular un sistema de recursos que sirva de forma adecuada y proporcionada a estas tres funciones que, lejos de coincidir, son en ocasiones contradictorias entre sí»[23].

Atento a esta última circunstancia, los mencionados autores ponen de manifiesto una realidad que, como se dijo, también se evidencia en nuestro país:

> «...en la práctica ha sido desafortunadamente frecuente que la Administración haga un uso espurio de estos privilegios, que se han convertido en muchos casos en un arma de la Administración para vencer la resistencia de los administrados, incapaces de hacer frente a

22 Cajarville Peluffo, Juan P., *Recursos administrativos*. F.C.U. Montevideo, 1987, pp. 8 y 102; Durán Martínez, Augusto, *Contencioso*... cit., p. 302.

23 Rodríguez Arana, Jaime. Sendín, Miguel A. *Derecho Administrativo español*. Tomo II, https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/11911/9788497454490.pdf, p. 270.

la barrera que supone el ejercicio abusivo por parte de la Administración de sus privilegios procesales, que convierten en ilusoria la tutela judicial administrativa para muchos ciudadanos, al no poder afrontar los costes de tiempo y dinero que supone litigar contra una Administración que impone sus decisiones como hechos consumados.

A esta situación han contribuido en muchos casos los recursos administrativos, convertidos de forma pervertida, en una vía para que la Administración defienda con terquedad sus posiciones, relegando al olvido su papel como instrumento para la tutela de los derechos de los ciudadanos y para el control de la Administración, cuya única función pasa a ser retardar el acceso a la tutela judicial y haciendo aún más oneroso litigar contra la Administración. Dos características de los recursos administrativos facilitan notablemente esta desviación patológica. Por un lado, la parcialidad del juzgador, que no es, como ya sabemos, un tercero imparcial, sino la misma Administración que dictó el acto. Por otro, el carácter obligatorio que en algunos casos ostenta el recurso, que se convierte en un necesario paso previo para el acceso a los tribunales, que retarda la posibilidad de acudir a éstos»[24].

Como señalamos antes, el carácter obligatorio que se destaca, está también previsto en la Constitución uruguaya, y ha sido recogido en la ley, en cuanto ambos cuerpos normativos establecen como requisito de admisibilidad de la acción de nulidad, el previo agotamiento de la vía administrativa.

De manera que la institución —recursos administrativos— en el entorno en el que funcionan, ya no mira la impugnación de los actos administrativos como un derecho, sino como un *deber*, y ante la realidad antes descrita, el derecho queda desdibujado y el interesado sometido a un largo periplo para acceder a la auténtica protección, cual es, el control jurisdiccional.

Durán Martínez, siguiendo a Couture, afirma con acierto que «...*el debido proceso en el procedimiento administrativo, incluye la posibilidad de acceder a la vía jurisdiccional. Es que en la vía jurisdiccional está la verdadera garantía, pues es la que asegura el pleno cumplimiento del debido proceso*»[25].

4. La tutela jurisdiccional efectiva y el acceso a la justicia

La Constitución uruguaya reconoce los derechos a la vida, al honor, la libertad, seguridad, trabajo y propiedad, a través de la consagración del derecho a ser protegidos en el goce de aquéllos (artículo 7[26]). De qué serviría ese reconocimiento y su protección, si no se consagran los medios para asegurar esa tutela, para la eficacia de los mismos[27].

Como bien dice Fernández Segado: «*A esta variedad de derechos han de corresponder casi ineludiblemente un complejo de técnicas de garantía*»[28].

Respecto del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva González Pérez, señala: «*Tal derecho despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero en el acceso a la justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable; y tercero, una vez dictada la sentencia, en la plena efectividad de sus pronunciamientos*»[29].

---

24 *Ibidem*, pp. 270-271.

25 Durán Martínez, A. *Derecho Administrativo. Otra forma de verlo...* cit. pp. 427-428.

26 Artículo 7.º: «*Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general*».

27 Ruocco, Graciela. «Garantía de los derechos humanos frente a la Administración. Tutela Jurisdiccional Efectiva». *Derechos Humanos y Derecho Administrativo. Jaime Rodríguez Arana y otros (coordinadores)*, XXII Asamblea del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo celebrada en Santiago de Chile. Universidad de Chile. Tirant lo Blanch. 2023. p. 466.

28 Fernandez Segado, Francisco. *La dogmática de los derechos humanos (A propósito de la Constitución española de 1978).* Ediciones Jurídicas. Lima. 1994. p. 131.

29 González Pérez, Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Tomo I,

De ese contenido plural del derecho a la tutela *jurisdiccional* efectiva, descripto por González Pérez, nos interesa ahora destacar el primero, de acceso a la jurisdicción, que impone entre otras cosas, no obstaculizarlo. Vaya si es una barrera al acceso a la jurisdicción la previsión del agotamiento de la vía administrativa como presupuesto necesario de la acción de nulidad.

Conforme destaca con acierto Delpiazzo, la forma de asegurar la protección de los derechos inherentes a la personalidad humana, necesariamente impone la existencia de medios instrumentales que los tutelen y aseguren su efectividad, y no que los obstaculicen o imposibiliten, como sucede cuando se somete la pretensión anulatoria a requisitos de admisibilidad que muchas veces operan como trabas para que ella pueda prosperar[30].

La doctrina ha señalado con acierto que la *Convención Americana sobre Derechos Humanos, «Pacto de San José de Costa Rica»*, aprobada por nuestro país por Ley N.º 15.737, de 8 de marzo de 1985, y ratificada el 19 de abril de 1985, contiene, regula y tutela esa garantía[31].

Sus *artículos 8 y 25*[32] reconocen el derecho a ser oído y a obtener una sentencia, así como el derecho a la ejecución o cumplimiento de lo resuelto, como proyecciones del principio en comento[33]. Nos interesa hoy el primero de ellos.

3era. edición. Madrid: Civitas, 1998; p. 17. Del mismo autor: *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Segunda edición. Civitas. Madrid, 1989, p. 43. Cfr. Cassagne, Juan C. «El principio de tutela judicial efectiva en el contencioso administrativo». *Estudios de Derecho* Administrativo. N.º 14. La Ley Uruguay. Montevideo, 2016, p. 942. Durán Martínez, Augusto. «Formalismo o antiformalismo en el contencioso administrativo». *Revista de Derecho*. Segunda época. Año 9. N.º 10 (diciembre 2014), p. 67; del mismo autor: «La jurisdicción contencioso administrativa en el Estado Democrático de Derecho. La posición jurídica del ciudadano». *Estudios de Derecho* Administrativo. N.º 14. La Ley Uruguay. Montevideo, 2016, p. 75; Risso Ferrand, Martín. *Derecho Constitucional*. Tomo 1. F.C.U., Montevideo, 2006. p. 783; Delpiazzo, Carlos. Responsabilidad del Estado y tutela jurisdiccional efectiva, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito*. FCU. Montevideo. 2008, p. 982; Amoza, Edgardo, «¿Quién tutela los derechos colectivos? Algunas reflexiones sobre el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y su rol de garante constitucional», en *Revista de la Facultad de Derecho*. Universidad de la República. Montevideo, enero-junio 2011, N.º 30, p. 21.

30 Delpiazzo, Carlos. «Amplitud de la pretensiones contencioso-administrativas». *Estudios de Derecho Administrativo.* N.º 14. La Ley Uruguay. Montevideo, 2016, p. 152.

31 Durán Martínez, Augusto. «Ejecución de sentencia anulatoria. Una mirada al Derecho comparado con la preocupación por el contencioso administrativo uruguayo». *Estudios de Derecho Público.* Volumen II, Montevideo. 2008, p. 280 y en Durán Martínez, Augusto. «Ejecución de la sentencia anulatoria en el contencioso administrativo uruguayo», *Estudios de Derecho Público* Volumen II, Montevideo. 2008, p. 362; Cajarville, Juan Pablo. «Incumplimiento de sentencias y responsabilidad estatal» en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito*. FCU. Montevideo. 2008, p. 936; Delpiazzo Carlos. «Universalización de la Justiciabilidad Administrativa». *Estudios de Derecho Público en Homenaje al Profesor Horacio Cassinelli Muñoz.* Alicia Rodríguez Galusso (Coordinadora) Universidad Católica del Uruguay. Montevideo. 2016, pp. 81 y ss.; Esteva, Eduardo. «Proyección del principio de la tutela judicial efectiva sobre la exclusión de la procesabilidad de actos administrativos en razón del fundamento del acto». *Estudios de Derecho Administrativo*. N.º 14. La Ley Uruguay. Montevideo, 2016, p. 186; Saettone, Mariella. «Proyección del principio de la tutela judicial efectiva sobre los requisitos de admisibilidad de la acción de nulidad» *cit.* p. 201; Amoza, Edgardo, «¿Quién tutela los derechos colectivos? cit., p. 23; Delpiazzo Anton, Gabriel. *Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración.* Universidad de Montevideo. 2009, p. 34.

32 «*Art. 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o un tribunal competente...*» «*Art. 25. Protección judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tales violaciones sean cometidas por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados parte se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso*».

33 Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-9/87, de 6 de octubre de 1987, solicitada por el Gobierno uruguayo, en los siguientes términos: «*24. El art. 25.1 incorpora el principio... de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos... debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta que esté previsto por la Constitución o la ley o con*

Más allá que se reconozca tales derechos porque estén contenidos en el Derecho positivo por ser inherentes a la personalidad humana (artículo 72 de la Constitución uruguaya[34]), o porque provengan del Derecho Natural, todo derecho que surja de pactos internacionales de Derechos Humanos, ratificados por nuestro país, debe ser tenido en cuenta a la hora de realizar el control de convencionalidad de sus normas.

Como señalan Gómez y Echevarría, siguiendo a Durán Martínez, la propia Constitución es pasible de revisión, encontrándose sometida a dicho control[35]. Como lo recuerda el autor citado, ya BACHOF en su famosa lección inaugural de la Universidad de Heidelberg en 1951, planteó la posibilidad de la inconstitucionalidad de normas constitucionales, entre otras cosas, por contradicción con el derecho metapositivo, no positivizado[36].

En lo que a nuestro tema atañe, el previo agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo previsto en las disposiciones constitucionales citadas, no resiste dicho control en el entorno descripto.

Sin entrar en la discusión acerca de la noción elaborada por la Corte IDH de «norma convencional interpretada» (*res interpretata*) con efectos erga omnes, no sólo entre las partes en el proceso en el que recayera la sentencia, por ser el intérprete último de la Convención, no puede caber duda de que la jurisprudencia de la Corte debe tenerse en cuenta como fuente relevante. En efecto, conforme señala Durán Martínez, los países que no han sido parte en el juicio, conservan lo que se ha denominado «margen nacional de apreciación», es decir que dicha jurisprudencia no tiene fuerza vinculante a su respecto, sino que será tenida en cuenta en el control de convencionalidad como una fuente más, junto con la Convención, otros tratados de derechos humanos y los principios generales de derechos inherentes a la personalidad humana[37].

Con tales premisas, ya adentrándonos en el control de convencionalidad del mentado requisito de admisibilidad, cabe consignar, en primer lugar, que la Corte IDH ha dicho en el caso Reverón Trujillo vs. Venezuela Sentencia de 30 de junio de 2009 —párrafo 60—, que:

> El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la misma, que atribuye funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes, de lo cual se desprende que el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, así como la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales. A su vez, el deber general del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención para garantizar los derechos en ella consagrados, establecido en el artículo 2, incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención

que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares del caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial. Cajarville, Juan P. *op. cit*. pp. 936-937.

34 Artículo 72: «La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno».

35 Gómez, María Gabriela y Echevarría, María José. «El agotamiento de la vía administrativa. Consideraciones en el Estado constitucional de derecho» *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Dr. Augusto Durán Martínez. Graciela Ruocco y Cristina Vázquez (Coordinadoras).* FCU. Montevideo, 2023, pp. 1425. Cfr. Durán Martínez, Augusto. «El control de convencionalidad y el derecho público interno», en *Derecho Administrativo. Otra forma de verlo.* (Montevideo, La Ley Uruguay, 2017), 65.

36 *Ibidem*, p. 960.

37 Durán Martínez, Augusto. La Ley. Martes 6 de febrero de 2024. AÑO LXXXVIII N.º 17 TOMO LA LEY 2024-A ISSN: 0024-1636 - RNPI: 5074180 Thomson Reuters Buenos Aires Argentina. p. 9

De manera que si del control de convencionalidad deriva que la norma sujeta al control es contraria a la Convención debería considerarse la adopción de medidas que superen dicho obstáculo.

Partiendo de la base que todos los operadores del Derecho deben efectuar el control de convencionalidad, debemos analizar si el presupuesto del previo agotamiento de la vía administrativa como requisito obligatorio para iniciar la acción de nulidad, es o no contrario a la Convención. Como adelantamos, prestigiosa doctrina afirma que es contrario a la tutela jurisdiccional efectiva (artículos 8 y 25 de la Convención) en tanto se ha convertido en un obstáculo para el acceso a la justicia.

La jurisprudencia de la Corte IDH —o la Comisión— no han sido aún tan categóricas al respecto, pero podemos indicar algunos fallos en los que se insinúa tal tendencia.

Por ejemplo, el Informe N.º 105/99 Caso 10.194 Narciso Palacios Argentina 29 de septiembre de 1999, donde la Comisión sostiene que al cambiar sorpresivamente la jurisprudencia sobre la obligatoriedad de interponer previamente los recursos administrativos antes de acudir a la instancia contencioso-administrativa, se viola el derecho fundamental de acceso[38].

Más específicamente —aunque relacionado únicamente con el derecho a la libertad física—, y en aplicación del artículo 7.6 de la Convención, la Corte IDH estableció en el Caso Vélez Loor vs. Panamá (2010) que el recurso administrativo previo a la vía judicial no se ajustaba al 7.6 de la Convención Americana, que requiere un control judicial directo y «sin demora» (párrafos 126 y 127). El punto también había sido mencionado en el caso Chaparro Álvarez vs. Ecuador (2007), párrafos 128 y 129.

Si bien, como dijimos estos pronunciamientos referían a la libertad física, si vinculamos el concepto «sin demora» con la garantía del «plazo razonable» contenida en el artículo 8 de la Convención, cuando el agotamiento insume innecesariamente mucho tiempo, la Comisión Interamericana se pronunció indicando que, para analizar el plazo razonable, se debe contar desde el inicio de los reclamos administrativos y no desde la etapa judicial posterior.

Tanto la Comisión como la Corte entienden que se debe considerar la duración total de los procedimientos, hasta la sentencia definitiva. En efecto, la Comisión ha dicho: *«En el presente caso, la Comisión considera que corresponde tomar en cuenta el tiempo transcurrido desde el inicio del reclamo administrativo hasta la determinación final en el ámbito judicial, tomando en cuenta que los reclamos administrativos son pasos previos para acudir a la vía judicial»*. (CIDH, Informe No. 21/17, Caso 11.738, Fondo, Elba Clotilde Perrone y Juan José Preckel, Argentina, 18 de marzo de 2017, párr. 78.).

Por su parte, la Corte sentenció: *«En el presente caso para estudiar la alegada violación de la garantía del plazo razonable, la Corte estima pertinente examinar la duración del procedimiento administrativo y del proceso judicial de forma conjunta, pues el trámite de la reclamación administrativa era un presupuesto necesario para acudir a la vía jurisdiccional como manifestaron las víctimas al presentar las demandas correspondientes antes el juez federal»*. (Corte IDH. Caso Perrone y Preckel Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2019. Serie C No. 384, párr. 143).

Adicionalmente, se impone considerar que el literal b) del artículo 25 del Pacto de San José establece que los Estados se comprometen: «*b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial...»*. Lo que impone al Estado la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para impedir los obstáculos al acceso a la jurisdicción anulatoria.

De manera que, si concluimos que el previo agotamiento de la vía administrativa viola el derecho a la tutela judicial efectiva, colide con el bloque de constitucionalidad. Por tal razón, la norma constitucional que desconozca el bloque es ilegítima, y al no existir un sistema concentrado de control jurisdiccional de legitimidad de la Constitución, en lo interno, cualquier operador jurídico

38 La falta de agotamiento de la instancia administrativa no puede, en modo alguno, imputarse al peticionario, pues éste sencillamente se dejó llevar por la interpretación correcta y autorizada de las normas vigente que le eran aplicables, las cuales —para el momento de la interposición de su demanda— le permitían acceder al contencioso-administrativo sin necesidad de agotar los recursos administrativos.

podría desaplicar la norma jurídica y aplicar directamente el principio. No hay que olvidar que, en materia de derechos humanos, en virtud de la directriz de preferencia, prevalece la norma más favorable y, en el caso, lo es la que posibilita el acceso al proceso[39].

No obstante, ello no resuelve completamente el problema, porque como el requisito es recogido en nuestro Derecho también en la ley formal, será necesario promover la inconstitucionalidad de tales disposiciones ante la Suprema Corte de Justicia[40].

En efecto, en la medida que el sistema uruguayo de control de constitucionalidad de la ley, es concentrado, de exclusiva competencia de la Suprema Corte de Justicia (artículo 257 de la Carta), el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ante la acción de nulidad deducida sin previo agotamiento de la vía administrativa, efectuado el control de convencionalidad de la exigencia constitucional como condición de admisibilidad, no puede pura y simplemente desaplicar la norma constitucional, porque el requisito también está previsto en normas de rango legal.

De manera que, el órgano de contralor, si concluye en la ilegitimidad de la ley porque la norma constitucional que es su fuente no resiste el control de convencionalidad, deberá deducir de oficio la acción de inconstitucionalidad de las leyes que prevén tal presupuesto y remitir el asunto a la Suprema Corte, para que declare la incompatibilidad de los artículos 24 del Decreto Ley N.º 15.524 y 4 de la Ley N.º 15.869 con el bloque de derechos[41].

Bibliografía

Amoza, **Edgardo**, «¿Quién tutela los derechos colectivos? Algunas reflexiones sobre el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y su rol de garante constitucional», en *Revista de la Facultad de Derecho*. Universidad de la República. Montevideo, enero-junio 2011, N.º 30.

Cajarville Peluffo, **Juan P**., *Recursos administrativos*. F.C.U. Montevideo, 1987.

Cajarville, **Juan P**. *Procedimiento administrativo común. Procedimiento Administrativo (D. 500/991), Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político (Serie Congresos y Conferencias N.º 5)*. Universidad Católica del Uruguay. Montevideo. 1991.

Cajarville, **Juan Pablo**. «Incumplimiento de sentencias y responsabilidad estatal» en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito*. FCU. Montevideo. 2008.

Cassagne, **Juan Carlos**. «Neoconstitucionalismo y acto administrativo». *Estudios de Derecho Administrativo*. N.º 7. La Ley Uruguay, Montevideo 2007.

Cassagne, **Juan C**. «La tutela judicial efectiva». *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*. Cassagne, J.C. (Director). Tomo I. La Ley. Buenos Aires. 2007

Corvalán, **Juan G**. *Agotamiento de la vía administrativa vs. tutela judicial efectiva (hacia una modulación razonable del acceso a la justicia)* Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM www.juridicas.unam.mx -www.bibliojuridica.org.

Delpiazzo, **Carlos**. «Amplitud de la pretensiones contencioso administrativas. *Estudios de Derecho Administrativo.* N.º 14. La Ley Uruguay. Montevideo, 2016.

Delpiazzo, **Carlos**. «Responsabilidad del Estado y tutela jurisdiccional efectiva». *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito*. FCU. Montevideo. 2008

Delpiazzo Anton, **Gabriel**, *Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración.* Universidad de Montevideo. 2009.

39 Cfr. Durán Martínez, A. *Derecho Administrativo. Otra forma de verlo*... cit. p. 960; Gómez, M.G y Echevarría, M.J., *op. cit*., p. 1425.

40 Cfr. Durán Martínez, Augusto. La Ley. Martes 6 de febrero de 2024 AÑO LXXXVIII N.º 17 TOMO LA LEY 2024-A ISSN: 0024-1636 - RNPI: 5074180 Thomson Reuters Buenos Aires Argentina, p. 8.

41 *Ibidem*, p. 960. Ruocco, Graciela. «Procedimientos para la impugnación de las decisiones administrativas... cit. p. 1239.

Delpiazzo Carlos. «Universalización de la Justiciabilidad Administrativa». *Estudios de Derecho Público en Homenaje al Profesor Horacio Cassinelli Muñoz.* Alicia Rodríguez Galusso (Coordinadora) Universidad Católica del Uruguay. Montevideo. 2016.

Durán Martínez, A., «El derecho administrativo entre legalidad y derechos fundamentales», en Durán Martínez, A*., Estudios de Derecho Público*. Montevideo, 2008, vol. II.

Durán Martínez, **Augusto**. «Ejecución de sentencia anulatoria. Una mirada al Derecho comparado con la preocupación por el contencioso administrativo uruguayo». *Estudios de Derecho Público.* Volumen II, Montevideo. 2008.

Durán Martínez, **Augusto**. «Ejecución de la sentencia anulatoria en el contencioso administrativo uruguayo», *Estudios de Derecho Público* Volumen II, Montevideo. 2008

Durán Martínez, **Augusto**. «Formalismo o antiformalismo en el contencioso administrativo». *Revista de Derecho*. Segunda época. Año 9. N.º 10 (diciembre 2014).

Durán Martínez, **Augusto**. «La jurisdicción contencioso administrativa en el Estado Democrático de Derecho. La posición jurídica del ciudadano». *Estudios de Derecho* Administrativo. N.º 14. La Ley Uruguay. Montevideo, 2016.

Durán Martínez, **Augusto**. «Reflexiones sobre la definición de Derecho Administrativo». *Derecho Administrativo. Otra forma de verlo*. La Ley Uruguay. Montevideo. 2017.

Durán Martínez, **Augusto**. «El control de convencionalidad y el derecho público interno», en *Derecho Administrativo. Otra forma de verlo.* Montevideo. La Ley Uruguay. 2017.

Durán Martínez, **Augusto**. *Contencioso Administrativo*. 3.ª edición actualizada y ampliada. FCU. Montevideo. 2023.

Durán Martínez, **Augusto**. La Ley. Martes 6 de febrero de 2024. AÑO LXXXVIII N.º 17 TOMO LA LEY 2024-A ISSN: 0024-1636 - RNPI: 5074180 Thomson Reuters Buenos Aires Argentina.

Esteva, **Eduardo**. «Proyección del principio de la tutela judicial efectiva sobre la exclusión de la procesabilidad de actos administrativos en razón del fundamento del acto». *Estudios de Derecho Administrativo*. N.º 14. La Ley Uruguay. Montevideo, 2016

Fernandez Segado, **Francisco**. *La dogmática de los derechos humanos (A propósito de la Constitución española de 1978).* Ediciones Jurídicas. Lima. 1994

Giorgi, **Héctor**. *El Contencioso Administrativo de Anulación*. Biblioteca de publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Montevideo. 1958.

Gómez, **María Gabriela** y **Echevarría**, **María José**. «El agotamiento de la vía administrativa. Consideraciones en el Estado constitucional de derecho» *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Dr. Augusto Durán Martínez. Graciela Ruocco y Cristina Vázquez (Coordinadoras).* FCU. Montevideo, 2023.

González Pérez, **Jesús**, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Tomo I, 3era. edición. Madrid: Civitas, 1998.

González Pérez, **Jesús**. *El derecho a la tutela jurisdiccional.* Segunda edición. Civitas. Madrid, 1989.

Helander Capalbo, **Nils**, *El alcance de la «cosa interpretada» en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tesis de maestría en Derecho con énfasis en Derecho Constitucional y Derechos Huma-nos. Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2021.

Méndez, **Aparicio**. *Lo contencioso de anulación en el Derecho uruguayo. Revista de Derecho Público y Privado*. Montevideo. 1953.

Risso Ferrand, **Martín**. *Derecho Constitucional*. Tomo 1. F.C.U., Montevideo, 2006.

Rodríguez Arana, **Jaime**. **Sendín**, **Miguel A**. *Derecho Administrativo español*. Tomo II, https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/11911/9788497454490.pdf

Rotondo, **Felipe**. *Manual de Derecho Administrativo*. FCU 11.ª edición. 2021.

Ruocco, **Graciela**. *Tratado Jurisprudencia y doctrinario. Actos y Contratos de la Administración. Carlos Delpíazzo y Graciela Ruocco (Directores)*. La Ley Uruguay. Montevideo. 2013. p. 91.

Ruocco, **Graciela**. «Procedimientos para la impugnación de las decisiones administrativas. *Procedimientos Administrativos. Libro de ponencias del XIX Foro Iberoamericano de Derecho*

Administrativo. Departamento de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. San Salvador. 2020.

Ruocco, **Graciela**. «Garantía de los derechos humanos frente a la Administración. Tutela Jurisdiccional Efectiva». *Derechos Humanos y Derecho Administrativo. Jaime Rodríguez Arana y otros (coordinadores)*, XXII Asamblea del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo celebrada en Santiago de Chile. Universidad de Chile. Tirant lo Blanch. 2023.

Saettone, **Mariella**. «Proyección del principio de la tutela judicial efectiva sobre los requisitos de admisibilidad de la acción de nulidad». *Estudios de Derecho Administrativo*. N.º 14. La Ley Uruguay. Montevideo, 2016.

Sayagués Laso, **Enrique**. *Tratado de Derecho Administrativo.* Tomo I. 11.ª edición. Actualización Carlos Delpiazzo y Cristina Vázquez (Directores). Natalia Veloso y Gabriel Delpiazzo (Colaboradores). FCU. Montevideo. 2022.

18

DE LA «TUTELA JUDICIAL EFECTIVA» A LA «TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA». EL CARÁCTER EXPANSIVO DE LA GARANTÍA. SU DESARROLLO POR LA COIDH Y LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA

FROM «EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION» TO «EFFECTIVE ADMINISTRATIVE PROTECTION». THE EXPANSIVE NATURE OF THE GUARANTEE. ITS DEVELOPMENT BY THE COIDH AND THE SUPREME COURT OF JUSTICE OF ARGENTINA.

Fabián Omar Canda

Profesor de Derecho Administrativo Titular de la Universidad Austral, Adjunto regular de la Universidad de Buenos Aires y Profesor de la Universidad Católica de Buenos Aires. Fiscal Federal en lo Contenciosoadministrativo

RESUMEN: El objeto del presente trabajo es analizar cómo la garantía de tutela judicial efectiva se ha expandido al ámbito del procedimiento administrativo, de modo de consagrar una tutela administrativa efectiva que tiene incidencia en los clásicos principios generales del procedimiento administrativo.

La Convención Americana de los Derechos Humanos consagra sólo la garantía de tutela judicial efectiva. En una Labor de hermenéutica importante la Corte Interamericana (CoIDH) y la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) han desarrollado dicha expansión. La jurisprudencia de estos dos altos tribunales es objeto de estudio y valoración en estas líneas.

PALABRAS CLAVE: Tutela administrativa efectiva. Procedimento administrativo. Principios generales. Tutela judicial efectiva. Garantía de defensa. Debido proceso adjetivo. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

ABSTRACT: The purpose of this work is to analyze how the guarantee of effective judicial protection has expanded to the field of administrative procedure, in order to establish effective administrative protection that has an impact on the classic general principles of administrative procedure.

The American Convention on Human Rights establishes only the guarantee of effective judicial protection. In an important work of hermeneutics, the Inter-American Court (CoIDH) and the Supreme Court of Justice of the Argentine Nation (CSJN) have developed this expansion. The jurisprudence of these two high courts is the object of study and evaluation along these lines.

KEYWORDS: Effective administrative protection. Administrative procedure. General principles. Effective judicial protection. Defense guarantee. Adjective due process. Inter-American Court of Human Rights.

1. Introducción

La República Argentina no sólo ha incorporado a su derecho positivo la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (columna vertebral del Sistema Interamericano de Derechos Humanos), sino que además le ha otorgado jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN) y ha receptado la hermenéutica que de esta ha efectuado hasta la fecha su tribunal de aplicación, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Válido es anticipar que el texto convencional no se ocupa explícitamente de las garantías exigibles en el procedimiento administrativo, antes bien, las garantías que proclama atañen al proceso judicial. Son, pues, «Garantias judiciales» (art. 8 CADH).

Ha sido un trabajo muy importante de hermenéutica el que ha permitido extender las garantías propias de la «tutela judicial efectiva» al ámbito del procedimiento administrativo, de manera de consagrar, al lado de aquélla, la garantía de «tutela administrativa efectiva».

Es por ello que en este trabajo me centraré, específicamente, en el proceso de recepción del principio de «tutela administrativa efectiva», en el convencimiento de que tal recepción constituye la piedra angular en la que se apoya la aplicación de las garantías específicas que derivan del art. 8 de la Convención al procedimiento administrativo, muy especialmente las contenidas en los incisos 1 y 2 de esa disposición.

En efecto, al sostenerse que la tutela en sede administrativa debe ser útil a los derechos fundamentales que el Pacto viene a proteger, se la equipara —en este aspecto— con la tutela judicial, pues no puede desconocerse que el concepto original es el de *tutela judicial efectiva* derivado, en el SIDH, del art. 25 de la CADH y que el desafío para los intérpretes primarios del Pacto, es decir para la Corte IDH, era el de establecer si los principios que informan dicha tutela judicial contenidos en el art. 8 de la Convención eran susceptibles o no de ser extendidos al procedimiento administrativo.

Por tanto, el salto cualitativo lo da la Corte IDH al efectuar una **interpretación extensiva** de las expresamente denominadas «Garantías judiciales» del art. 8 al considerarlas asimismo aplicables al ámbito del procedimiento administrativo del modo en que veremos en el presente estudio.

2. Las «garantías judiciales» del art. 8 de la Convención Americana. Garantías generales. Extensión al procedimiento administrativo. Evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH

2.1. Contenido de las garantías generales

El artículo 8 de la Convención se titula «Garantías judiciales» y se compone de cinco incisos, de los cuales sólo los dos primeros han sido objeto de atención relevante en las sentencias de la Corte IDH y han repercutido en el plano del derecho interno.

Repasemos los dos primeros incisos. El primero de ellos reza:

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

El inciso 2, por su lado, preceptúa:

> «Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
> a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
> b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

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

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

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

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

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

Las garantías del inciso 1 han sido denominadas «garantías judiciales generales», mientras que las del inciso 2 fueron calificadas por la Corte IDH como «garantías mínimas» que en su literalidad han sido previstas para ser aplicadas en el ámbito penal (la premisa de la cual parte esta norma es la de una persona *«inculpada de delito»*), no obstante, lo cual la Corte IDH ha considerado la extensión a otro tipo de procesos (no penales) de estas «garantías mínimas».

En este sentido, en la Opinión Consultiva OC-11/90 (párrafo 28) la Corte IDH sostuvo:

> «En materias que conciernen con la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. **Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal**» (negrilla agregada).

Queda abierto el interrogante acerca de si estas garantías del inciso 2, de notable raigambre penal, resultarán *en su totalidad* exigibles en el marco no ya de otros procesos judiciales no penales sino de procedimientos administrativos, especialmente cuando estos no sean de naturaleza represiva. Piénsese, por ejemplo, si resultaría razonable exigir el cumplimiento del derecho a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado (art. 8.2. e) CADH) ante simples pretensiones que propenden en sede administrativa al reconocimiento de un derecho (*v. gr*. al solicitar alguien una beca estudiantil, o una autorización para construir o para habilitar un comercio).

Al tratarse de «garantías judiciales», es claro que han sido redactadas para su aplicación en el marco de los *procesos* que se desarrollen en el ejercicio de la *función judicial* y no en procedimientos administrativos.

En la letra del art. 8 CADH, la diferencia entre las garantías del inciso 1 y las del 2 radica en que las primeras rigen en todo tipo de proceso judicial (incluido, por cierto, el proceso contencioso administrativo), mientras que las del inciso 2 fueron diseñadas para regir en el proceso penal.

La extensión de las garantías generales o básicas del inciso 1 (derecho a ser oído con las debidas garantías en un plazo razonable) al procedimiento administrativo implican postular que las garantías del proceso contencioso rigen también en los trámites ante la administración que decidan sobre derechos de las personas.

La extensión de las garantías mínimas o específicas del proceso penal del inciso 2 (asistencia gratuita de traductor a quien no entiende el idioma, comunicación previa de la acusación, concesión de medios y tiempos para elaborar la defensa, derecho a defenderse personalmente, contar con defensor o, en su defecto, ser defendido por un defensor estatal, derecho a la prueba testimonial y pericial, derecho a no autoinculparse, derecho de recurrir lo fallado) al procedimiento administrativo aparece como más dificultosa, sobre todo respecto de aquellos procedimientos administrativos que por carecer de talante represivo no parecerían requerir extremos tales como el de contar siempre con un defensor privado o en su defecto estatal.

De modo que las garantías judiciales del art. 8.1 en la exégesis de la norma rigen respecto de los procesos judiciales entre los cuales se incluyen no sólo el penal sino cualquier otro que tenga por objeto la determinación de derechos u obligaciones de cualquier naturaleza incluidos, por cierto, los de raigambre pública o administrativa.

En la economía del Pacto, todo proceso judicial tendente a la determinación de derechos u obligaciones (entre los que se incluye el proceso contencioso administrativo) debe asegurar: que

el interesado sea «oído»; que lo sea «con las debidas garantías»; que se adopte resolución en un «plazo razonable» y que dicha resolución sea tomada por un «juez o tribunal» cuyas notas debe ser la competencia, independencia e imparcialidad.

Ahora bien, ¿son transferibles estas garantías judiciales generales al plano del procedimiento administrativo?

2.2. Extensión de las garantías generales al procedimiento administrativo. Evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH[1]

Más allá de la literalidad de la norma, la Corte IDH ha efectuado una interpretación generosa y amplia de estas garantías, extendiéndolas al procedimiento administrativo del modo en que veremos seguidamente.

El tribunal internacional se ocupó por vez primera de esta cuestión en la Opinión Consultiva OC-9/87, emitida los términos del art. 64.1 del Pacto, oportunidad en la que **sostuvo que no obstante la literalidad del artículo 8.1, éste, junto con el resto de los incisos del artículo 8 de la Convención, deviene aplicable a procedimientos de cualquier naturaleza** y no solamente a los instruidos bajo la figura de un recurso ante una autoridad judicial[2].

Con todo, la consulta formulada por Uruguay sobre la cual se emitió opinión no versaba sobre la aplicación de las garantías del 8.1 al procedimiento administrativo sino sobre el alcance de la prohibición de suspender las garantías judiciales indispensables para tutelar los derechos del art. 27.2 de la Convención, razón por la cual no puede afirmarse que la mentada opinión haya sentado doctrina sobre el tema que estrictamente nos ocupa.

La siguiente oportunidad en la que se debatió la cuestión fue en el marco del Caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*[3] en el que se indagó acerca de la legalidad de la destitución de magistrados del Tribunal Constitucional peruano por el Congreso de ese país. En lo que ahora interesa, la Corte IDH analizó el proceso político de destitución de cara a las garantías del art. 8.1 del Pacto, extendiendo a dicho tipo de procesos las garantías judiciales allí previstas.

Como es dable observar, tampoco puede predicarse de este precedente que haya sentado doctrina en punto a la extensión de las garantías judiciales a un procedimiento administrativo, pues el juicio de destitución de magistrados de un máximo tribunal constitucional por parte del Congreso de un país firmante del Pacto exhibe naturaleza jurisdiccional y política, antes que procedimental administrativa.

El *leading case* sobre esta cuestión lo constituye el fallo dictado el 2 de febrero de 2001 en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*[4] en el cual se debatió la legalidad del procedimiento seguido para imponer la destitución a 270 trabajadores del Congreso panameño que habían participado en distintas protestas contra la política gubernamental en reclamo de sus derechos laborales. El despido se produjo luego de que el Gobierno acusara a estas personas de haber participado en aquellas manifestaciones de protesta y de resultar cómplices de una asonada militar.

---

1 Ver esta evolución en el meduloso trabajo de Machado, Juan Pedro; El procedimiento y proceso administrativos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la obra colectiva Procedimiento y justicia administrativa en América Latina; FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, A.C. OFICINA MEXICO, México, 2009, ps. 123 y ss.

2 Opinión Consultiva OC-9/87de 6 de octubre de 1987, *Garantías judiciales en casos de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*), Serie A No. 9. En el Párrafo 29 de la OC- 9/87 afirmó que: «Este artículo, cuya interpretación ha sido solicitada expresamente, es denominado por la Convención "Garantías Judiciales", lo cual puede inducir a confusión porque en ella no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto. En efecto, el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención».

3 Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 142.

4 Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

Los párrafos 123 y 124 de ese pronunciamiento son centrales para entender el alcance extensivo que la Corte IDH otorgó a las garantías del art. 8.1. Sostuvo el tribunal:

> «123. Es evidente que la Ley 25 [por la cual se autorizó retroactivamente a diversas autoridades administrativas a destituir a los trabajadores] no se refiere a materia penal puesto que no tipifica un delito ni sanciona con una pena. **Se ocupa, por el contrario, de un tema administrativo o laboral.** Corresponde a esta Corte, por lo tanto, determinar el ámbito de incidencia del artículo 8 de la Convención y, en particular, si éste se aplica únicamente a procesos penales».
>
> «124. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, "sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales" a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. **Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal**». (corchetes y negrillas agregados).
>
> De esta fundamental sentencia se desprende que las garantías judiciales generales del art. 8.1 se extienden a toda actuación u omisión de los órganos estatales (es decir de los órganos de cualquiera de los Poderes de un Estado) dentro de un «proceso» (entendido como género abarcativo del proceso y del procedimiento) sea «administrativo sancionatorio o jurisdiccional».

En el caso «Baena» se verificó si en el procedimiento administrativo de remoción de agentes estatales fueron respetadas las garantías del art. 8.1. del Pacto.

Puede interpretarse que la extensión de tales garantías alcanzó, en este precedente, a un procedimiento de naturaleza sancionatoria, si consideramos que la cesantía, remoción o destitución de un agente público implica la ruptura del vínculo que lo liga con el empleador estatal como máxima sanción posible en el marco de la relación de empleo público. Bajo este prisma, subsistiría la duda acerca de si dichas garantías resultarían o no expandibles a procedimientos administrativos de naturaleza no sancionatoria o represiva.

Poco después el tribunal interamericano ratificó su criterio extensivo en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*[5], en el cual se debatió la legitimidad de un procedimiento seguido por las autoridades administrativas de aquel país para la cancelación de la nacionalidad peruana al Sr. Bronstein.

Sostuvo la Corte IDH:

> «101. Como se ha demostrado, la Dirección General de Migraciones y Naturalización, **entidad de carácter administrativo**, fue la autoridad que dictó la «resolución directoral» que dejó sin efecto el título de nacionalidad del señor Ivcher Bronstein. Por esta razón el Tribunal estima pertinente considerar la aplicación del artículo 8 de la Convención Americana a los hechos del presente caso **en el contexto del proceso administrativo.**
>
> 102. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula «Garantías Judiciales», su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, «sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales» a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos». (negrilla agregada).

Queda claro de los párrafos reseñados que la cancelación de la nacionalidad fue dispuesta en el marco de un procedimiento administrativo por una autoridad igualmente administrativa y que la Corte utiliza el sintagma «proceso administrativo» como género comprensivo no sólo del proceso judicial sino también del procedimiento administrativo.

Cuadra señalar que Bronstein era un ciudadano peruano por naturalización, accionista mayoritario, director y presidente de un canal de la televisión peruana en el cual se realizaron denuncias de violaciones de derechos humanos por parte de miembros del Servicio de Inteligencia del Ejér-

5 Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

cito, así como de presuntos actos de corrupción de integrantes del Servicio de inteligencia del Estado.

El Poder Ejecutivo del Perú decidió entonces reglamentar la Ley de Nacionalidad y estableció la posibilidad de cancelar la concerniente a los peruanos naturalizados. Días después se dejó sin efecto la nacionalidad por naturalización de Bronstein imputándole ciertas irregularidades, sin darle previamente oportunidad alguna de manifestarse al respecto.

Si bien es claro que la Corte IDH extendió nuevamente las garantías del art. 8.1 a un procedimiento administrativo, éste parece tener, una vez más, naturaleza «sancionadora» toda vez que se trató de la cancelación (arbitraria pero fundada en supuestos incumplimientos) de la nacionalidad de una persona, con lo cual subsistía la duda en cuanto a si procedería tal extensión a todo tipo de procedimiento administrativo determinativo de derechos u obligaciones, inclusive a aquellos que no implicasen el ejercicio del *ius puniendi estatal.* Este punto no es menor, pues la vecindad de los procedimientos administrativos sancionadores con los procesos penales, en tanto integrantes del género común «procesos estatales represivos» potencia las garantías vinculadas con el derecho de defensa en el marco de estos.

La decisión de extender la protección del art. 8.1 **a todo tipo de procedimiento administrativo** fue adoptada por la Corte IDH en el caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*[6]*,* al predicar su aplicabilidad a un trámite administrativo mediante el cual se posibilitaba a las comunidades indígenas reivindicar tierras ancestrales.

En el párrafo 62 de su pronunciamiento la Corte IDH afirmó:

> «Los recursos efectivos que los Estados deben ofrecer conforme al artículo 25 de la Convención Americana, deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8 de la Convención), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción. En este sentido, la Corte ha considerado que ***el debido proceso legal debe respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas***». (énfasis agregado).

La importancia del fallo no puede soslayarse: utiliza expresamente el sintagma «procedimiento administrativo» (ya no habla de procesos administrativos o instancias procesales para referirse implícitamente a aquéllos) y considera aplicables las garantías del art. 8 a todo «procedimiento» que derive en una decisión que «pueda afectar los derechos de las personas».

Es sabido que el modo normal de terminación de todo procedimiento administrativo, en tanto cauce formal del ejercicio de la función homónima, es el dictado de un acto administrativo definitivo que resuelva la cuestión de fondo. También es conocido que el acto administrativo, por definición, es aquel que produce efectos jurídicos directos e inmediatos respecto de las personas a las que se dirige. Estos efectos pueden ser ampliatorios (exención fiscal, beca, beneficio promocional, licencias, autorizaciones, permisos) o restrictivos (denegatoria de una pretensión, sanción administrativa, etc.). Pues bien, *conforme a esta jurisprudencia* ***todo procedimiento administrativo*** *que pueda llevar al dictado de un acto* ***que afecte un derecho*** *debe respetar las garantías del art. 8 de la Convención.*

Quedan claramente implicados en las garantías del art. 8 CADH todos los procedimientos administrativos que puedan derivar en un acto que afecte derechos.

Este sustantivo avance, empero, invita a alguna reflexión, pues la aplicación lineal y automática de las previsiones del art. 8 a todo tipo de procedimiento administrativo merece un análisis cuidadoso, tal como resulta de la jurisprudencia que reseñaremos seguidamente.

Un año después del caso *Comunidad indígena Yakye Axa* el tribunal emitió sentencia en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*[7]*,* en el cual se debatió si el procedimiento administrativo para la obtención de información pública estaba alcanzado por las garantías del art. 8.1., decidiéndose por mayoría que sí quedaba alcanzado, aunque con una importante disidencia.

---

6 Caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 142.

7 Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

Cabe puntualizar que Reyes había solicitado al Estado chileno cierta información y que la Corte IDH evaluaba la legitimidad del trámite dado a su pretensión, que derivó en la negatoria por aquel Estado de parte de la información requerida.

Al respecto, los dos magistrados del tribunal internacional que votaron en disidencia sostuvieron:

> «2. Es presupuesto para la aplicación de este derecho que se haya producido un desconocimiento por parte del Estado de algún derecho o que éste no haya amparado el desconocimiento del mismo por un particular**. Producida la negación de un derecho la Convención crea a través del artículo 8 el derecho para las personas de que un órgano con las características que dicha disposición señala resuelva la controversia,** es decir, el derecho a que se inicie un proceso, donde las partes que discrepan puedan, **inter alia**, argumentar en su favor, presentar pruebas, objetar al contrario».
>
> «3. **Es claro que el caso que se examina en esta sentencia no constituye un proceso.** Una petición de acceso a información y la negativa a otorgarlo no son un fenómeno jurídico en que un órgano del Estado, habilitado para ello, determina la aplicación del derecho en una situación concreta en la cual la norma que consagra el derecho ha sido controvertida o violada. Por el contrario, **el acto de denegar el acceso a la información crea la controversia y de allí emerge el derecho para los afectados de poder recurrir a un órgano que la decida,** que resuelva el conflicto en razón de su jurisdicción y competencia. Este órgano en el ordenamiento jurídico del Estado es la Corte de Apelaciones respectiva a través del proceso que se inicia con la interposición de un recurso de protección. **Transformar la secuencia "petición-negativa" en un proceso, exigiendo la aplicación del artículo 8 para tramitar la petición, implicaría sostener que esta petición debe ser recibida y decidida por un órgano independiente e imparcial y con todas las garantías que esta disposición establece** (inter **alia**, el respeto a los principios de igualdad y de contradicción), **puesto que el artículo 8.1 debe aplicarse en su integridad y cualquier elemento que se infrinja de él constituirá una violación del mismo. Esto traería consecuencias que no son quizás las más favorables**»[8].

La disidencia no parece dispuesta a aceptar que el procedimiento nacido de la «simple pretensión» de acceso a la información formulada por Reyes (cuando aún no hay agravio alguno, pues no hay acto administrativo, hecho u omisión que deniegue su pedido y justifique la interposición de un recurso o reclamo administrativo) se encuentre alcanzado por las garantías del art. 8.1. de la Convención. El «proceso» o «controversia» recién habrá de generarse con la negativa al acceso a la información, momento a partir del cual —según esta posición— comenzarían a regir las garantías del Pacto.

Conforme este criterio, el proceso o procedimiento alcanzado por las garantías del art. 8.1 CADH será aquel que nace con la impugnación del acto estatal denegatorio del derecho, quedando excluido de la garantía el procedimiento administrativo de formación del acto primigenio, también denominado procedimiento «de primer grado».

La observación no es menor, pues lo que los jueces disidentes están advirtiendo es que si se acepta que el procedimiento administrativo que se inicia con una «simple pretensión» (en nuestra legislación nacional contemplada en el art. 10 LNPA como una petición de un interesado dirigida al reconocimiento de un derecho o situación jurídica, ciertamente diferenciada del reclamo administrativo previo —arts. 30 a 32 LNPA, dirigido contra un hecho u omisión antijurídica de la administración— o de la pretensión recursiva —arts.73 y ss. del RLNPA—, dirigida contra un acto administrativo ilegítimo o inoportuno) queda alcanzado por las garantías judiciales generales del pacto, luego deberá sostenerse la aplicación en bloque de las mentadas garantías que consagran, entre otros, el deber de que la resolución sea adoptada por una autoridad «independiente e imparcial», notas que es por lo menos dudoso que puedan predicarse de los órganos de administración activa competentes para resolver el común de los procedimientos administrativos, en atención a su dependencia con la propia Administración derivada del principio liminar de jerarquía que informa a la organización administrativa como regla.

8 Voto Disidente de los Jueces Alirio Abreu Burelli y Cecilia Medina Quiroga.

Frente a este planteo, uno de los jueces que ocupara la presidencia del tribunal, emitió un voto fundado explicativo de la decisión adoptada por la mayoría. En efecto, el juez García Ramírez afirmó que: «...**la decisión** del órgano administrativo **que dispuso la información a la que tendrían acceso los solicitantes y aquella otra que no podrían recibir, constituyó un acto definidor de derechos**» y que **lo relevante es que «las decisiones de las autoridades que definen derechos y deberes individuales**, cualesquiera que aquéllas o éstos sean, **satisfagan condiciones mínimas de objetividad, racionalidad y legalidad**».

García Ramírez centra su posición en lo que —a nuestro criterio acertadamente— constituye el *quid* de esta cuestión: cada vez que la administración articula un procedimiento que puede derivar en la «determinación de... derechos u obligaciones» (art. 8.1. CADH) de una persona, ese procedimiento encuadra en los cánones del mentado artículo.

Sin perjuicio de ello, el magistrado sostuvo que la aplicabilidad del artículo 8 de la Convención a todo procedimiento administrativo, «...tiene el alcance **que en cada caso permiten las características del procedimiento correspondiente**...Por ello me refiero al deber de fundamentación y no a todos y cada uno de los deberes abarcados en el artículo 8.°...» (negrilla propia).

Esta aclaración parece dirigirse a señalar que la aplicación de las garantías previstas en el mentado artículo al ámbito administrativo habrá de efectuarse bajo ciertas modulaciones. En efecto, una aplicación lineal de la pautas del art. 8.1 llevaría a la posible descalificación por «inconvencionales» de multitud de procedimientos de determinación de derechos (solicitud de licencias, de beneficios sociales o de promoción industrial, autorizaciones en general para realizar determinadas actividades, etc.) en los que no se cumpliría la garantía de resolución por parte de autoridad «independiente e imparcial», pues en todos estos casos quien decide conforme a las competencias otorgadas por la normativa es un órgano de la administración activa, dependiente de otros órganos de la misma administración ubicados en una jerarquía superior y en ejercicio de la función administrativa que le es atinente.

Como corolario de este acápite, puede concluirse que conforme la doctrina vigente de la Corte IDH las garantías judiciales del art. 8.1 de la CADH rigen en todo procedimiento administrativo que pueda derivar en un acto que afecte derechos de las personas, quedando empero por definirse en cada caso el modo en que dichas garantías habrán de ser aplicadas, atendiendo a las características del procedimiento correspondiente.

3. Recepción del principio de tutela administrativa efectiva en Argentina

3.1. El fallo «Astorga Bracht»[9]. La aplicación de las garantías judiciales del pacto a todo procedimiento administrativo

En este señero caso, se debatía en el marco de una acción de amparo la constitucionalidad del art. 3 de la resolución 16/99 del Comité Federal de Radiodifusión, que aprobó el pliego de bases y condiciones generales y particulares de los llamados a concurso para la adjudicación de estaciones de radiodifusión. Dicho pliego disponía que quienes solicitaran la adjudicación de una estación deberían desistir de manera total e incondicional de todos los recursos administrativos y judiciales que hubieren interpuesto contra las disposiciones legales y reglamentarias para el servicio en cuestión y contra cualquier otro acto del organismo y de la Comisión Nacional de Comunicaciones. La Cámara Contencioso administrativo federal había declarado la inconstitucionalidad de dicha disposición.

Ante el recurso extraordinario interpuesto por el Estado, la Corte confirmó la declaración de inconstitucionalidad de la norma. En lo que aquí concierne, el tribunal sostuvo en el considerando 6.° de su decisorio:

> «6.°) Que el art. 3.° inc. a, de la resolución COMFER 16/99 resulta violatorio del art. 18 de la Constitución Nacional ***y de las convenciones internacionales de derechos humanos,*** que

9 CSJN, Fallos, 327:4185, 14-10-2004.

cuentan con jerarquía constitucional, ***en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva*** (arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8.° y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ***8.°*** ***y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos***, 2.° inc. 3.° aps. a y b, y 14 inc. 1.° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)». (énfasis agregado).

Puede observarse que la Corte consagra el principio de «tutela administrativa y judicial efectiva» que extrae de diversas normas convencionales, entre las cuales enuncia los vitales arts. 8 y 25 de la Convención Americana.

Debe señalarse que para la Corte la cláusula en crisis afecta el principio de tutela administrativa efectiva por cuanto:

«...la citada disposición... **restringe en forma ilegítima y arbitraria la posibilidad de que los particulares** que pretendan participar en concursos para la adjudicación de licencias de radiodifusión **puedan impugnar cualquier resolución administrativa del COMFER y la CNC** vinculada al servicio en cuestión, **en contradicción de la garantía** mencionada en el considerando anterior**, que supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia —a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes— y obtener de ellos sentencia o decisión útil** relativa a los derechos de los particulares o litigantes... y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso —o procedimiento— conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia —o decisión— fundada...(considerando 7).

En suma, la cláusula del pliego obturaba el acceso a la tutela administrativa y judicial efectiva al impedir toda impugnación administrativa o judicial de las resoluciones del COMFER y la CNC.

No hay en este primer precedente alusión alguna a la jurisprudencia de la Corte IDH (que es la que a través de la interpretación extensiva del art. 8 y del modo ya visto admitió por vía pretoriana que las garantías judiciales resultan aplicables al procedimiento administrativo).

En suma, en este fallo del año 2004 la Corte Nacional consagra la aplicación del principio de «tutela administrativa efectiva» a un procedimiento administrativo de selección de licenciatarios de radiodifusión. Adviértase que se trata de un procedimiento en el cual los concursantes competían por el reconocimiento del derecho a emitir en una determinada frecuencia radial, por lo cual es claro que no se trataba de un procedimiento de índole jurisdiccional ni sancionatoria.

De este modo, la CS se anticipaba al criterio luego seguido por la Corte IDH. En efecto, recién un año después ese tribunal internacional va a establecer que las garantías judiciales del art. 8 CADH se aplican a cualquier procedimiento administrativo y no sólo a los que tienen naturaleza jurisdiccional o sancionatoria (*cfr*. más arriba, caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay).*

En suma, en un escueto considerando la CSJN dio por sentado que de los arts. 8 y 25 de la CADH se extraen los principios de tutela judicial y administrativa efectiva —sin parar mientes en que tal extensión es el fruto de una labor interpretativa de la Corte IDH— y lo aplicó, además, en un procedimiento de naturaleza no jurisdiccional ni sancionatoria de reconocimiento de derechos previa puja concursal; aplicación que —a la fecha del fallo— la propia Corte IDH no tenía decidida y que recién resolvió un año después en el mentado caso *Yakye Axa* y su saga.

Habrá que esperar hasta el fallo «Losicer» para que la Corte explique por qué las garantías judiciales del art. 8 CADH resultan aplicables al procedimiento administrativo.

3.2. El fallo «Losicer»[10]. La aplicación razonada de las garantías judiciales del pacto al procedimiento administrativo

La Corte revisó en este precedente la legitimidad de una sanción aplicada por el Banco Central (BCRA) a una persona que se desempeñó años atrás en el directorio de una entidad financiera. Los hechos databan de casi 20 años antes a la sanción y el sumario tramitó durante ese prolongado

10 CSJN, Fallos 335:1126, 26-6-2012.

lapso sin que prescribiera la potestad sancionatoria, debido a las interrupciones a la prescripción previstas en la ley de entidades financieras y su reglamentación.

La cuestión versaba, en lo que ahora interesa, en determinar si se había vulnerado el principio del «plazo razonable» del art. 8.1. de la CADH, pero para ello había que establecer, previamente, si las garantías judiciales previstas en esa norma convencional resultaban aplicables en el marco de un procedimiento administrativo.

En rigor, esto ya había sido resuelto por la CSJN en el caso «Astorga Bracht» recién reseñado, pero el tribunal —sin aludir en momento alguno a este importante precedente— explicó y —por supuesto— compartió la posición asumida por la Corte IDH de extender la garantía de la tutela judicial efectiva al procedimiento administrativo.

Al respecto, la CSJN sostuvo:

8.º) Que, ello sentado, **cabe descartar que el carácter administrativo del procedimiento sumarial pueda erigirse en un óbice para la aplicación de los principios reseñados** [defensa en juicio y garantía del plazo razonable], **pues en el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8 de la citada Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial —en el ejercicio eminente de tal función— sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales.** Ha sostenido al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos que cuando la convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere **cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial que través de sus resoluciones determine derechos u obligaciones de personas.** Por la razón mencionada, esa Corte considera «que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene obligación de adoptar resoluciones apegadas las garantías del debido proceso legal en los términos del art. 8 de la Convención Americana» (caso «Tribunal Constitucional vs. Perú»., sentencia del 31 de enero de 2001, párrafo 71)...**En un fallo posterior esta doctrina fue ampliada** por ese Tribunal que consignó que si bien el art. 8 de la Convención Americana se titula «Garantías Judiciales», su aplicación no se limita los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos **ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos**. Es decir, en palabras de la mencionada Corte, que **«cualquier actuación** u omisión de los órganos estatales **dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional,** debe respetar el debido proceso legal», pues «es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar soluciones justas, no estando la administración excluida de cumplir con ese deber. **Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas»** (caso «Baena Ricardo otros vs. Panamá» sentencia del de febrero de 2001, párrafos 124-127) (negrilla nuestra, al igual que lo encorsetado).

Varios puntos a destacar en este precedente.

En primer lugar, la falta de mención de lo decidido ocho años antes en «Astorga Bracht» (recordemos: procedimiento administrativo no jurisdiccional ni sancionatorio respecto del cual se resolvió regían las garantías de los arts. 8 y 25 de la CADH); en segundo término, ya no hay alusión a la «tutela administrativa efectiva», aunque al decidir se extienden las garantías de la tutela judicial al plano del procedimiento administrativo; por último, la extensión se sucede en un procedimiento jurisdiccional y sancionatorio y los fallos de la Corte IDH que la CSJN cita son precedentes que, como vimos, versan también sobre procedimientos de esa índole. No se hace referencia, concretamente, el caso «Comunidad Indígena Yakye Axa», aunque —en rigor— tampoco tenía por qué citárselo, si se atiende a que al tratar «Losicer» de un procedimiento sancionatorio era más adecuada la cita de «Baena» e incluso de «Tribunal Constitucional vs. Perú» (que versaba sobre el proceso político de remoción de magistrados) que fueron efectuadas.

En consecuencia, queda abierto el interrogante acerca de si en el futuro y en el marco de procedimientos no sancionatorios ni jurisdiccionales se seguirá el criterio sentado en «Astorga Bracht» (y en el plano de la CADH en el fallo «Comunidad Indígena Yakye Axa» de la Corte IDH) o bien se adoptará un temperamento diverso, tal como el propuesto por los jueces disidentes el caso «Claude Reyes».

Al respecto, lo resuelto en «Losicer» no permite avizorar un cambio de criterio respecto de «Astorga Bracht», de modo que las garantías judiciales del Pacto sólo jueguen para procedimientos de naturaleza jurisdiccional o sancionatoria y queden exceptuadas de ser exigidas en el resto de los procedimientos administrativos. Lo creo así, pues en «Losicer», luego de reseñarse el fallo «Tribunal Constitucional vs. Perú» en el que la Corte IDH sostuvo que las garantías judiciales debían ser extendidas a todo tipo de «funciones materialmente jurisdiccionales», la Corte puntualizó expresamente que en un fallo posterior del tribunal internacional «esta doctrina fue ampliada» de modo de resultar aplicable «ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos» [los derechos]....Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas» (con cita de «Baena»).

Ello no significa que la aplicación de las garantías del art. 8.1 CADH pueda efectuarse de modo directo al procedimiento administrativo, pues es claro que precisará de adaptaciones.

En primer lugar, se trata de garantías judiciales extendidas por vía pretoriana a otro tipo de procedimientos, por lo que la aplicación deberá necesariamente efectuarse teniendo en miras las particularidades del instituto al cual se extiende. En este orden de ideas, la previsión según la cual las personas tienen derecho a ser oídas «por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial» (art. 8.1. CADH) no puede ser aplicada literalmente, ya que ningún procedimiento administrativo discurre ante un juez o tribunal independiente e imparcial en el sentido en el que lo son los tribunales de justicia, sino ante un órgano o ente administrativo que sólo en algunos supuestos goza de facultades de naturaleza materialmente jurisdiccional que no se confunden, empero, con el ejercicio de la función judicial[11].

En suma, los órganos administrativos ante los cuales tramitan los procedimientos de esa naturaleza no son jueces ni tribunales ni son «independientes» del órgano decisor, sino que se encuentran en una estructura piramidal signada por la jerarquía. Sí creo, en cambio, que deben ser «imparciales» pues su norte es la juridicidad y la búsqueda de la verdad jurídica objetiva y de modo alguno «derrotar» al interesado en el procedimiento como si de una controversia o contienda se tratase.

Cabe señalar que el criterio sentado en «Losicer» fue luego reiterado por la Corte en «Bonder Aaron», «Fluixa» y «Antúnez»[12].

3.3. La aplicación de la TAE inclusive a relaciones de sujeción especial

Pensamos que la garantía de tutela administrativa efectiva (TAE) es inclusive de aplicación en el marco de las relaciones de sujeción especial, pues éstas no quedan al margen de todo ordenamiento jurídico.

El hecho de que en este tipo de relaciones el vínculo sujeto-Estado se encuentre más profundamente alcanzado por el deber de obediencia, no implica que el sujeto carezca de las garantías derivadas de la tutela administrativa efectiva[13].

---

11 *Cfr*. CSJN, «Fernández Arias», Fallos 247:646 (1960); «Angel Estrada», Fallos, 328:651 (2005), entre otros.

12 «Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera S.A.) y otros el B.C.R.A. si resol. 178/93», B. 853. XLIV., 19-11-2013; «Fluixa, Wenceslao Emilio y otros c/ BCRA - resol 151/01 (expte 26331/86 - sum fin 633) s/ queja», 15/5/14 (habían transcurrido más de 14 años desde los hechos irregulares a la sanción) y «Antúnez, Norberto Amadeo y otros c/ BCRA - Resol. 66/07 Y Otro s/queja», 10/7/14 (transcurrieron casi 23 años desde los hechos a la sanción). Son citados por la CSJN (compartiendo el criterio de «Losicer», Fallos 335:1126) los casos CSJ 698/2008 (44-G)/CS1 «Gioda, 'Pedro Domingo y otros c/ BCRA - resol. 107/04 (expte. 100.064/83)», del 7 de agosto de 2012 y CSJ 979/2011 (47-C) «Cooperativa de Promoción y Desarrollo Regional Limitada c/ Banco Central de la República Argentina s/ resol. 107/04», del 11 de diciembre de 2014 (ver disidencia jueces Lorenzetti y Maqueda en «Banco de la Provincia de Misiones SEM (EL) y otros c/ BCRA» del 14/5/2019.

13 En una investigación sumarial que obligaba al imputado a la defensa oficial (no posibilitando la de un abogado elegido por el investigado), la disidencia entendió que esa imposibilidad de elección atentaba contra la tutela administrativa efectiva. En efecto, la disidencia del juez Rosatti sostuvo: «la tutela administrativa efectiva no debe ser vista como un obstáculo a la ejemplaridad de las conductas que se exige a

Creemos, en consecuencia, que la tutela administrativa efectiva rige tanto para las relaciones de supremacía general como para las de sujeción especial.

4. Conclusiones

La extensión de las garantías propias de la tutela judicial efectiva al ámbito administrativo acarrea importantes consecuencias.

En efecto, nuestro procedimiento administrativo se ha nutrido, históricamente, de una serie de principios generales que sin grandes diferencias de contenido rigen en la legislación nacional y de las provincias.

En el plano nacional estos principios informan a la ley Nro. 19.549 y algunos —como el de búsqueda de la verdad jurídica objetiva, impulsión e instrucción de oficio, debido proceso adjetivo e informalismo— surgen de su propio texto.

Estos principios procuran tanto la mejor realización del interés público y el cumplimiento de la juridicidad como la adecuada garantía de los derechos de los particulares alcanzados por el procedimiento[14].

Desde esta faz garantística, los principios del procedimiento administrativo se forjaron a la sombra de sus «hermanos mayores» los principios del proceso. De las diversas ramas procesales ha sido la penal aquella en la cual más y mejor se han garantizado los derechos de los incididos por el *iter* criminal.

En el procedimiento administrativo la garantía de defensa del art. 18 CN se «concretizó» a través del principio del debido proceso adjetivo (art. 1.º inc. f) de la LNPA), condensado en la garantía a ser oído «antes» de la emisión de un acto, ofrecer y producir prueba y el derecho a una decisión fundada.

La vigencia real de esta garantía, más allá de su consagración formal, se encuentra en entredicho. Salvo en los procedimientos sancionatorios y/o jurisdiccionales es común que no se otorgue al interesado la oportunidad de ser oído *antes* de emitir un acto que lo puede perjudicar. Ser oído en el momento oportuno implica expresar su punto de vista respecto de las constancias del expediente en un momento anterior pero próximo a la emisión del acto que le ha de denegar, por ejemplo, un derecho pretendido.

El ofrecimiento y producción de prueba como garantía idónea para el derecho de defensa se ve resentido por el desconocimiento que el ciudadano de a pie normalmente tiene acerca de cuáles son los hechos jurídicamente relevantes cuya probanza debe procurar en tutela de su derecho. Claro está que la inexigencia de patrocinio letrado propende a facilitar el acceso al procedimiento de la mayor cantidad de ciudadanos posible y constituye un elemento democratizador de la instancia administrativa, al mantener su gratuidad y evitar la fijación de costas. El correlato de ello debería ser el cabal cumplimiento del principio de búsqueda de la verdad material e impulsión e instrucción de oficio que recae sobre la administración. Es ésta la obligada a producir la prueba que permita arribar a la verdad jurídica objetiva, deber que se redobla cuando quien es parte en el procedimiento no es una persona física o jurídica técnicamente calificada para entender de la cuestión que se ventila. En la práctica, empero, esto no funciona así y si el ciudadano plantea incorrectamente los hechos relevantes y va tras la prueba de aquello que es jurídicamente insustancial es muy probable que se encuentre con un acto administrativo que incida negativamente sobre sus derechos, sea una sanción, sea una denegatoria de un derecho al que se creía acreedor.

---

los integrantes de una fuerza de seguridad, ni tampoco a la disciplina que informa y prima en su ordenamiento interno, sino, por el contrario, se trata de un principio que eleva el apego de la institución a la Constitución y, con ello, procura a una mejor y mayor protección de la seguridad interior de la Nación»(CSJN, «Raco», Fallos 344:230, 28-10-2021).

14 La doble finalidad del procedimiento administrativo es destacada por el juez Rosatti en su voto en «Roa Restrepo (CSJN, Fallos 344:1013, 6/5/2021)»...el procedimiento administrativo no solo constituye el ámbito a través del cual se debe procurar —con justicia— la satisfacción del interés público; en paralelo, es también una instancia para la defensa de los derechos e intereses de los particulares, sujeta —inexcusablemente— a los principios de legalidad, debido proceso adjetivo y sustantivo —o razonabilidad—"».

El derecho a una decisión fundada se ve esmerilado (al igual que la garantía a ser oído en momento oportuno) por doctrinas tales como la denominada teoría de la subsanación que, entre otros tópicos, permite el saneamiento de las deficiencias de motivación del acto administrativo, a condición de que en oportunidad de revisárselo en sede administrativa por la interposición de un recurso administrativo o en sede judicial por el inicio de una acción, la administración explicite las razones de hecho y de derecho así como la finalidad que inspiraron su dictado.

De lo hasta aquí dicho se colige que las garantías en favor de los particulares existen en el procedimiento administrativo, pero rigen de modo relativo.

Gobierna aún en este campo la creencia de que todo lo formal es de segundo orden y menor relevancia.

La motivación, el debido proceso adjetivo, el cumplimiento de ciertos procedimientos esenciales (como el dictamen jurídico previo) o de los plazos estipulados (y a falta de éstos, de los que resulten razonables) constituyen elementos «kelpers» o de segunda a la hora de analizar la validez de un acto administrativo en el cual estas garantías no han sido respetadas.

Su incumplimiento admite subsanación, sea en sede administrativa o judicial, lo cual no resiste un análisis serio si se atiende a que unívocamente se los considera «principios» del procedimiento (debido proceso adjetivo) e incluso la legislación positiva los califica como «requisitos esenciales» (debido procedimiento previo; motivación) del acto administrativo.

Dicho esto, **verificar que desde el derecho interamericano de los derechos humanos se realice un esfuerzo por extender al plano procedimental ciertas garantías claramente ideadas para regir, al menos en la literalidad de las normas de la CADH, sólo en los procesos judiciales, no puede menos que ser celebrado**.

En particular, debe celebrarse que el mentado impulso de estas garantías formales se dé a través de la jurisprudencia del órgano de interpretación de la CADH, con todo lo que ello implica. Frente a una jurisprudencia interna muchas veces «convalidatoria» de las vulneraciones procedimentales a través de la permisión de «subsanarlas», en la órbita del SIDH la Corte realiza un importante esfuerzo por extender las garantías judiciales previstas en la Convención al plano del procedimiento administrativo, así potenciándolas.

Hay en esta plausible hermenéutica una captación de la dimensión procedimental de los derechos fundamentales[15] que la Convención aprehende como un todo inescindible y que se nutre en la sabia idea según la cual ya no guarda demasiado sentido aislar lo aparentemente formal de lo aparentemente sustancial, pues cuanto más fundamental resulte un derecho más ha de precisar de las garantías formales que aseguren su vigencia.

A mayor entidad del derecho comprometido, a mayor vulnerabilidad de la persona física que lo invoca o que tiene derecho a invocarlo mayores deben ser las garantías formales que aseguren su realización.

Cuando lo que está en juego es la subsistencia, el alimento, la salud, el acceso al agua, la educación, el medio ambiente, la no discriminación, mayor ha de ser la necesidad de contar con garantías tuitivas que los aseguren; mayor necesidad de garantizar el debido proceso adjetivo, mayor la necesidad de resolver en tiempo y forma, mayor la necesidad de motivar, mayor la necesidad de garantizar cauces formales de control de lo decidido, etc. Esta tutela administrativa efectiva, se hace presente inclusive en el marco de relaciones de sujeción especial, pues estas últimas no quedan al margen de la juridicidad.

La jurisprudencia de la Corte IDH extiende del modo visto las garantías judiciales del art. 8 al ámbito procedimental y si bien inicialmente lo hace en el marco de procedimientos de naturaleza sancionatoria, ya en 2005 lo amplía a todo tipo de trámites administrativos, inclusive aquellos ini-

15 «Los derechos fundamentales abarcan un ámbito de protección en el que se incluyen, a veces de manera explícita y otras veces incidentalmente, garantías procedimentales...El status activus processualis que Peter Habberle desarrolló en 1971 como una parte de la teoría de los derechos fundamentales, se ha convertido en el elemento más importante de la teoría del procedimiento desde el punto de vista constitucional» (Schmidt Assman, Eberhard; *La teoría general del derecho Administrativo como sistema*, España, Madrid, Marcial Pons, 2003, p 363).

ciados con la finalidad del reconocimiento de derechos como lo era el caso de la comunidad aborigen Yakye Axa que procuraba la reivindicación de tierras ante el Estado paraguayo.

Tempranamente nuestra Corte se hizo eco de esa jurisprudencia e inclusive antes de que lo haga el tribunal internacional reconoció que la tutela administrativa efectiva debía predicarse respecto de todo procedimiento que pudiese afectar un derecho, como lo puntualizó en el leading «Astorga Bracht» de 2004.

Esta tutela administrativa efectiva tiene consecuencias prácticas muy interesantes, cuyo despliegue está en el plano interno en parte manifestado y en muy buena parte por verse.

En lo que ya se vio, la aplicación de la garantía del plazo razonable ha llevado a fulminar por nulas sanciones impuestas por órganos estatales en un todo de acuerdo con la normativa local pero que, de cara a la convencional, no superaba el test del plazo razonable exigible para la resolución de los procedimientos.

En lo que está por verse, habrá que seguir la evolución de la garantía a ser oído «con las debidas garantías», máxime cuando en el procedimiento nacional es usual observar la relativización de esta garantía mediante la omisión del deber de oír con carácter previo a quien va a ser perjudicado por un acto denegatorio o limitativo de un derecho, no necesariamente sancionatorio.

También será interesante observar cómo interpreta la Corte IDH el requisito según el cual quien decide ha de ser «independiente e imparcial», siendo que, en la administración, salvo ciertos tribunales administrativos que gozan de cierta autonomía, estabilidad en los cargos y consecuente tranquilidad de conciencia para resolver, el grueso de los órganos y entes se encuentran en relación de jerarquía pura o atenuada (para el caso de los entes descentralizados).

En cualquier caso, **estamos ante una etapa de revalorización de la faz procedimental de los derechos fundamentales que conducirá a un fortalecimiento de estos últimos lo cual robustece la vigencia real del principio que preside el sistema, esto es, el de *dignidad humana***.

19

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y ACTO ADMINISTRATIVO

CONSTITUTIONAL REVIEW AND ADMINISTRATIVE ACT

Patricio Marcelo E. Sammartino

Profesor de Posgrado Universidad de Buenos Aires/ Universidad Austral (Argentina)

RESUMEN: Control de constitucionalidad y acto administrativo son institutos que no exhiben puntos visibles de articulación. Sin embargo, un examen detenido de ambos desde la matriz del Estado constitucional social y democrático de derecho permite comprobar que las reglas actuales de control constitucional —labradas con posterioridad a la reforma constitucional de 1994— impactan, con variable intensidad, sobre el régimen jurídico del acto administrativo. En este estudio examinamos cómo algunas nuevas reglas de control constitucional proporcionan técnicas idóneas para traducir las exigencias axiológicas que imponen los derechos fundamentales reconocidos en el bloque de constitucionalidad en reglas concretas del acto administrativo.

PALABRAS CLAVE: control de constitucionalidad; acto administrativo; Estado constitucional social y democrático de derecho; crisis estructural de juridicidad; presunción de inconstitucionalidad; control de convencionalidad.

ABSTRACT: The constitutional review and the administrative act are institutes that do not exhibit visible points of articulation. However, a careful examination of both from the matrix of the social and democratic constitutional State of law allows us to verify that the current rules of constitutional control - created after the constitutional reform of 1994 - impact, with varying intensity, on the legal regime of the administrative act. In this study we examine how these rules provide suitable techniques to translate the axiological demands imposed by the fundamental rights recognized in the constitutionality block into concrete rules of the administrative act.

KEYWORDS: constitutional review; administrative act; constitutional, social and democratic rule of law; structural crisis of legality; presumption of unconstitutionality; conventionality control.

SUMARIO: *PRIMERA PARTE*. 1. Control de constitucionalidad y acto administrativo. Diferencias estructurales y funcionales. 2. Acto administrativo, acto jurídico y sentencia judicial. 3. Las bases del acto administrativo en el régimen legal-jurisprudencial. *SEGUNDA PARTE*. 4. La Constitución Nacional convencionalizada y su impacto sobre el acto jurídico. 5. Proyecciones de la reforma constitucional de 1994 sobre las reglas de control constitucional. 5.1.- Las reglas «clásicas» de control de constitucionalidad. 5.2. Las reglas «actuales» de control de constitucionalidad. *TERCERA PARTE*. 6. El problema capital del acto administrativo en el derecho administrativo del Estado constitucional contemporáneo. 7.- Los hontanares jurídicos que atraviesan el régimen jurídico del acto administrativo y su consecuencia: la crisis estructural de juridicidad. 7.1. Las fuentes que abastecen el régimen jurídico del acto administrativo. 7.2. La coexistencia de matrices y modelos y su consecuencia: la crisis estructural de juridicidad. 8. Las matrices y modelos de derecho administrativo argentino de los

últimos cincuenta años. Breve noticia. *CUARTA PARTE*. 9. Las reglas actuales de control de constitucionalidad y su proyección sobre el régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo. 10. Inconstitucionalidad, presunción de inconstitucionalidad (e inconvencionalidad) y acto administrativo: cuestiones a considerar. 11.- La posición de la Administración frente a la ley inconstitucional. 11.1. La doctrina de la PTN. 11.2. La jurisprudencia labrada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 11.3.- La posición de la doctrina científica. 11.4.- Nuestra opinión: Introducción. 11.4.1. La posición de la Administración frente a normas legales declaradas inconstitucionales por la CSJN en un proceso individual. 11.4.2. La posición de la Administración frente a normas legales vigentes dotadas de presunción de constitucionalidad, a las que la Administración considera o «juzga» inconstitucionales. 11.4.3. La posición de la Administración frente a las previsiones normativas vigentes portadoras de presunción de inconstitucionalidad. Las variables metodológicas para examinar esta cuestión. 11.4.4. La posición de la Administración frente a una disposición reglamentaria portadora de presunción de inconstitucionalidad. La presunción de invalidez y el principio de inderogabilidad singular del reglamento. 11.4.5. La posición de la Administración frente una disposición legal portadora de presunción de inconstitucionalidad. 11.4.6. La posición de la Administración frente a normas portadoras de presunción de invalidez por inconvencionalidad. El control de convencionalidad en sede administrativa: Introducción. (1) El control de convencionalidad y su horizonte de proyección; (2) El control administrativo de convencionalidad y sus problemas basilares; (3) La función del control de convencionalidad; (4) Autoridades habilitadas para realizar el control de convencionalidad; (5) Fundamento normativo; 7) El control administrativo de convencionalidad y sus variables; (8) Conclusiones. 12. Control de oficio y acto administrativo. 13. *CONCLUSIONES*.

Introducción

En Argentina, control de constitucionalidad y acto administrativo son institutos que transitan por sendas paralelas. Entre uno y otro no existen, de manera visible, puntos de encuentro y conexión.

Aun así, la necesidad de proyectar la fuerza vinculante[1] de la Constitución Nacional convencionalizada[2] sobre el derecho administrativo, nos exhorta a explorar sus posibles relaciones.

En este trabajo nos proponemos examinar el impacto de las reglas actuales de control constitucional sobre el régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo.

Primera parte

1. Control de constitucionalidad y acto administrativo. Diferencias estructurales y funcionales

El control de constitucionalidad y el acto administrativo exhiben diferencias tan profundas como evidentes.

(i) Así, en lo que atañe a la ubicación dentro de las ramas del saber jurídico, advertimos que el control de constitucionalidad es, para un sector de la doctrina, objeto de estudio del *derecho procesal constitucional*; para otro, del *derecho constitucional procesal*. Existe coincidencia, sin embargo, en cuanto a que es una materia propia de la *justicia constitucional*.

El acto administrativo en sentido técnico, en cambio, es objeto de conocimiento del derecho administrativo. En este punto no hay controversias.

---

1 Cabe recordar, con Bidart Campos (*Casos de derechos humanos*, Buenos Aires, 1997, p. 91; *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, 1995), que la Constitución tiene fuerza normativa «para todos los poderes públicos».

2 Sagüés, Néstor P., «De la Constitución Nacional a la Constitución "convencionalizada"», JA 2013-IV, N.º Esp. fascículo n. 2, Pág. 53.

(ii) El control de constitucionalidad y el acto administrativo son productos de funciones estatales distintas.

El primero, es una tarea que incumbe a la función judicial; el segundo, es una actividad formal de la función administrativa.

Cabe recordar que, en tanto garantía de la libertad, el art. 109 de la Constitución Nacional[3] prohíbe al Poder Ejecutivo —y, por ende, a todo órgano que despliegue la función administrativa— el ejercicio de facultades judiciales.

Aun así, el derecho público nacional argentino exhibe algunas singularidades[4].

(iii) En lo que atañe a su inserción dentro del derecho, cabe recordar que el control de constitucionalidad es uno de los institutos que anuda el derecho constitucional argentino con el norteamericano[5].

En cambio, el acto administrativo —pieza capital del derecho administrativo—, conecta el derecho público argentino con el derecho europeo continental. A su través se comenzó a construir históricamente el derecho administrativo[6]. Su origen —y finalidad— es bien diferente al del control de constitucionalidad[7].

---

3 Como señala el Prof. Cassagne «la fuente directa del art. 109 de la CN fue el art. 108 de la Constitución de Chile de 1833 el cual, a su vez, reprodujo casi textualmente los arts. 242 y 243 de la Constitución de Cádiz de 1812 (Cassagne, Juan Carlos, «La trascendencia del art. 109 de la Constitución Nacional en el sistema judicialista argentino y su fuente constitucional», *diario La Ley* de 15.6.22).

4 Una situación particular se presenta con los denominados tribunales administrativos llamados a dirimir conflictos entre particulares. Desde «Fernández Arias» (Fallos 247:646 de 1960) hasta «Pogonza» (Fallos 344:2307 de 2021) la jurisprudencia le reconoce validez constitucional a la atribución de competencias jurisdiccionales a estos órganos administrativos siempre que ellos hayan sido creados por *ley*; que su *independencia* e *imparcialidad* estén aseguradas; sea razonable el objetivo económico y político que el legislador tuvo en cuenta para crearlos y exista *control judicial suficiente* de sus decisiones, esto es, un *control judicial amplio* en virtud del cual los litigantes tengan el derecho a interponer un recurso ante los jueces ordinarios toda vez que los tribunales administrativos no pueden contar con la potestad de dictar resoluciones finales.
Otra singularidad reside en el reconocimiento que realiza la doctrina administrativa de la PTN al Poder Ejecutivo de inaplicar normas legales que considere contrarias a la constitución. Así, en Dictámenes 309:253, de 28 de junio de 2019, la PTN sostuvo que la abstención de aplicar una ley inconstitucional es una *atribución* «que el Poder Ejecutivo y/o los órganos que lo secundan en su labor administrativa pueden ejercer en observancia del mantenimiento de la juridicidad». Con anterioridad, en Dictámenes 84:102 el órgano asesor había opinado, con respaldo en el art. 31 de la CN, que el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para abstenerse aplicar una ley que *juzga* inconstitucional.

5 Las semejanzas más importantes que exhiben las constituciones de Estados Unidos y Argentina, explica A. Bianchi (*La separación de Poderes*, Buenos Aires, 2019, pp. 266 y ss.), son: el régimen federal, la separación formal entre los tres poderes, la organización del Congreso en sistema bicameral y la supremacía de la constitución (el artículo sexto de la Constitución norteamericana está reproducido en el artículo 31 de nuestra Constitución). Finalmente, dentro de las coincidencias, se subraya la relativa a la rama del poder judicial. En tal sentido el autor citado enfatiza el paralelismo que existe entre el sistema de control de constitucionalidad adoptado por la Corte federal —a partir del caso «Sojo» (Fallos 32:120) y el consagrado en Estados Unidos desde el célebre precedente «Marbury vs Madison»—.

6 Santamaría Pastor, Juan A., *Principios de Derecho Administrativo*, Tomo II, segunda edición, 2009, Iustel, Madrid, p. 103.

7 Así, extramuros de la soberanía de los reyes y bajo la *soberanía de la ley* como expresión incontrovertida de la voluntad general, el acto de administración se presenta en los albores de la revolución francesa como instrumento técnico de deslinde de competencias entre los tribunales judiciales ordinarios y la Administración. Anida en esta concepción procesalista del acto un evidente sustento político. Entonces el acto administrativo (denominado inicialmente acto de administración) aglutinaba un elenco heterogéneo de actuaciones formales y no formales. Además de actos singulares, quedaban comprendidas las disposiciones reglamentarias y operaciones materiales. Frente a la desconfianza a los jueces de derecho común —cuyas ideas conservadoras resultaban hostiles a las ideas e intereses revolucionarios— el acto administrativo, en su etapa germinal, tuvo como función primordial establecer qué actuaciones de la Administración quedaban detraídas del control de los jueces aunque, sin embargo, resultaban sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual se encontraba vinculada orgánicamente al poder ejecutivo y no al judicial (Morand Deviller, Jacqueline, *Derecho administrativo*, 14.° edición traducida,

El desarrollo estructural y funcional del acto administrativo, primero en el derecho continental europeo y más tarde en nuestro país y en el resto de Latinoamérica, se sustenta en la fuerte influencia de dos institutos que guardan poco contacto entre sí: la sentencia judicial y el acto o negocio jurídico de derecho privado. Como veremos más adelante, las sentencias dictadas por la CSJN en «Carman de Cantón» (1936) y «Ganadera Los Lagos» (1941) exhiben rastros de uno y otro instituto. Los resabios de esos paralelismos se mantienen y reflejan aun en el régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo.

En definitiva: el sistema de control de constitucionalidad mediante el cual los jueces ejercen lo que se ha denominado la potestad contra legislativa, en la Argentina, es tributario del modelo estadounidense (denominado puro u originario[8]). Por su parte, el acto administrativo, su génesis y desarrollo, es una respuesta que refleja la desconfianza y prevención del derecho francés emanado de la Revolución frente a los jueces del «Antiguo Régimen».

(iv) El control constitucional y el acto administrativo exhiben claras diferencias estructurales y funcionales.

(iv´) El control de constitucionalidad se presenta como un *examen de compatibilidad*, de conformidad, entre normas y actos estatales infra constitucionales y la Constitución. La finalidad de este control, y de la decisión judicial que lo concretiza, es *asegurar la supremacía de la Constitución*, la prelación jerárquica de la Ley Fundamental.

Tempranamente la CSJN sostuvo que está en la esencia del orden constitucional que los tribunales tengan «no solo la facultad, sino la obligación de anteponer en sus resoluciones, los preceptos de la Constitución nacional». En ese sentido destacó que siendo la Constitución «la ley suprema (...) no puede reputarse válido y subsistente ningún acto que le sea contrario»[9].

Al respecto, Vanossi[10], destaca que el control de constitucionalidad implica una *vigilancia sobre la superioridad de la propia Constitución Nacional*.

La consecuencia práctica de la decisión judicial que declara la inconstitucionalidad es la concreta *inaplicación de la norma* que colisiona o se oponga a la Norma Fundamental. Sin embargo, en los casos en los que se declara la inconstitucionalidad de la omisión formal por inobservancia de un mandato normativo claro, expreso y determinado, los efectos de tal declaración se efectivizan no ya a través de una abstención sino mediante un mandato de hacer. En algunas ocasiones este mandato es de tipo formal, *v.gr*., ordenar la emisión del acto estatal correspondiente (*v.gr*., sanción de una ley o el dictado de una disposición reglamentaria omitida[11]); en otros, en cambio, se ordena la efectiva realización de una prestación material[12].

Naturalmente, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad (de una norma o de una omisión) opera dentro del *caso.*

La causa (art. 116, CN), el caso (art. 2.°, Ley N.° 27) o la controversia es el presupuesto de intervención del poder judicial (art. 116 CN). En tal sentido el art. 2.° de la Ley N.° 27 establece que la justicia nacional «solo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte».

2017, Universidad Externado, Bogotá, p. 26). Recuérdese que una ley de 1795 prohibió a los tribunales judiciales franceses conocer los actos de la administración de cualquier clase. Algunos años antes, la Ley de 16-24 de agosto de 1790, había establecido que los jueces no podían interferir o alterar la actuación de los cuerpos administrativos. En la misma línea, la Constitución de 1791 dispuso que los jueces no podían inmiscuirse ni interferir o encargarse de funciones administrativas. Cabe recordar que, en Francia, hasta 1872, la justicia fue retenida por la administración. A partir de ese año aquella fue delegada al juez administrativo.

8 Fallos: 333:1023 («Thomas», de 15.6.2010).

9 Fallos 10:427 («Caffarena», 1871)

10 Vanossi, Jorge R., *Estado de derecho*, Astrea, Buenos Aires, 4.° edición, 2008.

11 Fallos: 344:3011 (Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ Estado Nacional s/Amparo Ley 16.986», de 21/10/2021);

12 Fallos: 337:1564 (Villarreal Mario Jesús c/ PEN-PLN y Máxima AFIP s/amparo» 30/12/2014).

A la vez, para que exista una causa o un caso que deba ser resuelto por los tribunales nacionales debe estar presente una precondición: la *legitimación*. La Corte federal reiteradamente puntualiza que la existencia de *«caso»* presupone la de *«parte»*, esto es, la de quién reclama o se defiende y, por ende, la de quién se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso. Es imprescindible que quién reclama tenga un *interés suficientemente directo, concreto y personal* —diferenciado del que tienen el resto de los ciudadanos— en el resultado del pleito que propone, de manera que los agravios que se invocan lo afecten de forma «suficientemente directa» o «sustancial»[13].

La CSJN —y los tribunales anteriores— no cuenta con jurisdicción para dictar fallos en abstracto —sin la presencia de un caso o controversia— y con efecto abrogatorio de las leyes[14].

Por cierto, el control de constitucionalidad es una garantía que asegura los derechos constitucionales frente a los poderes. Es una garantía que resulta *consustancial* al Estado constitucional vigente en la república.

Hace varias décadas un destacado juez, el profesor Luis M. Boffi Boggero señalaba, antes del quiebre institucional de 1966, que el *control de constitucionalidad,* cuando se realiza en el marco de los juicios de *amparo,* está llamado a *asegurar los derechos humanos*.

Como lo veremos más adelante, el control de constitucionalidad se sustenta en reglas jurisprudenciales que determinan el alcance de esta potestad como también los límites y sus salvedades. En relación con este último aspecto la jurisprudencia del alto Tribunal excluye del control constitucional a la revisión o juzgamiento del *acierto* o *conveniencia* de los medios empleados por el legislador, *salvo iniquidad manifiesta*[15].

(iv´´) El acto administrativo, en cambio, tiene como finalidad ordenar, limitar y, sobre todo, encauzar formalmente los poderes de la Administración —en puridad, de los órganos y entes que tiene atribuida la función administrativa— en el marco vinculante del principio de legalidad[16].

El acto administrativo, en tanto encauza las prerrogativas administrativas dentro del principio de legitimidad constituye un límite al ejercicio de las potestades administrativas y, correlativamente, una primaria garantía de libertad y previsibilidad jurídica.

(v) El control de constitucionalidad es uno de los fines supremos del poder judicial.

(v´) Una consolidada jurisprudencia señala que la declaración de inconstitucionalidad es una de las más delicadas funciones del Poder Judicial. Solo se la debe ejercer cuando la contrariedad con la cláusula constitucional es manifiesta y de incompatibilidad inconciliable[17].

En efecto: la doctrina jurisprudencial enfatiza que la declaración de inconstitucionalidad constituye un remedio de *última ratio* que, de ser posible, debe evitarse mediante una interpretación del texto legal en juego de manera compatible con la Ley Fundamental, pues, como enfatiza la jurisprudencia, siempre se debe estar a favor de la validez de las normas[18]. Los pronunciamientos del alto Tribunal puntualizan que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino,

---

13 Fallos 345:1531 y sus citas («Cámara Unión Argentina de Empresarios del Entretenimiento c/ EN – AFIP», de 21.12.22).

14 Fallos 344:441 («Comunidad Mapuche Catalán c/ Provincia del Neuquén» de 08.4.2021, entre otros).

15 Fallos 345:1394 («Vespasiani c/ AFIP s/Amparo», de 22.12.2022). En esa inteligencia, la doctrina jurisprudencial labrada bajo el imperio del Estado de derecho, enfatiza que valoración de la política económica adoptada por las autoridades competentes excede el ámbito propio del Poder Judicial (Fallos 311:2453, «Cerámica San Lorenzo», 01/12/1988).

16 El principio de legalidad, subraya Perrino, predica que toda la actividad que desarrollan los poderes públicos está sometida al ordenamiento jurídico en su conjunto. Opera como como un límite y presupuesto del obrar de la Administración. Enfatiza que el principio de legalidad supone la sumisión del Poder Ejecutivo no solo a la ley, sino al derecho, al ordenamiento jurídico como un todo (Perrino, Pablo E., «Breves reflexiones sobre el principio de legalidad de la administración, las potestades administrativas y las restricciones de derechos», RDA N.º 151, Buenos Aires, 2024, pp. 174 y ss.).

17 Fallos 340:1185.

18 Fallos 340:1185; 335:2333 y sus citas.

cuando ello es de estricta necesidad[19]. En tal sentido se sostiene que solo cabe acudir a la declaración de inconstitucionalidad «cuando no existe otro modo de salvaguardar a algún derecho o garantía amparado por la Constitución, si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía»[20].

La función primordial del control de constitucionalidad, como se indicó, es la de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31, de la CN) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior (Fallos 327:3117, entre otros).

(v´´) El acto administrativo, en cambio, es uno de los modos formales a través del cual se encauza y exterioriza la actividad de los órganos y entes que despliegan la función administrativa.

En ese orden, uno de los principios basilares del derecho de la función administrativa contemporáneo establece que los órganos y entes que desarrollan esa función están impedidos de realizar actuaciones materiales que hagan nacer situaciones jurídicas pasivas, o limiten situaciones jurídicas activas, sin un acto administrativo previo que le sirva de título o razón jurídica suficiente. Dicho de otro modo: el acto administrativo —esto es, la actividad formalizada de la Administración— debe preceder a toda conducta material que conlleve una interferencia o intervención sobre la esfera de indemnidad de los particulares[21].

(vi) El control de constitucionalidad consiste en el ejercicio de una potestad —para algunos, implícita; para otros, expresa, de acuerdo con el art. 43, *in fine*, CN— conferida al poder judicial, mediante la cual *se examina la compatibilidad* de la tarea realizada u omitida por otros poderes del Estado con la Constitución.

El acto administrativo, en cambio, es el producto de potestades administrativas (otorgadas por el art. 99, incisos 1.º, 2, 4, 7, 6, 19 y concordantes de la CN) que se expresa mediante una prerrogativa exorbitante de derecho común mediante el cual se modifica directamente, sin intermediaciones de otros poderes, el estatus jurídico del particular (ora, creando una situación favorable, ora, creando una situación desfavorable o gravamen).

La medida y alcance de esta potestad está reglamentada, de manera general, en el Título III de la LNPA, artículos 7 a 22.

En este sentido debemos enfatizar que el acto administrativo se exterioriza mediante una *declaración* de los órganos (y entes) que despliegan la función administrativa. Tiene vedado incursionar en el ámbito propio de los poderes legislativo y judicial. Naturalmente, la injerencia del acto administrativo sobre la tarea propia que le incumbe a otras funciones estatales nos coloca frente a una antijuridicidad grave determinante de una nulidad absoluta e insanable. Los conocidos precedentes «Ganadera Los Lagos»[22] o «Antinori»[23] entre muchísimos casos, son una muestra de esta situación.

(vii) El control de constitucionalidad tiende a dar significado a las reglas, principios y valores constitucionales, siempre que exista un *caso*[24].

Mediante el acto administrativo, en cambio, la función administrativa está llamada a servir, de manera de manera concreta e inmediata, a los intereses generales en el marco vinculante del prin-

19 Fallos 335:2333.

20 Fallos: 343:264, «C., J.C. c/ EN-M.º de Defensa» de 30.4.2020 y sus citas, Fallos 312:2315 y 316:779, entre otros.

21 Este principio general de derecho administrativo está plasmado en el art. 97.1 de la Ley 39/15 de España: Las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico.

22 Fallos 190:142.

23 Fallos 321:2288.

24 Fallos 333:1023 («Thomas»).

cipio de legitimidad (constituida por la legalidad y razonabilidad, conforme lo subraya a CSJN en «Solá[25]).

(viii) En suma: de acuerdo con los aspectos precedentemente relacionados, arribamos a una conclusión inicial, aunque provisoria: no existen puntos de contacto visibles que permitan empalmar, conectar o enlazar el control constitucional con el acto administrativo.

Por ende, *ab initio*, siendo institutos tan disímiles, es dable sostener que el régimen jurisprudencial que gobierna el control de constitucionalidad no proyecta consecuencias jurídicas sobre el esquema sistemático de ordenación que rige el acto administrativo.

Sin embargo, esta conclusión, como la validez de las premisas que la sustentan, deben ser reexaminadas.

2. Acto administrativo, acto jurídico y sentencia judicial

El acto administrativo, por su singularidad, no se subsume en otros institutos jurídicos de derecho público o privado. Aun así, no podemos ignorar que tanto el negocio o *acto jurídico,* de derecho privado, como la *sentencia judicial* contribuyeron, significativamente, a la configuración de las distintas parcelas que vertebran su estructura.

2.1. En el derecho argentino, la influencia del régimen jurídico del *acto jurídico* —consagrado en el Código Civil— sobre el acto administrativo, es indudable.

Basta recordar que la doctrina labrada por la CSJN en «Ganadera Los Lagos»[26] en 1941, treinta años antes de que se dictara el Dto.-Ley N.º19.549/72, tuvo decisiva gravitación en la conformación, por vía analógica, de los elementos esenciales del acto administrativo, sus vicios, el sistema de invalidez y los efectos de las nulidades[27]..

2.2. Ciertamente, la *sentencia judicial* —fuente pública de obligaciones, como también lo es el acto administrativo— también tuvo peso en la configuración de segmentos principales de la teoría del acto.

Con inocultable convicción Otto Mayer[28] destacaba que el acto administrativo se presenta como *el correlativo necesario de la sentencia judicial*. En tal sentido afirmaba que el acto administrativo es el *equivalente de la sentencia judicial.*

El pensamiento y las apreciaciones de O. Mayer sobre el acto administrativo tuvieron resabios en sentencias emblemáticas para el derecho administrativo argentino.

En tal sentido la sentencia de la Corte federal en «Ganadera Los Lagos»[29] sostiene que el acto administrativo es un acto de autoridad emanado del Poder Ejecutivo que, en relación con la persona, posee la misma fuerza obligatoria ínsita en la ley —salvo la diferencia esencial de faltarle generalidad— y «opera en relación al caso individual en forma semejante a las sentencias judiciales».

El paralelismo entre la sentencia judicial y el acto administrativo se refleja de manera incontestable en el también célebre precedente «Carmen de Cantón»[30]. Este pronunciamiento capital del derecho administrativo nacional otorga carta de naturaleza a la denominada *cosa juzgada administrativa.*

Como bien sabemos la cosa juzgada administrativa (denominada *estabilidad* del acto administrativo en posteriores pronunciamientos judiciales y dictámenes de la PTN) opera como límite al

25 Fallos 320:2509

26 Fallos 190:142.

27 Para ampliar: Sammartino, Patricio M.E., «Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional de derecho», diario ED, serie especial derecho administrativo, de 21.5.2014.

28 Mayer, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo I, parte general, Depalma, Buenos Aires, 1949, p.75.

29 Fallos 190:142.

30 Fallos 175:368 (1936).

ejercicio de la potestad anulatoria de los actos administrativos favorables que han creado, declarado o reconocido derechos subjetivos.

En puridad, la denominada *cosa juzgada administrativa* es, coetáneamente, ***garantía*** de inalterabilidad del acto administrativo en función del mantenimiento de la situación activa nacida, declarada o reconocida por el mismo acto y, simultáneamente, ***limitación*** al ejercicio de la potestad extintiva fundada en razones de ilegitimidad[31].

También la equivalencia funcional entre la sentencia y el acto administrativo se manifiesta en uno de los caracteres del acto, la *fuerza ejecutoria*. En el derecho argentino, J.F. Linares ponderó especialmente esa correlación.

2.3. En definitiva, durante la etapa germinal del acto administrativo, de impronta jurisprudencial, el régimen jurídico del *acto jurídico* y el de la *sentencia judicial* contribuyeron, por vía analógica, a la conformación de las parcelas que vertebran la estructura del acto administrativo. Esa influencia perdura y resulta visible en el régimen legal-jurisprudencial vigente.

3. Las bases del acto administrativo en el régimen legal-jurisprudencial

Tomando en cuenta las vertientes que influyeron en la configuración estructural y funcional del acto administrativo (la político-procesal del derecho francés, la sentencia judicial y el acto o negocio jurídico del derecho privado) enunciaremos las bases o criterios rectores que gobiernan el acto administrativo en el régimen legal-jurisprudencial.

3.1. Inicialmente debemos considerar que la Administración está impedida de realizar actuaciones materiales que produzcan un gravamen sobre el particular (ya sea que se hagan nacer situaciones pasivas, o se disminuyan situaciones activas) sin un acto administrativo previo que le sirva de título o razón jurídica suficiente. Como se indicó, el acto administrativo siempre debe preceder a toda conducta material que conlleve una interferencia o intervención sobre la esfera de indemnidad de los particulares.

3.2. El concepto técnico de acto administrativo se abastece de una pieza primordial, la *declaración.*

Ciertamente, para alcanzar la condición de acto administrativo, la *declaración* debe exhibir las siguientes cualidades esenciales:

(i) debe ser emitida por autoridades públicas (o entes) que desarrollan la función administrativa. Cabe recordar que la función administrativa tiene por fin servir, de madera inmediata, a los intereses generales en el marco vinculante del bloque de legitimidad. A la vez, ella es la raíz de todo acto administrativo.

(ii) La susodicha declaración debe producir efectos jurídicos directos[32].

(iv) Tales efectos deben tener alcance particular, singular o individual[33]; de consiguiente, son ajenas al concepto técnico predominante de acto administrativo las disposiciones reglamentarias (en sus diferentes variables) y los actos generales no normativos.

(v) La declaración debe producir efectos jurídicos concretos: el acto administrativo, en sentido técnico, no tienen carácter normativo, ni ordinamental, ni abstracto; el cumplimiento o agotamiento de su objeto, produce la extinción del acto.

(vi) El acto administrativo produce consecuencias jurídicas externas, se manifiestan hacia el exterior de la Administración; el acto administrativo impacta sobre terceros ajenos a la administración. En tal sentido no podemos dejar de señalar que los efectos externos tienen lugar una vez que se cumpla el requisito de eficacia previsto en el art. 11 LNPA, la notificación.

---

31 Sammartino, Patricio M.E., «La estabilidad del acto administrativo», Revista Derecho Administrativo, RDA 2019-125, 07/10/2019, 883.

32 El dictamen jurídico, los informes previos o la declaración de lesividad, en tanto no producen efectos jurídicos directos, no son actos administrativos.

33 En Fallos 296:672 («Metalmecánica», 1976), la CSJN, influida por el pensamiento de M. Marienhoff, admite la existencia de actos administrativos de estructura *bilateral*.

En definitiva, acto administrativo es toda declaración emitida por órganos o entes en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos directos, singulares, concretos y externos.

3.3. Subrayamos que el acto administrativo produce *efectos jurídicos directos*. Ello significa que las consecuencias jurídicas programadas en el objeto del acto administrativo se producen inmediatamente, sin intermediación de otro acto estatal (sea del mismo órgano, o de otro de la misma, o distinta función: el acto administrativo, para producir efectos jurídicos no requiere de la homologación del poder judicial). La declaración para asumir la condición de acto administrativo debe *por sí misma,* modificar la situación jurídica de terceros, ya sea creando una situación pasiva o generando una situación activa, o favorable. En virtud del diferente régimen jurídico que gobierna sus efectos, la díada actos administrativos favorables (o de beneficio) y desfavorables (o de gravamen) es la clasificación más importante de los actos administrativos.

3.4. El acto administrativo se vertebra sobre un elenco de piezas indispensables, que la ley vigente en el ámbito nacional denomina —indistintamente—, requisitos o elementos esenciales (art. 7.° y 15, LNPA).

Los requisitos o elementos esenciales exigidos por la ley responden a las siguientes preguntas: *quién* (competencia); *por qué* (causa o antecedentes, de hecho y de derecho); *qué* (objeto); *cómo* (procedimientos esenciales y sustanciales previos y concomitantes a la emisión del acto, como la motivación); *para qué* (finalidad). Los elementos esenciales son piezas indispensables por cuanto su presencia, ausencia o defectuosa configuración, acarrea consecuencias jurídicas relevantes con relación a la validez y eficacia del acto.

3.5. La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA) y la jurisprudencia labrada en torno a ella consideran que el acto administrativo que *cumple condiciones esenciales de validez* es un acto administrativo *regular*.

3.5.1. Si el acto regular hubiere dado nacimiento a derechos subjetivos y está debidamente notificado goza —como principio— de *estabilidad* (art. 18, primer párrafo, LNPA). Ello significa que es inalterable (y, por ende, irrevocable) en sede administrativa. Bajo el régimen jurisprudencial anterior a la LNPA, se decía que, estos actos hacían *cosa juzgada administrativa.*

3.5.2. La estabilidad es una cualidad de algunos actos administrativos favorables. Por un lado, opera como *límite* frente a la potestad anulatoria; por otro, actúa como *garantía* a favor del particular puesto que está llamada a proteger la situación jurídica activa declarada por el propio acto administrativo, tornándola *intangible* en sede administrativa.

3.5.3. Si bien esta propiedad del acto es un *principio* que solo informa a ciertos actos regulares (los que han generado derechos subjetivos y están notificados) el régimen legal-jurisprudencial expandió excepcionalmente su alcance a un elenco específico de actos irregulares: los que estuvieren firmes y consentidos; y hubieren generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo. Ello siempre que el particular desconozca el vicio que lo aqueja[34].

3.5.4. cualesquiera sea el hontanar que sustente la estabilidad del acto, lo concreto es que en tales supuestos la Administración tiene *incompetencia absoluta* —artículos 18, primera parte, y 17, *in fine,* de la LNPA— para anular por sí (revocar por ilegitimidad) y privar de efectos definitivos a los actos administrativos estables.

3.6. Si el acto administrativo *carece* o le *falta* alguna de las piezas indispensables, o si se presentara su equivalente funcional, un *vicio grave* en alguno de los requisitos esenciales que vertebran su estructura, el principio de legitimidad obliga a *remover* el acto gravemente antijurídico (acto administrativo irregular) mediante la declaración de nulidad. Por cierto, en esta materia, el problema capital no reside en el deber de remoción o expulsión del acto administrativo irregular; las perplejidades están alojadas en discernir qué órgano resulta competente para decidir la nulidad y materializar la subsecuente ineficacia.

En este punto cabe recordar las diferencias entre ilegitimidad, invalidez, nulidad e ineficacia. Con frecuencia, estas locuciones son utilizadas de manera indistinta, aun cuando tienen significados diferentes.

34 Fallos 321:169 («Almagro»).

La ilegitimidad o antijuridicidad refiere a la *discordancia* del acto administrativo con las normas (principios y reglas) que condicionan su emisión. La invalidez, en cambio, es la declaración *formal* de ilegitimidad por parte de la autoridad competente, administrativa o judicial. La nulidad es la *secuela sancionatoria* de la declaración de invalidez, consistente en la remoción, el retiro o expulsión del acto del mundo jurídico. Finalmente, la ineficacia concierne a la *cesación definitiva* de los efectos jurídicos del acto.

3.7. El acto administrativo irregular, esto es el acto portador de una ilegitimidad grave, presenta un elenco de características: debe ser anulado, como principio general, por la propia administración. No es susceptible de ser saneado; en atención al carácter originario del vicio, los efectos de la anulación son retroactivos, esto es, *«ex tunc»*: la declaración de nulidad vuelve las cosas al estado en que se encontraban antes de la emisión del acto anulado. El afectado tiene la carga de impugnar tal acto dentro del plazo breve de caducidad previsto en el art. 25 de la LNPA. La Administración, en cambio, no está sujeta a plazo alguno. La jurisprudencia y la doctrina —tributaria de la jurisprudencia labrada en «Ganadera Los Lagos»[35]— sostienen que el art. 1047 del CC (similar, aunque no idéntico, al art. 387, CCC) no es aplicable al acto administrativo. De consiguiente, el acto administrativo irregular no puede ser anulado de oficio por el juez.

3.8. El acto administrativo está investido de propiedades, cualidades o caracteres. El art. 12 de la ley vigente establece que el acto está dotado de presunción de legitimidad y la fuerza ejecutoria (en el derecho público provincial, algunas leyes de procedimientos administrativos le añaden la ejecutividad, la estabilidad y la impugnabilidad).

3.8.1. La presunción de legitimidad del acto administrativo, tal como está regulada, indica que, «*a priori*» y salvo prueba en contrario, se debe *considerar como cierto o real* que todo acto administrativo ha sido dictado de acuerdo a las normas jurídicas que condicionan su legitimidad. De consiguiente, la presunción de legitimidad del acto administrativo consiste en la suposición, *«juris tantum»*, de que el acto administrativo fue dictado por la autoridad competente; se sustenta en un evento de la realidad verificable y en el derecho aplicable (causa); el contenido u objeto es cierto, licito y posible; se ha respetado el debido procedimiento previo; está debida y suficientemente fundamentado; y, naturalmente, que el acto cumple con los fines queridos por la norma que le confiere competencia al órgano emisor y, de ese modo, satisface los bienes jurídicos protegidos por el sistema normativo en el que se inserta. En virtud de esta suposición atañe al particular la carga de alegar y probar el defecto de ese acto administrativo. En tal sentido, la jurisprudencia, desde tiempos pretéritos, sostiene que los actos administrativos «tienen en su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la actividad administrativa y, por consiguiente, toda invocación de nulidad contra ellos debe necesariamente ser alegada y probada (...)» (Fallos 192:142).

3.8.2. El régimen legal-jurisprudencial vigente establece, como regla general, que el acto administrativo goza de fuerza ejecutoria (ejecutoriedad). De consiguiente, la interposición de recursos administrativos o demandas judiciales, como regla general, no suspenden los efectos del acto administrativo. La ley, sin embargo, establece salvedades a la «fuerza ejecutoria» —esto es, a la facultad de la Administración de *«poner en práctica»* el acto administrativo *«por sus propios medios»*— cuando la susodicha materialización requiera la incursión forzosa sobre la libertad, o propiedad de la persona. En tales supuestos, la Administración —como principio—, deberá solicitar el auxilio de la justicia. Ciertamente, la ejecución administrativa no podrá ser anterior a la notificación del acto administrativo, pues de ser así, se incurría en un supuesto de vías de hecho administrativas, contempladas en el art. 9.º, inciso b, de la LNPA.

3.9. Este esquema básico de ordenación se completa con las previsiones normativas del Título IV de la LNPA relativa a la revisión judicial del acto administrativo. La Ley subordina la admisibilidad de la pretensión procesal administrativa anulatoria a dos cargas procesales: el *agotamiento previo de la vía administrativa*; y a la interposición de la pretensión impugnatoria del acto dentro de un plazo breve, denominado *plazo de caducidad*.

3.10. En definitiva, en el régimen legal-jurisprudencial, el acto administrativo, por un lado, está llamado a encauzar, dentro de la legitimidad —o juridicidad— el ejercicio de la potestad atribuida a la Administración consistente en modificar unilateralmente, sin la intermediación de otro poder,

35 Fallos 190:142.

la situación jurídica de terceros. De este modo el susodicho régimen aparece destinado a *ordenar* y *limitar* el ejercicio de las prerrogativas, lo cual genera una *básica certidumbre jurídica* en torno a quién, por qué, cómo y para qué habrá de actuar la Administración.

Segunda parte

4. El impacto de la constitución nacional convencionalizada sobre el acto jurídico

Inicialmente debemos señalar que cuando nos referimos a la Constitución Nacional *convencionalizada* —sintagma introducido al derecho constitucional argentino por el Prof. Néstor P. Sagüés hace más de una década—, se está subrayando la idea de una Constitución *depurada* y a la vez r*eciclada conforme el derecho internacional de los derechos humanos*, en particular de la CADH, y de la jurisprudencia de la CorteIDH. Así lo destaca el propio N. Sagüés en sus trabajos[36]. Este autor puntualiza que la Constitución convencionalizada es una Constitución conformada, adaptada, completada e integrada y a la vez combinada, en su contenido material, con los instrumentos de protección de derechos humanos y la jurisprudencia interamericana.

Ahora bien: los institutos que influyeron en la configuración y el desarrollo del acto administrativo, esto es, el negocio o *acto jurídico* privado; y la sentencia —dentro de las cual se encuentra aquella que actúa la más delicada atribución del poder judicial, el control de constitucionalidad— sufrieron modulaciones relevantes durante los últimos lustros como consecuencia de la nueva matriz incorporada en la reforma constitucional de 1994.

En efecto.

Coetáneamente con la puesta en vigor del Título III de la Ley N.º19549, el *acto jurídico* —cuyo régimen le era aplicado analógicamente antes de la LNPA y también con posterioridad en cuestiones no reguladas expresamente en ese cuerpo legal[37]— estuvo regido por el Código Civil de 1871, de características básicamente individualistas, ligeramente atemperadas por la reforma introducida por el Decreto-Ley N.º 17.711/68.

Sin embargo, hace apenas unos años, en 2014, el Congreso de la Nación sancionó la ley N.º 26.994. Esta ley aprobó el Código Civil y Comercial (CCC) que comenzó a regir en agosto de 2015.

Los fundamentos del anteproyecto de CCC subrayan que este cuerpo normativo (i) se integra al bloque cultural Latinoamericano; (ii) procura la *constitucionalización del derecho privado*; (iii) toma en cuenta los *instrumentos internacionales de derechos humanos* y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad; (iv) es el código de la igualdad, basado en un paradigma no discriminatorio; (v) es el código de los derechos individuales y colectivos.

Es evidente que a partir del nuevo Código Civil y Comercial los tradicionales institutos del derecho privado se revitalizaron por los valores y principios de la Constitución Nacional convencionalizada en 1994.

De modo prístino, la constitucionalización (y convencionalización) del derecho privado atraviesa el acto jurídico. Así el art. 1.º, del CCC, establece que los casos regidos por el Código «deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, *conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos* en los que la República sea parte». El artículo 2.º prescribe que

---

36 Sagüés, Néstor P., «De la Constitución Nacional a la Constitución "convencionalizada"», JA 2013-IV, N.º Esp. fascículo n. 2, Pág. 53.

37 Al respecto la CSJN ha señalado que «las disposiciones del Código Civil, entre ellas las relativas a las nulidades de los actos jurídicos, son aplicables en la esfera del derecho administrativo con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia de este último (Fallos: 190:142, 304:919 y 310:1578). Pero la indagación acerca de la pertinencia de tal analogía resulta desde todo punto de vista innecesaria cuando la propia ley administrativa regula directamente los hechos materia del caso; por lo que, antes de establecer si el Estado Nacional puede invocar en su favor el notorio desequilibrio de las prestaciones en los términos del art. 954 del Código Civil, corresponde examinar la validez del convenio de prórroga y del acto revocatorio subsiguiente a la luz del régimen de nulidades previsto en la Ley N.º19.549» («S.A. Organización Coordinadora Argentina c/ Secretaría de Inteligencia de Estado», cons. 5.º, de 17 de febrero de 1998).

«la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta (...) las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos (...)».

En este sentido, los artículos 51, 52, 279[38] del CCC, realzan el sentido prescriptivo del *derecho a la dignidad humana*, como valor rector y supremo del derecho. Las previsiones normativas citadas son apenas una muestra de un cambio profundo, sustancial, estructural, de paradigma en relación con los principios y valores que inspiraron el Código Civil de Vélez, en la segunda mitad del siglo diecinueve.

5. Proyecciones de la reforma constitucional de 1994 sobre las reglas de control constitucional[39]

5.1. Las reglas «clásicas» del control de constitucionalidad

En paralelo al régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo —labrado en torno a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, de 1972— las sentencias judiciales que realizaban el control de constitucionalidad —la atribución más delicada de las que pueda encomendarse a un tribunal de justicia[40]— se afincaban en aquello que la doctrina ha denominado las reglas clásicas o tradicionales del control de constitucionalidad.

De consiguiente, en paralelo al esquema legal-jurisprudencial del acto administrativo regulado en la *Ley* N.º 19549/72, el control constitucional estaba sometido a un elenco de pautas jurisprudenciales que se fueron construyendo durante décadas y se consolidaron durante la segunda mitad del siglo pasado. Ellas pervivieron, casi invariables, hasta el primer lustro del siglo veintiuno, en el que los principios y valores de la reforma constitucional comienzan a irradiar, de manera sustancial, a esa delicada misión de la judicatura.

A partir de ese momento, en el contexto de la crisis de 2001 y de sus múltiples secuelas, la reforma constitucional de 1994 comienza a alumbrar firmes y sustanciales cambios de perspectiva, sobre todo en lo que atañe al respeto y protección de los derechos fundamentales de la persona humana.

Las reglas *clásicas* o tradicionales predican que el control constitucional exhibe las siguientes características[41]:

- Es *difuso* o d*esconcentrado,* en línea con el modelo norteamericano. Cualquier juez está facultado para la declarar la inconstitucionalidad de una norma y, en consecuencia, sentenciar sin aplicarla.
- Asume como presupuesto la preexistencia de una *causa* o *caso* contencioso, una controversia o conflicto entre derechos o intereses;
- Es un remedio de *última ratio* que, de ser posible, debe evitarse mediante una interpretación del texto legal que resulte compatible con la Ley Fundamental. De consiguiente la declaración de inconstitucionalidad opera cuando ello es de estricta necesidad.
- Al momento de su realización se debe estar, en principio, a favor de la validez de las normas. Por tanto, solo cabe acudir a la declaración de inconstitucionalidad cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución[42].

38 El art. 279 del CCC regula el objeto del acto jurídico. Sustituye, al célebre art. 953, del Código de Vélez.

39 Para ampliar: Sammartino, Patricio M.E., *Amparo y Administración en el Estado constitucional social de derecho*, Tomo I, Buenos Aires, 2012, pp. 428/517.

40 Fallos 340:1185, entre muchos otros.

41 Sammartino, Patricio M.E. *Amparo y Administración en el Estado constitucional social de derecho*, tomo I, Buenos Aires, 2012, p.427 y ss.

42 Este criterio pervive en la actualidad (Conf. Fallos 343:264).

- Requiere la presencia de un *gravamen actual,* originado en una previsión normativa.
- Es un control *parcial*, puesto que únicamente opera sobre *normas* jurídicas;
- se realiza sobre normas que gozan de *presunción de constitucionalidad*;
- en tanto se opera sobre normas dotadas de presunción de validez, el vicio y agravio constitucional debe *ser alegado y probado* por la parte que lo invoca, esto es, *por la parte interesada*;
- por ende, *no procede el control de oficio*;
- es un control esencialmente *reparatorio*, correctivo;
- la declaración de inconstitucionalidad se traduce en la *inaplicación* de la norma para el caso (tal declaración no deroga ni tampoco restablece la vigencia de un precepto ya derogado por la norma tachada de inconstitucional);
- los efectos de la decisión —inaplicación de la norma declarada inconstitucional— se proyectan *inter partes.*
- Ciertamente, en tanto no medie declaración de inconstitucionalidad, la norma resulta obligatoria.
- Se reconoce un nutrido catálogo de asuntos detraídos de revisión judicial, ora bajo los límites que imponen las llamadas *cuestiones políticas no justiciables,* ora a partir de una importante *deferencia hacia el ejercicio de potestades discrecionales.*

Cabe insistir que estas reglas de control de constitucionalidad rigen coetáneamente con el régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo.

Con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, y sobre todo en los últimos cuatro lustros, las reglas clásicas de control constitucional sufrieron importantes modulaciones, dando nuevos contenidos y fronteras a la garantía fundamental a la tutela judicial efectiva.

5.2. Las reglas «actuales» de control de constitucionalidad

Una mirada global, macroscópica, permite sostener que el control de constitucionalidad, en la actualidad, reposa en torno a las siguientes reglas:

5.2.1. En primer lugar, el *caso*, en tanto presupuesto de intervención del poder judicial (art. 116 CN)[43] presenta, en su configuración actual, una *textura abierta* que guarda correlato con el deber de respeto y protección que exigen los *nuevos derechos* reconocidos por el bloque de constitucionalidad. En función de éstos se establecen *nuevas legitimaciones*[44] —activas, y tam-

43 Fallos 328:3586 (2005), entre muchos otros. En este precedente se subraya que «las consecuencias del control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requieren que el requisito de la existencia de "un caso" o "controversia judicial" sea observado rigurosamente, *para la preservación del principio de la división de poderes*» (énfasis agregado).
Asimismo, cabe recordar que en Fallos 336:2356 («Roquel», 2013), el Tribunal, respaldado en anteriores pronunciamientos, sostuvo que la justicia nacional no procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte (artículo 2 .º de la ley 27). De allí que el de «ciudadano» es un concepto de notable generalidad y su comprobación, en la mayoría de los casos, no basta para demostrar la existencia de un interés «especial» o «directo», «inmediato», «concreto» o «sustancial» que permita tener por configurado un «caso contencioso». Para que exista caso, sostiene la CSJN en «Supercanal» (Fallos 342:853, de 2019), es imprescindible que quien reclama tenga un interés suficientemente directo, concreto y personal —diferenciado del que tienen el resto de los ciudadanos— en el resultado del pleito que propone, de manera que los agravios que se invocan lo afecten de forma «suficientemente directa» o «substancial» (cons. 5.º). Ciertamente, si la Corte —o cualquier otro tribunal nacional— interviniese en asuntos donde el peticionario carece de legitimación se transgrediría el severo límite al Poder Judicial que surge del artículo 116 de la Constitución y que es propio del esquema de división de poderes (Fallos 344:575, «Grindetti» —2021— voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

44 Con posterioridad a la reforma constitucional la doctrina del Tribunal enfatiza que la Constitución Nacional reconoce «*legitimación anómala o extraordinaria*» para intervenir en el proceso en defensa de derechos de incidencia colectiva al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que propendan a los fines indicados en la norma. Sin embargo, no habilita la actuación de las autoridades locales —provincia-

bién pasivas— y también nuevos cauces procesales, como los dispositivos de prevención (*v.gr*., la acción declarativa de inconstitucionalidad tanto individual como colectiva, la cual se suma así al amparo preventivo —art. 43 CN—, a la acción preventiva de daños (art. 1171, CCC) y a ciertos procesos anticipatorios en los que se dispensa la denominada cautela material). La textura abierta del *caso* adquiere su máxima expresión en los *procesos estructurales*[45], denominados técnicamente *litigios de reforma estructural*, en los que, según la feliz expresión de la Corte constitucional colombiana, se procura la remoción o el *cambio de un estado de cosas inconstitucional*, sobre todo en materia de derechos sociales y ambientales.

5.2.2. Según los criterios actuales, el control constitucional no opera únicamente sobre normas. Se extiende a las *omisiones materiales y formales*[46]. Las *omisiones inconstitucionale*s, ha dicho la CSJN en «P, S. M»[47], *debilitan la fuerza normativa de la Constitución*.

De consiguiente, la indiscutible tendencia del derecho judicial nos hace inferir que, a diferencia de las reglas clásicas, el control de constitucionalidad, en la actualidad, opera tanto sobre *normas* y *omisione*s.

5.2.3. El presupuesto clásico que habilita el control constitucional exige, invariablemente, la presencia de un *gravamen constitucional actual*.

Sin embargo, en los últimos lustros, el alto Tribunal igualmente se ha pronunciado aun cuando la controversia s*obrevino abstracta*. La realización de control constitucional sin que se constate la existencia de agravio actual está sujeta a dos condiciones: un indudable *interés institucional* y la *posibilidad de repetición.* La decisión adoptada en el caso «GCBA c/ Estado Nacional»[48] —en el cual se dictó sentencia estimatoria de la pretensión declarativa de inconstitucionalidad con posterioridad a que expirara el plazo de vigencia del DNU que limitaba la presencialidad en las escuelas durante la pandemia— ratifica la doctrina asumida en «Bussi»[49] y aplicada a tiempo después en «Patti»[50].

5.2.4. Los criterios actuales el control constitucional revelan que éste no solo es *reparador o correctivo*. En algunos supuestos adquiere modalidad *preventiva.* Naturalmente, el carácter preventivo del control concierne a actos o hechos; no opera en cambio con relación a normas.

5.2.5. Según las reglas clásicas, el control constitucional se realiza sobre normas jurídicas que se presumen constitucionales.

Sin embargo, durante los últimos cuatro lustros se puede comprobar una consolidada tendencia jurisprudencial que modula las reglas del escrutinio constitucional según se considere que la norma objeto de control goza de presunción de constitucionalidad o en cambio sea portadora de *presunción de inconstitucionalidad* (por incurrir en un trato discriminatoria por motivos de nacionalidad, raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento etc.). Los precedentes «Hooft» (2004), «Gottschau» (2006); «Mantecón Valdés» (2008), «Reyes Aguilera» (2009), «Pérez Ortega» (2013), «Zartarian» (2014), «Castillo» (2017),«Salas» (2015), «Vázquez» (2020), entre otros, determinan que frente a normas portadoras de presunción de inconstitucionalidad —por estar basadas en categorías «específicamente prohibidas» o «sospechosas»—, el control constitucional está sometido a un «*exigente criterio de ponderación»* («Pérez Ortega»), esto es, a un *«escrutinio riguroso»* («Zartarian»). En tales supuestos, sostiene la doctrina jurisprudencial, se *invierte la*

---

les o municipales— para interponer acciones judiciales en defensa de derechos de esta naturaleza (conf. Fallos 344:575, «Grindetti» de 2021).

45 Fallos 328:1146; 329:2316.

46 Fallos 337:1564 («Villarreal», de 2014); 344:3011 («Etcheverry», de 2021).

47 Fallos 342:2389 (2019).

48 Fallos 344:809 (2021).

49 Fallos 330:3160 (2007).

50 Fallos 331:549 (2008).

carga de la prueba y el control resulta más estricto, riguroso, puesto que en estos casos está en juego la *dignidad esencial de la persona humana.*

La CSJN subraya que el fundamento que sustenta a la doctrina de las categorías sospechosas reside en la necesidad de *revertir la situación de desventaja* en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico por razones sociales, étnicas, culturales, religiosas, entre otras[51] .

Según lo establece la doctrina jurisprudencial labrada por la Corte federal, en los supuestos de normas portadoras de presunción de inconstitucionalidad se *invierte la carga de la prueba.* En ese entendimiento, a los fines de destruir la susodicha presunción, atañe a *la parte demandada* la carga procesal de justificar: (i) que la norma —sometida a control— pretende satisfacer *fines trascendentes, sustanciales* —no meramente convenientes— en tanto hacen al ejercicio de *funciones básicas del Estado*; (ii) que el *medio* utilizado *efectivamente promueve esos fines* trascendentes o sustanciales; (iii) a la vez, se debe acreditar que el *medio* empleado resulta *absolutamente necesario* para alcanzar el propósito enunciado, en el entendimiento de que no existan otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada.

5.2.6. Tanto las reglas clásicas de control constitucional como las actuales establecen como recaudo esencial previo el respeto a la garantía de defensa (artículos 18 y 75 inciso 22 —conf. art. 8.º CADH—, de la CN). Al respecto Daniel Soria subraya, con razón, que es necesario garantizar la audiencia a las partes, en resguardo del debido proceso y la bilateralidad en el debate de la cuestión constitucional (art. 18, CN)[52].

5.2.7. A diferencia de lo que ocurre con las reglas clásicas, la orientación jurisprudencial actual permite inferir que el *control de constitucionalidad* se realiza tanto a *pedido de parte* como *de oficio*, cuidando respetar el principio de congruencia en relación con los hechos y planteos al trabarse la litis. Como sabemos, a partir de «Mill de Pereyra»[53] la CSJN abandona la doctrina de «Ganadera Los Lagos»[54] y, fundada en el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la CN), abre un sendero que se completa con fallos ratificatorios de esa tendencia, *v.gr.*, «Banco Comercial de Finanzas»[55], «Lapadú»[56], «Rodríguez Pereyra»[57], «Mansilla»[58] y, en fecha más reciente, «B., J. M.»[59].

---

51 Conf. Fallos 340:1795 («Castillo, Carina Viviana y otros c. Provincia de Salta», considerando 19, voto de la mayoría, de 12.12.2017).

52 Soria, Daniel, «Descalificación de normas legislativas dispuesta por la Corte Suprema en vía no judicial», *diario La Ley*, 13 diciembre de 2022, pp.1/2.

53 Fallos 324:3219 (2001).

54 Fallos 142:190 (1941).

55 Fallos: 327:3117 (2004).

56 Fallos: 327:5723 (2004). La sentencia puntualiza que «*si bien es cierto que los jueces tienen la facultad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes* (...) también lo es que este Tribunal ha destacado enfáticamente que la declaración de invalidez de una norma es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la última ratio del orden jurídico y, en caso de duda debe estarse por su constitucionalidad» (considerando 2.º, énfasis agregado).

57 Fallos 335:2333

58 Fallos 337:179. En este pronunciamiento el alto Tribunal subraya que, con arreglo a la garantía de defensa, el control constitucional de oficio no puede transgredir *el principio de congruencia* o correspondencia. En este marco se descalificó la sentencia de la instancia anterior —que había declarado de oficio la inconstitucionalidad de una norma legal que imponía tope a la remuneración por despido establecido en el art. 245 LCT— por cuanto en «el pronunciamiento impugnado (...) la alzada ha venido a conceder algo que el propio interesado había resignado». Evocando el considerando 13 de «Rodríguez Pereyra» (voto de la mayoría) se sostuvo que «el reconocimiento expreso de la potestad del control de constitucionalidad de oficio no significa invalidar el conjunto de reglas elaboradas por el Tribunal a lo largo de su actuación institucional relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control».

59 Fallos 343:345. El juez Rosatti, en su voto, puntualizó que el núcleo neurálgico de la doctrina que se des-

5.2.8. Por cierto, con miras a dotar de adecuada protección a los derechos humanos, la CSJN asume expresamente que los jueces tienen la atribución de realizar el *control difuso de convencionalidad* entre las normas jurídicas internas, que se aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Cabe recordar que, en su raíz, el control de convencionalidad es una técnica que está llamada a aplicar el derecho internacional. En el derecho internacional de los derechos humanos el control judicial de convencionalidad procura que las disposiciones de la CADH no vean mermadas su eficacia por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin[60].

La doctrina labrada por la Corte federal en «Mazzeo» (2007) sigue los lineamientos de la célebre sentencia de la CorteIDH dictada en «Almonacid Arellano vs. Chile» (2006). Cabe recordar que el párrafo 124 de este pronunciamiento señala que el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, enfatiza el tribunal interamericano, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana».

Años más tarde, la CSJN da un paso más.

Con sustento en la jurisprudencia interamericana sostiene que todos los jueces están habilitados para realizar *de oficio* el control de convencionalidad[61]. Con arreglo a esta jurisprudencia es dable inferir que mediante el control judicial de convencionalidad se examina la *compatibilidad* de las *normas y prácticas internas* con la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Sin embargo, el control de convencionalidad no solo opera en relación con la CADH. Se extiende a la *jurisprudencia* de la CorteIDH y a los demás tratados de protección de derechos humanos en los que el Estado es parte[62].

La CorteIDH señala que la CADH no impone ningún modelo específico para realizar un control de convencionalidad[63].

En la etapa germinal del instituto el tribunal interamericano sostenía que el control de convencionalidad es una atribución que debe ser ejercida solo por los *jueces,* aun *de oficio*. Más tarde, como se verá, la CorteIDH consideró y considera en la actualidad que esa función la debe desarrollar toda autoridad pública.

La consolidada doctrina de la CorteIDH señala que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la *obligación* de ejercer «*ex oficio»* un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes[64].

El control judicial de convencionalidad se realiza mediante dos técnicas básicas: por vía de una *interpretación conforme* a la CADH o, cuando esta posibilidad queda descartada, corresponde actuar a través de la *supresión* y consecuente *inaplicación* de normas que se oponen a la CADH.

---

prende de «Rodríguez Pereyra» sobre control de constitucionalidad se reside en que es «i) un deber ineludible de los tribunales de justicia que debe realizarse en el marco de una causa concreta; ii) debe efectuarse aun de oficio sin que sea exigible una expresa petición de parte interesada; y iii) que solo resulta procedente en la medida en que quede palmariamente demostrado en el pleito que el gravamen invocado puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera».

60 Fallos 330:3248, «Mazzeo», 2007.

61 Fallos 335:2333, «Rodríguez Pereyra», 2012

62 CorteIDH, Caso «Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala» sentencia de 20.11.12

63 CorteIDH, Caso «Liakat Ali Alibux Vs. Suriname» de 30.1. 2014.

64 CorteIDH, «Caso Trabajadores Cesados del Congreso» de 24 de noviembre de 2006, párr. 128; Caso «Radilla Pacheco Vs. México» de 23 de noviembre de 2009, párr. 339; Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México» de 26 de noviembre de 2010, entre otros.

Por cierto, existen diferencias entre el control constitucional y el de convencionalidad.

Mientras el control de constitucionalidad, como hemos visto, se presenta como un *examen de compatibilidad*, de conformidad, entre normas y actos estatales infra constitucionales y la Constitución, con miras a garantizar *la supremacía de la Constitución*, su prelación jerárquica, el control de convencionalidad, como bien puntualiza P. Gutiérrez Colantuono[65], detecta la inconsistencia de la normativa interna con el «corpus iuris» interamericano de los derechos humanos.

A diferencia del control constitucional, el control de convencionalidad consiste examinar y descalificar las normas internas que se opongan a la CADH y al resto de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Este dispositivo de protección está llamado a *salvaguardar la supremacía de las normas convencionale*s frente a normas locales de menor rango[66].

Por cierto, a partir de «Gelman» (2011) el control de convencionalidad amplía su horizonte de proyección.

En ese pronunciamiento el tribunal interamericano sostiene que el control de convencionalidad *es función y tarea de toda autoridad pública* y no solo de los jueces (párrafo 239). Ya antes, en el párrafo 193, el tribunal interamericano había subrayado que el susodicho control corresponde a todos los órganos del Estado, incluido los jueces.

En sentencias posteriores la CorteIDH refuerza este criterio.

Así en «Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana», de 28 de agosto de 2014, párr. 497, sostiene que *«todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un "control de convencionalidad"»*.

En Gelman, de 2013, CorteIDH sostuvo que «*todas las autoridades estatales»*, están en la *«obligación»* de ejercer *«ex oficio»* un *«control de convencionalidad»* entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea se deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana» («Gelman», 2013, párr. 66).

La tendencia jurisprudencial del tribunal interamericano —en cuanto afirma que el control de convencionalidad es una *obligación* que compromete *a toda autoridad pública* del Estado parte y no solo del poder judicial— se ha profundizado a lo largo de la última década (conf. «García Ibarra» —2015—, «Petro Urrego» —2020—, «Urrutia Laubreaux» —2020—, OC/28-21, entre otros).

Cabe subrayar que, a diferencia de «Mazzeo» y «Rodríguez Pereyra» —en los que la CSJN hace suya la doctrina de «Almonacid Arellano» y «Caso Trabajadores Cesados del Congreso» con relación a la obligación de los *jueces* de ejercer *de oficio* el control de convencionalidad— hasta el presente la Corte federal argentina no ha receptado doctrina de la CorteIDH consagrada a partir de «Gelman» mediante la cual se habilita el control de convencionalidad a todas las autoridades y órganos del Estado y no solo al poder judicial. Sin embargo, la PTN registra asesoramientos en los cuales se sugiere inaplicar normas legales que no guardan congruencia con los instrumentos de protección de derechos humanos con jerarquía constitucional[67]

5.2.9. En cuanto a las consecuencias del control constitucional es dable señalar que la declaración de inconstitucionalidad importa el desconocimiento de los efectos la norma para el caso[68]. Concretamente, la consecuencia del control de constitucionalidad se limita a la *inaplicación de la norma declarada inconstitucional dentro del caso*.

---

65 Gutiérrez Colantuono, Pablo, *Control de convencionalidad en la Administración Pública*, Astrea, Buenos Aires, 2022, p. 144 y ss.

66 Fallos 335:2333, considerandos 11 y 12, *in fine.*

67 Ver: PTN Dictámenes 309:253, de 28.6.2019.

68 Fallos 344:3458 («Chukwudi, Anthoni»,2021); 343:140 («Bernardes», 2020); 335:2333(2012), considerando 14, entre muchos otros.

En tal sentido el alto Tribunal puntualiza que declaración de inconstitucionalidad importa «*el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema*»[69].

Sin embargo, el reconocimiento de nuevos derechos y de lo que se ha denominado legitimaciones atípicas, o extraordinarias permite verificar que los efectos de la sentencia estimatoria de pretensiones relativas a los derechos de incidencia colectiva —acciones colectivas— se expanden «extra partes».

5.2.10. Una mención especial merece la sentencia, relativamente reciente, que dispuso la *reviviscencia* de una ley[70].

Esta aislada y, a la vez, discutible consecuencia que el alto Tribunal federal le asignó al control constitucional —por el cual, le devolvió la vida a una ley derogada por el Congreso—, tropieza de manera insoslayable con dos principios basilares del Estado constitucional vigente en la república: la *separación de poderes* y *el principio democrático.* En efecto. El voto de la mayoría no se limitó a declarar la inconstitucionalidad de una ley (en la especie, la N.º 26.080), y desconocer, para el caso, los efectos de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema (en este supuesto, el Poder Legislativo). El alto Tribunal ordenó, además, restituir la vigencia de una ley derogada por Congreso dieciséis años antes. En tal sentido, no resulta irrazonable sostener que, por conducto de este singular pronunciamiento, el alto Tribunal —extramuros de las potestades que corresponden a su propia función (judicial)— ejerció una competencia constitucional reservada al poder legislativo (conf. artículos 1.º, 75 y 114, Constitución Nacional).

5.2.11. Finalmente, es dable comprobar que, sin desconocer que resulta necesario preservar al Poder judicial de la *sobre judicialización* de los procesos de gobierno[71], en los últimos lustros se produjo una saludable *reducción del elenco de cuestiones políticas no justiciables*[72].

Tercera parte

6. El problema capital del acto administrativo en el derecho administrativo del estado constitucional contemporáneo

6.1.- Llegados a este punto nos preguntamos si las reglas *actuales* de control de constitucionalidad, materializadas en las sentencias dictadas por la CSJN con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, orientan, guían o, de alguna manera, impactan sobre el régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo.

Por cierto, si limitáramos nuestro horizonte de proyección a las diferencias estructurales y funcionales que existen entre el acto administrativo y el control de constitucionalidad, no cabe duda que se debería rechazar toda posible conexión entre ambos institutos. Con prescindencia de las vertientes que influyeron en la construcción de la teoría del acto administrativo, esta primera respuesta —refractaria a toda posible vinculación— sostendría que el acto administrativo y la sentencia que realiza el control de constitucionalidad son sendas paralelas, universos diferentes, que conciernen a funciones estatales distintas; y que, por tal razón, no se cruzan ni guardan relación alguna. El catálogo de contrastes enunciados al comienzo de este trabajo

69 *Idem* nota anterior.

70 Fallos 344:3636 (2021).

71 Fallos 330:3109 (2005); 328:3573 (2005), entre otros.

72 *V.gr*. Fallos 321:3487 («Nobleza Piccardo»; Fallos 345:1269 («Juez, L. s/amparo» de 2022, Fallos 338:284 («Aparicio», de 2015). En este pronunciamiento se examinó la validez del decreto que nombró conjueces de la CSJN. En su pronunciamiento el alto Tribunal entendió que correspondía declarar la nulidad de la designación de conjueces efectuada por el Poder Ejecutivo Nacional por cuanto el referido acuerdo, si bien tuvo voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, no contó con el voto de los dos tercios de los miembros presentes del Senado de la Nación, como exige el art. 99, inc. 4.º, primer párrafo, de la Constitución Nacional).

brinda fundamento suficiente para desestimar cualquier tipo de interactuación entre el acto administrativo y el control de constitucionalidad.

6.2. Sin embargo, desde otro miraje, la respuesta puede variar de manera sustancial.

En efecto: si aceptamos que la Constitución Nacional, convencionalizada en la reforma de 1994, es norma jurídica suprema, dotada de fuerza normativa[73]; si asumimos que los derechos fundamentales que conforman el bloque de constitucionalidad no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad[74]; si admitimos que el respeto y la protección de los derechos fundamentales inherentes a la dignidad de la persona humana —valor supremo y rector del Estado constitucional y convencional de derecho contemporáneo[75]— es un deber jurídico fundamental que concierne a *todas* las autoridades públicas, cualquiera sea la función que ellas desarrollen[76]; si suscribimos que las decisiones recogidas en la Constitución (convencionalizada) deben tener reflejo en la Administración y el Derecho Administrativo[77]; si reconocemos que las bases del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos son también las bases del derecho administrativo argentino «actual»; si, en definitiva, consideramos que el derecho administrativo en el Estado constitucional contemporáneo vive un proceso de transformación que lo vuelve derecho constitucional y convencional en continuo y concreto desarrollo, bien podemos concluir que las reglas actuales de control de constitucionalidad —consustanciales al Estado constitucional vigente en la república— son variables que orientan, pero, a la vez, vinculan y condicionan, de manera general, el derecho que rige a la función administrativa (derecho administrativo) y, de manera particular, al régimen legal-jurisprudencial del acto y el procedimiento administrativo.

Concretamente: así como la sentencia judicial, y el proceso que la antecede, influyó y se proyectó, con modulaciones, sobre el acto administrativo (*v.gr.*, tal lo ocurrido con la denominada «*cosa juzgada» administrativa*; la fuerza ejecutoria del acto —ejecutoriedad—; la garantía del debido proceso legal), no cabe duda alguna que tanto la declaración de inconstitucionalidad como las reglas jurisprudenciales que gobiernan el control constitucional, están llamadas a orientar, guiar y condicionar, con mudable intensidad, la conformación de los requisitos esenciales del acto administrativo, la configuración de los vicios y sus diferentes grados de importancia, el régimen de nulidades y también los caracteres. Concretamente lo que estamos señalando es que algunas reglas actuales de control constitucional constituyen estándares jurídicos obligatorios de interpretación del Título III de Ley *de facto* 19.549 (LNPA).

Por cierto, aun cuando no es el objeto de este trabajo, tampoco se nos escapa que las causales que determinan la arbitrariedad de la sentencia (como ocurre, *v.gr.*, con el apartamiento inequívoco de la solución normativa; la ausencia de derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas en el expediente; los graves defectos o la absoluta carencia de fundamentación; la prescindencia injustificada de aplicar un precedente de la CSJN en materia federal sin brindar ninguna razón válida para sustentar tal proceder, entre otros) resulta una guía adecuada que contribuye y potencia la configuración de los vicios del acto administrativo. Cabe recordar que, en el ámbito judicial, la doctrina de la arbitrariedad está llamada a resguardar el derecho de defensa y el debido proceso.

---

73 Fallos 344:3011; 342:509, entre otros.

74 Fallos 335:452; 327:3677, considerando 8.°.

75 Fallos 340:1236; 330:1989; 333:405, entre otros.

76 Conf. art. 75 inciso 22, CN.

77 Conf. Maurer, H., «*Derecho Administrativo*», Parte General, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 59. El autor, comienza el capítulo sobre las bases históricas del derecho administrativo con una expresiva y sugerente frase: «*La Administración y el Derecho administrativo se encuentran condicionados por la Constitución de su tiempo*» (p. 59).

6.3. Sin embargo, la proyección dogmática y práctica de las reglas actuales de control de constitucionalidad tendientes a la protección de derechos y garantías fundamentales aún no se refleja en el régimen legal–jurisprudencial del acto administrativo.

Esta constatación empírica agrava el *problema capital* que atraviesa el acto administrativo desde la reforma constitucional hasta nuestros días: **cómo traducir las exigencias axiológicas que imponen los derechos y garantías fundamentales —reconocidos en el bloque de constitucionalidad— en reglas específicas del acto administrativo.**

Explorar, examinar y reconfigurar el acto administrativo desde los criterios rectores que sustentan el control de constitucionalidad —y convencionalidad— es una tarea consustancial a la juridicidad que ingresa desde la Constitución convencionalizada**.**

La tarea de constitucionalización y convencionalización del régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo está demorada, aquietada, casi anclada, por la falta de respuestas idóneas a una cuestión previa y principalísima: la simultánea *coexistencia* —en el mismo ámbito nacional de aplicación— de matrices y modelos diferentes, incluso antagónicos, de derecho administrativo.

7. Los hontanares jurídicos que atraviesan el régimen jurídico del acto administrativo y su consecuencia: la crisis estructural de juridicidad

7.1. Las fuentes que abastecen el régimen jurídico del acto administrativo

Una observación atenta de las fuentes que gobiernan el régimen jurídico del acto administrativo en el ámbito nacional permite verificar que éste, en la actualidad, se sustenta en las *previsiones legales orgánicamente estatuidas* en el Título III de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (*«Ley»* de facto N.º 19.549, de 1972[78]); en la *jurisprudencia* labrada en torno a ellas durante las últimas cinco décadas[79]; en las *disposiciones legales particulares* que, por fuera de la susodicha «*Ley*» de Procedimientos Administrativos, condicionan, en materias específicas, su legitimidad[80]; en los

78 Este cuerpo normativo regula sistemáticamente las parcelas estructurales básicas del acto administrativo: requisitos de legitimidad (artículos 7.º y 8.º) y eficacia (art. 11); caracteres (artículo 12); nulidades (artículos 14 y 15); y modos formales de extinción (artículos 17, 18 y 21).

79 (i) Cabe subrayar que, en algunos casos, los precedentes judiciales *colman lagunas legales* tal como ocurre, *v.gr*., en «Almagro» (Fallos 321:169); o «Rincón de los Artistas» (Fallos: 326:3700), en relación con la traslación de las excepciones a la estabilidad del acto administrativo regular al irregular.
(ii) En otros pronunciamientos judiciales se realizan *interpretaciones mutativas,* ora por adición o sustracción (*v.gr*., «Duperial» —Fallos 301:953—; «Rodríguez Blanco de Serrao» —Fallos 304: 904, cons. 5.º—; y en igual sentido, «Furlotti» -314:322, cons.10).
(iii) A la vez, algunas sentencias remiten a criterios hermenéuticos anteriores a la LNPA, que no resultan enteramente compatibles con las previsiones legales vigentes (*v.gr*. Fallos: 338:212, consid. 7.º—«Kek»—; 327:5356, consid. 3.º —«Pradera del Sol»—; 316:3157, consid. 8.º —entre otros—).
(iv) Algunos fallos alumbran el régimen legal del acto administrativo a través de la aplicación de principios constitucionales y convencionales relativos a la no discriminación (Fallos: 331:1715 —«Mantecón Valdés»—; 329:2986 —«Gottschau»—, entre otros); al procedimiento previo (*v.gr*., Fallos 340:1193, «Mamani»; Fallos 326:3258 —«Comunidad Indígena Hoktek T´oi Pueblo Wichi»—) y al debido proceso legal (Fallos 335:1126 —«Losicer»—; Fallos 336:2184 -«Bonder Aron»-, entre otros).
(v) Cabe subrayar que la *doctrina jurisprudencial* labrada por la CSJN en torno al Título III, de la LNPA, amalgama sentencias dictadas tanto en períodos de quiebre institucional como durante el imperio del Estado de derecho. Sin embargo, no se nos escapa que, reiteradamente el Tribunal sustenta sus sentencias de derecho público en decisiones emitidas en épocas de interrupción del sistema democrático, por jueces nombrados por las autoridades de facto sin cumplir el procedimiento de designación previsto en la Constitución.

80 *V.gr*., artículos 6.º, de la Ley 25.164 —Ley Marco para la Regulación del Empleo Público—; 17, de la Ley 25.188, de Ética Pública; artículos 14 y 15, de la Ley 24.241; art. 9, inciso p, Ley 27328 —PPP—, entre otros.

principios generales del derecho[81/82] que reconoce la Constitución; en las condiciones específicas de

---

81 *El profesor Juan C. Cassagne —en una obra capital para el derecho administrativo contemporáneo, Los grandes principios del derecho público—* subraya que el ordenamiento jurídico se compone de normas y principios. La norma, explica el autor, se caracteriza por contener una estructura tripartita: descripción del supuesto de hecho; el mandato (o cópula que expresa el deber ser) y la consecuencia jurídica. Puntualiza que en el derecho administrativo es posible atribuir a la Administración poder discrecional con respecto a los tres elementos que componen la estructura de la norma, salvo sanciones de naturaleza penal o actos de gravamen en general. Los principios, en cambio, aparecen con un margen de indeterminación y abstracción que los lleva requerir siempre un acto posterior que los precise en una formulación más detallada. Los principios carecen de supuestos de hecho, deben ser cubiertos en principio por los legisladores o jueces. El autor citado señala que los principios generales del Derecho prevalecen sobre las normas, cualquiera fuera la fuente social de su creación, es decir con independencia de su positivización. Ello da lugar a la tendencia conocida como principialismo iusnaturalista (Cassagne, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público (Constitucional y Administrativo)*, segunda edición actualizada, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2021, pp. 69/81).
En la filosofía del derecho, un sector considera que las *«reglas»* y los *«principios»* son especies de *«normas»*. Así, para Robert Alexy las reglas y los principios son normas porque «ambos dicen lo que debe ser». Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas de mandato, la permisión y la prohibición. La distinción entre reglas y principios es, para Alexy, «una distinción entre dos tipos de normas». (Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p.83). El profesor alemán asevera que las reglas son normas que obligan, prohíben o permiten algo en forma definitiva. Son «mandatos definitivos». Subraya que «las reglas son entonces *normas* que sólo pueden ser cumplidas o no». En cambio, los principios «son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas. Por tanto, los principios son mandatos de optimización». El concepto de *mandato,* aclara Alexy, debe interpretado en sentido amplio puesto que abarca permisiones y prohibiciones. En tanto tales, los susodichos mandatos de optimización «pueden cumplirse en diferentes grados» toda vez que la medida debida de su cumplimiento «no solo depende de las posibilidades fácticas sino también de las jurídicas». El ámbito de posibilidades jurídicas está determinado por los principios y las reglas opuestos (Alexy, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, 1.º ed., 1.º reimpresión, Buenos Aires, 2012, pp. 20/21; *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 86 y nota 23).
En una misma línea, M. Borowsky señala que los principios contienen un deber *prima facie*, las reglas un deber definitivo. La forma de aplicación de los principios es la ponderación, mientras que bajo las reglas sólo se subsume: los conflictos entre principios se deciden en la dimensión del peso, los conflictos entre reglas en la dimensión de la validez. Este autor enfatiza que las reglas son determinaciones en el campo de lo fáctica y jurídicamente posible. En cambio, los principios representan un objeto de optimización que puede ser realizado en un grado máximo según las posibilidades fácticas y jurídicas. Son gradualmente realizables (Borowski, Martin *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. C. Bernal Pulido, Bogotá, 2003, pp. 48/49).
Según Jan-R. Sieckmann los principios deben ser entendidos como *razones para las ponderaciones*. Enfatiza que ellos son *argumentos normativos* que tienen la estructura de mandatos reiterativos de validez. A la vez, las reglas son el significado de enunciados normativos que expresan los resultados de una argumentación. Puntualiza que una colisión entre principios se diferencia de una contradicción entre proposiciones. Los principios que colisionan valen a pesar de la colisión. En cambio, las proposiciones que se contradicen no pueden valer a la vez. Los principios, enfatiza este autor, tienen propiedades lógicas de argumentos normativos. Su estructura y forma de validez están caracterizadas con el concepto de deber ideal (Sieckmann, Jan-R., *El modelo de los principios del derecho,* pp. 13 a 15, y 81 a 83*).* El mismo Sieckmann, desde una posición crítica, destaca que Alexy, en contribuciones posteriores, define a los principios como «normas que deben ser optimizadas» (Sieckmann, Jan-R, *op. cit*., p. 82/83*).*
El profesor italiano R. Guastini considera que los principios y las reglas son «clases» de normas que exhiben diferente estructura o contenido y función (Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar,* 1.º ed. Lima-Perú, 2018, p.243). Con sustento en la doctrina contemporánea, este autor señala que los principios presentan dos características: s*on normas fundamentales*, en tanto brindan fundamento axiológico a otras normas del sistema; y, a la vez, *son normas estructuralmente indeterminadas*: son normas genéricas que exigen su concretización, actuación o ejecución, a diferencia de las reglas que es inmediatamente susceptible de aplicación a casos concretos (Guastini, Riccardo, *Lecciones de teoría del derecho y del estado*, 1.º ed.. Zela, Perú, 2019, traducción de la obra italiana Lezioni di teoría del diritto e dellostato, Turin, 2006, pp.260/263).
También Gustavo Zagrebelsky postula que la noción genérica de «norma» comprende a las reglas y a los principios. Puntualiza que es importante diferenciar unos de otros. Señala que las normas legislativas son prevalentemente reglas; las constitucionales, en cambio, son prevalentemente principios. Sin embargo, inmediatamente afirma que las Constituciones, además de principios, también contienen reglas. Enfatiza que el «derecho por reglas» del Estado de derecho decimonónico es bien distinto del «derecho por principios» del Estado constitucional contemporáneo (Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, sexta edición, ed. Trotta, Madrid, 2005, pp. 109 y siguientes).
En la misma línea, P. Comanducci sostiene que principios y reglas de conducta son clases diferentes de normas (Comanducci, Paolo, «Principios jurídicos e indeterminación del derecho», *Rev. Doxa* N.º 21, pp.89 y ss.).
Desde otra atalaya R. Vigo sostiene, en cambio, que el género reglas jurídicas está compuesto por los principios —fuertes y débiles— y las normas (ver: Vigo, Rodolfo L., *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, 1.º ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p.134).

82 En los últimos lustros el alto Tribunal acudió al principio de confianza legítima para amparar situaciones

validez establecidas por algunas sentencias estimatorias de pretensiones declarativas de inconstitucionalidad dictadas por la CSJN[83]; en la jurisprudencia de la CorteIDH, como intérprete último de la CADH[84]; en la doctrina administrativa labrada por la Procuración del Tesoro de la Nación, de observancia obligatoria para los servicios jurídicos que integran el Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado[85]; en las elaboraciones de la doctrina científica cuyas posiciones adquieren carácter pre-jurisprudencial.

7.2. La coexistencia de matrices y modelos y su consecuencia: la crisis estructural de juridicidad

Una observación atenta de los hontanares que sustentan el acto administrativo permite comprobar que este es el producto de la **coexistencia** de modelos de derecho administrativo que responden a opciones valorativas diferentes.

Así, en relación con un mismo objeto de estudio —el acto administrativo— **cohabitan**, con variable intensidad, tres modelos básicos de derecho administrativo que, a la vez, entroncan y guardan relación con matrices constitucionales distintas, incluso antagónicas.

Así, por un lado, el acto administrativo está sometido al esquema de ordenación elaborado normativa, jurisprudencial y doctrinalmente bajo la impronta imperante en los períodos de quiebre institucional (en relación con el régimen legal jurisprudencial del acto administrativo, este es el modelo predominante). A la vez, algunas partes del susodicho esquema de ordenación se encuentran sujetas al régimen administrativo labrado en y desde las perspectivas del Estado formal y democrático de derecho. Finalmente, aunque en menor medida, algunos segmentos de las parcelas que vertebran el acto administrativo están regidas por principios del derecho administrativo que resultan consustanciales al Estado constitucional y convencional vigente en la república desde la reforma constitucional de 1994.

Por cierto, no se nos escapa que la situación descrita —coexistencia de modelos de derecho administrativo en donde prevalece el esquema de ordenación establecido extramuros de los principios del Estado constitucional — acarrea una incontestable ***crisis estructural de juridicidad.*** Ello es así por cuanto, bajo el imperio de la Constitución Nacional convencionalizada en 1994, el régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo se mantiene gobernado, *de manera predominante,* por fuentes normativas y doctrina jurisprudencial y administrativa labradas *por fuera de las dimensiones formal y sustancial del sistema democrático*.

Adviértase que nos referimos a la simultaneidad o coexistencia de hontanares que responden a opciones valorativas diferentes; no hablamos de sucesión o evolución de modelos de derecho

jurídicas activas por existir, en el caso, «*legítimas expectativas*» merecedoras de protección (Fallos 333:311 —«Ramos»— y 327:5356 —«Kek», 2015—).

83 Tal lo sucedido en «Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ EN —Ley 26.080— Dto. 816/99 y otros s/ Proceso de conocimiento» (Fallos 344:3636, de 16 de diciembre de 2021). En este pronunciamiento el alto Tribunal dispuso que el Congreso debía dictar una nueva ley que organice el Consejo de la Magistratura de la Nación en un plazo de 120 días. Transcurrido ese plazo días sin que se haya cumplido con la integración establecida en la sentencia «*los actos dictados por el Consejo de la Magistratura serán nulos*». De este modo, por vía jurisprudencial se consagró una causal particular de nulidad.

84 La CSJN ha sostenido que «la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...que importa "una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos"» (Fallos 330:3248 —«Mazzeo», cons. 20—; Fallos: 335:2333 («Rodríguez Pereyra», cons. 11).

85 Tal es lo que sucede con la pluralidad de criterios o modos que utiliza el Órgano Asesor para evaluar si el interesado tuvo conocimiento del vicio que afecta al acto administrativo estable —artículos 17, segunda parte y 18, párrafo segundo, LNPA—. En el mismo sentido el organismo asesor abastece de variados criterios a la hora de discernir las condiciones de suspensión de los efectos de actos administrativos estables, *v.gr*., Dictámenes 259:011, 307:167, entre otros)

administrativo sino de *coetánea convivencia o cohabitación* de modelos que se sustentan en matrices que responden opciones valorativas distintas.

8. Las matrices y modelos de derecho administrativo argentino de los últimos cincuenta años. Breve noticia

(i) *El derecho administrativo edificado extramuros de las dimensiones formal y sustancial del sistema democrático*

La ley de procedimientos administrativos —Decreto Ley N.° 19549/72— y una parte relevante de la doctrina jurisprudencial que gobierna el régimen jurídico del acto administrativo fue elaborada en tiempos de quiebre institucional (basta solo recordar fallos emblemáticos como «Rodríguez Blanco de Serrao»[86], «Duperial»[87], «Universidad Bartolomé Mitre»[88], entre otros). En este período no existía supremacía de la Constitución; tampoco separación de poderes. La ley, a la que se debe someter la Administración, no era el producto de la voluntad de los gobernados. No había periodicidad en el ejercicio de los cargos públicos. Los jueces —que eran tales a condición de que convalidaran el acto de fuerza que interrumpió el sistema democrático— accedían a la magistratura sin cumplir el procedimiento previo que consagra la Constitución. En esta etapa no se protegieron, ni respetaron los derechos humanos, como quedó demostrado en numerosos pronunciamientos del nuestro alto Tribunal.

En puridad, durante el período de quiebre o interrupción institucional no cabe considerar que hubiese existido, técnicamente, derecho administrativo. Sin Estado de derecho, no existe —ni puede existir— derecho administrativo.

En prieta síntesis podemos verificar que el rasgo característico de este modelo de derecho administrativo reposa en la *hipertrofia de la potestad,* justificada en el siempre rendidor argumento de la necesidad de satisfacer los intereses públicos.

En relación con el acto administrativo la hipertrofia de la potestad administrativa se manifiesta en la escasa precisión legal en cuanto a la configuración de los requisitos esenciales del acto; la falta de criterio sistemático para establecer con mayor exactitud los vicios (entendidos como el efecto de la *transgresión* —manifiesta o no— de los requisitos de legitimidad que condicionan la emisión del acto); la ausencia de estándares objetivos claros que permitan determinar puntualmente y con mayor rigor la magnitud o grado de antijuridicidad (esta situación impacta directamente en la calificación de acto regular o irregular); el también amplísimo margen de apreciación conferido a la autoridad administrativa para discernir si existe o no conocimiento del vicio, tornando de este modo incierto y difuso el área de estabilidad del acto; la ausencia de especificidad en cuanto a la regulación de la fuerza ejecutoria del acto administrativo; la ausencia de un régimen jurídico diferenciado de vicios y nulidades que reflejen la distinta la naturaleza de los derechos en juego (fundamentales y no fundamentales, disponibles y no disponibles; etc.); la carencia de un elenco de medidas provisionales urgentes que resulten compatibles con el bloque de legitimidad vigente después de la reforma constitucional (*v.gr*. no está previstas medidas urgentes de naturaleza positiva); la incompleta regulación de la suspensión de los efectos del acto administrativo; etc.

(ii) *El derecho administrativo en el Estado formal y democrático de derecho y sus debilidades*

El segundo modelo se manifiesta a través del derecho administrativo edificado bajo la matriz del Estado formal y democrático de derecho.

Este modelo de derecho administrativo se preocupa, de manera primordial, por el «*quién*» y el «*cómo*», esto es, la competencia y las formas[89]. Es un modelo básicamente formal. Se afinca en la

86 Fallos 304: 904.

87 Fallos 301:953.

88 Fallos 273:134.

89 En el esquema de ordenación del acto administrativo en el ámbito nacional (Título III de la LNPA), la locución *forma* es polisémica. Exhibe una pluralidad de significados. Desde un miraje restrictivo, la *forma* está asociada a los recaudos que el del acto administrativo debe cumplir en el momento de su exteriorización.

idea de equilibrio entre las prerrogativas (sustanciales y procesales); y las garantías (sustanciales y adjetivas). Sin embargo, este modelo, con evidente dogmatismo, no expresa qué se entiende por equilibrio ni cuáles las bases que lo sustentan. Bajo la impronta de este modelo, el interés general —o interés público—, en tanto finalidad inmediata de la función administrativa, reposa en una idea básicamente formal preocupada, de manera particular, en el respeto por las formas.

El derecho administrativo en el Estado formal y democrático de derecho presenta tres importantes debilidades.

En primer lugar, advertimos que, bajo este modelo, algunas parcelas del derecho administrativo —entre ellas la que atañe al acto administrativo— se presentan como una prórroga congenial de las construcciones normativas, jurisprudenciales y doctrinales cimentadas en períodos de quiebre o discontinuidad institucional, extramuros de los principios basilares del Estado de derecho.

En esta etapa el esquema de ordenación del acto administrativo labrado bajo la impronta autoritaria de los regímenes de facto *reingresa* en el derecho administrativo del Estado de derecho, adquiriendo, de manera solapada, *purificación* jurídica a través de sentencias y dictámenes de los órganos de asesoramiento jurídicos, validados luego por posiciones laudatorias.

En segundo lugar, en este modelo es dable observar que algunos esquemas legales, reglamentarios y jurisprudenciales de ordenación administrativa sustentados en la matriz del Estado formal de derecho están atravesados o cooptados por intereses sectoriales[90].

La tercera fragilidad que padece el derecho administrativo que responde a los principios basilares del Estado formal y democrático de derecho reside en la *neutralidad* de sus construcciones frente a la *naturaleza de los derechos* que pone en juego en cada relación «jus» administrativa. Este modelo de derecho administrativo no distingue adecuadamente entre derechos fundamentales y derechos no fundamentales; tampoco discierne los derechos disponibles de los indisponibles. Tal neutralidad va acompañada por un pronunciado sesgo de *indiferencia* hacia las necesidades que los derechos fundamentales e indisponibles están llamados a satisfacer en cada caso.

A las flaquezas y vacilaciones que presenta esta matriz, el derecho administrativo del Estado constitucional social y democrático de derecho propone respuestas plausibles, sustentadas en la fuerza normativa de la Constitución vigente.

(iii) *El derecho administrativo en el Estado constitucional y convencional de derecho*

El tercer modelo de derecho administrativo responde a los valores, principios y reglas que sustentan el Estado constitucional vigente en la república desde la reforma constitucional realizada hace casi treinta años.

Desde esta perspectiva la forma se vincula con el medio a través del cual se expresa la declaración. Desde esta variable la locución forma alude al modo de declaración de una voluntad ya formada, al cauce de exteriorización del acto. Una perspectiva amplia entiende, en cambio, que la forma no se agota en los recaudos relativos al modo de expresión de la declaración; comprende, además, al conjunto de formalidades y trámites que preceden al acto, esto es, el proceso de formación o elaboración —procedimiento de formación—, su fundamentación y publicidad. Así entendida la forma incluye los requisitos relativos al modo de expresión de la declaración como también a los recaudos precedentes de elaboración y formación —procedimiento administrativo—, la explicitación de sus fundamentos —motivación—, a lo cual se le agrega los aspectos tendentes a la publicidad —notificación—. En el texto utilizamos la locución forma en sentido amplio, comprensivo del procedimiento y la motivación.

90 Una evidente manifestación de esta situación la exhibe el art. 9, inciso p, de la Ley N.° 27.328, reguladora de los contratos de Participación Público Privada mediante el cual, se suprimió el ejercicio de la potestad suspensiva y anulatoria de la Administración y se dispuso la inaplicación directa, supletoria y analógica de los regímenes de responsabilidad establecidos en la Ley N.° 26944 y el Decreto delegado N.° 1023/01. En esta misma línea se inscriben las posiciones que, extramuros del art. 1.°, segunda parte, de la CADH y de la OC/22, propician la íntegra traslación del esquema de protección de los derechos humanos —consagrado por el «corpus iuris» interamericano de derechos humanos— a las personas jurídicas; o aquellos otros criterios doctrinales que, a contramano de la voluntad general, propician la aplicación directa del Código Civil y Comercial a la responsabilidad patrimonial del Estado, con la consecuente prescindencia del esquema sistemático de ordenación específicamente establecido por el Congreso (artículos 1764 a 1766 del CCC y Ley N.° 26.944, de responsabilidad del Estado).

Este modelo está directamente adscrito a la Constitución convencionalizada en 1994. Ofrece respuestas plausibles, que permiten superar las fragilidades que exhibe derecho administrativo del Estado formal y democrático de derecho. A la vez suelta las amarras que atan una parte del derecho administrativo a la impronta autoritaria[91] edificada a la sombra del poder desplegado durante períodos de discontinuidad institucional.

En el Estado constitucional y convencional social de derecho, el derecho administrativo adviene como un esquema sistemático de ordenación que *armoniza* las potestades y garantías con los derechos fundamentales de la persona humana según el esquema de ordenación consagrado en la Constitución Nacional, convencionalizada en 1994.

Este modelo asume, sin ambigüedades, que *el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos son las bases formales y materiales que sustentan el derecho administrativo argentino actual***.**

Con arreglo a esta impronta, el derecho administrativo adquiere la condición de *derecho constitucional y convencional en concreta y continua transformación y realización*.

De manera bien distinta al modelo autoritario labrado extramuros del Estado de derecho, el derecho administrativo en el Estado constitucional y convencional social de derecho es consecuente con la *supremacía y la fuerza normativa de la Constitución Nacional convencionalizada* en 1994.

En este marco, como lo ha subrayado la Corte federal, los derechos fundamentales no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad.

En el Estado constitucional social de derecho el *principio de legitimidad* —al que está subordinada y sometida la función administrativa— se abastece de una multiplicidad de hontanares: la Constitución Nacional; los principios pre estatales que ella reconoce y despliega; los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22, CN); los tratados; las leyes; los reglamentos, sin olvidar, claro está, la imprescindible guía que brindan las interpretaciones de la CADH por parte de la CorteIDH.

En el Estado constitucional contemporáneo —también denominado Estado de los derechos fundamentales— los fines de interés general que la Administración está llamada a servir con objetividad y calidad se anudan con el principio *jurídico* fundamental de dignidad humana.

En este sentido todas las autoridades públicas, cualquiera sea el tipo de función que desarrollen, están llamadas a asegurar las *justas exigencias del bien común en una sociedad democrática*. Ello significa que todas ellas, en el marco de sus respectivas funciones, tienen el *compromiso jurídico fundamental* de respetar y garantizar los derechos fundamentales inherentes a la *dignidad esencial de la persona humana*.

En este marco no tenemos dudas en sostener que la d*ignidad de la persona humana, los derechos humanos* y e*l principio pro persona* componen la ***tríada basal material*** que gobierna el derecho administrativo en el Estado constitucional social de derecho.

La *tríada basal material* del Estado constitucional contemporáneo —junto a uno de sus corolarios—, *el principio de interdicción de la insensibilidad* frente a toda intervención u omisión indebida que lesione los derechos fundamentales de la persona humana —inaugura *vínculos «jurídicos» obligatorios*— que conforman y refuerzan la juridicidad a la que está sometida la Administración. El principio de *interdicción de la insensibilidad* anuda a las necesidades vitales de los sectores más desprotegidos de la comunidad con el deber de elaborar y concretizar formal y materialmente *medidas de acción positiva* que aseguren, con inmediatez, el pleno goce y ejercicio de los dere-

91 En España, Parejo Alfonso señala que, en contraste con el *Estado administrativo* - en el que el derecho administrativo potenció a la Administración dotándola de numerosos privilegios dando por resultado un derecho administrativo *autoritario* sin límites de derecho natural ni constitucional, carente de verdaderos derechos y facilitador de solo una limitada tutela mediante el contencioso administrativo protector de la legalidad administrativa-, el *Estado constitucional* aparece construido sobre la posición central de los ciudadanos y, por tanto, los derechos de las personas y la tutela judicial plena, sin perjuicio de la revalorización del derecho objetivo y el interés general en virtud de las exigencias del postulado de Estado social (Parejo Alfonso, Luciano, «Endogenias y exogenias en la formación del derecho administrativo en España», *RDA* 151, enero-febrero 2024, pp. 5/6).

chos sociales reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Al respecto cabe recordar que la CorteIDH considera que el derecho a la igualdad y no discriminación abarca una concepción negativa, relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una concepción positiva, relacionada con la obligación de los Estados de *crear condiciones de igualdad real* frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados[92].

La *vocación de efectividad de los vínculos jurídicos fundamentales* —incardinados en el esquema sistemático de ordenación de los derechos humanos establecido en el art. 75, inciso 22 y 23, de la Constitución Nacional— hace nacer nuevos puntos de articulación, conciliación y armonía entre las potestades de la Administración y las garantías de los particulares.

Ciertamente, estos nacientes puntos de equilibrio y armonización —sustentados, insisto, en la susodicha tríada basal material— también son *puntos de ruptura* con el derecho administrativo labrado extramuros de los principios basilares del Estado de derecho.

La aludida tríada basal material que emerge del art. 75, incisos 22 y 23, de la Constitución Nacional, al tiempo que renueva la savia que recorre a la función administrativa —me refiero al interés general— inmuniza el derecho administrativo frente a los embates del derecho administrativo abiertamente adscrito al ideario autoritario y a los intereses sectoriales afectantes del bien común.

En definitiva: con sustento en la matriz del Estado constitucional social y democrático de derecho, el derecho administrativo anuda un vigoroso compromiso con la *supremacía de la Constitución convencionalizada* y su *fuerza normativa*; con el principio pre estatal de *dignidad esencial de la persona humana*; con los *derechos fundamentales* que le son inherentes; con las diferentes dimensiones del *principio «pro persona»*, como criterio basilar de interpretación de los hechos y del derecho; con la vocación de *efectividad de los derechos fundamentales* reconocidos por el bloque de constitucionalidad; con el «*corpus iuris» interamericano de los derechos humanos*; con los principios generales del derecho; con el *principio democrático* (art. 36 de la CN), tanto en su dimensión formal como sustancial; con los principios que gobiernan el estatuto del poder, la *separación de poderes* y *el control recíproco*, como garantía de libertad; con las *reglas actuales de control judicial de constitucionalidad y convencionalidad*; con el *control administrativo de convencionalidad*, según el criterio establecido por la CorteIDH[93]; con el desarrollo de herramientas técnicas —como el acto administrativo— que faciliten la concreta la *armonización de las potestades públicas con los derechos fundamentales*; con su corolario, el principio formal-material de *justa administración.*

(iv) consiguientemente, **l**a necesidad de superar la **crisis estructural de juridicidad** —que, en relación con el acto administrativo, acarrea la prevalencia de hontanares jurídicos que no guardan congruencia formal y material con los principios, valores y reglas del Estado constitucional vigente en la república a partir de la reforma constitucional de 1994—, requiere **seleccionar la o las técnicas adecuadas que permitan traducir a las exigencias axiológicas que imponen los derechos fundamentales reconocidos en el bloque de constitucionalidad en reglas del acto y el procedimiento administrativo.**

Cuarta parte

9. Las reglas actuales de control de constitucionalidad y su proyección sobre el régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo

Como señalamos, algunas reglas o criterios rectores de control constitucional *orientan y guían* la interpretación del régimen jurídico del acto administrativo. Otras, en cambio, lo *condicionan*.

92 CorteIDH, «Caso Furlan y Familiares vs. Argentina», párr. 267, de 31.8.2012.

93 «Gelman» —2011 y 2013—, «García Ibarra» —2015—, «Petro Urrego» —2020—, «Urrutia Laubreaux**»** —2020—, OC/28-21, entre otros.

(i) Del catálogo de reglas actuales que gobiernan el control de constitucionalidad, advertimos que, el primer impacto, lo produce la declaración de inconstitucionalidad y su consecuencia directa, *el desconocimiento de los efectos de la norma para el caso*[94]. De consiguiente, como resultado que encuentra su causa idónea en el susodicho desconocimiento, la norma declarada inconstitucional deviene inaplicable como antecedente de derecho («causa», art. 7 inciso b y 14 inciso b, LNPA) entre las partes del proceso.

Por cierto, esta situación no está exenta de perplejidades.

En tal sentido cabe que nos preguntemos si el desconocimiento de los efectos de una norma declarada inconstitucional por la CSJN en el marco de un proceso en el que se debaten derechos individuales y propios —esto es, derechos divisibles y no homogéneos— se extiende —o no— a situaciones que, por fuera del caso, resultan *sustancialmente semejantes* (por exhibir plataforma jurídica y fáctica similares). La jurisprudencia y la doctrina administrativa y autoral exhiben posiciones que distan de ser pacíficas. Esta será la primera cuestión que habremos de tratar.

(ii) La segunda regla actual de control constitucional que, a nuestro juicio, se proyecta directamente sobre el régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo es aquella que distingue ente *normas con presunción de constitucionalidad*, por un lado, y *normas portadoras de presunción de inconstitucionalidad*, por otro. Al respecto, algún precedente del alto Tribunal alude a *presunción de invalidez*[95] (aunque por nuestra parte consideramos apropiado hablar de *presunción de ilegitimidad o antijuridicidad,* entendida como la suposición *«ab initio»,* de que la norma no guarda concordancia con el bloque de legitimidad o juridicidad que condiciona emisión del acto). Ciertamente, dentro del sintagma presunción de ilegitimidad quedan comprendidas tanto la *presunción de inconstitucionalidad* y como la *presunción de inconvencionalidad*.

La irrupción de la jurisprudencia que distingue entre normas con presunción de constitucionalidad (presunción de validez o legitimidad) y normas con presunción de inconstitucionalidad (presunción de invalidez o ilegitimidad), se proyecta primordialmente sobre la *«causa»*[96] del acto administrativo, entendida como antecedente de derecho, lo cual habrá de reflejarse en el *«objeto»*. A la vez, esa distinción, acarrea consecuencias en torno al alcance de la *competencia* y el *procedimiento previo* de elaboración. La susodicha distinción también se proyecta sobre los vicios, el régimen de las nulidades y los caracteres del acto administrativo.

(iii) La tercera regla que repercute sobre el esquema de ordenación del acto administrativo atañe a la facultad de los tribunales judiciales de realizar *de oficio* el control de constitucionalidad (y de convencionalidad). La proyección de este criterio opera sobre las características y consecuencias de los actos irregulares. (recuérdese que según la doctrina de «Ganadera Los Lagos» el art. 1047 CC era inaplicable al derecho administrativo y, por tanto, el acto administrativo nulo —en puridad, *irregular*— no era susceptible de ser revisado y declarado nulo de oficio por el juez).

Veremos a continuación cómo algunas reglas actuales de control constitucional se proyectan sobre algunas de las parcelas que vertebran el régimen jurídico del acto administrativo.

10. Inconstitucionalidad, presunción de inconstitucionalidad (e inconvencionalidad) y acto administrativo: cuestiones a considerar

10.1. El sometimiento de la Administración al bloque de legitimidad es el punto axial del derecho administrativo en el Estado constitucional y convencional de derecho.

---

94 Fallos 335:2333 (considerando 14.º, 2012)

95 Fallos 340:1795 («Castillo, Carina Viviana y otros c. Provincia de Salta», considerando 19, voto de la mayoría, de 12.12.2017).

96 El prof, Juan C. Cassagne (*El acto administrativo*, 4.º edición actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2021, pp. 221/223) señala que, en el orden nacional, la causa consiste en las circunstancias o serie de antecedentes o razones de hecho y de derecho que justifican el dictado del acto administrativo. Subraya a la vez que la teoría de la causa en su formulación objetiva nada tiene de común con las distintas teorías elaboradas en el derecho privado. En el derecho administrativo lo que interesa, a los efectos de mantener la juridicidad del acto es la razón objetiva que justifica su emisión, aunque en el fondo constituya también una respuesta al porqué de su dictado. Este autor destaca que los distintos sentidos atribuidos en el derecho privado a la palabra causa, carecen de aplicación en el derecho administrativo (*Derecho administrativo*, t. II, 12.ª ed., p. 160).

Ahora bien, el deber de sujeción de la Administración a las disposiciones normativas vigentes (leyes o reglamentos, esto es, *reglas*[97]), coloca a la Administración frente a:

- Previsiones normativas con presunción de constitucionalidad;
- Previsiones normativas vigentes que, *en relación con el caso*, resultan carentes de presunción de constitucionalidad por cuanto fueron declaradas, *in concreto*, inconstitucionales por la Corte federal en un proceso individual;
- Previsiones normativas vigentes, portadoras de presunción de constitucionalidad, a las que la Administración considera o *juzga* inconstitucionales (conf. PTN, Dictámenes 84:102, 309:253, entre otros);
- Previsiones normativas vigentes portadoras de *presunción de inconstitucionalidad* (nos apresuramos a señalar que, además la inversión del «onus probandi», estas normas podrán ser declaradas inconstitucionales —o inconvencionales—, aunque, si se acredita la concurrencia de los rigurosos requisitos jurisprudenciales, también podrían no serlo).

Naturalmente, la enumeración precedente no agota el elenco de los problemas a los que se enfrenta la Administración al momento de someterse al bloque de legitimidad.

10.2. En el primer supuesto (previsiones normativas con presunción de constitucionalidad) el principio de legitimidad o juridicidad le impone a la Administración someter *toda* la actividad administrativa a la *totalidad* del bloque de legitimidad dotado de presunción de constitucionalidad. Concretamente, la posición que debe asumir la Administración en este supuesto es la *observancia total de la norma*. Sin embargo, por vía de *interpretación*, la Administración debe *adecuar* la aplicación de esas normas a los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y a los principios generales del derecho. En tal sentido el art. 2.º del CCC, norma general para todas las ramas del derecho, establece que «la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta (...) las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos».

10.3. Las perplejidades se presentan, en cambio, en torno a los otros tres escenarios, a saber:

- Norma *declarada* inconstitucional por la Corte federal en un proceso individual. Los efectos de ese pronunciamiento ¿se extienden a otras situaciones?
- Norma vigente, dotada de presunción de constitucionalidad a la cual, la Administración *juzga* inconstitucional. ¿Puede la Administración inaplicar una norma legal por considerarla inconstitucional, como ha dicho la PTN en Dictámenes 84:109 o 309:253 de 2019?;
- Previsión normativa vigente, *portadora de presunción de inconstitucionalidad o inconvencionalidad*, que aún no ha sido declarada ilegítima por la CSJN, ni por ningún otro tribunal.

Sobre estas cuestiones nos extenderemos seguidamente.

11. La posición de la Administración frente a la ley inconstitucional

Introducción. Aclaración

Cabe, de antemano formular una aclaración en torno al alcance que se le asigna al tema del epígrafe.

Para la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), la expresión *ley inconstitucional* es un sintagma polisémico.

97 Cabe recordar que las reglas y los principios son normas en tanto y en cuanto ambos establecen lo que debe ser. En tal sentido Alexy subraya que las reglas son normas que obligan, prohíben o permiten algo en forma definitiva. Son «mandatos definitivos». Subraya que «las reglas son entonces *normas* que sólo pueden ser cumplidas o no». En cambio, los principios «son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas. Por tanto, los principios son mandatos de optimización» (Alexy, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, *op.cit.,* p. 20; *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 86 y nota 23).

Así, por un lado, el órgano asesor denomina *inconstitucional* a la norma que fue formalmente declarada inconstitucional por el Poder judicial dentro de una causa o caso contencioso.

Sin embargo, algunos asesoramientos del organismo también emplean esa misma expresión (*ley inconstitucional*) para referirse a la norma que la propia Administración considera o *juzga* contraria a la Constitucional (*v.gr*. Dictámenes 84:102), aun sin que exista declaración judicial al respecto.

De consiguiente, con arreglo a la particular apreciación de la PTN, en este apartado trataremos la posición de la Administración frente a una norma inconstitucional, ora porque así fue declarada en un proceso judicial, ora, porque la Administración así lo juzga o considera.

11.1. La doctrina de la PTN

La evolución de la doctrina administrativa de la Procuración del Tesoro sobre la posición de la Administración con relación a la ley inconstitucional exhibe diferentes momentos.

(1) Con anterioridad a Dictámenes 84:102, la doctrina de la PTN predicaba la inexcusable obligación del Poder Ejecutivo de cumplir y ejecutar la ley[98].

La Procuración del Tesoro sostenía entonces que, el Poder Ejecutivo está obligado a ejecutar y cumplir las leyes (conforme artículos 1.º, 31 y 86.2 CN). No puede derogar las leyes ni declarar su inconstitucionalidad. Sin embargo, sostuvo que está facultado de examinar la validez de las normas legales frente a la Constitución por cuanto si las leyes del Congreso son obligatorias y tienen un extendido ámbito de validez, las normas de la Constitución son de superior jerarquía y su ámbito de validez es el ámbito de validez del derecho argentino en su totalidad. El organismo asesor enfatizaba que el acatamiento de la Constitución «es obligatorio para los súbditos y todos los órganos del Estado (arts. 1.º, 30, 31, 86 inc. 10 y correlativos, CN)»[99].

En esa dirección la PTN señalaba que el Poder Ejecutivo, frente a una ley que considera inconstitucional, puede adoptar cualquiera de las siguientes actitudes: *ejercer el derecho de veto; plantear su inconstitucionalidad ante el Poder Judicial* o *proponer su derogación ante el Congreso de la Nación*. Todo ello «sin perjuicio de la inexcusable obligación del Poder Ejecutivo de cumplir y ejecutar la ley mientras se realizan esos procedimientos (arts. 1.º y 31, CN).

(2) La doctrina precedente sufre decisivas alteraciones en el célebre asesoramiento producido en Dictámenes 84:102[100], de 1963.

---

98 Dictámenes 72:137.

99 Dictámenes 72:137.

100 En Dictámenes 84:102 la PTN propició la inaplicación de una previsión legal (art. 136 de la Ley de Contabilidad) que limitaba la facultad de la Administración de crear entidades autárquicas. Concretamente, en ese asesoramiento se planteaba la siguiente cuestión: si el Poder Ejecutivo estaba facultado para para crear por decreto una entidad autárquica —en la especie Mercado de Hacienda que habría de pasar a ser empresa del Estado—. Según se desprende del dictamen, el proyecto de decreto sometido a consulta de la PTN se sustentaba en el art. 7.º de la Ley N.º 13653. Esta norma, sin embargo, había quedado derogada por el entonces vigente art. 136, segunda parte, de la Ley de Contabilidad. Por ende, con arreglo a la norma legal vigente (art. 136 de la Ley de Contabilidad), el PE no estaba autorizado para crear empresas del Estado. A tal fin, solo una ley podría habilitar esa posibilidad. La Procuración del Tesoro entendió que se debe distinguir entre declaración de inconstitucionalidad y abstención de aplicar una norma considerada inconstitucional. Sostuvo que, así como el Poder Ejecutivo no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, por corresponderle esto al Poder Judicial, si puede, en cambio, abstenerse de aplicar una ley que considere inconstitucional. Es evidente, dijo el organismo asesor con firma del entonces Procurador Dr. Marienhoff, que el *Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no ejecutar una ley que juzgue inconstitucional*, pues, si así no lo hiciere, transgrediría el orden jerárquico normativo establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional. En lo que hace al fondo de la cuestión el dictamen considera que la facultad de crear entidades autárquicas, en principio, compete al Poder Ejecutivo y sólo por excepción al Poder Legislativo. Por ende, según enfatiza el dictamen, el art. 136 de la Ley de contabilidad «es inconstitucional» (aclaramos que no surge del dictamen que hubiera sentencia de la CSJN, ni de un tribunal anterior que declarase la inconstitucionalidad del art. 136 de la Ley de Contabilidad). Extramuros de lo establecido por el art. 136 de la entonces Ley de contabilidad, el dictamen concluye, que el Poder Ejecutivo tiene facultades para crear entidades autárquicas «a pesar de lo dispuesto por el art. 136 de la Ley de Contabi-

Allí, la Procuración del Tesoro, bajo la inspiración de M. Marienhoff —que era entonces su titular—, consideró que se debía distinguir a la «declaración de inconstitucionalidad» de la *«abstención de aplicar una norma considerada inconstitucional»*. En tal sentido se concluía que, si bien el Poder Ejecutivo no puede declarar la inconstitucionalidad, porque ello compete al Judicial, aquél está habilitado para abstenerse de aplicar esa norma cuando la juzgue inconstitucional.

Con fundamento en el art. 31 de la CN, la PTN dijo: *el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no ejecutar una ley que juzga inconstitucional*[101].

En los ´80 con el restablecimiento democrático, la doctrina de 84:102 fue reiterada en Dictámenes 176:116 (1986). En este asesoramiento el organismo asesor entendió que no aparece falto de fundamento la objeción de inconstitucionalidad que se formula con relación a dos artículos de una disposición legal. En tal sentido, reiteró la doctrina reseñada: «[a]sí como el Poder Ejecutivo no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, por corresponder esto al Poder Judicial, sí puede, en cambio, abstenerse de aplicar una ley que considere inconstitucional»[102].

Tiempo después, en 1988, la PTN vuelve sobre esta cuestión, pero desde otra situación fáctica: la existencia de fallos adversos a la constitucionalidad de la norma legal aplicable. Sostuvo que si a los reiterados y previsiblemente generalizables pronunciamientos judiciales declaratorios de la inconstitucionalidad de la ley N.º 19.797[103] se sumara el acto político de proponer su derogación, no resultaría irrazonable la decisión de no aplicarla en sede administrativa respecto de todos los agentes de Lotería Nacional. De instrumentarse la decisión política del Poder Ejecutivo de proponer la derogación de la norma, dijo el Procurador, no resultaría arbitraria la decisión procesal de no interponer recursos pertinentes en la contra de las sentencias desfavorables al Estado en las que se debate la validez constitucional de la norma.

Esta tendencia favorable a la inaplicación administrativa de la norma inconstitucional se mantuvo con posterioridad a la reforma constitucional de 1994.

Así, en Dictámenes 239:285[104], de 2001, la PTN reiteró la doctrina de Dictámenes 84:102 al afirmar que «no corresponde al Poder Ejecutivo declarar la inconstitucionalidad de leyes nacionales,

---

lidad, cuyas disposiciones han de ceder frente a los textos y principios de la Constitución».

101 Dictámenes 84:102. Textualmente el dictamen señala: «corresponde distinguir «declaración de inconstitucionalidad» y «abstención de aplicar una norma considerada inconstitucional». Así como el Poder Ejecutivo no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, por corresponder esto al Poder Judicial, sí puede, en cambio, abstenerse de aplicar una ley que considere inconstitucional. Es evidente que el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no ejecutar una ley que juzgue inconstitucional, pues si así no lo hiciere transgrediría el orden jerárquico normativo establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional».

102 En esa ocasión el dictamen sostuvo «con la excepcionalidad que, de cualquier modo, la prudencia jurídica aconseja» que la que la autoridad requirente estaba en condiciones acoger la pretensión formulada por el particular consistente en que se lo exima de cumplir determinados requisitos legales atinentes a la nacionalidad de la tripulación de buques locados a firmas extranjeras (arts. 112 y 143 de la Ley 20.094), debiéndose remitir simultáneamente al H. Congreso un proyecto de ley que contemple con mayor amplitud las prescripciones restrictivas contenidas en la ley sobre la que versó el dictamen.

103 En lo que aquí interesa, la Ley N.º 19.767 establecía que las sumas percibidas por los agentes de Lotería originadas en las denominada «Caja de Empleados», «Bonificación Complementaria» y «Bonificación Especial» no integran las retribuciones, sueldos o jornales básicos nominales devengados a tener en cuenta para la liquidación de la remuneración anual complementaria. Según se desprende del dictamen, las distintas salas de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, declararon la inconstitucionalidad de la mentada ley por transgredir garantías constitucionales.

104 En el caso la recurrente cuestionaba la validez constitucional del marco regulatorio del Agua (Decreto N.º 999/92) en tanto y en cuanto hace obligatoria la conexión al servicio y su consecuente pago conforme al régimen tarifario vigente. Cabe recordar que el Marco Regulatorio del Agua —art. 10— en tanto obliga a los propietarios, consorcios de propietarios, poseedores y tendedores de inmuebles están obligados a instalar a su cargo los servicios domiciliarios de agua y desagüe cloacal y a mantener en buen estado las instalaciones y pago de la conexión domiciliaria y del servicio de acuerdo a las disposiciones del régimen tarifario. La misma norma dispone la obligatoriedad de conectarse a la red existente desde que el servicio de agua esté disponible en las condiciones establecidas en el art.6.º, es decir que aseguren continuidad, regularidad y calidad. Sin embargo, en este asesoramiento la PTN sostuvo que no se advertía una violación indudable y manifiesta de normas constitucionales.

por corresponderle esto al Poder Judicial, pero si puede, en cambio, abstenerse de aplicar una ley que considere inconstitucional». Y enfatizó: «tal facultad sólo podrá ejercerla (el Poder Ejecutivo) con suma prudencia y en casos extremos, en que aparezca la violación constitucional de un modo indudable y manifiesto, en virtud del principio de división de poderes que hace a la esencia de nuestro régimen constitucional (v. Dictámenes 84:102 y 207:37)».

En esa misma línea se inscribe la consulta efectuada en Dictámenes 242:626 de 2002. La Procuración del Tesoro sostuvo entonces que corresponde distinguir entre «declaración de inconstitucionalidad» y «abstención de aplicar una norma inconstitucional». Puntualizó que, si bien el Poder Ejecutivo no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, por corresponderle esto al Judicial, sí puede, en cambio, abstenerse de aplicar una ley que considere inconstitucional. Enfatizó que el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no ejecutar una ley que juzgue inconstitucional, pues, si así no lo hiciera, transgrediría el orden jerárquico establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional.

(3) Un decisivo cambio de rumbo se observa en Dictámenes 262:186, de 2007. En este dictamen la PTN vuelve a la doctrina anterior a Dictámenes 84:102. Con fundamento en el principio de separación de los poderes, se afirma que no compete a la Administración: el control de constitucionalidad de una norma legal[105].

El órgano asesor sostuvo que es reiterada la doctrina de la Procuración del Tesoro en cuanto a que, a tenor del principio de división de poderes, *cualesquiera que sean las facultades del Poder Ejecutivo para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no le corresponde pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de ellas, por revertir el control de constitucionalidad de las normas emanadas del Poder Legislativo una facultad privativa del Poder Judicial* (Dictámenes 202:9, 240: 158 entre otros).

Refirió que, a diferencia del Tribunal Fiscal de la Nación, la Administración carece de una facultad atribuida por la ley para expedirse respecto de la inconstitucionalidad de las leyes, cuando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya declarado la inconstitucionalidad de las mismas (v. art. 185, Ley N.º 11.683 y modificatorias, t.o. Decreto N .º 821/98, BO 20-7-98)[106].

Puntualizó que los fallos que dictan los jueces carecen de efectos *«erga omnes»*. Por vía de principio, sus alcances se circunscriben al caso concreto sobre el cual ha recaído y no obligan sino en las causas para las cuales se han dictado. Respaldado en la doctrina del alto Tribunal se consideró que *la declaración de invalidez constitucional no supone la derogación de una ley sino tan solo, la imposibilidad de aplicarla al caso* que ha sido materia de juzgamiento. Por todo ello, opinó que correspondía rechazar la petición del recurrente sobre la aplicación del fallo invocado en abono de su derecho por cuanto, ese pronunciamiento, carece de efectos vinculantes, o de valor de cosa juzgada respecto del caso examinado.

(4) Sin embargo, en Dictámenes 309:253, de 28 de junio de 2019, la PTN abandona la posición asumida en 2007, sobre la base de una interpretación dinámica de la separación de poderes[107], el órgano asesor regresa a la doctrina de Dictámenes 84:102.

---

105 Según los antecedentes relatados en el dictamen, la recurrente cuestionó, a través de sus actos de aplicación, la legitimidad del Decreto N.º 67/96 y de las Decisiones Administrativas (JGM) N.º 55/00 y 46/01. Sin embargo, la procedencia de la petición —que se devuelvan las sumas de dinero pagadas en concepto de tasa anual de sociedades por acciones establecidos por aludido Decreto N.º 67/96, invocándose a tal efecto una sentencia dictada por la CSJN del 23 de octubre de 2003 en la causa Selcro S.A.— requería, necesariamente, que la Administración reconociese la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 59 de la Ley N.º 25.237, que ratificó la vigencia de los Decretos N.º 360/95 y N.º 67/96.

106 Dictámenes 262:186.

107 El dictamen registrado en 309:253 puntualiza que la clásica del principio de separación de poderes y división de funciones se formuló de un modo pétreo y estático. Una visión sistémica debe, en cambio, concebir la noción en forma abierta y dinámica. En tal sentido el dictamen subraya que el principio de división de poderes debe adaptarse a la evolución sistémica del derecho público: cada Poder posee un núcleo de competencia constitucionalmente asignado y un círculo de competencias periféricas. Estas últimas pueden ser asumidas por cualquiera de los otros dos órganos, en forma complementaria o extraordinaria, mientras que las primeras sólo pueden ejercerse con carácter excepcional y temporal.

En efecto: en Dictámenes 309:253 se sostuvo que la *abstención de aplicar* una ley inconstitucional (por resultar manifiestamente contraria a nuestra Constitución o por existir pronunciamientos reiterados y uniformes de los tribunales) es una *atribución «que el Poder Ejecutivo y/o los órganos que lo secundan en su labor administrativa pueden ejercer en observancia del mantenimiento de la juridicidad».* El dictamen agrega que la susodicha abstención «no es idéntica cosa que declarar su inconstitucionalidad que, en nuestro sistema de control difuso corresponde, en forma exclusiva y excluyente, a los jueces de la Nación».

Finalmente, el Procurador opinó que el Director Nacional del Registro Nacional de las Personas debía abstenerse de aplicar el art. 2.º de la Ley N.º 26.743 —Ley de Identidad de Género— que, en cuanto al dato del sexo obrante en el Documento Nacional de Identidad (DNI), solo admite consignar femenino o masculino. En ese orden habilitó a la autoridad para que se extienda el DNI sin indicar el sexo del solicitante.

(5) Recapitulando

La doctrina de la PTN sobre la posición de la Administración frente a la ley inconstitucional discurrió, con modulaciones, por diferentes etapas.

En un primer período la PTN enfatizó que la Administración no puede derogar las leyes, ni declarar su inconstitucionalidad. Se indica que existe «la inexcusable obligación del Poder ejecutivo de cumplir y ejecutar la ley». Sin embargo, se consagran tres alternativas que tienden a mitigar esa situación: vetar la ley inconstitucional; impetrar una acción judicial de inconstitucionalidad ante el Poder Judicial, o finalmente propiciar ante el Poder Legislativo, su derogación.

Una segunda etapa se inicia con los Dictámenes 84:102 de 1963. Se fundamenta en la distinción entre *declarar* la inconstitucionalidad y *abstenerse de aplicar* la ley que la Administración *juzga* inconstitucional. Mientras lo primero es competencia del Poder Judicial; lo segundo —inaplicación de una norma legal considerada inconstitucional— es, en cambio, facultad del Poder Ejecutivo. Se concluye entonces que este tiene atribuciones para no ejecutar una ley que *juzgue* inconstitucional. Si así no lo hiciere, transgrediría el orden jerárquico normativo establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional[108]

Esta posición ha tenido matices que la han morigerado procurando encontrar fuerza respaldatoria en decisiones previas de tribunales judiciales. Así, se ha sostenido que no resulta irrazonable que el Ejecutivo inaplicara una disposición legal cuando ella ha recibido *reiterados pronunciamientos judiciales de inconstitucionalidad*[109] *o cuando se ha producido un fallo de la Corte Suprema declaratorio de la inconstitucionalidad de la norma*[110].

En un momento posterior la PTN, reafirmando en el principio de separación de poderes y la competencia exclusiva del Judicial, enfatizó que al Ejecutivo no le corresponde pronunciarse sobre la inconstitucionalidad. Esa posición ni siquiera parece flexibilizarse mediante el dictado de fallos contrarios a la constitucionalidad de la norma legal por cuanto la declaración de invalidez constitucional no supone la derogación de una ley sino tan solo la imposibilidad de aplicarla al caso que ha sido materia de juzgamiento.

En lo que bien puede considerarse la doctrina vigente —Dictámenes 309:253, de 28 de junio de 2019— el organismo subraya que el Poder Ejecutivo y los órganos que lo secundan pueden —en observancia del mantenimiento de la juridicidad—, ejercer la atribución de abstenerse de aplicar una ley inconstitucional (por resultar manifiestamente contraria a nuestra Constitución, o por existir pronunciamientos reiterados y uniformes de los tribunales).

Finalmente, como ya se indicó, para la PTN el sintagma *ley inconstitucional* es polisémico. Por un lado, se denomina de ese modo a la norma que fue *formalmente declarada inconstitucional* por el Judicial en un caso; por otro, se alude a la norma que la propia Administración *juzga* inconstitu-

108 Dictámenes 84:102 (1963). Esa doctrina se reiteró en 1986 en el Dictamen recaído en Expte. 50571/84. En este último caso se puntualiza que la no ejecución de la norma legal que se estima inconstitucional impone al PE remitir simultáneamente un proyecto de ley en ese sentido al Congreso.

109 PTN, Dictamen recaído en Expte 376.369/88 del 30-9-88.

110 Dictámenes 186:140, del 9-6-89.

cional, o manifiestamente inconstitucional. En este último supuesto, fundado en la preservación de la supremacía constitucional (art. 31 de la CN), la PTN habilita a la Administración a que —por sí misma—, se abstenga de aplicar. Esto es: prescinda del texto legal vigente —portador de presunción de constitucionalidad— *sin* la previa declaración de inconstitucionalidad de la CSJN, o de los tribunales anteriores.

Por otra parte, es necesario parar mientes en cuanto a las consecuencias que se desprenden de la posición abstencionista de la PTN. Mientras en Dictámenes 84:102 la inaplicación de la ley acarreaba la ampliación de potestades del Poder Ejecutivo —se lo habilitó a crear entidades autárquicas extramuros de la decisión del Congreso—; en Dictámenes 309:253 la inaplicación de la norma legal que el organismo reputa o juzga inconstitucional produce la ampliación del ámbito de protección de un derecho fundamental.

11.2. La jurisprudencia labrada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La jurisprudencia labrada por Corte reafirma competencia exclusiva del Poder Judicial para realizar el control de constitucionalidad.

En esta materia la sentencia más relevante es «Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A. c/ Provincia de Salta» de 1967. Este pronunciamiento judicial fue emitido durante un período de quiebre institucional, por jueces designados sin el procedimiento establecido por la Constitución. Aun así, la doctrina de este fallo perduró y se consolidó luego en otros fallos dictados por el alto Tribunal durante gobiernos democráticos (*v.gr.* «Bruno, Raúl Osvaldo s/ amparo»; «Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Alimentación c/ Ministerio de Trabajo»).

(1) Los principios rectores que emanan del caso «Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A. c/ Provincia de Salta»[111]

(i) Los hechos. La Dirección General de Rentas de la Provincia de Salta dictó una resolución (Res. N.° 60) mediante la cual, otorgó la exención de impuestos establecida en el art. 1.° de la Ley N.° 3643 (modificatoria de la Ley N.° 3540) a la firma Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal SA. Dos años después el Vicegobernador en ejercicio del Poder Ejecutivo provincial decidió dejar sin efecto la Resolución N.° 60 dictada por la Dirección General de Rentas y decidió no hacer lugar a la exención impositiva gestionada por la susodicha firma. Se fundó, exclusivamente, en la inconstitucionalidad de las leyes N.° 3643, N.° 3540 y del Dec. Ley N.° 243/63.

(ii) El núcleo del conflicto. En lo medular, el pronunciamiento del alto Tribunal examina si el Poder Ejecutivo provincial ha podido declarar por sí y ante sí, sin intervención del Poder Judicial, la inconstitucionalidad de las leyes locales en que se fundamentó la exención impositiva acordada al recurrente.

(iii) El holding. Frente a la encrucijada que plantea el caso, la Corte federal sostuvo:

- No cabe admitir que sea resorte del poder administrador el declarar la inconstitucionalidad de las leyes (considerando 6.°).
- El Poder Judicial es, en última instancia, el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo (considerando 6.°).
- El rechazo de la demanda implicaría convalidar la violación al principio fundamental de la separación de poderes y el de la debida adecuación de las normas provinciales a las que establece la Constitución Nacional (artículos 5.° y 95, CN, anterior a la reforma constitucional de 1994).
- Omitir el tratamiento de la cuestión habría consolidado la indebida asunción de funciones judiciales de la rama ejecutiva del gobierno provincial (considerando 9.°).
- La facultad de declarar inconstitucionales las leyes y de anular actos en su consecuencia, es potestad exclusiva de los tribunales de justicia (considerando 10.°).

111 Fallos 269:243.

– (2) La doctrina de «Bruno, Raúl Osvaldo s/ amparo»[112] y de «Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Alimentación c/ Ministerio de Trabajo»[113]..

En «Bruno» la CSJN reafirma dos principios que conciernen a nuestro tema. Allí sostiene:

– Es un principio elemental de nuestro derecho público el de que cada uno de los tres poderes que forman el gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución Nacional por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente.

– Es regla constitucional, tan imperativa para las provincias como para la Nación (art. 5.º de la CN) que la facultad de declarar inconstitucionales las leyes, y de anular actos en su consecuencia, es potestad exclusiva de los tribunales de justicia

Siguiendo esta línea, en «Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Alimentación c/ Ministerio de Trabajo» la CSJN sostuvo que la declaración de inconstitucionalidad no puede llevarse a cabo —con «imperium»— sino sólo por el Poder Judicial.

11.3. La posición de la doctrina científica

Sobre el tema del epígrafe, administrativistas y constitucionalistas han dedicado páginas de indudable valor científico, aunque con disímiles conclusiones.

(1) Como señalamos al comienzo, el Prof. M. Marienhoff[114] afirma que la Administración, si bien carece de facultades para declarar la inconstitucionalidad de una norma, está facultada para *abstenerse* de aplicar la norma inconstitucional. Con sustento en Dictámenes 84:102, 159:183 y 168:28, este autor sostiene que esa facultad puede ser utilizada cuando la ley inconstitucional «vulnere facultades propias del Presidente de la República» o cuando la inconstitucionalidad «obedezca a otras razones».

Postula que el fundamento jurídico positivo que justifica la susodicha abstención reside en el principio de jerarquía de las normas consagrado en el art. 31 de la CN, en virtud del cual, lo primero que el Ejecutivo debe aplicar es la Constitución; y en modo alguno, la ley formal que vulnere uno de sus textos o principios.

Con respaldo en esta posición doctrinal, la PTN sostuvo en un dictamen relativamente reciente[115] que la atribución del Poder Ejecutivo —y de los órganos que lo secundan en su labor— de abstenerse de aplicar la norma inconstitucional —por resultar manifiestamente contraria a nuestra Constitución Nacional; o por existir pronunciamientos reiterados y uniformes de los tribunales que así la han declarado— no es idéntica cosa que declarar su inconstitucionalidad por cuanto en nuestro sistema de control difuso tal declaración corresponde —en forma exclusiva y excluyente—, a los jueces de la Nación.

En línea con el pensamiento del Prof. Marienhoff un sector de la doctrina[116] señala que procede reconocer al Poder Ejecutivo la potestad de no aplicar una norma legal considerada inconstitucional cuando: a) la inconstitucionalidad surja en forma razonablemente evidente, de modo que la conclusión exceda de la mera opinabilidad; b) la inconstitucionalidad haya sido declarada por la CSJN, o resulte de una reiterada doctrina judicial sentada en instancias inferiores. En los dos casos se afirma: la decisión debería emanar del propio presidente de la Nación, o al menos contar con su autorización expresa, quién además debería remitir al Legislativo el pertinente proyecto derogatorio, resultando aconsejable requerir, el dictamen previo de la PTN.

(2) Desde otro miraje se sostiene que la Administración activa podrá ejercer el control de constitucionalidad sobre las leyes solamente en supuestos excepcionalísimos como, por ejemplo,

112 Fallos 311:411

113 Fallos 319:1420.

114 Marienhoff, Miguel, en «La evolución del derecho y la Procuración del Tesoro», conferencia pronunciada el 6 de junio de 1990.

115 PTN, Dictámenes 309:253, de 28 de junio de 2019.

116 Comadira, Julio R., *Derecho Administrativo*, 2003, págs. 745/746.

cuando la ley inconstitucional ponga en riesgo la libertad y la dignidad humana. A la vez, ejercerá control de constitucionalidad sobre sus propios actos cuando aplica sus poderes de revisión por razones de legitimidad —*cfr*. Art. 7, 14 y concordantes de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N.º 19. 549; y art. 31 C.N— siendo este un supuesto de autocontrol[117].

(3) Luego de formular un reexamen del problema, Néstor Sagüés puntualiza que el Poder Ejecutivo tiene el derecho de interpretar la Constitución y de evaluar la constitucionalidad de una ley, no solo mediante el veto sino también con posterioridad a su promulgación. Sostiene que el problema se presenta cuando el Poder Ejecutivo, por sí, resuelve y determine que una ley es inconstitucional, y no la aplique. Frente a ese planteo Sagüés señala que la respuesta tiende a ser negativa. Conferir al Poder Ejecutivo el derecho de declarar (en el sentido de por sí solo resolver e incumplir) una norma inconstitucional, significa concederle una atribución que tiende a desequilibrar en mucho el esquema constitucional de división de los poderes. Agrega que el derecho judicial en virtud de una jurisprudencia avalada por la Corte Suprema, participa de la teoría negativa.

Sin embargo, este autor considera como *excepción* que, si la inconstitucionalidad de una ley es grosera y obvia, el Poder Ejecutivo debe reputarla contraria a la Ley Suprema e inaplicarla[118].

(4) Por su parte Juan V. Sola, formula objeciones al control administrativo de la inconstitucionalidad de las leyes por parte de la Administración. Afirma que la única excepción que puede hacerse a este principio es cuando exista un precedente constitucional de la Corte Suprema que haya declarado inconstitucional una ley nacional. Este mismo criterio es predicable con relación a los tribunales administrativos[119].

(5) El Prof. Alberto B. Bianchi no comparte las excepciones que la Procuración del Tesoro ha anotado para habilitar el ejercicio del control constitucional por parte de los órganos o entes administrativos. Señala que dentro de la Administración sólo pueden ejercer el control aquellos tribunales administrativos constituidos con los mismos recaudos que los del Poder Judicial, quienes lo pueden ejercer en las mismas condiciones que los magistrados judiciales. Considera que resultan válidas las prohibiciones legales al control constitucional que puedan imponerse a los tribunales administrativos, tal como la impuesta al Tribunal Fiscal por el art. 185 de la Ley N.º11.683 (t. o. 1998)[120].

(6) Para Agustín Gordillo el Congreso dicta una ley inconstitucional, no puede el Poder Ejecutivo apartarse de ella y ejecutar directamente la Constitución, sino que debe adoptar alguna de las actitudes previstas en Dictámenes 72:137; 67:189; 64:100. Esto es, ejercer el derecho de veto; plantear su inconstitucionalidad ante el Judicial; o promover su derogación ante el Congreso de la Nación[121].

(7) Juan Francisco Linares sostiene que la Administración no tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley formal o formal–material y desacatarla. Puede en cambio, declarar que, a su juicio una ley es inconstitucional, pero sin prescindir de ella. Y puede impugnarla judicialmente como inconstitucional en procedimientos autorizados por el Código Procesal, o enviar un proyecto de ley al cuerpo legislativo para que se derogue, o modifique la existente. También tiene competencia para aplicar una ley inconstitucional oscura en su alcance que mejor se compadezca con la Constitución (interpretación constructiva)[122].

(8) Sobre esta cuestión, la Prof. Dra. Laura M. Monti publicó un sugerente y profundo trabajo de doctrina científica[123] replicado recientemente en la revista RDA N.º 148, en el que se exhiben los

---

117 Alvarez Alvarez, Fernando D., «La cuestión del control de constitucionalidad por la administración pública», en www.eldial.com, derecho administrativo.

118 Sagüés, Néstor P., *Recurso extraordinario,* T. I, cuarta edición, Buenos Aires, 2002, pp. 238/241.

119 Sola, Juan V., *Control de constitucionalidad*, segunda edición actualizada, Buenos Aires, 2006, pág. 510.

120 Bianchi, Alberto B., *Control de Constitucionalidad,* T. 1, segunda edición, Buenos Aires, 2002, pág. 268.

121 Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T.1, cuarta edición, Buenos Aires, 1997, VII-30/31.

122 Linares, Juan Francisco, *Derecho Administrativo,* Buenos Aires, 1986, p. 142.

123 Monti, Laura M., «La administración pública frente a la ley inconstitucional e inconvencional. Reflexio-

problemas de la declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad. En el inicio la autora focaliza su perplejidad científica en una pregunta capital: *¿qué órgano del poder puede declarar la inconstitucionalidad o inconvencionalidad de una ley para no aplicarla a un caso?* Y, de inmediato, responde: el sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad interno de las leyes es jurisdiccional. Lo fundamenta en los artículos 116, 117, 29 y 109 CN.

En lo que atañe directamente al tema de este parágrafo, la autora plantea los siguientes interrogantes: ¿cuál es la posición de los órganos estatales que no son parte del Poder Judicial respecto de las leyes que consideren inconstitucionales o inconvencionales, subordinación o control? ¿Los órganos administrativos (principalmente los titulares de los órganos ejecutivos) deben ser solo ejecutores de la ley, o pueden también controlar su inconstitucionalidad, o inconvencionalidad y, en tal caso, inaplicarla? ¿Pueden otros órganos de la administración pública hacerlo?

En torno a los temas referidos la autora postula conclusiones y dudas. En tal sentido puntualiza que el Poder Ejecutivo y otros órganos que no sean el Poder Judicial (e incluso el Poder Judicial en función administrativa), si encuentran que una ley, aplicada literalmente, es inconstitucional o inconvencional, podrían, en ocasiones, realizar interpretaciones con todos los métodos que brinda la jurisprudencia y la doctrina, de modo de encontrar un cauce constitucional para su aplicación. Destaca, sin embargo, que esto no será posible si la ley es taxativa y no admite ningún tipo de interpretaciones. Si se trata de una ley, el órgano administrativo podría realizar, si cabe, una interpretación armónica del ordenamiento que no conduzca a la prescindencia del texto legal, en línea con la jurisprudencia de la Corte federal y con la de la CorteIDH, cuando se refiere al control constructivo, no represivo, que obliga a interpretar en forma «armonizante» y «adaptativa» el derecho doméstico de conformidad al Pacto y su interpretación.

Ahora bien: si la Administración pretende dictar, por ejemplo, un acto administrativo contrario a las normas que le dan fundamento y encuentra que esas normas son inconstitucionales o inconvencionales, se enfrentaría al principio de interdicción de la derogabilidad singular del reglamento o aplicabilidad singular de las leyes, o del ordenamiento jurídico.

La autora razona que, si un órgano administrativo no puede, por ejemplo, soslayar la existencia o no aplicar (por considerarlo inconstitucional o inconvencionales) un decreto del PEN, ¿por qué podrá proceder de otra manera con una ley?

Subraya que si se admitiera que el PEN —u otro órgano administrativo— considerara inconstitucional o inconvencionales una ley y, por lo tanto, decidiera no aplicarla, nos enfrentamos a varios cuestionamientos, y podría generarse, eventualmente, inseguridad jurídica y afectaciones de la igualdad entre los ciudadanos y en cuanto al uso legítimo de los recursos públicos.

La autora se vuelve a interrogar: ¿qué sucede si la declaración judicial de inconstitucionalidad, incluso efectuada por la CSJN (en la que la administración quiera sustentarse para no aplicar la ley), se debe a que la aplicación de la ley, habida cuenta de las particularidades de determinado actor, se torna inconstitucional? Si se da ese tipo de decisiones, ¿pueden el PE u otros órganos no judiciales considerar que hay jurisprudencia de la Corte por la inconstitucionalidad o inconvencionalidad y dejar, por ello, de aplicar la ley? Respecto de la posibilidad de que la Administración no aplique una ley declarada inconstitucional por la Corte u otros tribunales, de nuevo se pregunta ¿cómo sabemos que esa declaración será inmutable?

La Prof. Monti puntualiza que, si la Administración no puede ignorar ni sus propios reglamentos al actuar, ¿por qué podría hacerlo con la ley? Si se pretende «preservar» la Constitución al no aplicar una ley ¿no se la estaría afectando gravemente al violar su artículo 1.º?

Con énfasis la autora señala que se impone contemplar el interés de la sociedad, por la posible afectación de sus derechos derivada del dictado de actos apartados de la ley, que quizá no tengan un legitimado para exigir su control judicial (por ejemplo, sectores carenciados privados de recursos públicos para salud, educación, etc.). Ello sucede muchas veces con los actos que otorgan beneficios. ¿Quién los impugnará, de modo que el Poder Judicial controle lo decidido por la Administración? ¿El beneficiario? Claramente, no. Incluso desde el punto de vista de este último,

nes». Interrogantes, *Boletín Jurídico N.º 17* (BJ 17, 2023) de la Escuela de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación; en el mismo sentido, RDA N.º 148, Abeledo-Perrot, junio-agosto 2023, pp. 13/19.

el otorgamiento de un beneficio que se aparte del texto de la ley lo dejará en una posición más que enclenque, pues su acto administrativo será pasible de revocación en cualquier tiempo, por aplicación de los arts. 17 y 18 de la LNPA y la jurisprudencia de la Corte federal. Ni que hablar, dice, de ciertos beneficios previsionales otorgados por un acto administrativo que es más fácilmente revocable aún, por aplicación de las normas respectivas (leyes especiales frente al régimen general de la LNPA).

En cuanto al control de convencionalidad, se parte de la doctrina que sustenta el otorgamiento de facultades cancelatorias de las leyes a la Administración en la doctrina de la CorteIDH a partir de la causa «Gelman». Al respecto se destaca que la Corte internacional señala que el control lo deben realizar los órganos internos de cada país en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. De este modo, enfatiza, queda demostrado que la CorteIDH no está dando una «vía libre» para que cualquier órgano estatal deje de aplicar la ley, sino que considera que deben respetarse las competencias y vías establecidas en el ordenamiento jurídico de cada país para esa finalidad

11.4. Nuestra opinión

Introducción

En páginas las anteriores nos preguntamos qué posición debe asumir la Administración frente a:

- Una *norma declarada inconstitucional* por la Corte federal en un proceso individual;
- Una *norma vigente dotada de presunción de constitucionalidad* a la cual la Administración considera —o «*juzga*»— inconstitucional, como ha dicho la PTN en Dictámenes 84:109 ó 309:253 de 2019;
- Una *previsión normativa vigente, portadora de presunción de inconstitucionalidad o inconvencionalidad*, que aún no ha sido declarada inválida por la CSJN ni por ningún otro tribunal.

Inicialmente debemos examinar qué respuesta resulta adecuada, en cada supuesto, para garantizar la fuerza normativa y vinculante de la Constitución Nacional convencionalizada. Claro está, que a tales efectos se debe tener en cuenta que la supremacía y fuerza normativa de la Ley fundamental atañe tanto a la protección y respeto de los *derechos fundamentales* que integran el bloque de constitucionalidad como a los principios que gobiernan el estatuto del poder: *separación de poderes* y *control recíproco*.

Es decir, fuerza normativa de la Constitución es, coetáneamente, sustancial y formal.

En el plano metodológico adelantamos que nuestro examen lo realizaremos desde dos variables.

Por un lado, como se dijo, distinguiremos a: (i) normas *declaradas inconstitucionales* por el CSJN —las que, por ende, *carecen de presunción de legitimidad* en relación con el *caso*—; (ii) *normas vigentes, que no han sido declaradas inconstitucionales* y que, por ende, *gozan de presunción de constitucionalidad* aunque la Administración las considere afectadas de vicios graves —incluso manifiestos— determinantes de una inconstitucionalidad, como sucedió en Dictámenes 84:102; y (iii) *normas vigentes portadoras de presunción de invalidez o ilegitimidad* (presunción de inconstitucionalidad o inconvencionalidad, como ocurrió en Dictámenes 309:253, en donde se advierte una discriminación en razón del género).

Por otro lado, atenderemos a la naturaleza de las potestades y garantías y a las consecuencias que la posición de la Administración produce en cada caso. Desde esta perspectiva, consideraremos: (i) si la inaplicación de una norma vigente descorre valladares tendientes (i´) a lograr la ampliación de potestades que a la Administración le han sido cercenadas por una disposición legal (como ocurrió en Dictámenes 84:102); o (i´´) limitar derechos (tal como se desprende de la plataforma fáctica del caso decidido en «Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A. c/ Provincia de Salta»[124]; o si, en cambio, (ii) el concreto desconocimiento de los efectos obligatorios de la norma vigente acarreará la protección de un derecho fundamental de la persona humana.

124 Fallos 269:243.

En definitiva, el examen de estas cuestiones tendrá en cuenta: (i) la situación específica de la previsión normativa; (ii) qué efectos produce cada respuesta sobre el alcance de potestades de la administración; y (iii) qué consecuencias acarrea sobre el ámbito de protección de los derechos (o creando una situación activa; o creando una situación pasiva; o en su caso, limitando una situación activa).

11.4.1. La posición de la Administración frente a normas legales declaradas inconstitucionales por la CSJN en un proceso individual

11.4.1.1. Indudablemente, cualquier respuesta que se ensaye en relación con el tema del epígrafe deberá tener en cuenta los artículos 116 y 109 de la Constitución Nacional.

En efecto, el art. 109 CN expresamente le prohíbe al presidente de la Nación el ejercicio de funciones judiciales[125]. Consiguientemente, con arreglo a la mencionada cláusula constitucional, la afirmación volcada en Dictámenes 84:102, en cuanto le reconoce al Poder Ejecutivo atribuciones para no ejecutar una ley que considera o *juzga* inconstitucional, constituye una desmesura, un exabrupto, que debilita la fuerza normativa de la Constitución, y avanza sobre los principios constitucionales que gobiernan el estatuto del poder. Por cierto, en el esquema constitucional argentino la facultad de juzgar y declarar la inconstitucionalidad de una norma es *exclusiva* del Poder Judicial, no de la Administración, como bien lo sostuvo la PTN en Dictámenes 262:186, de 2007.

11.4.1.2. En los supuestos de normas *carentes de presunción de constitucionalidad* por haber sido *declaradas inconstitucionales* por una sentencia de la CSJN, se debe distinguir: si la inconstitucionalidad recayó en un proceso individual o colectivo; en este último caso se deberá tener presente si se está en presencia de un derecho indivisible, frente a lo cual, la sentencia tiene efectos «erga omnes», o si atañe a derechos individuales homogéneos, en cuyo caso los efectos se proyectarán a la clase que ha sido adecuadamente representada en el proceso.

11.4.1.3. Ahora, cuando la *declaración de inconstitucionalidad* recae en un *proceso individual*, se deberá evaluar si la plataforma fáctica y jurídica sometida a consideración de la Administración exhibe —o no— *sustancial semejanza* a la que se resolvió en un proceso conocido y dirimido por el alto Tribunal.

De verificarse que existe *sustancial semejanza*, la Administración podrá abstenerse de aplicar la norma declarada inconstitucional siempre que *los* ***efectos o consecuencias que deriven de la susodicha abstención estén llamados a preservar, proteger o, en su caso, ampliar la esfera de inmunidad esencial del particular.***

11.4.1.4. La conclusión precedente se sustenta en un razonamiento complejo que se abastece de diferentes premisas:

(i) la doctrina de la propia CSJN, en cuanto establece que los organismos jurisdiccionales tienen el deber de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares[126];

(ii) esa misma doctrina en cuanto considera, además, que los pronunciamientos que se apartan injustificadamente de los precedentes del alto Tribunal, *carecen de fundamentación*[127]*;*

---

125 Destaca J.C. Cassagne que «de la circunstancia de haber consagrado la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Poder Ejecutivo (art. 109 CN) y del *principio de la tutela judicial efectiva* y sus derivados («*pro actione*» y «*pro administrado*»), se desprende una serie de principios garantísticos, encabezados por el *principio de control amplio y suficiente*, el cual, como todo principio, constituye un mandato vinculante (carente de supuestos de hecho) que vincula a la Administración y a los jueces, y prevalece sobre las normas en sentido estricto» (Cassagne, Juan Carlos, «La trascendencia del art. 109 de la Constitución Nacional en el sistema judicialista argentino y su fuente constitucional», diario La Ley de 15.6.22).

126 Fallos 345:1387 (2022); 342:584 (2019). En este último precedente el Tribunal sostuvo: «aun frente a la inexistencia de una norma en tal sentido, este Tribunal ha señalado reiteradamente el *deber que tienen los organismos jurisdiccionales de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares* (Fallos: 307:1094; 312:2007; 316:221; 318:2060; 319:699; 321:2294), obligación esta que se sustenta tanto en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia» (cons. 16).

127 Fallos 340:2001 (2017).

(iii) los propios asesoramientos de la PTN en tanto y en cuanto sostienen, de manera reiterada, la conveniencia de que los dictámenes la Procuración del Tesoro de la Nación (de eficacia obligatoria para todo el Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado) se atengan a los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de aplicación e interpretación del derecho[128]. La doctrina de la PTN predica que los dictámenes de ese organismo se deben atener a la orientación establecida en las sentencias de la CSJN[129]. El órgano asesor sostiene, además que la Administración Pública «debe» acoger los lineamientos doctrinarios establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación fundado en la jerarquía del Tribunal, *el carácter definitorio y último de sus sentencias respecto de la interpretación y aplicación del derecho*[130].

Por nuestra parte agregamos que, en el Estado constitucional vigente en la república, el deber de la PTN de atenerse y acoger los lineamientos doctrinarios establecidos por el alto Tribunal federal opera con relación a las sentencias dictadas por la Corte cuyos miembros fueron designados con arreglo a los procedimientos que establece la Constitución (art. 99 inciso 4.º, CN).

De consiguiente, si bien nuestro sistema de control constitucional es de carácter difuso —desconcentrado— en virtud del cual, las sentencias tienen efectos «*inter partes*» y solo para el caso; no es menos cierto que, la predicada *eficacia vinculante* de las *sentencias definitivas*[131] dictada por el *intérprete final o supremo*[132]*de la Constitución*, la Corte Suprema[133] no solo irradia su doctrina con respecto a los tribunales anteriores, sino también con respecto a la Administración.

Al respecto cabe tener presente que en «*Cooper vs. Aaron*» (1958), pronunciamiento al que la doctrina especializada califica de *segundo «Marbury»*, la Corte norteamericana sostuvo que la interpretación que ella hace de la Constitución es «la ley suprema de la tierra», a la que deben conformarse tanto los órganos judiciales como los del Poder Ejecutivo y Legislativo[134].

Por cierto, el efectivo ejercicio de esta *competencia inherente* por parte del Poder Ejecutivo —consistente en la inobservancia razonada de la norma legal declarada inconstitucional por el Alto Tribunal— es procedente cuando, además de existir *semejanza sustancial*, mediante ese temperamento se contribuya a la *protección de derechos fundamentales.*

Cabe señalar que mediante esta técnica se previenen ilegitimidades administrativas; y coetáneamente se garantiza la protección de derechos y libertades. Por ende, el criterio propuesto, no contraviene la télesis que sustenta a la separación de los poderes, ni conspira contra los fines que inspiran a los artículos 109 y 116, de la CN.

El ejercicio de esa facultad requerirá, como requisito de *forma esencial*, el dictamen jurídico previo de la Procuración del Tesoro de la Nación y la pertinente fundamentación suficiente del acto que lo decida (conf. art 7 incisos d y e, LNPA). Ello debe ser así no solo por la índole institucional que

128 Dictámenes 265:183; Dictámenes 264:37, ente otros.

129 Dictámenes 262:465, entre otros.

130 Dictámenes 241: 427 y sus citas, Dictámenes 233:278; 237:438.

131 Fallos 345:1387 (2022); 343:42 (2020); 342:584 (2019).

132 Fallos 342:584.

133 En «Cerámica San Lorenzo» (sentencia del 4-7-85, LL 1986-A-178), la CSJN sostuvo que los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte.
Cabe recordar que en Fallos 321:2294, la CSJN ha reputado arbitrario el fallo de los tribunales inferiores que se apartan de la doctrina de la Corte sin fundamentación valedera.

134 Al respecto, el Prof. N.P. Sagüés (*Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, Buenos Aires, 2006, pp. 207 y ss.) destaca que se puede pensar que ese fallo importa una suerte de «segundo Marbury vs. Madison» por su trascendencia institucional; y que de algún modo significativo altera las bases del sistema histórico inicial difuso de control de constitucionalidad, dado que cuando la Corte define algún tema constitucional, los tribunales inferiores tienen recortada su capacidad de juzgamiento sobre tal punto

ostenta la inaplicación de una norma legal, sino también a los fines de establecer doctrina administrativa uniforme[135] (conf. art. 92, RPA).

11.4.2. La posición de la Administración frente a normas legales vigentes dotadas de presunción de constitucionalidad, a las que la Administración considera o «juzga» inconstitucionales

En lo que concierne a la situación de normas vigentes, que *no han sido declaradas inconstitucionales* y que, por ende, gozan de presunción de constitucionalidad, aun cuando la Administración considere que padecen vicios graves y manifiestos, determinantes de una inconstitucionalidad (como sucedió en Dictámenes 84:102), entendemos que el Poder Ejecutivo deberá disponer del veto, o, en su caso, remitir al Congreso un proyecto de ley derogatoria.

En estos supuestos, mientras se mantenga la presunción de constitucionalidad, la norma debe ser aplicada por el Poder Ejecutivo.

Por cierto, la interpretación de esas normas vigentes dotadas de presunción de constitucionalidad se debe realizar teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de los *instrumentos internacionales de derechos humanos,* los valores jurídicos y los *principios generales del derecho* (conf. art. 2.°, CCC).

Cabe recordar que, con arreglo a la doctrina del alto Tribunal, autorizada doctrina procesal constitucional destaca que la única vía apta para prescindir e inaplicar una norma, encontrándose vigente, es reputándola inconstitucional[136]. Agregamos nosotros, que esta doctrina es inequívoca cuando la norma vigente es portadora de presunción de constitucional. Como se verá más adelante, es posible establecer modulaciones en supuestos de normas portadoras de presunción de inconstitucionalidad.

La posición sostenida por la PTN en Dictámenes 84:102 y en otros asesoramientos a treves de los cuales se *le reconoce al Poder Ejecutivo «atribuciones para no ejecutar una ley que juzga inconstitucional»*[137] (énfasis agregado) *es un* **exabrupto del Estado de derecho**, toda vez que tal temperamento colisiona frontalmente con los artículos 109 y 116 de la CN.

11.4.3. La posición de la Administración frente a las previsiones normativas vigentes portadoras de presunción de inconstitucionalidad. Las variables metodológicas para examinar esta cuestión

11.4.3.1. En la jurisprudencia nacional e interamericana[138] predomina el criterio según el cual las normas con *presunción de inconstitucionalidad* e inconvencionalidad tienen esa condición por resultar sospechosas de incurrir en discriminación sustentadas en *clasificaciones específicamente prohibidos* tales como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o cualquier otra condición social (art. 1.°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

---

135 A la vez, con el claro objetivo de brindar coherencia en el asesoramiento legal del Estado, la PTN enfatiza que las asesorías jurídicas de todas las reparticiones deben supeditar su accionar a las instrucciones de la Procuración del Tesoro con el objetivo de unificar criterios (Dictámenes 313: 317, entre otros).

136 Sagüés, Néstor P., *Recurso extraordinario,* T. II, cuarta edición, Buenos Aires, 2002, p.185.

137 Dictámenes 84:102. Textualmente este asevera: «corresponde distinguir "declaración de inconstitucionalidad" y "abstención de aplicar una norma considerada inconstitucional". Así como el Poder Ejecutivo no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, por corresponder esto al Poder Judicial, sí puede, en cambio, abstenerse de aplicar una ley que considere inconstitucional. Es evidente que el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no ejecutar una ley que juzgue inconstitucional, pues si así no lo hiciere transgrediría el orden jerárquico normativo establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional».

138 CorteIDH, «Caso Gonzales Lluy y otros *vs*. Ecuador», párrafos 256 y ss, sentencia de 1.° de septiembre de 2015.

En tales supuestos, como expusimos, el control de constitucionalidad de los fines y medios están sujetos a un escrutinio riguroso, más estricto que el tradicional.

Con sustento en esta distinción la jurisprudencia nacional e interamericana[139] modulan el «*onus probandi*».

A la vez se sostiene que la presunción de inconstitucionalidad puede ser levantada por la demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que se habían intentado resguardar y sobre los medios utilizados al efecto. En cuanto a los primeros (fines) deben ser *sustanciales* y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos (medios) será insuficiente una genérica «adecuación» a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada[140].

Sobre este punto, la jurisprudencia interamericana resalta que los criterios sospechosos están limitados a los casos en donde las autoridades demuestren que se está en presencia de *necesidades imperiosas*, y que recurrir a esa diferenciación es el único método para satisfacer necesidades de ese carácter[141].

Cabe recordar que la doctrina de las categorías sospechosas se fundamenta en la necesidad de *revertir la situación de desventaja en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos* para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico en razón de muy variadas circunstancias como, por ejemplo, razones sociales, étnicas, culturales, religiosas, entre otras[142].

11.4.3.2. La regla de control constitucional que distingue normas con presunción de constitucionalidad, por un lado y normas con presunción de inconstitucionalidad, o invalidez, por otro, produce modulaciones importantes en la configuración de las parcelas que vertebran la estructura del acto administrativo.

El expreso reconocimiento jurisprudencial de que una previsión normativa (legal o reglamentaria) *vigente* puede estar afectada por una *presunción de inconstitucionalidad o invalidez,* por establecer una distinción basada en criterios sospechosos de discriminación prohibida, se proyecta, condiciona y reconfigura el *antecedente de derecho,* esto es, el derecho aplicable en el que se sustenta el acto.

Ciertamente, además de incidir sobre el elemento esencial *causa* (art. 7 inciso b, LNPA), la aplicación o inaplicación del susodicho antecedente se reflejará, singular y concretamente, en el contenido u *objeto* (art. 7, inciso c, LNPA).

El reconocimiento de que se está frente a normas portadoras de presunción de ilegitimidad por exhibir clasificaciones discriminatorias vedadas por la Constitución convencionalizada, impacta de manera particular en las *formas esenciales* en tanto modula el p*rocedimiento previo* de elaboración del acto (art. 7 inciso d, LNPA) y la fundamentación o *motivación* (art. 7 inciso e, LNPA). Recuérdese que la doctrina jurisprudencial labrada por el alto Tribunal y también por la CorteIDH subrayan que, en supuestos de normas portadoras de presunción de inconstitucionalidad se invierte la carga de la prueba puesto que se exige que el demandado demuestre la presencia de *fines sustanciales o necesidades imperiosas,* de significativa relevancia, para justificar la distinción por conducto de una categoría sospechosa. A la vez, se prescribe que atañe al demandado —o a quién resulta favorecido por la distinción— probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el *medio menos restrictivo* para cumplir un fin sustancial[143] .

Esta clasificación, como se verá, también impacta en la *competencia* —al abrir la posibilidad de un control *administrativo* de convencionalidad, sobre el que nos referiremos más adelante— y

139 *Idem* nota anterior.

140 Fallos 329:2986 («Gottschau», cons. 5.°, 2006).

141 CorteIDH, «Caso Gonzales Lluy y otros *vs*. Ecuador», párr. 256.

142 Fallos 340:1795 («Castillo», 2017).

143 Fallos 340:1795, («Castillo», 2017).

se manifiesta, además, en los *caracteres* del acto administrativo. Al respecto nos preguntamos: ¿cabe predicar la presunción de legitimidad de un acto que se sustenta en un antecedente afectado de presunción de inconstitucionalidad que la Administración no puede levantar?

11.4.3.3. Desde esta atalaya se presentan problemas de diversa índole:

- Una previsión normativa *vigente*, portadora de presunción de invalidez o ilegitimidad por incurrir en un supuesto prohibido de discriminación ¿es, sin más, el «derecho aplicable» (art. 7 inciso b, LNPA) en el que se debe sustentar el acto administrativo?
- Un acto administrativo cuyo objeto o contenido (art. 7 inciso c, LNPA) refleje la prohibición o el mandato establecido en una norma jurídica *vigente*, portadora de presunción de ilegitimidad —por considerársela sospechada de discriminación, conforme los artículos 16, 20 y 28 de la CN; y artículos 1.1, 23 y concordantes de la CADH; y art. 1.º, de la Ley N.º 23.592— ¿guarda conformidad con el bloque de legitimidad imperante en el Estado constitucional vigente en la república desde la reforma constitucional de 1994?¿O estamos frente a un acto de objeto prohibido (art. 7.º, inciso c, y 14, inciso b, LNPA)?
- Aun cuando no existan razones sustanciales de interés general que la justifiquen, la Administración ¿está invariablemente constreñida a aplicar una norma (reglamento o ley) vigente fundada en *clasificaciones discriminatorias prohibidas* como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o cualquier otra condición social)?
- El acto administrativo, sustentado en un antecedente de derecho presuntamente inconstitucional (o inconvencional), frente al cual, no existen razones sustanciales de interés general o necesidades imperiosas que lo justifiquen ¿goza de la presunción de legitimidad que, *a priori*, confiere el art. 12 LNPA a los actos administrativos?
- Si se advirtiera que el antecedente de derecho es una norma portadora de presunción de invalidez por inconvencional ¿qué alternativas de actuación se le presenta a la Administración?
- En los supuestos en que la relación «jus» administrativa pone en juego el respeto y la protección de derechos y garantías fundamentales de la persona humana ¿está habilitada la Administración para realizar, ante sí, un control administrativo de convencionalidad? ¿cómo impacta la doctrina que emana de las diferentes sentencias de la CorteIDH en cuanto sostienen que todas las autoridades del Estado tienen la *obligación* de realizar el control de convencionalidad, en el ámbito de sus competencias y según los procedimientos pertinentes?

Abordaremos estas cuestiones desde *dos perspectivas metodológicas*.

La primera examinará los problemas precedentes de acuerdo con los esquemas formales clásicos del derecho administrativo. La segunda, en cambio, considerará la doctrina jurisprudencial labrada por la CorteIDH —desde Gelman (2011) hasta nuestros días— relativa a la *obligación* de todas las autoridades públicas de realizar control de convencionalidad en el marco de sus competencias y procedimientos.

Naturalmente, en ambos casos el examen sustancial se realizará de acuerdo a los principios, valores y reglas establecidos en el bloque de legitimidad del Estado Constitucional (y convencional) de derecho vigente en la república.

11.4.4. La posición de la Administración frente a una disposición reglamentaria portadora de presunción de inconstitucionalidad. La presunción de invalidez y el principio de inderogabilidad singular del reglamento

(1) Desde la perspectiva del Estado formal y democrático de derecho, cuando se verifica que una disposición reglamentaria vigente resulta portadora de una presunción de ilegitimidad o invalidez, su eventual y particularizada inaplicación a través de un acto administrativo, deviene prohibida en virtud del principio de *inderogabilidad singular de los reglamentos*.

Este principio (cuyo fundamento, algunos, lo ubican en el principio de legalidad de la Administración y otros en el de igualdad, art. 16 CN) establece que un acto administrativo (individual) se debe someter, como condición de validez, a los reglamentos administrativos. Al respecto Santamaría Pastor[144] afirma que la inderogabilidad singular de los reglamentos significa, en primer lugar, la superioridad cualitativa del reglamento respecto del acto administrativo; y, en segundo término, que la fuerza obligatoria del reglamento actúa con entera independencia de la posición jerárquica de los órganos de los que emanan

En el Reino de España, el art. 37 de la Ley N.° 39/15, determina que son nulas las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en una disposición reglamentaria. A la vez, el mismo artículo prescribe que las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas procedan de un órgano de igual o superior jerarquía al que dictó la disposición general.

La LNPA no contempla expresamente tal principio.

Sin embargo, la inderogabilidad singular del reglamento fue receptada por la CSJN en el caso «Promenade»[145], de 1988. En este pronunciamiento la CSJN sostiene que la *inderogabilidad particular de las reglamentaciones generales* es ***inaplicable*** a los actos normativos de sustancia legislativa. En este ámbito (actos de sustancia legislativa) cobran plena vigencia las reglas generales de «lex posterior derogat priori» y «lex specialis derogat generalis».

En línea con ese criterio, una sentencia relativamente reciente del Tribunal Constitucional español respalda la *facultad legislativa* de excepcionar mediante una ley singular lo establecido previamente en una ley general.

En este punto la doctrina judicial transcripta guarda relación con el pensamiento desplegado por García de Enterría. Cabe recordar que, para este autor, la inderogabilidad singular de los reglamentos es puramente formal; se fundamenta en el principio de legalidad. Por ende, la Administración está sometida a todo el ordenamiento y, por tanto, también a sus propios reglamentos. Sin embargo, el insigne autor español subraya que el susodicho principio no es predicable a la función legislativa. El poder legislativo, asevera, es un poder de pura creación jurídica y, por ende, en esa función no está nunca predeterminado por sus propias producciones normativas anteriores. Puntualiza también que el poder legislativo es libre, originario, soberano y no está afectado, como la Administración, por una vinculación a la legalidad[146].

En definitiva, en virtud del principio de inderogabilidad de reglamento, el acto administrativo particular no puede vulnerar o transgredir lo establecido por un acto de alcance general normativo; ello, con prescindencia de la posición jerárquica del órgano emisor. Como lo resalta García de Enterría la regla en cuestión prohíbe la dispensa singular de un reglamento cuando éste no lo prevé.

Cabe señalar, que un sector de la doctrina argentina predica la reformulación del principio de inderogabilidad singular del reglamento. En tal sentido incorpora el denominado principio de inderogabilidad no normativa de los reglamentos, abarcando no solo la subordinación del acto particular al acto general normativo (reglamento) sino también, la sujeción a éste del acto de alcance general no normativo[147].

Por cierto, la excepción singular de una disposición reglamentaria resulta legítima solo si tal dispensa está expresamente consagrada en el reglamento. Naturalmente, la dispensa debe guardar razonable justificación; por ende, debe respetar los principios generales de igualdad y razonabilidad. No es procedente, en cambio, una dispensa porque sí, esto es, una dispensa o excepción carente de la debida justificación.

---

144 Santamaría Pastor, Juan A., *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. I, Madrid, 1998, pp. 300/301.

145 Fallos: 312:1394.

146 García de Enterría-Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 4.° edición, pp. 192/195.

147 Comadira, Julio Rodolfo, *La licitación pública*, segunda edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 161/163.

(2) Sin embargo, no podemos desconocer que, en el Estado formal y democrático de derecho, *el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos asume, como presupuesto a priori, que todo reglamento goza de presunción de constitucionalidad o legitimidad.*

En efecto.

El susodicho principio ha sido construido —y aplicado— con arreglo la idea rectora de que los reglamentos (como también las leyes) se presumen legítimos hasta tanto se produzca la derogación, anulación, o declaración de inconstitucionalidad en sede judicial. A la vez, sobre esa base, se edificó la fuerza obligatoria de las leyes, reglamentos y actos administrativos.

En el Estado constitucional contemporáneo este presupuesto —la presunción *a priori* de que toda ley, reglamento o acto goza de presunción de legitimidad— debe ser reexaminado según la regla actual de control constitucional —reiteradamente aplicada por CSJN— que discierne entre normas con presunción de constitucionalidad o validez y normas portadoras de presunción de inconstitucionalidad o invalidez.

(3) Desde esta atalaya, los órganos que desarrollan la función administrativa, juntamente con el régimen jurídico que la regula —el derecho administrativo—, enfrenta una *encrucijada* decisiva: por un lado, ignorar la doctrina que distingue entre normas con y sin presunción de validez; por otro, articular técnicas específicas que reflejen y traduzcan esa construcción que, en cuanto a las categorías sospechosas, está llamada a revertir la situación de desventaja en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico.

(4) Más allá de la dispensa particular que legítimamente pueda contemplar un reglamento, a partir la reseñada y consolidada jurisprudencia de la CSJN en la materia, es posible inferir que las disposiciones reglamentarias portadoras de presunción de ilegitimidad —por consagrar categorías sospechosas de discriminación prohibidas por el bloque de legitimidad vigente en el Estado constitucional— conllevan una ***dispensa singular implícita*** —siempre que no se demuestre que existen insoslayables razones sustanciales de interés general o que están presente necesidades imperiosas y que, por tanto, recurrir a esa diferenciación es el único método para satisfacer esa necesidad de interés general—.

Con arreglo a esta directriz debemos considerar que, frente a un reglamento portador de una presunción de invalidez (por inconstitucionalidad o inconvencionalidad), a los órganos de la Administración se le abren diferentes alternativas.

(4.1) Así, cuando el órgano que debe emitir el acto administrativo es el mismo que ha dictado la norma sospechada de discriminación frente a la cual no existen razones sustanciales que la sustenten, el susodicho órgano —para evitar y prevenir la emisión de un acto afectado de un vicio constitucional o convencional— está facultado para derogar o modificar, en lo pertinente, el mentado reglamento (art. 83 RPA, Dto. N.° 894/17[148]); y luego, con arreglo a la nueva normativa, estará en condiciones de emitir el o los actos administrativo singulares y concretos de aplicación.

(4.2.) Ahora bien, si quién debe dictar el acto no es la autoridad competente para decidir su derogación, aquélla podrá disponer la suspensión del procedimiento e impulsar los trámites tendientes a la derogación o modificación de la disposición reglamentaria. El acto administrativo recién se lo deberá dictar una vez que el órgano competente decida el temperamento a adoptar.

(4.3.) Sin embargo, frente a ***situaciones objetivas de urgencia impostergable*** que pongan en riesgo el respeto al ámbito esencial de protección de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en el bloque de constitucionalidad, los órganos de la Administración están dotados de atribuciones o ***facultades inherentes*** que, teniendo en cuenta la ***dispensa singular implícita*** que anida en la disposición reglamentaria portadora de presunción de inconstitucionalidad, habilitan a la Administración a adoptar decisiones concretas y singulares ***tendientes a brindar la efectiva protección de los derechos fundamentales de la persona humana*.**

148 El art. 83 del RPA prescribe: Derogación de actos de alcance general. Los actos administrativos de alcance general podrán ser derogados, total o parcialmente, y reemplazados por otros, de oficio o a petición de parte y aun mediante recurso en los casos en que éste fuere procedente. Todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de las normas anteriores y con indemnización de los daños efectivamente sufridos por los administrados.

Por cierto, la Administración cuando decide dispensar singularmente la aplicación de una regla consagrada en un reglamento portador de presunción de ilegitimidad constitucional o convencional —por establecer una discriminación prohibida— debe *ponderar* que la inaplicación del susodicho reglamento discriminatorio, en tanto protege los derechos esenciales de la persona a la igualdad y a la no discriminación, deviene más importante, por la mayor valiosidad de los bien jurídicos tutelados, que la satisfacción del bien jurídico que la norma discriminatoria procura proteger. En este punto no tenemos dudas, como lo ha hecho notar la filosofía jurídica contemporánea, que *un principio en sentido estricto —como el principio de no discriminación— puede vencer a una regla, excepcionando su aplicación, aunque ella plenamente venga al caso*.

Al respecto nos apuramos a señalar que, en el Estado constitucional comprometido con la Constitución Nacional *convencionalizada*, las denominadas *competencias inherentes*, interpretadas según el principio de especialidad (conf. art. 141, *in fine*, CCC), solamente pueden ser utilizadas para asegurar la protección de los derechos fundamentales de la persona humana. Ciertamente, en virtud de su *prístina indeterminación*, tales los poderes inherentes *no resultan predicables para generar situaciones pasivas, desfavorables o de gravamen*[149].

En efecto, la c*onnatural indeterminación* de los denominados poderes o atribuciones inherentes no pueden ser invocadas como fundamento competencial para dictar actos administrativos de gravamen. Solo bajo un derecho administrativo de impronta autoritaria, donde impera la hipertrofia de la potestad administrativa, fue y es posible invocar tales competencias para dictar actos desfavorables que atenten contra el contenido esencial de los derechos fundamentales.,

11.4.5. La posición de la Administración frente una disposición legal portadora de presunción de inconstitucionalidad

Más compleja resulta, sin embargo, la situación de la Administración frente a la norma *legal* portadora de una presunción de inconstitucionalidad. En este supuesto el valladar formal no es, naturalmente, el principio de inderogabilidad singular del reglamento, sino el de separación de poderes.

Administrar es más que ejecutar formal y mecánicamente las leyes. En el Estado constitucional social y democrático de derecho administrar es servir —de manera concreta, inmediata, directa y permanente— a las justas exigencia del bien común en una sociedad democrática, en el marco vinculante de la legitimidad comprometida con la tríada basal material del derecho administrativo en el Estado constitucional: dignidad de la persona humana; derechos fundamentales de la persona humana y principio «pro persona».

De allí que, frente a una norma portadora de una sospecha de discriminación, el indisoluble compromiso con las justas exigencia del bien común habilita a la Administración a examinar el antecedente de derecho válidamente aplicable en cada caso (conforme lo establece el art. 7, inc. b LNPA).

Por cierto, cuando la Administración, en el trámite del procedimiento administrativo selecciona qué normas debe aplicar (art. 7 inc. b) y sobre esa base, emite un acto administrativo, no despliega la función judicial. Cuando determina qué norma resulta aplicable a la situación de hecho acreditada en el expediente administrativo, la Administración activa no realiza esa operación para dirimir conflictos con fuerza de verdad legal. Menos aún, realiza el control constitucional que es propio de

149 Sammartino, Patricio M.E., *Amparo y administración en el Estado constitucional social de derecho*, Tomo I, Buenos Aires, 2012, p 264. Los poderes inherentes, señalamos entonces, deben ser enfocados como facultad al servicio del interés público comprometido con el respeto y la garantía de la dignidad de la persona.
Jaime Rodríguez Arana Muñoz señala que el interés general ha de estar definido en el ordenamiento jurídico. No es una abstracción una especulación o filigrana intelectual, menos un deseo o aspiración particular del gobernante. Subraya que, desde una aproximación democrática, es el interés de las personas como miembro de la sociedad en la que el funcionamiento de la administración pública contribuye al desarrollo de todos y cada uno de los derechos fundamentales y, por ello, a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos fortaleciendo los valores superiores del Estado social y democrático de derecho (Rodríguez Arana, Jaime, *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales,* INAP, España, 2015, pp. 216/217) .

los tribunales judiciales (art. 109, 116 y 43, CN). Tampoco dicta sentencias que gozan de inmutabilidad. Solo emite un acto administrativo que, «*a priori*» goza de provisional presunción de legitimidad (art. 12 LNPA), pues se encuentra invariablemente sometido a una revisión judicial plena en el marco de un caso contencioso (art. 116, CN).

Cuando la Administración examina concretamente el antecedente de derecho aplicable (art. 7.º inc. b, LNPA) y sobre esa base normativa dicta un acto, solamente ejerce función administrativa.

En el Estado constitucional de derecho contemporáneo, el derecho aplicable al que se refiere el art. 7.º inc. b) de la LNPA, es producto de lo establecido por la Constitución Nacional convencionalizada, los principios pre estatales que ella reconoce, los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, CN), los tratados, las leyes y los reglamentos, juntamente con la doctrina labrada por los precedentes de la CSJN y la guía que confieren las sentencias de la CorteIDH en cuanto atañe a la interpretación de la CADH.

Consiguientemente, vedar que, en situaciones particulares o singulares, la Administración se abstenga de aplicar normas legales vigentes normas que establecen clasificaciones basadas en criterios específicamente prohibidos (también llamados sospechosos de inconstitucionalidad), acarrea la *consolidación de una discriminación de «jure»* que *debilita la fuerza normativa de la Constitución y la eficacia de los derechos humanos que reconoce el bloque de constitucionalidad.*

Desde este presupuesto es posible predicar, como *última ratio*, que en los supuestos que no resulte posible armonizar mediante técnicas de interpretación adecuadas las potestades administrativas con derechos humanos[150] el Poder Ejecutivo en ***situaciones de urgencia impostergable,*** está dotado de una ***competencia inherente,*** en su condición de titular de la Administración (art. 99.1, CN), que —en seguimiento de la doctrina jurisprudencial nacional e interamericana labrada en esta materia— lo habilita a abstenerse de aplicar por sí y ante sí, la previsión legal que siendo sospechosa de discriminación, carece de presunción de constitucionalidad.

Ciertamente, no desconocemos que al obrar de ese modo la Administración exhibirá una actuación que, en su superficie, se la puede considerar violatoria del principio de separación de poderes. Sin embargo, no podemos ignorar que la división de los poderes es una garantía de libertad de las personas. A la vez, la inaplicación en sede administrativa de una norma legal sospechosa de discriminación —frente a la cual no existen razones sustanciales de interés general que la justifiquen— no está llamada a acrecentar el poder de la Administración o beneficiar las arcas del tesoro. Por el contrario, la prescindencia de una norma legal afectada por una presunción de invalidez por incurrir en una discriminación «de jure» prohibida por la Constitución Nacional convencionalizada, procura garantizar el respeto y la protección de derechos fundamentales inherentes a la dignidad de la persona humana, la igualdad y la no discriminación que reconoce la propia Constitución. Es evidente que la Administración, al actuar de este modo, no compromete los fundamentos sobre los que descansa el principio de separación de los poderes.

Va de suyo que la inobservancia razonada de la ley presuntamente inconstitucional asegura la supremacía y fuerza normativa de la Constitución (artículos 31, 16 y 75.22, CN) toda vez que se garantiza la concreta y singular efectivización de los derechos fundamentales que ella reconoce.

La decisión de inaplicar en sede administrativa una disposición legal sustentada en clasificaciones basadas en criterios específicamente prohibidos (también llamados sospechosos de inconstitucionalidad), tales como la raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición social (art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos *i* art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y Fallos: 329:2986), requiere, por la naturaleza e importancia institucional, el *dictamen previo de la Procuración del Tesoro de la Nación*.

150 Sostuvo el alto Tribunal: «En definitiva, es cuestión de armonizar la protección de los derechos humanos (...) con las potestades públicas, pues si aquellos no son absolutos, tampoco lo son éstas (...). El requisito según el cual, las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del bien común" (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 32.2), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático cuyo fin principal es 'la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad'» (Fallos 336:672, «Asociación de Trabajadores del Estado s/Acción de inconstitucionalidad», cons. 11, 2013).

En este supuesto el susodicho asesoramiento respaldatorio de la PTN se erige en un requisito de *forma esencial* (art. 7 inciso d, LNPA). En tal sentido cabe recordar el dictamen registrado en 309:253, de 2018.

En virtud de la naturaleza institucional de la decisión administrativa que se abstiene de aplicar, de manera singular, una norma *legal* vigente afectada de presunción de inconstitucionalidad, consideramos que el acto administrativo que concretiza la aplicación directa de la Constitución *debe emanar del órgano con legitimación democrática directa*, esto es, el presidente de la Nación (art. 99 inciso 1, CN).

Sin embargo, esta directriz —inaplicación de una ley sospechosa de discriminación— admite salvedades que permiten destruir la presunción de inconstitucionalidad. Ello ocurre cuando, al momento de emitir el acto, la autoridad pública considera acreditado la presencia de un *interés estatal insoslayable,* entendido como *fines sustanciales de interés general que hacen al ejercicio de funciones básicas del Estado*. Sin embargo, según la doctrina de la Corte federal, ello tampoco resultará suficiente. Además, se deberá disipar toda duda sobre la *ausencia de medidas alternativas que pudieran garantizar el objetivo perseguido de un modo menos gravoso para el interesado* (subprincipio de necesidad).

11.4.6. La posición de la Administración frente a normas portadoras de presunción de invalidez por inconvencionalidad. El control de convencionalidad en sede administrativa.

A continuación, examinaremos la posición de la Administración frente a la norma portadora de presunción de invalidez desde la segunda perspectiva metodológica, relativa al control administrativo de convencionalidad

(1) Introducción. El control de convencionalidad y su horizonte de proyección

Ahora bien, frente a esquemas normativos discriminatorios portadores de presunción de invalidez cabe examinar si la Administración está dotada de atribuciones para realizar, por sí y ante sí, el *control de convencionalidad*.

Por cierto, el control *administrativo* de convencionalidad al que nos referimos en el párrafo anterior no se limita al *veto* presidencial a una ley inconvencional. Tampoco se agota en la remisión de un proyecto de ley al Congreso propiciando la derogación de una disposición legal contraria al «corpus iuris» interamericano de los derechos humanos; o en la impulsión de trámites administrativos tendientes a la derogación, por inconvencionalidad, de un reglamento, general o singular.

De inicio debemos señalar que el control administrativo de convencionalidad plantea dos cuestiones primordiales que, si bien confluyen, están concebidos desde dos mirajes diferentes: el control de convencionalidad como *competencia* de la Administración que se encauza a través del *debido procedimiento administrativo;* y el control de convencionalidad como *garantía* de la persona humana, esto es, como garantía de protección ínsita en el derecho a la tutela administrativa efectiva.

(2) El control administrativo de convencionalidad y sus problemas basilares

De inicio, el control de convencionalidad plantea múltiples perplejidades.

En congruencia con nuestro objeto de estudio consideramos relevante interrogarnos sobre las siguientes cuestiones:

- ¿Qué se entiende por control de convencionalidad? ¿Cuál es su función y finalidad?
- ¿Solamente los tribunales judiciales están facultados para ejercer este control? ¿o también lo pueden llevar a cabo las autoridades administrativas?
- La Administración ¿está *obligada* a realizar control de convencionalidad?
- ¿Con qué fundamento?
- Si la Administración tiene competencia para realizar control de convencionalidad ¿cuál es el alcance de esa facultad? ¿cómo gravita el principio de especialidad?
- ¿Es jurídicamente válido considerar que el control administrativo de convencionalidad es una garantía ínsita en el derecho fundamental a la *tutela administrativa efectiva*?

(3) La función del control de convencionalidad

Mediante el control de convencionalidad se *verifica la congruencia* entre actos internos y las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos. Como señala Sergio García Ramírez[151] el control de convencionalidad es una *confrontación de los actos domésticos con las disposiciones convencionales*. Mediante ese instrumento se procura asegurar la *primacía del orden jurídico de los derechos humanos*, en tanto entraña la aplicación del orden supranacional nacionalmente aceptado en lo que respecta a definir derechos y libertades. El autor citado subraya que el control de convencionalidad es un *proceso lógico de confrontación entre normas nacionales e internacionales* que puede y debe ser cumplido no solo por la autoridad jurisdiccional sino también por cualquier otra autoridad en el ámbito de sus atribuciones. De esa verificación, señala, se producirán consecuencias jurídicas: la convalidación o invalidación del acto jurídico doméstico inconsecuente con el orden internacional[152].

El control de convencionalidad ha sido concebido para aplicar el Derecho Internacional. En lo que atañe a la CADH se lo considera un *instituto para aplicar el Derecho internacional de los Derechos Humanos; específicamente, la CADH y la jurisprudencia del Tribunal*[153].

Al respecto la CorteIDH sostiene, de manera reiterada, que *el control de convencionalidad está llamado a velar porque los efectos de las disposiciones de la CADH no se vean mermados por la aplicación de normas internas contrarias a su objeto y fin*[154]**.** Mediante el susodicho dispositivo, sostiene el tribunal interamericano, se controla que los derechos humanos de las personas sean respetados y garantizados[155].

(4) Autoridades habilitadas para realizar el control de convencionalidad

En la doctrina de la CorteIDH el control de convencionalidad constituye un deber u ***obligación*** de todo poder u órgano del Estado[156].

La jurisprudencia del tribunal interamericano de dos lustros es categórica en cuanto afirma que el control de convencionalidad *«es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial*[157]. El fundamento de este control reside en el carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías[158].

Como correlato de la obligación jurídica que concierne a cualquier autoridad —y no solo a los jueces—, es lógico colegir que las personas humanas tienen el derecho a exigir de cualquier autoridad el pertinente control de convencionalidad, en el marco de sus competencias y procedimientos. Desde este vértice, el control convencional se presenta como una garantía de la persona humana que está llamada a proteger sus derechos fundamentales.

En efecto, en el Estado constitucional y convencional de derecho, o Estado de los derechos fundamentales de la persona humana, el ***control administrativo de convencionalidad*** asume el carácter de ***garantía ínsita en el derecho fundamental a la tutela administrativa efectiva,*** reconocido por la CSJN en el célebre precedente «Astorga Bracht»[159]. En particular, atañe al segundo

---

151 García Ramírez, Sergio «El control judicial interno de convencionalidad», en AAVV, *Diálogos jurisprudencial en derechos humanos*, Ferrer McGregor- Herrera García coordinadores, Tirant lo Blanch México, 2013, 767 y ss.

152 García Ramirez, «*El control…*», *op cit.,* p. 770.

153 CorteIDH, Sentencia «Petro Urrego» párr. 107.

154 CorteIDH «Gelman» 2011, párr. 193; Almonacid Arellano, párr. 124.

155 CorteIDH, «Petro Urrego» párr.107 y sus citas.

156 CorteIDH, «*Caso Petro Urrego*», 2020, párr. 107; «*Casa Nina*», párr.139; «*Rodríguez Revolorio*», 2019, párr. 58; «*Caso García Ibarra*», 2015, párr.88; «*Gelman*», 2011, párr. 193, entre otros.

157 CorteIDH, «*Gelman*» (2011), párr. 239; «*Petro Urrego*» (2020), párr. 103.

158 CorteIDH, «*García Ibarra*», párr. 88.

159 Fallos 327:4185.

momento, esto es, el *derecho a obtener una decisión fundada* en derecho dentro de un procedimiento administrativo conducido en legal forma.

En tanto garantía inherente al derecho a la tutela administrativa efectiva, el control administrativo de convencionalidad plantea múltiples y complejos desafíos. Aunque, lógicamente, también suscita temores y previsibles resistencias.

(5) *Fundamento normativo*

Como se indicó, desde hace más de dos lustros, la CorteIDH sostiene que *todas* las autoridades tienen la obligación y el deber de ejercer un control de convencionalidad en el marco de sus respectivas competencias y procedimientos.

El fundamento normativo de ese deber reposa en los artículos 1 y 2.º de la CADH. Ambas previsiones normativas le imponen a los Estados partes un ***deber de garantía*** consistente en asegurar jurídicamente el respeto y ejercicio de los derechos humanos.

En tal sentido el art. 1.º de la CADH, establece que los Estados Partes se comprometen a ***respetar*** los derechos y libertades reconocidos en ella y a ***garantizar s***u libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.

El art. 2.º de la CADH prescribe que si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1.º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, «los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas ***o de otro carácter*** que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

Cabe puntualizar que la expresión «o de otro carácter» contenida en el art. 2.º de la CADH comprende *cualquier medida eficaz* para que todas las autoridades, dentro de sus respectivas competencias, aseguren la efectividad de los derechos.

La jurisprudencia y la doctrina especializada son contestes en afirmar que el art. 2 de la CADH es el fundamento sobre el que descansa el control de convencionalidad. Esa previsión convencional conlleva para cada Estado parte la ***obligación general de adecuar el derecho interno*** a las disposiciones de la Convención para garantizar los derechos en ella reconocidos[160]

Sergio García Ramírez[161] puntualiza que el *deber de garantía* establecido en los artículos 1.º y 2.º de la CADH es del Estado hacia sí mismo; y del Estado hacia la sociedad.

El ***deber de garantía*** tendiente a asegurar la protección y respeto de los derechos humanos se plasma y concretiza a través del aludido ***deber de adecuación.***

(6) *El deber de adecuación*

El *deber de adecuación* del derecho interno a la CADH, que la CorteIDH extrae de los artículos 1.º y 2.º de la Convención incluye:

- La adopción de ***medidas para suprimir las normas y prácticas*** de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención[162] ya sea, porque desconozcan esos derechos o libertades u obstaculicen su ejercicio[163];
- La ***expedición de normas*** conducentes a la observancia de los derechos y libertades consagrados en la CADH[164];
- El ***desarrollo de prácticas*** tendientes a efectivizar tales derechos y garantías[165];

160 Conf. CorteIDH, «*Caso La última tentación de Cristo*», sentencia de 5.2.2001; «*Caso La Cantuta vs Perú*», Sentencia de 29.11.2006; «*Caso Zambrano Vélez*», sentencia de 4.7.2007;

161 *Op.cit.*

162 CorteIDH, «*Yatama*», 2005, párrafo 170; «Caso "Durand Ugarte Vs. Perú"», de 16.8.2000, párrafo 137.

163 CorteIDH, «*Casa Nina*», 2020, párr. 100.

164 CorteIDH, Casa Nina, párr. 100.

165 CorteIDH, Casa Nina, párr. 100 in fine

– El deber de efectuar ***interpretaciones*** (judiciales y «administrativas») adecuadas a los principios establecidos en la jurisprudencia de la CorteIDH[166].

Reduciendo la complejidad se extrae que el deber de adecuar el derecho interno a las disposiciones de la Convención exhibe dos vertientes principales: la supresión de normas y prácticas violatorias a las garantías reconocidas en la CADH; y la expedición de normas y desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías[167]

La doctrina especializada entiende que las *medidas de otro carácter* incluyen tanto a las *interpretaciones conformes* de la normatividad nacional con la CADH como también, *dejar de aplicar las disposiciones internas* cuando sean completamente incompatibles con dicho instrumento internacional[168].

Para cumplir el deber de adecuación, en sus diferentes variables, y satisfacer los fines de la CADH, los *órganos que desarrollan la función administrativa* están dotados de competencias expresas e implícitas —y, dentro de éstas, de las facultades *expresamente implícitas consagradas en el art. 2.º de la CADH* las que, dentro del marco teleológico de la *especialidad*, la facultan para adoptar *medidas internas de otro carácter* que resulten necesarias, eficaces, tendientes a cumplir el deber de adecuación—.

Consiguientemente, la facultad para desarrollar el control *administrativo* de convencionalidad adquiere fundamento normativo en el art. 2.º, de la CADH en cuanto faculta a los órganos a disponer medidas de otro carácter, claro que, en el ámbito de su especialidad.

En tal sentido no duda en afirmar que el control *administrativo* de convencionalidad, en tanto *forma esencial implícita en el art. 7 inciso d, LNPA*, es una técnica a cuyo través se concreta, de manera efectiva, el *deber de adecuación.* La observancia de este deber está llamado a garantizar el respeto y la protección de los derechos que reconocen la CADH y el resto de los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional.

(7) *El control administrativo de convencionalidad y sus variables*

El control administrativo de convencionalidad —por el cual se brinda efectividad al *deber de adecuación, art. 2.º CADH*— se puede realizar a través diferentes cauces: *(i) mediante* la *interpretación* del bloque interno de legitimidad administrativa *con perspectiva de derechos fundamentales de la persona humana*, en congruencia con la CADH y la jurisprudencia de la CorteIDH; (ii) a través del dictado de disposiciones reglamentarias y de alcance general no normativo conducentes a la observancia de los derechos y libertades consagrados en la CADH[169]; (iii) por conducto de la derogación de disposiciones reglamentarias (generales, o singulares) y de actos generales no normativos *inconvencionales;* (iv*)* excepcionalmente, a través de la inaplicación razonada del derecho interno inconvencional.

En todos estos supuestos la función de ese mecanismo procedimental específico no es otra que la de *garantizar, en el derecho interno, y* en las prácticas que desarrollan en torno a él*, el contenido de los derechos reconocidos en el bloque de convencionalidad.*

---

166 CorteIDH, «*Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile*» de 24.2.2012, párr. 284.

167 CorteIDH, «*Caso Almonacid Arellano*», sentencia de 26.9.2006, párr. 118; «*Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*» sentencia de 6.5.2008, párr. 122.

168 Ferrer Mc Gregor, Eduardo- Pelayo Moller, Carlos M., «comentario al art. 2.º de la CADH» en AA. VV, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Konrad Adenauer-Eudeba, Buenos Aires, 2014, p. 98.

169 Tal es lo que ocurriría, si, *v.gr.*, el Poder Ejecutivo decidiera reglamentar la Ley de Procedimientos Administrativos con perspectiva de derechos humanos y, en congruencia con la CADH y la jurisprudencia de la CorteIDH y se estableciera un régimen jurídico específico de recursos para cuestiones que pongan en juego de manera directa los derechos humanos. En este supuesto, el deber de adecuación se satisface con la *expedición* de un cuerpo normativo reglamentario del procedimiento administrativo para atender cuestiones que conciernen *directamente* al respeto y la protección de los derechos fundamentales de la persona humana. Otro de los modos por el cual se concretiza el deber de adecuación es mediante la consagración, ya por vía legal, de un *procedimiento administrativo constitucional y convencional* dentro del cual se incluya un mecanismo procedimental específico, el control *administrativo* de convencionalidad, como un segmento del procedimiento administrativo.

Aun así, en el esquema de ordenación vigente en el orden nacional consideramos que, en relación con el acto administrativo *el ejercicio de control administrativo de convencionalidad es una forma esencial implícita en el art. 7 inciso d, LNPA*. Este procedimiento esencial implícito en el art. 7 inciso d, LNPA está destinado a ***prevenir el ilícito convencional*** —ora por vía de interpretación o directamente de inaplicación de derecho interno contrario al orden convencional[170]— o, en su caso, a removerlo mediante el correspondiente acto administrativo extintivo en virtud del cual, se dispone la remoción o retiro del acto administrativo inconvencional.

Ciertamente, el control *administrativo* de convencionalidad por vía interpretativa es una competencia de ejercicio obligatorio para todos los órganos que despliegan la función administrativa. Se sustenta en el art. 2.º de la CADH y en la jurisprudencia de su intérprete último, la CorteIDH. A la vez, es necesario recordar que el Código Civil y Comercial (CCC) establece que «la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta (...) las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos» (art. 2.º, CCC).

Por cierto, todos los órganos decisores de la Administración juntamente con la indispensable e imprescindible y comprometida participación de los servicios de asesoramiento jurídico, tienen el deber jurídico de examinar e interpretar el derecho administrativo nacional, provincial y municipal con perspectiva de derechos fundamentales en congruencia con el bloque de convencionalidad según la jurisprudencia labrada por la CorteIDH. En este aspecto no podemos ignorar que esta variable del control *administrativo* de convencionalidad refuerza la vigencia del principio «*pro persona*» que, como se señaló, es uno de los elementos que compone la tríada basal material del derecho administrativo en el Estado constitucional social de derecho.

Señalamos que el control *administrativo* de convencionalidad exhibe dos modalidades.

Por un lado, se procura, por vía de argumentación o interpretación, la armonización de la norma aplicable con el derecho internacional de los derechos humanos. Por el otro, el control administrativo de convencionalidad tiene una segunda modalidad, ciertamente excepcional, a través de la decisión razonada de inaplicar de manera concreta y singular el derecho interno inconvencional.

A la vez, ambas modalidades de control *administrativo* de convencionalidad tienen dos variables, una *preventiva* —del ilícito convencional—; y otra *revisora* —de acto administrativo irregular afectado de una infracción estructural genética de los deberes que imponen los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional—.

Por cierto, en ambos supuestos el control administrativo de convencionalidad se podrá realizar *a pedido de parte* o *de oficio*.

(8) *Conclusiones**:***

- Según lo sostiene reiteradamente la CorteIDH el control de convencionalidad es una «obligación» de toda autoridad pública que se debe realizar en el marco de sus competencias y procedimientos.
- Ese control conlleva, por un lado, el deber de «*prevenir*» violaciones a los derechos humanos[171]. Por otro, acarrea el deber de «*solucionar*» las violaciones a los derechos humanos cuando «ya hayan ocurrido», tomando en consideración las interpretaciones de la CorteIDH[172].
- La presencia de un antecedente de derecho portador de presunción de invalidez o ilegitimidad por exhibir supuestos de discriminación por las razones señaladas, habilita (obliga) a la Administración a realizar un control administrativo de convencionalidad —

170 A la primera vía, relativa a la interpretación, un sector de la doctrina la denomina control de convencionalidad constructivo, armonizante o adaptativo. En cambio, a la última —inaplicación— se la califica como control represivo de convencionalidad, en tanto concierne a la faceta destructiva de ese control Sagüés, Nestor P., «Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad», en la obra colectiva *Estado constitucional y convencional,* Managua 2017, INEJ, p. 51 y ss.; Moroni Romero, Lucas L., «El control administrativo de convencionalidad», en JA 2013-IV-47 y ss.

171 CorteIDH, «Urrutia Laubreaux», de 27/08/2020, párr. 93

172 *Idem* nota anterior.

conf. CorteIDH, «Gelman» (2011), «García Ibarra» (2015), «Petro Urrego» (2020), «Urrutia Laubreaux» (2020), «Atala Riffo»(2012) entre otros—, tendiente a *adecuar* el antecedente de derecho interno, aplicable al acto, a la CADH —y a los demás los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22)— según la jurisprudencia labrada por la CorteIDH

- Frente a un antecedente de derecho (causa) «*prima facie*» inconvencional, la Administración está obligada (competencia) a realizar, por sí, un ***control preventivo de juridicidad convencional*** (procedimiento esencial y sustancial) con la finalidad de armonizar el derecho interno con la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos (conf. artículos 1 y 2, del CCC) según la interpretación que emana de la CSJN y la CorteIDH.
- El *control preventivo de convencionalidad* de naturaleza armonizante está llamado a evitar la emisión de actos administrativos inconvencionales que debilitan y hacen mermar la fuerza normativa de la Constitución nacional convencionalizada.
- La atribución para adoptar medidas administrativas tendientes a *prevenir del ilícito convencional* constituye una *competencia expresamente implícita* de la Administración que es dable extraer del art. 2.º de la CADH cuyo ejercicio se respalda en los artículos 99, inciso 1.º y 2.º; 100, inciso 1.º, y 75.22 —artículos 1.º y concordantes, CADH— de la Constitución Nacional.
- En situaciones excepcionales la Administración podrá realizar un control preventivo de juridicidad convencional absteniéndose de aplicar, de manera concreta y singular, normas portadoras de presunción de invalidez convencional por incurrir en supuestos de discriminación prohibida (art. 1.1. y 23 CADH).
- Mientras el control preventivo de convencionalidad evita la emisión de actos administrativos inconvencionales —presentándose como un supuesto de prevención del ilícito convencional—, la *revisión del acto administrativo inconvencional* está llamada a «solucionar» (CorteIDH, Urrutia, p. 93) la susodicha ilegitimidad mediante la *remoción* o *retiro* de ese acto.
- En este marco, la *revisión de oficio —o a pedido de parte— del acto inconvencional* opera como un procedimiento de tipo correctivo (o reparador) llamado a enmendar la grave antijuridicidad que afecta a este tipo de acto irregular. En estos supuestos, el acto revocatorio, al tiempo que restablece la juridicidad convencional, produce la salvaguarda y restitución *«in natura»* del derecho humano afectado por el acto inconvencional.

12. Control de oficio y acto administrativo

(1) Las reglas actuales del control constitucional, en cuanto habilitan el control de constitucionalidad *«ex oficio»* (conf. «Mill de Pereyra»; «Banco Comercial de Finanzas»; «Lapadú»; «Mansilla»; «B., J.M.») se proyectan sobre el régimen jurídico del acto administrativo.

Abandonada la doctrina judicial labrada por la CSJN en «Ganadera Los Lagos» (1941), que vedó el control judicial de oficio de los actos administrativos, no resulta sostenible predicar, hoy en día, que los actos administrativos irregulares no son susceptibles de ser anulados de oficio por el juez.

Ahora bien: el problema actual consiste en determinar qué actos administrativos podrán ser declarados nulos *de oficio* por un tribunal judicial.

Un primer miraje postula la aplicación analógica del art. 387 del CCC —esta previsión normativa es similar más no idéntica al art. 1047 del CC, de Vélez—.

Sin embargo, en congruencia con las premisas que gobiernan las reglas actuales del control de constitucionalidad, consideramos que el control y posterior anulación judicial de oficio de un acto administrativo opera únicamente cuando éste comprometa la supremacía de la Constitución.

Concretamente: tal como sucede con los demás actos estatales —leyes y reglamentos— solo los actos administrativos que transgredan de modo directo la *supremacía* constitucional están en condiciones de ser anulados *de oficio.*

A tal efecto la decisión jurisdiccional deberá resguardar el principio de congruencia en cuanto a los hechos y los planteos y respetar el derecho de defensa de las partes.

(2) El ámbito de realización del control judicial de oficio es el de los actos administrativos gravemente ilegítimos, denominados actos administrativos irregulares.

Los actos administrativos *irregulares* —considerados tales por carecer de un requisito esencial o resultar afectados de un vicio grave— pueden padecer *vicios puramente administrativos* y *vicios constitucionales o convencionales*.

Dentro de estos últimos (vicios constitucionales o convencionales) se presentan tres situaciones diferentes:

- Actos administrativos irregulares que incurren en una infracción estructural genética u originaria *formal directa* de la Constitución Nacional convencionalizada (*v.gr*. caso «Aparicio»[173], de 2015);
- Actos administrativos irregulares afectados por una infracción estructural genética u originaria *material directa* de la Constitución convencionalizada (*v.gr*., CorteIDH, «Ivcher Bronstein»[174]) y
- Actos administrativos irregulares portadores de una infracción estructural genética u originaria *formal-material* directa de la Constitución convencionalizada (quedan incluidos en esta categoría los actos administrativos sustentados en normas portadoras de presunción de inconstitucionalidad o inconvencionalidad, frente a las cuales no existen razones sustanciales que las justifiquen, *v.gr*.: («Mantecón Valdés»[175] -«Gottschau»[176], entre otros).

Desde este vértice, y como proyección de las reglas actuales del control de constitucionalidad, es dable inferir que el control y posterior declaración de oficio de nulidad de un acto administrativo, solo se puede realizar sobre actos que, directamente, comprometan la supremacía de la Constitución convencionalizada, tal como sucede con otros actos estatales —leyes y reglamentos—. En este sentido, el control y declaración judicial de nulidad de oficio opera, únicamente, sobre los actos administrativos *irregulares* afectados por vicios constitucionales o convencionales.

13. Conclusiones

La necesidad proyectar la fuerza normativa de la Constitución Nacional convencionalizada sobre el derecho administrativo, nos impulsó a explorar las relaciones entre las reglas que gobiernan el control de constitucionalidad y el régimen jurídico del acto administrativo.

No se nos escapa que, de ordinario, el control de constitucionalidad y el acto administrativo se presentan como senderos paralelos, sin puntos articulación o de encuentro.

Aun así, el examen de ambos institutos *desde la matriz del Estado constitucional social y democrático de derecho* permite comprobar que algunas reglas actuales de control constitucional, labradas con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, impactan directamente el régimen jurídico del acto administrativo.

A lo largo de este estudio examinamos cómo algunas de esas reglas proporcionan respuestas que *mitigan la crisis estructural de juridicidad* que afecta al régimen legal-jurisprudencial del acto administrativo.

---

173 Fallos 338:284 (2015). En este pronunciamiento se examinó la validez del decreto que nombró conjueces de la CSJN. En su pronunciamiento el alto Tribunal entendió que correspondía declarar la nulidad de la designación de conjueces efectuada por el Poder Ejecutivo Nacional por cuanto el referido acuerdo, si bien tuvo voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, no contó con el voto de los dos tercios de los miembros presentes del Senado de la Nación, como exige el art. 99, inc. 4.º, primer párrafo, de la Constitución Nacional.

174 CorteIDH, *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 6 de febrero de 2001.

175 Fallos: 331:1715

176 Fallos 329:2986.

Los resultados de este trabajo permiten comprobar que, en ciertos supuestos, las reglas de control constitucional *orientan y guían* el régimen jurídico del acto administrativo; en otros, en cambio, lo *condicionan*.

Una de las cuestiones que analizamos se refiere a la posición que debe adoptar la Administración con relación a: (i) las normas legales declaradas inconstitucionales por la CSJN en un proceso individual; (ii) las normas legales vigentes, dotadas de presunción de constitucionalidad, pero que la Administración, por sí, «juzga» inconstitucionales; (iii) las previsiones normativas vigentes, portadoras de presunción de inconstitucionalidad e inconvencionalidad.

Asimismo, nos planteamos si la Administración está facultada para realizar un *control administrativo de convencionalidad*. En tal sentido se indicó que el control administrativo de convencionalidad, en tanto garantía ínsita en el derecho fundamental a la *tutela administrativa efectiva*, exhibe diferentes modos y procedimientos. En algunos supuestos el susodicho control tenderá a *prevenir la consumación del ilícito convencional*; en otros, el control de convencionalidad se realizará mediante la revisión del acto irregular portador de un vicio grave de naturaleza convencional. En uno y otro supuesto el control procederá, ora por vía de interpretación conforme, con perspectiva de derechos humanos, según el principio «pro persona» —control armonizante, según un sector de la doctrina—; o mediante la no aplicación concreta y singular del fragmento del derecho interno inconvencional. En ambos supuestos el control administrativo de convencionalidad se podrá realizare *a pedido de parte* o *de oficio*.

Finalmente se examinó, brevemente, el impacto del control de oficio de constitucionalidad sobre las características de los actos irregulares afectados por vicios constitucionales.

Bibliografía

Alexy, **Robert**,

Teoría de los derechos fundamentales, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002

La construcción de los derechos fundamentales, 1.º ed., 1.º reimpresión, Buenos Aires, 2012,

Bianchi, **Alberto B**.,

Control de Constitucionalidad, T. 1, segunda edición, Buenos Aires, 2002.

La separación de Poderes, Buenos Aires, 2019.

Bidart Campos

Casos de derechos humanos, Buenos Aires, 1997.

El derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Buenos Aires, 1995).

Borowski, **Martin** *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. C. Bernal Pulido, Bogotá, 2003.

Cassagne, Juan Carlos,

Derecho administrativo, t. II, Buenos Aires, 12.ª ed.

Los grandes principios del derecho público (Constitucional y Administrativo), segunda edición actualizada, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2021.

«La trascendencia del art. 109 de la Constitución Nacional en el sistema judicialista argentino y su fuente constitucional», *diario La Ley* de 15.6.22.

El acto administrativo, 4.º edición actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2021,

Comadira, **Julio R**.,

Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003.

La licitación pública, segunda edición, Buenos Aires, 2006.

Comanducci, **Paolo**, «Principios jurídicos e indeterminación del derecho», Rev. Doxa N.º 21.

García Ramírez, **Sergio**, «El control judicial interno de convencionalidad», en AA. VV, *Diálogos jurisprudencial en derechos humanos*, Ferrer McGregor- Herrera García coordinadores, Tirant lo Blanch México, 2013.

García de Enterría-Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 4.º edición, pp. 192/195.

Gordillo, **Agustín**, *Tratado de Derecho Administrativo*, T.1, cuarta edición, Buenos Aires, 1997, VII-30/31.

Guastini, **Riccardo**,

Interpretar y argumentar, 1.º ed. Lima-Perú, 2018,

Lecciones de teoría del derecho y del estado, 1.º ed., Zela, Perú, 2019, traducción de la obra italiana Lezioni di teoría del diritto e dellostato, Turin, 2006.

Gutiérrez Colantuono, **Pablo**, *Control de convencionalidad en la Administración Pública*, Astrea, Buenos Aires, 2022.

Linares, **Juan Francisco**, *Derecho Administrativo,* Buenos Aires, 1986.

Marienhoff, **Miguel**, en «La evolución del derecho y la Procuración del Tesoro», conferencia pronunciada el 6 de junio de 1990.

Maurer, H., *Derecho Administrativo*, Parte General, Marcial Pons, Madrid, 2011.

Mayer, **Otto**, *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo I, parte general, Depalma, Buenos Aires, 1949, p.75.

Morand Deviller, **Jacqueline**, *Derecho administrativo*, 14.º edición traducida, 2017, Universidad Externado, Bogotá.

Monti, Laura M., «La administración pública frente a la ley inconstitucional e inconvencional. Reflexiones». Interrogantes, *Boletín Jurídico N.º 17* (BJ 17, 2023) de la Escuela de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación; en el mismo sentido, RDA N.º 148, Abeledo-Perrot, junio-agosto 2023.

Perrino, **Pablo E.**, «Breves reflexiones sobre el principio de legalidad de la administración, las potestades administrativas y las restricciones de derechos», RDA N.º 151, Buenos Aires, 2024.

Rodríguez Arana, **Jaime**, *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales,* INAP, España, 2015.

Sagüés, **Néstor P**.,

«De la Constitución Nacional a la Constitución "convencionalizada"», *JA* 2013-IV, N.º Esp. fascículo n. 2.

Recurso extraordinario, T. I, cuarta edición, Buenos Aires, 2002, pp. 238/241.

Sammartino, **Patricio M.E.,**

Amparo y Administración en el Estado constitucional social de derecho, tomo I, Buenos Aires, 2012,

«Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional de derecho», *diario ED*, serie especial derecho administrativo, de 21.5.2014.

«La estabilidad del acto administrativo», *Revista Derecho Administrativo*, RDA 2019-125, 07/10/2019.

Santamaría Pastor, **Juan A**., *Principios de Derecho Administrativo*, Tomo II, segunda edición, 2009, Iustel, Madrid.

Sieckmann, Jan-R., *El modelo de los principios del derecho.*

Sola, **Juan V**., *Control de constitucionalidad*, segunda edición actualizada, Buenos Aires, 2006, pág. 510.

Soria, **Daniel**, «Descalificación de normas legislativas dispuesta por la Corte Suprema en vía no judicial», diario La Ley, 13 diciembre de 2022, pp.1/2.

Vanossi, **Jorge R**., *Estado de derecho,* Astrea, Buenos Aires, 4.º edición, 2008.

Vigo, **Rodolfo L**., *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, 1.º ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.

Zagrebelsky, **Gustavo**, *El derecho dúctil*, sexta edición, ed. Trotta, Madrid, 2005.

20

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO *VS*. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. UNA ANTIGUA MATERIA PENDIENTE

STATE RESPONSIBILITY *VS*. EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION. AN OLD PENDING MATTER

Hugo R. Gonzalez Elias
Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica Argentina

RESUMEN: Existe consenso doctrinario en afirmar que el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado constituye uno de los pilares fundamentales del derecho administrativo. Sin embargo y desde un análisis evolutivo, comparado y práctico, constituye una materia pendiente que exige un replanteo general en aras de garantizar la tutela judicial efectiva de los administrados siempre afectada en algún punto o aspecto cuando se trata de lograr el resarcimiento de un daño padecido, advertir el problema es el primer paso para pretender solucionarlo.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad patrimonial del estado - Tutela judicial efectiva – Garantías judiciales

ABSTRACT. There is doctrinal consensus in affirming that the institute of patrimonial responsibility of the State constitutes one of the fundamental pillars of administrative law. However, and from an evolutionary, comparative and practical analysis, it constitutes a pending matter that requires a general rethinking in order to guarantee effective judicial protection of those administered is always affected at some point or aspect when it comes to achieving compensation for damage suffered, noticing the problem is the first step to trying to solve it

KEYWORDS: Patrimonial responsibility of the state - Effective judicial protection – Judicial guarantees

SUMARIO 1. BREVES NOCIONES DE LOS TÉRMINOS UTILIZADOS 2. EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y LAS DISTINTAS FORMAS DE ELUDIR SU EFECTIVIDAD 3. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO DEUDA PENDIENTE EN LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO 4. OBSTÁCULOS SUPERADOS Y POR SUPERAR (EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN CLAVE *IN FIERI*). ANEXO: SISTEMAS QUE REQUIEREN EL TRÁNSITO PREVIO DEL RECLAMO POR ANTE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

1. Breves nociones de los términos utilizados

La garantía a la tutela judicial efectiva comprende tres aspectos que coinciden con momentos procesales: a) La libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudie-

ran impedirlo[1]. b) De obtener una sentencia de fondo fundada[2] y en un tiempo razonable. c) Al cumplimiento efectivo de la sentencia[3].

Constituye uno de los derechos humanos esenciales previstos en todos los sistemas nacionales (p.ej. Artículo 18 de la Constitución argentina) y en los tratados de derechos humanos (Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos humanos. Pacto de San José de Costa Rica) reconoce a toda persona el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente, imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter[4].

Por otra parte puede afirmarse que la responsabilidad patrimonial del Estado es el instituto por el cual éste responde económicamente frente a los ciudadanos cuando le irroga un daño que éste no tiene el deber de soportar, si bien se la reconoce respecto de la Administración pública en sentido subjetivo, debe considerarse también comprensivo de la actividad estatal proveniente de la actividad legislativa y judicial, opera tanto cuando el Estado actúa ilegítimamente como cuando lo hace en cumplimiento de sus cometidos públicos.

Tiene su fundamento en principios de naturaleza ética, política y/o jurídica y reconocimiento jurídico fue acompañando a la configuración del Estado moderno y a la consolidación del estado de derecho[5].

Hauriou[6] sostenía que hay dos correctivos de la prerrogativa de la administración que reclama el instinto popular: que actúe, pero que obedezca la ley (principio de legalidad), que actúe, pero que pague el perjuicio (principio de responsabilidad)[7].

2. Evolución de los sistemas de responsabilidad patrimonial del Estado y las distintas formas de eludir su efectividad

El desarrollo del instituto —tal como lo consideramos en la actualidad— comenzó, aproximadamente, a fines del siglo XVIII en Alemania y Francia, para los sistemas adscritos al «droit administratif», mientras que fue a mediados del siglo XIX inició —con mayor vigor— el proceso en los sistemas adscritos al «rule of law».

---

1 Mayer, O. (1949), t. IV, p. 218 Su reconocimiento tuvo antecedentes en materia constitucional en el artículo 95 de la Carta Constitucional de Württemberg de 1819 «*A ningún ciudadano que por un acto de autoridad pública se considere lesionado en su derecho privado, basado en un título especial, se le puede cerrar la vía judicial*».

2 Rivera, L. J. B. «La responsabilidad patrimonial del Estado en México. Jacinta F. Marcial como caso paradigmático». *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativa* 2024 (en edición). En dicha sentencia el Tribunal Federal de Justicia Administrativa mexicano dispuso que sea dictada en términos de «lectura fácil» atendiendo a su destinataria una indígena «ñhá-ñhü» detenida y sentenciada injustamente por el obrar manifiestamente irregular de la Agencia Federal de Investigaciones.

3 El artículo 113 de la Constitución italiana (1947) establece «*Contra los actos de la Administración pública se admitirá siempre la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria o administrativa*».

4 Grillo, I. I. M. (2004). «El derecho a la tutela judicial efectiva». Disp.: www.saij.jus.gov.ar. Id SAIJ: DACF040088.

5 Gonzalez Elias, H. R. (2023). «Responsabilidad Patrimonial del Estado en el Derecho Público Global». *Lex*, ed. Olejnik, Santiago de Chile.

6 Houriou, M. (1936). «La utilización por el Derecho Administrativo de las normas y principios del Derecho Privado», Buenos Aires, t. 4, págs. 1 y ss.

7 La Exposición de Motivos de las Leyes 39/2015 y 40/2015 española que unificó los procedimientos administrativos ante la Administración pública reconoce que el principio de responsabilidad junto con el principio de legalidad constituyen los grandes soportes del sistema de protección de derechos de los ciudadanos.

Sus principales obstáculos que debieron ser superados desde su inicio y que, indudablemente, aún hoy persisten en algunos sistemas, lo constituyen dos principios de derecho público, uno sustancial, que puede resumirse en la expresión «the King can do no wrong» y otro procesal «la indemandabilidad del soberano (legislador como representante del pueblo)» que actuaron aislada o conjuntamente.

Esos principios fuertes fueron siempre acompañados por otros de menor entidad pero de notable influencia, como lo son el de la distinción entre «actos discrecionales» o «actos políticos», incluso, más refinadamente «actos institucionales» excluidos de ser pasibles de reclamo resarcitorio; en el plano sustancial y en el procesal, el del necesario planteamiento previo del reclamo ante el propio Estado o «agotamiento de la vía administrativa», los que también fueron acompañados por otros de gran impacto práctico como la consideración de sentencias declarativas o no ejecutables frente al Estado o, de mayor razonabilidad práctica pero también utilizada abusivamente, el diferimiento del cumplimiento efectivo de la sentencia para el momento en el cual fuera presupuestado por el órgano legislativo o hubiese fondos disponibles en base a criterios discrecionales.

De menor entidad aún pero dentro de la misma línea restrictiva de la tutela judicial efectiva se encuentran el deliberado dictado de normas contrarias a los derechos de los ciudadanos junto a la especulación del elongado tiempo de obtención de una sentencia firme y su pago, con juzgados colapsados, pago con bonos que devalúan la deuda incluyendo «quitas», etc.

Es en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del legislador y del juez donde las dificultades han sido el mayor escollo para que sean reconocidos los daños como resarcibles por el Estado.

La responsabilidad patrimonial de la actividad legislativa ha tenido —y aún en la actualidad tiene— grandes resistencias en ser reconocida como tal, aunque en los sistemas más evolucionados ha tenido que transitar un largo camino que partió del obstáculo que provenía del principio republicano de la omnipotencia del legislador (infalibilidad del soberano) y que culminó con el reconocimiento de su responsabilidad. En los sistemas del *common law* directamente no es reconocida aún en la actualidad.

En la responsabilidad patrimonial de la actividad judicial, el error judicial en sentido estricto (privación de la libertad por groseros errores) tiene generalizada aceptación haciendo honor —tal vez— a su muy temprano reconocimiento. Aunque, por lo demás, en los sistemas del *common law* se encuentran también por fuera de todo otro reconocimiento[8], mientras que en los sistemas del régimen administrativo es muy dispar en el plano regulatorio[9] pero prácticamente nulo en la práctica. Cuando se configura la falta de servicio no se encuentran argumentos sólidos para no reconocerla, en cambio cuando se trata de errores en lo que se decide, encuentra justificación en principios procesales como la intangibilidad de la cosa juzgada y en otros de hondo calado en el funcionamiento del sistema republicano, cual es el de la independencia del juez quien se vería afectado si cada vez que incurre en algún error (no grosero o muy grave) estaría signado por ese temor que podría afectar su servicio.

3. La tutela judicial efectiva como deuda pendiente en los sistemas de responsabilidad patrimonial del Estado

Aún hoy, como un resabio de las antiguas concepciones, en el Reino Unido, el Rey personalmente es indemandable, es decir, subsiste el principio «el Rey no puede fallar» aunque en sentido estricto; de todas formas tanto en dicho reino como en Estados Unidos (baluartes del «rule of law») es necesario previo al acceso a la justicia, el planteo del reclamo en sede administrativa, presupuesto procesal que tiene importantes excepciones (de tipo práctico más que nada) pero que de todas formas subsiste.

8 El párrafo 5 sección 2 de la *Crown Proceeding Act* no se reconoce la responsabilidad del Estado por sus actos judiciales y los jueces gozan de la *inmunity from civil liability*, es decir, de inmunidad civil absoluta por cualquier acto realizado en ejercicio del cargo, ni siquiera cuando actúen con dolo.

9 El artículo 5 de la Ley N.º 26944 aplicable al Estado Nacional argentino en su párrafo tercero «excluye daños causados por actividad judicial legítima».

Bianchi[10] sostiene que el criterio de la indemandabilidad del Estado en Estados Unidos (en el Reino Unido sucede lo mismo), en líneas generales, subsiste aún en la actualidad, a lo que debe agregarse que, en dicho país, aún existe la segregación del conocimiento de la justicia de los actos políticos o soberanos, como asimismo el impedimento de resarcimiento de daños provocados por el ejercicio del poder regulatorio estatal («policy»), asuntos éstos que enmarcan una serie de limitaciones sustanciales y procesales que obstaculizan la garantía de la tutela judicial efectiva, más allá que, cabe recordar, al no estructurarse con un régimen administrativo en dicho país el derecho aplicable es el derecho privado, lo cual —como puede verse— viene precedido de principios y criterios que imponen restricciones con instituciones superadas en el siglo XX por el derecho administrativo continental.

Sin embargo, puede sostenerse que en general estos sistemas no disponen limitaciones en los rubros o ítems que integren las indemnizaciones que se deban reconocer, siendo la integralidad el principio que se reconoce, bajo la intención de restituir al estado anterior al daño sin exclusiones, aplican el concepto de «indemnización justa».

En los países y sistemas comunitarios (Comunidad Europea) el sostenido avance de la ciencia jurídico-administrativa ha permitido soslayar impedimentos irrestrictos y criterios limitativos, puede afirmarse que —de todas formas— en ellos subsisten como tales o en forma velada algunas efectivas y sutiles limitaciones.

En efecto, países como Alemania, España (europeos), Colombia, Uruguay (americanos), entre otros, exigen el reclamo administrativo previo de la reparación del daño, mientras que en Argentina la ley aplicable al Estado Nacional N.º 26944[11] excluye de la reparación las «*circunstancias personales, valores afectivos ni ganancias hipotéticas*» de la responsabilidad por actividad lícita o bien, como ya se adelantó, bloquean la efectividad de la garantía considerando declarativas y no de condena a las sentencias donde se reconocen el derecho al resarcimiento.

4. Obstáculos superados y por superar (el derecho administrativo en clave *in fieri*). El rol de la academia

Ya caracterizada la garantía a la tutela judicial efectiva como protectora de derechos humanos y descrita los distintos momentos en que ella debe funcionar desde que un ciudadano padece un daño provocado por el Estado que exige ser resarcido, no queda más que insistir en hacer desaparecer las barreras y obstáculos que surgen de los principios y criterios antes referidos como asimismo reclamar por la abolición de aquellos que se muestran como más sutiles aunque más perversos (p.ej. utilización del sistema judicial colapsado como forma de eludir temporalmente el reconocimiento y su ulterior desembolso).

Aun así, queda un importante desafío pendiente de sortear de parte de la academia y de los estudiosos del derecho administrativo, aunque hoy se tiene fundadas esperanzas de avanzar en ello.

En efecto, pese a que el instituto nació junto al derecho administrativo moderno, existe consenso doctrinario en la falta de una teoría general que lo vertebre, tal como lo expresara Jaime Rodriguez Arana[12] quien sostiene que corresponde procurar una separación clara de la responsabilidad administrativa de otras instituciones, como la delimitación de derechos y la expropiación forzosa que, aunque afines, son instituciones distintas, tanto por sus respectivos orígenes históricos, como por sus respectivos fundamentos, presupuestos y consecuencias jurídicas. Una correcta solución de muchos de los problemas que plantea la responsabilidad civil de las Administración pasa, en gran medida, por un adecuado deslinde de figuras afines.

También corresponde un replanteo en relación a involucrar al funcionario público que provoca el daño a resarcir, advirtiendo que debe tenerse presente que, en el ámbito civil, también

10 Bianchi, A. B. «Panorama Actual de la Responsabilidad del Estado en el derecho comparado». *La Ley*, 1996-A, pp.922-953.

11 Promulgada de hecho el 07/08/14.

12 Rodriguez-Arana, J. Prólogo al libro «Responsabilidad Patrimonial del Estado...» cit.

en el penal, quien aparece como responsable es una persona concreta, por lo que las reglas reguladoras de estas formas de responsabilidad no pueden trasladarse, sin más, cuando la actuación la realiza un «poder público» que persigue la consecución de intereses generales y que no puede omitir el ejercicio de sus facultades pese a eventuales perjuicios.

Cabe recordar un presupuesto básico en la temática que enuncia que el único modo que tiene el Estado para exigir el cumplimiento de las normas y proscribir la justicia privada es a través de una administración de justicia organizada en forma eficiente.

Cuando la administración de justicia fracasa, la seguridad jurídica es reemplazada por la irracionalidad y por la imprevisibilidad, desapareciendo la confianza y colocando a los miembros de una sociedad, y a veces hasta al propio gobierno, en estado de indefensión.

Conclusión

En definitiva y a modo de síntesis conclusiva puede sostenerse que constituye un desafío verdaderamente importante y actual, la remoción de los obstáculos que impiden que el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado pueda encontrarse en sintonía con la garantía a la tutela judicial efectiva plena.

Dicha garantía esencial de todos los derechos humanos se encuentra afectada en los sistemas nacionales e incluso en los comunitarios, en general en alguna o varias de sus etapas procesales que la compone.

***En la garantía al libre acceso a la justicia se la afecta:**

1) Desconociendo la demandabilidad del Estado o Corona.
2) En la exclusión de actividades en forma completa o en base a criterios dogmáticos (actividad legislativa y judicial).
3) Exigiendo el tránsito previo ante el propio Estado que resultan infructuosos (su precedente fue la «venia legislativa»).

***En la garantía a una sentencia justa:**

1) Al excluir rubros indemnizatorios (ej. lucro cesante).
2) Pagos con quitas o bonos.

***En la garantía al cumplimiento de la sentencia en tiempo razonable**

1) Al considerarlas no exigibles a la Administración pública (sentencias declarativas).
2) Por supeditar a su previsión presupuestaria sin determinaciones normativas que acoten la decisión discrecional.
3) Por el colapso de los fueros que atienden estas causas, por la demora excesiva en el dictado de la sentencia y su efectivo cumplimiento.

La academia puede aportar a ello no sólo insistiendo en tales graves obstáculos, sino también en despejar incertidumbres teóricas que justifiquen racionalmente los conceptos jurídicos indeterminados que componen el instituto, brindándole su propio y específico fundamento, sin apelar a tomar prestado de otros como el de la expropiación o de la limitación de los derechos.

Aunque en esa labor no debe cometerse el error de exceder el límite de lo razonable no sólo porque el peligro siempre será la socialización excesiva de los daños que torne inaplicable el sistema por no responder a su fin propio, transformando un esencial instituto en un agujero negro no sólo injusto en lo estrictamente valorativo sino contraproducente para los recursos estatales provenientes de los impuestos destinándolos a reparar daños que no justifican ser resarcidos.

Por otra parte, estamos en el campo del derecho público donde todas las instituciones se componen de esa tensión característica entre prerrogativas públicas fundadas en el interés general y garantías privadas fundadas en el interés privado, por ello la mayor garantía de la tutela judicial efectiva no significa necesariamente que ello sea justo si ello afecta los intereses

generales, de allí que determinadas y excepcionales áreas de lo público pueden estar limitadas a la reclamación patrimonial válida y justificadamente[13].

El camino ha sido transitado por todos los grandes autores del derecho administrativo clásico y contemporáneo, incluso le resultó un desafío a quien hoy quiero brindar un sentido homenaje a Agustin Gordillo quien falleciera recientemente (por su generosidad para conmigo) con quien estuve infructuosamente tratando de ubicarlo para entregarle mi libro, pero también finalmente corresponde tener cierta esperanza en el avance de esta materia pendiente dado que autores de prestigio y también de gran generosidad han comenzado a delinear un nuevo y profundo camino como quien nos nuclea y es causa de nuestra presencia, ya saben a quién me refiero: al catedrático Jaime Rodriguez Arana Muñoz quien en el prólogo puso las cosas en su lugar al señalar

> «un buen sistema de responsabilidad pública debe perseguir por encima de cualquier otra consideración que el funcionamiento de los Entes públicos sea lo más diligente posible y el más respetuoso con los derechos de los ciudadanos»

El equilibrio del sistema es la clave de su éxito, ni muy generoso ni muy amarrete y ello debe ser racionalizado por la academia para luego sea derramado a los sistemas jurídicos y aplicados en todo el derecho comparado, de forma de que el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado sea estrictamente aplicable en base a un sistema respetuoso de la garantía a la tutela judicial efectiva.

Anexo

Sistemas que requieren el tránsito previo del reclamo ante la Administración pública

- Alemania: Si.
- Argentina: No.
- Chile: No (es opcional para el reclamante).
- Colombia: Si.
- España: Si.
- Estados Unidos de Norteamérica: Si.
- Italia: No.
- México: Si.
- Reino Unido: Si.
- Uruguay: Si.

Bibliografía

Bianchi, A. B. «Panorama Actual de la Responsabilidad del Estado en el derecho comparado». *La Ley*, 1996-A, pp.922-953

Gonzalez Elias, H. *Responsabilidad Patrimonial del Estado en el Derecho Público Global*. Lex, de. Olejnik, Santiago de Chile, 2023

Grillo, I. I. M. «El derecho a la tutela judicial efectiva». Disp.: www.saij.jus.gov.ar. Id SAIJ: DACF040088

Houriou, M. *La utilización por el Derecho Administrativo de las normas y principios del Derecho Privado*, Buenos Aires, t. 4, págs. 1 y ss.

13 En definitiva es el mismo criterio que aplica el Comisión Europea de Derechos Humanos de Luxemburgo en materia de indemnizaciones expropiatorias, en las que considera que la garantía a la «indemnización justa» exige un «balance justo» (*fair balance*) entre intereses generales comprometidos y privados afectados, considerando que no siempre cabrá en ese standart la consideración del valor de mercado del bien afectado, admitiendo —se reitera en casos especiales— que sea reconociendo un menor valor (case «James and others» Sentencia 8793/79– disp.: https://hudoc.echr.coe.int › conversion › docx › pdf).

Mayer, O. *Derecho Administrativo Alemán*. Depalma, Buenos Aires, t. 4

Rivera, L. J. B. «La responsabilidad patrimonial del Estado en México. Jacinta F. Marcial como caso paradigmático». *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo* 2024 (en edición)

Rodriguez Arana, J. Prólogo al libro Gonzalez Elias, H. *Responsabilidad Patrimonial del Estado...* (cit.).

21

LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y EL DERECHO AL ACCESO AL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ANULATORIO

Pablo Daniel Cruz (*)

SUMARIO: 1. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA. 1.1. CONCEPTO. 1.2. CONTENIDO. 1.3. NATURALEZA. 2. DERECHO AL ACCESO AL CONTENCIOSO ANULATORIO. 2.1. ANÁLISIS DE SU CONTENIDO A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA. 2.2. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 3. APRECIACIONES FINALES.

1. Tutela jurisdiccional efectiva

1.1. Concepto

Jesús González Pérez en su ya clásica obra, *El derecho a la tutela jurisdiccional* decía que la tutela jurisdiccional efectiva apareció con la superación de la autodefensa; apareció cuando la humanidad comprendió que solo puede asegurarse el imperio de la justicia, cuando se sustituya el ejercicio de la fuerza privada para satisfacer las pretensiones y el reconocimiento de los derechos por la actuación de un órgano imparcial[1].

Couture, comenzando el capítulo final de su obra «Fundamentos del Derecho Procesal Civil», titulado «La tutela jurídica», a partir del estudio de la escuela alemana, consideró que la tutela jurisdiccional efectiva consiste en la «satisfacción efectiva de los fines del derecho, la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas»[2].

El ilustre procesalista uruguayo en el apartado «Acceso al Tribunal» estimo que «A nadie puede ser negado el acceso al tribunal para demandar en juicio», y más adelante dice: «El derecho a demandar es inherente a la persona humana, tal como reiteradamente ha tratado de demostrarse en este libro. Es, incluso, inherente a la persona humana de los que no tienen razón para preten-

---

1 * Profesor Titular de Derecho Administrativo (Público II) de la Facultad de Derecho de la Universidad CLAEH (Sede Punta del Este). Profesor Adjunto de Procesos Constitucionales (Público III) de la Facultad de Derecho de la Universidad CLAEH (Sede Punta del Este). Profesor Titular de Derecho Público en la Facultad de Contador Público de la Universidad de la Empresa (Sede Punta del Este). Ex- Profesor Titular de Principios Generales de Derecho de la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Católica del Uruguay, Dámaso Antonio Larrañaga (Sede Punta del Este). Curso de Posgrado en Derecho Administrativo Global en la Universidad La Coruña (España). Miembro del Centro Iberoamericano de Estudios de Derecho Público y Tecnología. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.
Citado en Durán Martínez, A., «La tutela jurisdiccional efectiva y el contencioso administrativo de anulación en Uruguay». en *Estudios Jurídicos. En Homenaje al Prof. Dardo Preza Restuccia*. Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, N.º 13. 2014., p. 117.

2 Couture, Eduardo., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3.º edición, Roque Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 479.

der de los jueces algo contra alguien. Sería mejor que no fuera así si ello fuese posible. Pero no es posible»[3].

Esteva Galicchio señala que es justo destacar la modernidad del análisis del clásico procesal constitucionalista uruguayo, al considerar casi sesenta años atrás, el derecho a demandar como inherente a la persona humana, desarrollando las diversas referencias a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948[4].

No obstante, el alcance del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es aún mayor. El mismo «no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiera lugar a ello, por el daño sufrido. Lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan a favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones»[5].

Se trata de que «en un lugar geográfico determinado y en un momento histórico determinado, existan jueces independientes, revestidos de autoridad y responsables de sus actos, capaces de dar la razón a quienes ellos creen sinceramente que la tienen. Y que las autoridades encargadas de respetar y ejecutar las sentencias judiciales, las respeten y ejecuten positivamente»[6].

En tal sentido, «el derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le `haga justicia´; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso, con unas garantías mínimas»[7].

Pero, según viene de decirse, de nada sirve la mera proclamación de la tutela jurisdiccional como derecho fundamental de toda persona si la misma no es efectiva, es decir, sino garantiza también el debido cumplimiento de los fallos y la reparación integral de los daños eventualmente reclamados. La efectividad es algo consustancial al derecho a la tutela jurisdiccional, puesto que una tutela que no sea efectiva, por definición, no será tutela[8].

Por eso, decía con razón el ilustre maestro español:

> «El derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional no constituye en modo alguno una conquista del Estado Social de Derecho, ni siquiera del Estado de Derecho. No es algo que derive del modelo de Estado que dice adoptar la Constitución de 1978. Sino algo consustancial a todo el Estado. La organización del Poder público de modo que quede garantizada la justicia le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer. El derecho a la justicia existe con independencia a que figure en las Declaraciones y leyes de cada Estado. Como los demás derechos humanos es un derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres. Los ordenamientos positivos se limitan a recogerle, como recogen otros principios de Derecho natural, al lado de los principios políticos tradicionales»[9].

---

3 Couture, Eduardo., *Fundamentos...*, p. 488,

4 Esteva Gallichio, Eduardo., «Proyección del principio de la tutela judicial Efectiva sobre la exclusión de la procesabilidad de actos administrativos en razón del fundamento del acto», en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY. Uruguay, 2016, N.º 14, p. 188.

5 Figuerelo Burrieza, Ángela., *En torno al concepto de tutela efectiva de los jueces y tribunales.* en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, N.º 23, Año 1983, p. 218 citado en Delpiazzo Antón, Gabriel. «Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración. Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho. Montevideo, 2009. p. 19.

6 Couture, Eduardo., *Fundamentos...*, p.488.

7 González Pérez, Jesús., *El derecho a la tutela*..., p. 27, citado en Durán Martínez, Augusto., «La tutela jurisdiccional efectiva...», p. 119.

8 Delpiazzo Antón, Gabriel, Tutela *jurisdiccional efectiva*.... p. 17

9 González Pérez, Jesús., *El derecho a la tutela*..., p. 43 y ss., citado en DURÁN Martínez, Augusto., «La tutela jurisdiccional efectiva...», p. 117.

Cassagne expresa que la tutela judicial efectiva puede ser descrita a través de tres aspectos diferentes. En primer lugar, como principio general del derecho, es decir, como mandato que vincula a los jueces y protagonistas del proceso mediante una función integradora que desplaza cualquier norma que se oponga a la realización efectiva de la tutela judicial, además de la posibilidad de suplir vacíos normativos. En segundo término, si se toma el concepto moderno del derecho subjetivo (en un sentido amplio que incluye todos los intereses que protege el ordenamiento), la tutela jurisdiccional efectiva constituye una facultad que confiere el derecho a accionar judicialmente, sin trabas ni escollos de ninguna especie. Por último, la tutela judicial efectiva precisa, para realizarse en plenitud, disponer de las garantías procesales que aseguren el acceso a la justicia, la defensa en el trámite del juicio y la ejecución de la sentencia, lo que incluye también, la tutela anticipada y las llamadas medidas autosatisfactivas[10].

Rodriguez Arana señala que entre las bases constitucionales del nuevo Derecho Administrativo, la Constitución española de 1978 ofrece presupuestos más que suficientes para edificar el moderno derecho administrativo, citando —entre otros— el artículo 24.1 que proclama la tutela judicial efectiva y prohíbe toda situación de indefensión, lo cual supone la necesidad de releer y repensar, desde la Constitución, muchos de los dogmas y principios que han levantado el edificio del Derecho Administrativo y que, hoy en día, deben ser claramente replanteados[11].

1.2. Contenido

Jesús González Pérez señala que: «El derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la Justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la Jurisdicción, proceso debido y eficacia en la sentencia»[12].

Por lo tanto, su efectividad debe garantizarse en cada una de dichas instancias.

En primer lugar, «no solo se debe postular un acceso a la jurisdicción, sino que ese acceso debe ser efectivo. De nada valdría proclamar que las personas tienen acceso a la justicia, que ése es su derecho, si luego, en la realidad de los hechos, esa posibilidad resulta menguada o, claramente, se carece de ella. Las personas deben tener una verdadera y real posibilidad de acceder a la jurisdicción»[13].

Asimismo, queda comprendido en esta instancia la proscripción de excluir de la procesabilidad anulatoria actos administrativos en razón de su fundamento.

El derecho a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas es el presupuesto de los demás. Si este derecho se limita injustificadamente o, más aún, se niega, no hay siquiera que hablar de efectividad de la tutela, sino de una absoluta denegación de justicia[14].

En segundo lugar, «la tutela jurisdiccional efectiva no quedará prestada con la recepción por un órgano jurisdiccional de la pretensión y la emisión de una sentencia decidiendo acerca de su conformidad o disconformidad de la misma con el ordenamiento jurídico. La tutela solo será efectiva

10 Cassagne, Juan Carlos, Los grandes Principios del Derecho Público (constitucional y administrativo), Editorial Reus. Buenos Aires. 2016, p. 442.

11 Rodriguez - Arana Muñoz, Jaime. *Derecho Administrativo y Administración Pública en tiempos de crisis*. Colección Estudios Jurídicos. N.º 103. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2014, p. 337.

12 Citado en Durán Martínez, Augusto., «La tutela jurisdiccional efectiva...», p. 119.

13 Marabotto Lugaro, Jorge, «Un derecho humano esencial: el acceso a la Justicia», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 2003, p. 294.

14 Urosa Maggi, Daniela., *Tutela Judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho español y venezolano*, Funeda, Caracas, 2003, p. 95 y 96, citado en Delpiazzo Antón, Gabriel. *Tutela jurisdiccional efectiva...*, p. 39.

si el órgano jurisdiccional reúne ciertas condiciones y antes de dictar la sentencia sigue un proceso investido de las garantías que hagan posible la defensa de las partes»[15].

Además, debe entenderse que la efectividad de la tutela jurisdiccional comporta necesariamente también el derecho a obtener durante la sustanciación del proceso, y en razón a la pendencia del fallo, una regulación cautelar del bien en litigio, que impida su pérdida total o parcial de que recaiga dicho fallo[16].

En tercer lugar, la tutela jurisdiccional tampoco será efectiva si el mandato contenido en la sentencia no se cumple, se cumple mal o en forma tardía. La pretensión no queda satisfecha con la sentencia que declare si está o no fundada, sino cuando lo mandado en la sentencia sea cumplido. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva exige la efectividad del fallo, la adopción por parte del Tribunal de las medidas conducentes a ello[17].

1.3. Naturaleza

Durán Martínez sostiene que nadie discute hoy en día que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho humano[18]. Esta así expresamente recogido en el artículo XVIII de la declaración de los Derecho y Deberes del Hombre de la O.E.A de 1948, en el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica, en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas[19].

A Nivel europeo, es expresamente recogido por el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en el ámbito del derecho interno, es reconocido genéricamente en forma implícita a veces, como en el artículo 24 de la Constitución de Italia y 19 de la de Alemania y en forma expresa, como en el artículo 24 de la Constitución de España[20].

En nuestra Constitución no está recogido expresamente, pero, al ser inherente a la personalidad humana, como se ha dicho, está comprendido en el artículo 72 de la Carta[21].

Delpiazzo Antón por su parte señala que por cualquiera de las dos vías previstas en el artículo 72 de la Constitución cabe el reconocimiento de la tutela jurisdiccional: por un lado, se trata de un derecho inherente a la personalidad humana —así lo preceptúan diversos tratados internacionales de derechos humanos— y, por otro lado, deriva de la forma republicana de gobierno, pautada por la atribución al Estado del poder de solucionar los conflictos que se susciten entre los particulares[22].

Las menciones doctrinarias demuestran como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva está recogido en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y recogidos en forma expresa o implícita en las constituciones de los países más avanzados y en la nuestra. Pero

---

15 González Pérez, Jesús., *El derecho a la tutela*..., p. 163, citado en Delpiazzo Antón, Gabriel. «Tutela jurisdiccional efectiva...», p. 19.

16 Parejo Alfonso. Luciano, Jiménez – Blanco. Antonio, Ortega Álvarez. Luis., *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona. 1996, p. 71., citado en Delpiazzo Antón, Gabriel, «*Tutela jurisdiccional efectiva...», p. 20.*

17 González Pérez, Jesús., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, p. 337; y Urosa Maggi. Daniela., *Tutela judicial frente a la inactividad administrativa en el Derecho español y venezolano*, Funeda, Caracas, 2003, pp. 97 y 998, citadoen Delpiazzo Antón, G, «Tutela jurisdiccional efectiva...», p. 20.

18 Durán Martínez, Augusto., «Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Administración Pública. Control y cumplimiento de la decisión jurisdiccional», en Durán Martínez. Augusto., *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*. LA LEY, Uruguay, Buenos Aires, 2012, p. 583.

19 Durán Martínez, Augusto., «La tutela jurisdiccional efectiva..., p. 117. Esteva Gallichio. Eduardo., *Proyección del principio de la tutela judicial Efectiva...*, p. 186.

20 Durán Martínez, Augusto., «La tutela jurisdiccional efectiva..., p. 117
p. 187. Delpiazzo Antón, Gabriel, «Tutela jurisdiccional efectiva..., p. 29.

21 Durán Martínez, Augusto, «La tutela jurisdiccional efectiva..., p. 118.

22 Delpiazzo Antón, Gabriel. «Tutela jurisdiccional efectiva..., p. 31.

lo más importante es que, si es un derecho humano, es suprapositivo, cualquiera sea la naturaleza del instrumento jurídico que lo reconozca[23].

Lo expuesto, dice Durán Martínez, es suficiente para demostrar que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, como derecho humano que es, integra el *bloque de constitucionalidad*. A su juicio el bloque de constitucionalidad está conformado por la Constitución de la República y los derechos humanos, sean o no reconocidos por la Constitución, sean o no reconocidos por los tratados internacionales[24]. Obviamente, si están reconocidos, es más sencillo demostrar su existencia, como en este caso[25].

2. El derecho al acceso al contencioso anulatorio

2.1. Análisis de su contenido a la luz del principio de la tutela jurisdiccional efectiva

El acceso a la jurisdicción implica: a) el acceso a órganos propiamente jurisdiccionales; b) que no se excluya el conocimiento de las pretensiones en razón de su fundamento; c) que no se obstaculice su acceso.

Durán Martínez, analizando nuestro derecho, sostiene que el primer aspecto indicado (el acceso a órganos propiamente jurisdiccionales) no plantea problemas desde el punto de vista del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

En tal sentido expresa el autor citado que si bien a la luz de su experiencia ha preferido un sistema judicialista en lugar del híbrido instaurado a partir de la Constitución de 1952 y un contencioso de plena jurisdicción en lugar de un contencioso con poderes restringidos como lo es el anulatorio, no se puede desconocer que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, creado por el artículo 307 de la Constitución, que entiende con relación a las demandas de nulidad de actos administrativos (art. 309), es un verdadero órgano jurisdiccional, de máxima jerarquía y brinda suficientes garantías de imparcialidad[26].

El segundo punto, es decir, que no se excluya el conocimiento de las pretensiones en razón de su fundamento, replantea el conocido y discutido tema del acto de gobierno. Desde esta perspectiva resulta difícil sostener la legitimidad del numeral 1.º del artículo 26 del decreto-ley N.º 15.525, de 9 de enero de 1984 en cuanto excluye al acto de gobierno de la acción de nulidad[27].

Nuestra doctrina al referirse al acto de gobierno aludió a «*actos que comprometen la estabilidad institucional*»[28]*, «acto que está dominado o impuesto por necesidades de gobierno», «actos que tienen que ver con el interés público a la seguridad y estabilidad institucional del Estado»*[29].

Nuestra Jurisprudencia administrativa considera que el acto de gobierno se trata de una especie de actos administrativos que se distinguen por valoraciones sobre su objeto o finalidad, *constituyen el ejercicio de potestades impuestas por necesidades de gobierno...situaciones que afecten*

23 Durán Martínez, Augusto., «La tutela jurisdiccional efectiva..., 118.

24 Durán Martínez, Augusto., El control de convencionalidad y el derecho público interno*,* en *La Justicia Uruguaya,* año LXXV, t. 149, febrero 2014, p. D-26.

25 Durán Martínez, Augusto., La tutela jurisdiccional efectiva...p. 118.

26 Durán Martínez, Augusto, La Tutela Jurisdiccional Efectiva y el Contencioso Administrativo de Anulación en la República Oriental del Uruguay, en Durán Martínez, *Derecho Administrativo. Otra forma de Verlo.* LA LEY Uruguay. 2017, p. 968.

27 Durán Martínez, Augusto, «La Tutela Jurisdiccional Efectiva y el Contencioso Administrativo de Anulación...», en Augusto Durán Martínez, *Derecho Administrativo. Otra forma de verlo,* p. 969.

28 Méndez, Aparicio, «Lo Contencioso de Anulación en el Derecho Uruguayo». *Biblioteca de Revista de Derecho Público y Privado*, Montevideo 1952, pp. 85 y ss.

29 Giorgi, Héctor, *El Contencioso Administrativo de Anulación. Biblioteca* de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho Y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1958, pp. 149 y ss.

*la soberanía o la seguridad pública o las relaciones internacionale*s. La nota significativa es que por el alto fin que persigue el acto de gobierno se defiende la mayor discrecionalidad de quien lo dicta (sentencia N.º 67, de 25 de octubre de 2016).

Ruocco sostiene que no es absoluta la exclusión de los actos de gobierno de la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Señala que si bien es cierto que en el caso del acto de gobierno la atribución a favor de la autoridad competente, de un amplio poder de apreciación o ponderación de la conveniencia y oportunidad de actuar, en función de una necesidad vital de gobierno, constituye el fundamento de la exclusión del contralor jurisdiccional, no es menos cierto que, inatacable por sí mismo, como manifestación gubernativa, el acto puede ser igualmente juzgado por el Tribunal en consideración a sus elementos jurídicos extrínsecos.

Desde esta óptica de análisis, proclive al acceso a la jurisdicción, como expresión de la tutela jurisdiccional efectiva, la exclusión de la procesabilidad del acto de gobierno procederá en aquel reducto en que el ejercicio del poder posee un margen más extenso de apreciación, pero en cuanto a los elementos jurídicos extrínsecos el acto puede ser objeto de la pretensión anulatoria por parte del titular de un interés directo, personal y legítimo»[30].

La eliminación de los actos políticos o de gobierno como categoría de actos no susceptibles de la acción de nulidad, es una de las propuestas de García de Enterría para que el poder administrador sea efectivamente un poder esencial y universalmente justiciable[31].

También, por la misma razón, merece rechazo el numeral 5 del artículo 27 del citado decreto–ley N.º 15.524, agregado por el artículo 92, de la ley N.º 17.556, de 18 de diciembre de 2002, que sustrajo del contencioso anulatorio a los actos administrativos impartidos por los mandos militares a los efectos de imponer sanciones, correctamente declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia por sentencia N.º 46, de 13 de abril de 2005[32].

Recientemente, por ley se excluyó un nuevo tipo de actos de la acción anulatoria. En efecto, el artículo 368 de la ley N.º 19.149, de 24 de octubre de 2013 excluye de la acción de nulidad los actos por los que se dispone una denuncia penal por defraudación tributaria. La inconstitucionalidad de la disposición normativa invocada es incuestionable, ya que nada hay en la Constitución que impida impugnar estos actos[33], por lo que esta solución merece el máximo rechazo, tal como lo hizo acertadamente Ruocco en un reciente trabajo[34].

El tercer punto, es decir, que no se obstaculice el acceso, nos lleva a los requisitos de admisibilidad de la acción de nulidad.

Al respecto debemos distinguir:

a) requisitos relativos al sujeto, es decir, la cuestión de la legitimación activa; b) requisitos relacionados con el acto; c) plazo para presentar la acción.

El plazo no presenta problemas desde el punto de vista del estudio del principio en examen, por lo que corresponde centrar la atención en los otros dos.

Legitimación activa.- En nuestro sistema jurisdiccional se exige una legitimación activa especial para promover determinados procesos. Así nuestra Constitución para presentar la acción de nulidad exige acreditar la titularidad de un derecho subjetivo, o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto administrativo impugnado (artículo 309). Asimismo, para

30 Ruocco. Graciela., «Acto político y acto de gobierno en el derecho nacional» en AA. VV: *Estudios en memoria de Héctor FRUGONE SQUIAVONE*, Universidad Católica del Uruguay, Amalio M. Fernández, Montevideo. 2000. pp. 440-441)

31 Citado en Durán Martínez, Augusto, *Derecho Administrativo. Otra forma de verlo*..., p. 969.

32 Durán Martínez, Augusto, «La Tutela Jurisdiccional Efectiva y el Contencioso Administrativo de Anulación...en Augusto Durán Martínez, Augusto, *Derecho Administrativo otra forma de verlo,* p. 969.

33 Durán Martínez, Augusto, La Tutela Jurisdiccional Efectiva y el Contencioso Administrativo de Anulación..., en Durán Martínez, Augusto, *Derecho Administrativo. Otra forma de verlo,* p. 969.

34 Ruocco, Graciela., Deberes de la Administración tributaria en el proceso administrativo tributario, en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay, 2014, N.º 9, pp. 168 y ss.

promover la acción de inconstitucionalidad de una ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquella, se exige ser titular de un interés directo, personal y legítimo (artículo 258).

En los últimos años y en el marco del neoconstitucionalismo se ha ido relativizando esa distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo.

En nuestro país, en realidad, la distinción invocada interesa especialmente en la acción de nulidad en virtud que lo menciona expresamente la Constitución para saber el número de votos necesarios para anular (artículo 310) y para determinar el efecto de la sentencia anulatoria (artículo 311).

González Pérez advirtiendo que las distinciones mencionadas relativas a la legitimación activa configuran restricciones al derecho a la tutela judicial efectiva y augurando fórmulas más amplias decía «tal vez dentro de unos años los estudiosos del Derecho administrativo al evacuar las actuales exclamen asombrados: «¡Qué tiempos aquellos en que resultaba preciso derrochar paciencia e ingenio para aclarar un concepto tan inútil como el de interés directo!». Y en otra oportunidad advertía que, frecuentemente, a la hora de decidir en un proceso. «los tribunales prescinden de todas esas zarandajas inventadas por la doctrina y 'acaban definiéndolo con arreglo al Diccionario de la *Real Academia Española,* reconociendo que existe legitimación cuando el éxito de la pretensión reporta al que la formula 'beneficio', 'utilidad', 'ganancia', 'provecho', 'comodidad' o, dicho de otro modo, que le evitará un 'perjuicio', 'incomodidad' que es como define la Academia el interés[35].

Asimismo, en Italia donde nace el concepto del interés legítimo, se ha comenzado a cuestionar el mismo. En efecto, la Corte Europea de Derechos Humanos, en la sentencia N.º 33.804, de 3 de octubre de 2000, en autos: «Mennitto c/ Italia, cuestionó la distinción italiana entre derechos subjetivos e intereses legítimos, propia de su sistema para deslindar la competencia entre la jurisdicción ordinaria y la administrativa, por entender que según el artículo 6.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el interés legítimo reviste la condición de un «derecho civil», y por consiguiente el tutelado tiene derecho a una indemnización[36].

Esta sentencia ha llevado a la doctrina y jurisprudencia constitucional italiana a plantearse la supervivencia del concepto de interés legítimo como base para dividir su jurisdicción, configurando un obstáculo para la tutela jurisdiccional efectiva.

Agotamiento de la vía administrativa.- En cuanto a los requisitos relacionados con el acto, cabe decir que el artículo 309 de la Constitución exige que el acto administrativo deba ser definitivo.

Coordinando los artículos 309, 317, 318 y 319 de la Constitución, se entiende que acto administrativo definitivo es aquel respecto del cual se agotó la vía administrativa mediante la interposición, en tiempo y forma, de los recursos administrativos correspondientes y su resolución expresa o ficta. Este concepto fue recepcionado a texto expreso por la ley (artículo 24, inciso primero, decreto–ley N.º 15.524, de 9 de enero de 1984).

Durán Martínez sostiene que, conforme a nuestra realidad, en nuestro país los recursos administrativos jamás pueden ser considerados una garantía del hombre como ocurre en otros países, sin perjuicio de que bien entendidos pueden servir para la defensa de los derechos o intereses de los afectados por el acto impugnado o como un instrumento de control interno[37].

> «Lamentablemente en nuestro país en este tema se han olvidado de los derechos humanos y se ha priorizado la llamada ´razón de Estado´ bajo el pretexto de un mal entendido interés general».
>
> «Por supuesto que no propiciamos la eliminación de los recursos administrativos. Pero ellos no deben condicionar la acción de nulidad. Es preciso una reforma constitucional que admita la acción de nulidad directa sin perjuicio de la posibilidad de impugnación por medio

35 Citado en Durán Martínez, Augusto, *Contencioso Administrativo*, segunda edición actualizada y ampliada. FCU. 2015, p. 118.

36 Citado en Durán Martínez, Augusto, *Contencioso Administrativo*, segunda edición actualizada y ampliada. FCU. 2015, p. 119.

37 Durán Martínez, Augusto, «Recursos Administrativos. Modificaciones dispuestas por la ley N.º 17.292», en Durán Martínez, Augusto, *Estudios de Derecho Público*, Volumen I. Montevideo. 2004, p. 194.

de recursos que, cuando sean por razones de legitimidad provoquen el levantamiento de las restricciones a la estabilidad del acto. Ello permite una garantía real al administrado sin quitarle la posibilidad a la Administración de revisar sus actos en esos casos, al resolver los recursos o ante una eventual acción anulatoria».

«El agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la acción de nulidad debe considerarse como una especie de resabio del Estado Absolutista muy reñido con el Estado de Derecho. Parafraseando a Alberto Ramón Real, diríamos que este sistema es una ´Isla del Estado de Policía dentro del Estado de Derecho»[38].

Cajarville Peluffo en este tema expresó «así regulados y entendidos los recursos no son ciertamente una ´garantía´ para el lesionado; son un desmedido privilegio de la Administración. Es así que solo sirve para dilatar el acceso a la verdadera garantía que es la jurisprudencial»[39].

En la doctrina argentina Cassagne señala que el requisito del previo agotamiento de la vía administrativa resulta opuesto «al principio de la tutela judicial efectiva, que reclama tanto el acceso irrestricto a un juicio pleno como el juzgamiento sobre el fondo de la pretensión articulada en un caso contencioso–administrativo»[40].

Especial relevancia tiene en el tema en examen invocar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. En efecto, la Corte citada ha impuesto un giro copernicano al planteo tradicional que exhibía el derecho comparado (y que aún se mantiene en diversos ordenamientos) que legitimaba la exigencia de agotar la vía administrativa para poder acceder a la justicia, con fundamento en una serie de principios tales como eficacia, eficiencia y buena administración.

Si bien el legislador entendía que, con dicha exigencia, la propia Administración podía defender el acto administrativo impugnado, declarar su invalidez o modificarlo, evitando comparecer ante la justicia, lo cierto es que la regla del agotamiento se erigía en un formidable privilegio a favor de la Administración que conculcaba el principio de igualdad de las cargas procesales y la tutela judicial efectiva[41].

La jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en el caso «Fonseca Ledesma», consideró que, a la luz de la supremacía de la Constitución y de la mayor jerarquía y vinculación de los derechos fundamentales (la Corte habla de la eficacia expansiva y progresiva y de la interpretación más favorable) el carácter preceptivo y obligatorio de la regla «*riñe con el derecho fundamental de los administrados a obtener una justicia pronta y cumplida –ex artículos 41 y 49 de la Constitución Política (tutela judicial efectiva) y con el principio de igualdad, puesto que —sólo en el proceso contencioso administrativo...se le obliga al justiciable, antes de acudir a la vía jurisdiccional...*» al agotamiento de la vía administrativa, mediante la interposición de los recursos ordinario correspondiente[42].

El Alto Tribunal costarricense enfatiza en el sentido de que la violación de la tutela judicial efectiva deriva de los siguientes aspectos:

a) El hecho de que los recursos administrativos no logran que los superiores jerárquicos modifiquen o revoquen las decisiones adoptadas por los órganos inferiores. Puntualiza, al respecto, que es algo así como pretender «*sacar agua de un pozo seco*», transformado el procedimiento previo a la instancia judicial en una pesada carga para el administrado.

b) Las demoras que dilatan la decisión de fondo en el procedimiento administrativo, lo cual prolonga —en forma indefinida— el acceso a la justicia; y

c) La sumatoria de este último plazo (el necesario para agotar la vía administrativa) con el término de duración de los procesos contencioso–administrativo, sumatoria que, en definitiva, genera una justicia tardía.

---

38 Durán Martínez, Augusto. «El agotamiento de la vía administrativa. Un requisito de admisibilidad de la acción de nulidad». *CEDECU*, Serie Ensayos N.° 1, Ingranusi Ltda., Montevideo, 2000, pp. 59 y ss.

39 Cajarville Peluffo, Juan Pablo, *Recursos Administrativos*, FCU. Montevideo, 1987, p. 8 y ss.

40 Citado en Durán Martínez, Augusto, *Derecho Administrativo. Otra forma de verlo*, p. 971.

41 Cassagne, Juan Carlos, *Los grandes Principios del Derecho Público*..., p. 468.

42 Citado en Cassagne, Juan Carlos, *Los grandes Principios del Derecho Público*..., p. 468.

Adquiere relevancia, a su vez la fundamentación concerniente al principio de igualdad, cuyo contenido refuerza la tesis garantística que se encuentra en la entraña del principio de la tutela judicial efectiva. Al respecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica señalo que: «En lo que atañe a la vulneración del principio de igualdad, debe indicarse que el agotamiento preceptivo de la vía administrativa, derivado del privilegio de la auto–tutela declarativa, expone al justiciable que litiga contra una administración pública a una situación discriminatoria, puesto que, no existe un motivo objetivo y razonable para someterlo a ese requisito obligatorio, a diferencia del resto de las órdenes jurisdiccionales. Debe tenerse en consideración que, incluso, la libertad de configuración o discrecionalidad legislativa al diseñar los diversos procesos tiene como límite infranqueable el principio de igualdad. Lo anterior, queda reforzado si se considera que las administraciones públicas son un sujeto de Derecho más que no tienen por qué gozar de tales privilegios o prerrogativas y que el eje central en una administración prestacional o en un Estado Social y Democrático de Derecho lo es la persona, esto es, el usuario o consumidor de los bienes y servicios públicos. En esencia, los intereses públicos y la satisfacción de las necesidades colectivas no pueden tenerse como cláusulas de apoderamiento para enervar los derechos fundamentales de los administrados o, sencillamente, como el altar para ser sacrificados»[43].

La línea inaugurada por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, mantenida en sentencias posteriores, alcanzo consolidación parcial en el Código Procesal Contencioso Administrativo de dicho país que entró en vigencia el 1.º de enero de 2008. En este último ordenamiento, se sienta el carácter optativo de la regla del agotamiento como principio general que sólo hace excepción en materia municipal y de contratación pública[44].

2.2. Posición de la jurisprudencia del tribunal de lo contencioso administrativo (TCA)

En **sentencia N.º 420/2012, de 02.08.2012** se demanda la nulidad de la Resolución del Banco de Previsión Social por la cual se determinaron adeudos tributarios a cargo de la accionante, se le impuso una multa por infracción al art. 87 de la Ley N.º 16.713, se determinaron adeudos por concepto de honorarios profesionales y se le tipifico la infracción de mora con las multas y recargos consiguientes. El Tribunal anula el acto impugnado. En el plano formal señala las siguientes puntualizaciones: si bien dada la posición jerárquica del órgano emisor del acto (Gerencia de la Sucursal Maldonado de ATYR) correspondía la interposición de los recursos de revocación y Jerárquico, el accionante sólo interpuso revocación; sin embargo, la Administración franqueó el jerárquico, que fue resuelto por el Directorio. Y en opinión del Tribunal debe priorizarse el acceso a la Jurisdicción y admitirse el correcto agotamiento de la vía administrativa privilegiando la tutela jurisdiccional efectiva.

En **sentencia N.º 588/2023, de 29 de agosto de 2023** se demanda la nulidad de la Resolución DP N.º 1/2021, de 8 de enero de 2021, emitida por la Gerencia de Prestaciones Económicas, Área Pasivos, del Banco de Previsión Social, mediante la cual se le denegó su solicitud para acceder a una jubilación común al no cumplir con los extremos exigidos para la configuración de tal causal jubilatoria.

En el plano formal, durante la etapa de agotamiento de la vía administrativa la accionante interpuso recurso de revocación contra la citada resolución.

Dicha resolución fue dictada por la Gerencia de Prestaciones Económicas, Área Pasivos, en ejercicio de atribuciones delegadas por la Dirección Técnica de Prestaciones (Resolución de la Dirección Técnica de Prestaciones N.º 86/2006 del 24.03.2006), por lo que el acto administrativo impugnado debió reputarse dictado por el órgano delegante.

---

43 Considerando V de la sentencia «Fonseca Ledezma», citado en Cassagne, Juan Carlos, *Los grandes Principios del Derecho Público...*, p. 469.

44 Jiménez Meza, Manrique y otros, *El nuevo proceso contencioso administrativo*, edición Poder Judicial, Escuela del Poder Judicial, Costa Rica, 2006, p. 129, citado en Cassagne, Juan Carlos, *Los grandes Principios del Derecho Público...*, p. 469.

Las atribuciones delegadas por la Dirección Técnica de Prestaciones, fueron a su vez atribuidas por desconcentración administrativa (R.D. Nro. 15.800 de 17.01.1986 en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley Nro. 16.713 de 3.09.1995). Por tanto, la Dirección Técnica de Prestaciones debe resolver el recurso de revocación deducido.

Por Resolución N.º 1505/2021, de fecha 17 de setiembre de 2021, la Dirección Técnica de Prestaciones desestimó el recurso de revocación interpuesto.

A continuación, con fecha 4 de enero de 2022, se notificó a la actora que **«la vía administrativa se encuentra agotada» en esta instancia, por lo que se remitirán estos obrados al archivo»**.

A partir de lo expresado, si bien hubiera correspondido que la actora además interpusiera el recurso jerárquico (la Gerencia de Prestaciones Económicas dicto el acto en ejercicio de atribuciones delegadas de la Dirección Técnica de Prestaciones, las que a su vez fueron atribuidas por desconcentración administrativa del Directorio del BPS), el Tribunal señala, que ésta fue en cierto modo *inducida en error* por el propio Ente.

Y ello por cuanto, en el informe letrado se consignó que la impugnación había sido deducida **«en tiempo y forma»** y luego se le notificó de que **«La vía administrativa se encuentra agotada (...)»**.

En puridad —señala el Tribunal— de acuerdo a la estructura jerárquica normativa del BPS, la impugnación *«en forma»* debió incluir el recurso jerárquico y en función de ello, habría una *falta de agotamiento de la vía administrativa*.

Sin embargo, no fue ello lo que ocurrió y el proceder del BPS claramente indujo en error a la interesada acerca de los recursos que debía interponer.

Ante la situación planteada el Tribunal en conceptos ya invocados en la sentencia N.º 420/2021—en virtud de tratarse en el plano formal de casos análogos— sostuvo:

> *«(...) debe priorizarse el acceso a la jurisdicción contencioso-anulatorio y admitirse correctamente agotada la vía administrativa, porque el obrar del órgano público puede entenderse generó en el fuero del interesado una expectativa razonable y plausible en torno al valor o trascendencia jurídica de la decisión desestimatoria del Ente Previsional (...).*
>
> La postura asumida por el Cuerpo, implica convocar en su expresión al principio de tutela jurisdiccional efectiva. Con ello, la Sede no pretende desatender los presupuestos formales que rodean a la jurisdicción pero si privilegiar el acceso a aquélla, cuando el inicial error del administrado en la interposición de los recursos debidos (art. 4, inc. 2, Ley 15.869) pudiera entenderse eventualmente superado por el propio error procedimental actuado por el órgano público interviniente.
>
> (...) además, en el sub lite, bien pudo el administrado verse privado del conocimiento pleno y acabado acerca del cuál era, efectivamente, el órgano emisor del acto enjuiciado, porque la parca expresión «en ejercicio de atribuciones delegadas», aunado al sinnúmero de resoluciones del organismo citadas en el atento del acto cuyo contenido no obra en los antecedentes administrativos inviabiliza el relevamiento de un obstáculo formal.
>
> *(...) la actuación pública debe garantizar el ejercicio adecuado de los derechos del administrado —en el caso a impugnar— y la seguridad jurídica como principio rector del procedimiento administrativo exige y demanda que el interesada sepa en forma clara y pormenorizada cuál es el órgano delegante cuya manifestación de voluntad se haya representada por el delegatorio».*

3. Apreciaciones finales

1) Al imponerse una nueva visión del derecho en base a la centralidad de la persona humana, los derechos humanos se colocan en la cúspide del bloque de constitucionalidad.
2) El derecho a la tutela judicial efectiva constituye un principio general inspirador y rector de todo el sistema jurídico.
3) El derecho a la tutela judicial efectiva impide que existan actos excluidos del control jurisdiccional anulatorio.
4) La realidad actual de la doctrina y del derecho comparado marcan un concepto evolutivo de la Legitimación Activa, incentivando a adoptar fórmulas más amplias, que dentro de lo razonablemente posible conduzcan a favorecer el acceso al proceso.

5) Una visión del derecho desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, rechaza la exigencia del previo agotamiento de la vía administrativa para presentar una acción jurisdiccional.
6) La denegatoria ficta prevista en el artículo 318 inciso segundo de la Constitución que fue consagrada para facilitar el acceso al contencioso anulatorio en los hechos se ha convertido en un desmedido privilegio de la Administración.
7) En el mundo el previo agotamiento de la vía administrativa ha entrado en crisis. Una visión del derecho desde la perspectiva de los derechos humanos, en particular, del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, rechaza esa exigencia del previo agotamiento de la vía administrativa para presentar una acción jurisdiccional. Los recursos administrativos configuran un derecho no un deber.
8) La tendencia de la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo es la de priorizar el acceso al contencioso–anulatorio convocando el principio de la tutela jurisdiccional efectiva sobre los errores formales (procedimentales) provocados por los órganos públicos intervinientes que obstaculicen el acceso a la jurisdicción.

Bibliografía

Cajarville Peluffo, **Juan Pablo**, *Recursos Administrativos*, FCU. Montevideo, 1987.

Cassagne, **Juan Carlos**, *Los grandes Principios del Derecho Público* (constitucional y administrativo), Editorial Reus. Buenos Aires. 2016.

Couture, **Eduardo**., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3.º edición, Roque Depalma, Buenos Aires, 1958

Delpiazzo. **Carlos**, *Derecho Administración General*, Volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada. Amalio M. Fernández. Montevideo 2015.

Delpiazzo Antón, **Gabriel**. *Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración.* Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho. Montevideo, 2009.

Durán Martínez, **Augusto**. «El agotamiento de la vía administrativa. Un requisito de admisibilidad de la acción de nulidad». *CEDECU*, *Serie Ensayos* N.º 1, Ingranusi Ltda., Montevideo, 2000.

Durán Martínez, **Augusto**, «Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Administración Pública. Control y cumplimiento de la decisión jurisdiccional», en Durán Martínez. Augusto., *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*. LA LEY, Uruguay, Buenos Aires, 2012.

Durán Martínez, **Augusto**, *Contencioso Administrativo*. FCU. Segunda Edición. Montevideo. 2007.

Durán Martínez, **Augusto**, «La tutela jurisdiccional efectiva y el contencioso administrativo de anulación en Uruguay», en *Estudios Jurídicos*. *En Homenaje al Prof. Dardo Preza Restuccia*. Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, N.º 13. 2014.

Durán Martínez, **Augusto**, «El control de convencionalidad y el derecho público interno», en *La Justicia Uruguaya,* año LXXV, t. 149, febrero 2014, P-D.

Durán Martínez, **Augusto**, «La Tutela Jurisdiccional Efectiva y el Contencioso Administrativo de Anulación en la República Oriental del Uruguay», en Durán Martínez, *Derecho Administrativo. Otra forma de Verlo.* LA LEY Uruguay. 2017.

Durán Martínez, **Augusto**, «El debido proceso en el procedimiento administrativo en Uruguay» en Durán Martínez, Augusto, *Derecho Administrativo. Otra forma de verlo,* LA LEY Uruguay. 2017.

Esteva Gallichio, **Eduardo**, «Proyección del principio de la tutela judicial Efectiva sobre la exclusión de la procesabilidad de actos administrativos en razón del fundamento del acto», en *Estudios de Derecho Administrativo.* LA LEY. Uruguay, 2016, N.º 14.

Giorgi, **Héctor**, «El Contencioso Administrativo de Anulación». *Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República*, Montevideo, 1958.

Marabotto Lugaro, **Jorge**, «Un derecho humano esencial: el acceso a la Justicia», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 2003.

Méndez, **Aparicio**, Lo Contencioso de Anulación en el Derecho Uruguayo. Biblioteca de Revista de Derecho Público y Privado, Montevideo 1952.

Rodriguez - Arana Muñoz, **Jaime**. Derecho Administrativo y Administración Pública en tiempos de crisis. *Colección Estudios Jurídicos. N.º 103*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2014

Ruocco, **Graciela**., «Acto político y acto de gobierno en el derecho nacional» en AA. VV: *Estudios en memoria de Héctor FRUGONE SQUIAVONE*, Universidad Católica del Uruguay, Amalio M. Fernández, Montevideo. 2000.

Ruocco, **Graciela**., «Deberes de la Administración tributaria en el proceso administrativo tributario», en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay, 2014, N.º 9.

22

LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EN BRASIL: OBSTÁCULOS Y RETOS

Renata Fabiana Santos Silva
Doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla (US)
Letrada del Estado de Bahía
Profesora de Derecho Administrativo de la Universidade Salvador (UNIFACS)

RESUMEN: La mediación es un instituto jurídico que integra formalmente el derecho positivo brasileño. El actual marco legal de la mediación en los ámbitos público y privado es La Ley Federal n. 13.140, de 25 de junio de 2015. Sin embargo, la regulación de la mediación administrativa no es suficiente para su aplicación efectiva. Este trabajo objetiva analizar la mediación administrativa en Brasil, señalando la normativa aplicable, los retos para su aplicación, como también reflexionar y ofrecer caminos para la superación de los problemas y obstáculos.

PALABRAS CLAVE: ADR; Mediación; Administración pública; Brasil.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. NORMATIVA APLICABLE. 3. RETOS PARA LA APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EN BRASIL. 4. CONCLUSIÓN. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

En Brasil, la primera iniciativa de reglar la mediación ocurrió con el Proyecto de Ley n. 4.827/1998, que se archivó en el año de 2006. Hasta el año de 2010, no hubo ningún movimiento para reglar la mediación.

La creciente litigiosidad y congestionamiento del sistema de justicia brasileño impulsó la defensa e implemento de los medios adecuados de resolución de conflictos. Por ello, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) publicó la Resolución n. 125, de 20 de noviembre de 2010, que dispone sobre la Política Nacional de tratamiento adecuado de los conflictos de interés en el ámbito del Poder Judicial. Por esta resolución se establece el *«sistema multipuertas»* de acceso a la justicia por la cual la mediación y la conciliación son estimuladas en el ámbito de los tribunales.

Frente a este nuevo panorama, se publicó el actual Código Procesal Civil, Ley n. 13.105, de 16 de marzo de 2015, que enmarca una nueva directriz en el proceso judicial brasileño, basada en la colaboración y en la consensualidad, haciendo referencia expresa a la mediación. En el mismo año, se publicó la Ley n. 13.140, de 25 de junio de 2015, que constituye el actual marco legal de la mediación en Brasil.

En este escenario, la mediación, que es un instituto típico de derecho privado, empieza a ingresar en campos hasta ahora considerados propios de la acción unilateral e imperativa de la Administración pública. Este cambio de paradigma se muestra evidente con la última modificación de la LINDB (Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño) en el año de 2018, que exhorta el uso del consenso por las Administraciones públicas, consagrando definitivamente la consensualidad en el derecho público brasileño.

El presente trabajo objetiva reflexionar sobre la mediación administrativa en Brasil, señalando la normativa aplicable, los retos para su aplicación, como también ofrecer caminos para la superación de los problemas y obstáculos.

2. Normativa aplicable

En los últimos años, el ordenamiento brasileño ha promocionado una serie de cambios direccionados a una gestión administrativa más consensual, dialógica y fundada en a la buena administración[1]. Esta transformación también llega a la resolución de los conflictos administrativos, de manera que la institución de la mediación administrativa en el ordenamiento jurídico constituye uno de estos cambios en la gobernanza de las Administraciones públicas en Brasil.

Inicialmente, hay que aclarar que hasta la publicación de la Ley federal n. 13.140, de 26 de junio de 2015, en el ámbito del derecho público, las leyes de procedimientos administrativos específicos solamente hacían referencia a la posibilidad utilización de medios privados de solución conflictos, sin referirse expresamente a la mediación[2]. También es importante registrar que las leyes generales de procedimiento administrativo[3] no poseen disposiciones equivalentes a las previstas en la legislación española, en el sentido de facilitar la adopción de medios consensuales de resolución de conflictos en determinadas fases del procedimiento[4].

La Ley federal n. 13.140, de 25 de junio de 2015, además de disponer sobre mediación, ella también cuida de la autocomposición administrativa y de la posibilidad de creación de cámaras de prevención y resolución administrativa de conflictos (art. 32).

Dicha ley trae un permiso general para la aplicación de la mediación administrativa tanto en el ámbito intrajudicial como extrajudicial, a través del trabajo de las cámaras de prevención y resolución administrativa de conflictos. Por tanto, con la publicación de la Ley federal n. 13.140, de 25 de junio de 2015, pasamos a tener un diploma tratando específicamente de la mediación administrativa.

Sobre las cámaras de prevención y resolución administrativa de conflictos, tenemos que registrar dos aspectos importantes. Primero, dichas cámaras podrán adoptar distintos métodos autocompositivos, entre ellos, la mediación. Segundo, las cámaras son órganos creados en la estructura de la Abogacía pública[5].

Un problema que emerge de estas cámaras es la posibilidad de actuación de los abogados públicos como mediadores. Por fuerza del principio de imparcialidad entendemos que los miem-

---

1 Según Rodríguez-Arana, la buena administración constituye «*el derecho básico que permite, por su dimensión vehicular, que se realicen debidamente todas las acciones positivas del Estado en orden a la realización de los derechos fundamentales de la persona*». *Cfr*. Rodríguez-Arana, J. *Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales.* Sevilla: INAP/Global Law Press-Editorial Derecho Global, 2015, p. 77. Véase también: Rodríguez-Arana, J. *Direito Fundamental à Boa administração Pública.* Coleção Eurolatinoamericana de Direito Público. Wunder Hachem, D. (trad.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012; Freitas, J. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública.* São Paulo: Malheiros, 2007.

2 Podemos ejemplificar con la Ley Federal n. 11.079, de 30 de diciembre de 2004 y la Ley Federal n. 8.987, de 13 de febrero de 1995 que tratan de materia contractual, parcerías publico privadas y concesiones públicas respectivamente.

3 Es importante aclarar que, en Brasil, los entes federados (Unión, Estados, Municipios y Distrito Federal) tienen competencia para dictar reglas sobre procedimiento administrativo en el ámbito de la respectiva competencia legislativa.

4 La legislación española sobre procedimiento administrativo, por ejemplo, dispone sobre la terminación convencional del procedimiento administrativo (art. 86 de LPACAP) que posibilita la terminación de los procedimientos administrativos a través de acuerdos que no sean contrarios al ordenamiento jurídico, ni que traten de materias no susceptibles de transacción.

5 En Brasil, la abogacía pública se refiere al cuerpo de Abogados de la Unión y de la Administración Indirecta Federal, como también a los letrados de los Estados y Municipios. La Abogacía Pública es considerada función esencial a la justicia en el texto de la CF/1988 y está disciplinada en los artículos 131 y 132 del Capítulo IV.

bros de la Abogacía pública, que representan judicial y extrajudicialmente el Estado, no podrán actuar en las cámaras de prevención y resolución administrativa de conflictos como mediadores. Creemos que es posible toda gestión administrativa y control de legalidad de los procedimientos desarrollados en las cámaras, pero la actuación en los procedimientos como mediadores no sería admisible para los abogados públicos.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina brasileña entiende que es posible la actuación de abogados públicos como mediadores en las cámaras de prevención y resolución administrativa de conflictos[6]. De acuerdo con estos, inexiste la interferencia del mediador en el acuerdo, ya que el acuerdo es construido por las partes, y así la imparcialidad estaría preservada. También defienden que la Abogacía pública, en el contexto actual, tiene que adoptar un perfil de abogacía colaborativa, de manera que la actuación de los abogados públicos como mediadores integraría este nuevo objetivo. También argumentan que, para resguardar la imparcialidad, los abogados públicos que actúan en el ámbito judicial no podrían intervenir como mediadores. Por fin, apuntan que en la mediación no hay ganadores, de forma que no haría espacio para la parcialidad.

Nos parece evidente el conflicto de interés, aunque aparente, en la actuación de abogados públicos como mediadores. Es cierto que la Abogacía pública debe adoptar un perfil colaborativo para que pueda adaptarse a las transformaciones del mundo contemporáneo. Sin embargo, las exigencias de consensualidad que llegan a la Abogacía pública no conducen a su actuación como mediadora en los conflictos entre la Administración pública y administrados, sino llevan al asesoramiento de carácter colaborativo[7]. Por lo tanto, las justificativas presentadas por aquellos que defienden la actuación de los abogados públicos como mediadores en las cámaras de prevención y resolución administrativa de conflictos no nos parecen idóneas a la superación del conflicto de interés.

Otro punto importante en la Ley federal n. 13.140, de 26 de junio de 2015, es la posibilidad de institución de la mediación en los registros notariales. Según esta ley, las serventías extrajudiciales pueden desarrollar procedimientos de mediación, desde que en el ámbito de sus competencias. Es decir, los notarios y registradores de Brasil podrán desarrollar procedimientos extrajudiciales e intrajudiciales de mediación. Esta posibilidad de mediación está recogida en el artículo 42 de la Ley federal n. 13.140, de 26 de junio de 2015, y no está restricta a las controversias de naturaleza privada, también podrá desarrollarse en el ámbito administrativo, como, por ejemplo, en los casos de expropiación forzosa y de regularización de tierras públicas.

Otra ley importante en materia de mediación administrativa es la Ley n. 13.988, de 14 de abril de 2020, que regula la transacción realizada por la Administración directa, autárquica y fundacional de la Unión relacionadas a disputas sobre la cobranza de créditos de la Hacienda pública de naturaleza tributaria o no tributaria.

También tenemos que incluir en el listado de normas que disponen sobre la mediación en el ámbito administrativo en Brasil: la Ley n. 13.867, de 29 de agosto, que ha permitido la utilización de la mediación en los procesos de expropiación forzosa y la Ley n. 14.133, de 01 de abril de 2021, que permite, expresamente, en el artículo 151, la utilización de la mediación para la solución de las disputas relacionadas a las contrataciones públicas regidas por esta ley. No podemos dejar de

6 Este es el posicionamiento de Ferreira Filho. Para dicho autor, no haría obstáculos a la actuación de abogados públicos como mediadores cuando aquellos estén desvinculados de la defensa del caso. *Cfr*. Ferreira Filho, M.D.S. «O Procurador do Estado como mediador de conflitos: incompatibilidade ou autonomia da vontade?». *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, año 17, n. 200, pp. 72-79, out. 2017. En este mismo sentido, veáse también: Alvarenga, D.; Ferreira, K. «Do mediador advogado público: não existe suspeição quando não existem perdedores». [en línea]. *Tribuna da Advocacia Pública – JOTA*, de 17 de octubre de 2020. [consulta: 07 abril 2021]. Disponible en: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/do-mediador-advogado-publico-17102020; Bockmann Moreira, E.; Cuéllar, L. «Administração Pública e Mediação: Notas Fundamentais», en Cuéllar, L. *et al*. *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: Arbitragem, Dispute Board, Mediação e Negociação. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações.* Belo Horizonte: Fórum, 2020, pp. 43-74.

7 *Cfr*. Santos Silva, R.F. *Acceso a la Justicia y Mediación administrativa extrajudicial en el Estado relacional: nuevas perspectivas en Brasil y España.* A Coruña: Editorial Colex, 2023, p.

decir que en materia de contratación pública hay avances, una vez que se empieza a utilizar no sólo el arbitraje y mediación, sino también otros mecanismos, como *dispute boards* y las cláusulas escalonadas (med-arb; arb-med)[8].

Por lo tanto, el legislador brasileño ha cuidado expresamente de la mediación en el ámbito administrativo, de manera que no hay dudas sobre la posibilidad de aplicación en dicho ámbito. Sin embargo, la aplicación de la mediación administrativa no es simple, exige no solo más desarrollo normativo sino también un cambio en la gobernanza administrativa y en cultura de la resolución de los conflictos para que sea posible la superación efectiva de las dificultades.

3. Retos para la aplicación de la mediación administrativa en Brasil

Como hemos comentado en los apartados anteriores, la mediación es un procedimiento que tiene su origen en el derecho privado, especialmente en las relaciones de derecho civil y mercantil. Sin embargo, la evolución de la sociedad y del derecho ha permitido la absorción de herramientas de consenso, propias del derecho privado, en el ámbito público.

Por ello, la aplicación de la mediación administrativa en Brasil presenta peculiares desafíos, como el temor que la transacción sea interpretada como renuncia a las potestades administrativas, la excesiva burocracia para la celebración del acuerdo y la baja confianza del administrado en el Estado.

El primer reto que señalamos es el temor que la transacción sea interpretada como renuncia a las potestades administrativas. Por ello, los órganos de representación jurídica del Estado resisten a la adopción no sólo de la mediación, sino también de los otros medios consensuales de resolución de conflictos y siguen aplicando mecanismos unilaterales e imperativos, bajo el fundamento de la imposibilidad de renuncia de potestades administrativas[9]. Este también es el sentido de la reflexión de Schuhli Bourges cuando afirma que la mediación administrativa aún enfrenta la fuerza de lo desconocido, la inercia, la dificultad para cambiar, la desconfianza, como también dudas sobre la compatibilidad de mediación con el régimen jurídico-administrativo[10].

Para superar este problema es necesario una inversión en la formación del cuerpo de letrados, direccionándolos para la consensualidad. En Brasil muchos órganos de representación judicial y extrajudicial del Estado empiezan a invertir en este cambio de cultura, facilitando a sus letrados cursos y formación continua direccionada para el diálogo y consenso. Además, como bien indica Schuhli Bourges es imprescindible la valorización y el reconocimiento de la autonomía de los órganos de la Abogacía pública[11]. Esto porque sin autonomía prevalece el simple cumplimiento de deberes y órdenes que impiden la adopción de iniciativas más eficientes e innovadoras[12].

Otro desafío es el exceso de trámites burocráticos para la celebración del acuerdo. En los procedimientos de mediación que la Administración pública sea parte es imprescindible la autorización para celebrar el acuerdo. Si el procedimiento de autorización es excesivamente burocrático, la mediación se vuelve inviable.

---

8 Sobre los nuevos médios adecuados de resolución de conflictos en Contratación pública, véase: Ferreira Lemes, S. «Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem», en Finkelstein, C.; Vita, J. B.; Filho, N. C. (Coords.). *Arbitragem internacional, UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro.* São Paulo: Quartier Latin, 2010; Cuéllar, L. *et al*. *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: Arbitragem, Dispute Board, Mediação e Negociação. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações.* Belo Horizonte: Fórum, 2020.

9 *Vid*. Santos Silva, R.F. (2023). *Op. cit*., p. 273.

10 *Cfr*. Schuhli Bourges, F. *Mediação Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 188.

11 *Cfr*. Schuhli Bourges, F. (2023). *Op. cit*., p. 237.

12 Sobre la cuestión de la autonomía de la Abogacía pública véase: Moessa de Souza, L. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos*: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 161.

Para suprimir este inconveniente, es necesario adoptar procedimientos más sencillos de autorización. Por ello, las leyes que regulan la mediación administrativa dentro de cada entidad federada de Brasil empezaron a reducir la burocracia en el procedimiento de autorización, estableciendo las situaciones en las que los letrados ya estarían autorizados a adoptar prácticas consensuales. La Ley Federal n. 13.988, de 14 de abril de 2020, que regula las transacciones realizadas por la Administración Pública Federal, es un ejemplo de esto. Dicha ley permite que las transacciones se realicen por adhesión en la forma que señale un acto de la Procuraduría General de la Hacienda en los casos ya previstos por la ley[13].

La baja confianza de los ciudadanos en el Estado y sus instituciones también constituye un obstáculo relevante para la mediación administrativa en Brasil. No es posible pensar en consensualidad sin confianza. En este contexto, los medios consensuales de resolución de conflictos no logran la efectividad esperada. Las partes necesitan confiar unas en las otras para no sentirse desilusionadas, engañadas o perjudicadas. Entonces, la baja confianza del administrado en la Administración pública conlleva a una baja adhesión a la mediación o cualquier otro medio consensual de resolución de conflictos.

Los datos de la Encuesta Mundial de Valores (ola 2017-2020) registran, un promedio bajo de confianza en el gobierno en Brasil. Por estos datos, sólo alrededor del 3 % (tres por ciento) de los entrevistados dijeron que confiaban completamente en el gobierno y alrededor del 20 % (veinte por ciento) dijeron que confiaban parcialmente en el gobierno. Entre quienes no confían en el gobierno, el porcentaje alcanza el 53 % (cincuenta y tres por ciento)[14].

En un escenario como este, resulta muy difícil desarrollar la mediación administrativa. Primero, porque los ciudadanos no tendrían la confianza necesaria para participar del procedimiento. En segundo lugar, porque sería complicado llegar a un acuerdo, ya que la desconfianza impide a las partes exponer sus posiciones e intereses. Para superar este problema, el Estado tiene cambiar su manera de relacionarse con el administrado, promoviendo la transparencia y participación del administrado en la gestión administrativa.

Por tanto, el cambio en la cultura de resolución de los conflictos administrativos es la clave para el desarrollo de cualquier mecanismo consensuado de resolución de conflictos. La superación de los problemas aquí indicados pasa necesariamente por este cambio de paradigma no solo en la Administración sino también en los administrados para que la mediación sea viable.

4. Conclusión

No hay dudas que la mediación administrativa es una realidad en el sistema jurídico brasileño. Como hemos visto, la mediación administrativa está expresamente prevista en el derecho positivo, concretando una manera nueva de solventar los conflictos administrativos. Sin embargo, muchos retos se presentan hacia su efectiva aplicación.

En Brasil, todavía tenemos una cultura adversarial para la solución de los conflictos, sobre todo los de naturaleza administrativa. Para que sea posible esta transformación que no es solamente

13 BRASIL. Ley Federal n. 9.469, de 10 de julio de 1997: «*Art. 1o O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais. [...] § 4o Quando o litígio envolver valores superiores aos fixados em regulamento, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização dos dirigentes de que trata o caput. [...] Art. 2o O Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal, o Procurador-Geral do Banco Central do Brasil e os dirigentes das empresas públicas federais mencionadas no caput do art. 1o poderão autorizar, diretamente ou mediante delegação, a realização de acordos para prevenir ou terminar, judicial ou extrajudicialmente, litígio que envolver valores inferiores aos fixados em regulamento*».

14 Datos disponibles en: https://www.worldvaluessurvey.org/WVSOnline.jsp. [en línea] [consulta: 01 abril 2022].

jurídica sino también cultural, es necesario que las Administraciones publicas comprehendan que la mediación administrativa posibilita una nueva dirección para la gestión pública, basada en la buena administración y en una gobernanza relacional, que proporciona más eficiencia en el ejercicio de la función pública.

Por tanto, la modernización de la Administración pública exige cambios en la forma de resolución de los conflictos administrativos. Luego, este cambio de paradigma demanda no solo la normatividad de la mediación administrativa, sino también una inversión en formación y capacitación de los gestores públicos y de los miembros de la Abogacía pública. Además, hay que facilitar a los administrados el conocimiento sobre el procedimiento de mediación administrativa y sus beneficios. Sin la adopción de estas medidas, la sencilla previsión de la mediación en el derecho positivo no es idónea a proporcionar su efectiva aplicación.

Otro punto importante, se refiere a la confianza que el procedimiento de mediación administrativa debe proporcionar a las partes. Como hemos visto, en Brasil existe un elevado grado de desconfianza del ciudadano con el Estado. Por ello, es necesario que el Estado rescate esta confianza, proporcionando transparencia y participación del administrado. Así, el administrado se sentirá más confortable y seguro para expresar sus intereses y posiciones, como también adoptar una postura colaborativa.

Por fin, no podemos olvidar que muchas veces la respuesta jurisdiccional no es la más adecuada para solucionar una determinada disputa, ya que algunos elementos de la controversia no son susceptibles de apreciación jurisdiccional. Por eso el Estado tiene que facilitar a los administrados todas las vías e instrumentos disponibles para que sea posible garantizar el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva. La mediación administrativa seguramente constituye uno de estos instrumentos y podrá contribuir significativamente para la realización de la justicia y modernización de la actuación de las Administraciones públicas.

5. Bibliografía

Alvarenga, D.; Ferreira, K. «Do mediador advogado público: não existe suspeição quando não existem perdedores». [en línea]. *Tribuna da Advocacia Pública – JOTA*, de 17 de octubre de 2020. [consulta: 07 abril 2021]. Disponible en: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/do-mediador-advogado-publico-17102020;

Bockmann Moreira, E.; Cuéllar, L. «Administração Pública e Mediação: Notas Fundamentais», en Cuéllar, L. *et al. Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: Arbitragem, Dispute Board, Mediação e Negociação. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações.* Belo Horizonte: Fórum, 2020.

Ferreira Filho, M.D.S. «O Procurador do Estado como mediador de conflitos: incompatibilidade ou autonomia da vontade?» *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, año 17, n. 200, pp. 72-79, out. 2017.

Ferreira Lemes, S. «Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem», en Finkelstein, C.; Vita, J. B.; Filho, N. C. (Coords.). *Arbitragem internacional, UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro.* São Paulo: Quartier Latin, 2010.

Freitas, J. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública.* São Paulo: Malheiros, 2007**.**

Moessa De Souza, L. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Rodríguez-Arana, J. *Direito Fundamental à Boa administração Pública.* Coleção Eurolatinoamericana de Direito Público. Wunder Hachem, D. (trad.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales. Sevilla: INAP/Global Law Press-Editorial Derecho Global, 2015.

Santos Silva, R.F. *Acceso a la Justicia y Mediación administrativa extrajudicial en el Estado relacional: nuevas perspectivas en Brasil y España.* A Coruña: Editorial Colex, 2023, p.

Schuhli Bourges, F. *Mediação Administrativa.* Belo Horizonte: Fórum, 2023.

23

REFLEXIONES EN TORNO AL OBJETO DE LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA

REFLECTIONS REGARDING THE PURPOSE OF ADMINISTRATIVE MEDIATION

Cristóbal Dobarro Gómez

Doctor en Derecho. Abogado. Investigador de la Universidade da Coruña y de la Universitat Rovira i Virgili.

RESUMEN: Una vez aceptado por la generalidad de la doctrina y jurisprudencia españolas, la posibilidad de resolver los conflictos de Derecho Administrativo mediante mediación, no es cuestión menos relevante, la de determinar cuál pueda ser el objeto de tal mediación en los conflictos administrativos. Estudiamos, así, las principales corrientes doctrinales en la materia, y realizamos algunas aportaciones o reflexiones que puedan ser útiles para la evolución de la implantación de la institución en España.

PALABRAS CLAVE: Mediación, Derecho Administrativo, Métodos alternativos de resolución de conflictos.

SUMMARY: Once accepted by the generality of Spanish doctrine and jurisprudence, the possibility of resolving Administrative Law conflicts through mediation, is no less relevant than determining what the object of such mediation may be in administrative conflicts. Thus, we study the main doctrinal currents on the subject, and we make some contributions or reflections that may be useful for the evolution of the implementation of the institution in Spain.

KEYWORDS: Mediation, Administrative Law, Alternative conflict resolution methods.

SUMARIO. 1. INTRODUCCIÓN. 2. DOCTRINA SOBRE LA MATERIA. 3. ALGUNAS REFLEXIONES/APORTACIONES. 4. CONCLUSIONES.

1. Introducción

Las especiales características que configuran las relaciones de Derecho Administrativo, han supuesto diversas dificultades para la introducción de los ADR en general, y de la mediación en particular. Si en el Derecho privado, la mediación se basa sobre la autonomía de la voluntad de las partes, en el caso del Derecho Administrativo, una de las partes actúa con plena sujeción a la Ley y al Derecho, esto es, sometida al principio de legalidad, por lo que la mediación en materia administrativa se encuentra, de entrada, con diversas reticencias.

Sostiene Palma Fernández[1] que no es tarea fácil llegar a un acuerdo o transacción cuando las partes implicadas son personas jurídicas públicas. Entiende que la naturaleza de la actividad administrativa, sujeta a la preservación del interés general, resulta difícilmente casable con la posibilidad de llegar a pactos o acuerdos. Por ello, considera justificado que se establezcan una

1 Palma Fernández, J.L. (2006). «El contrato de transacción y las Administraciones Públicas. La doctrina del Consejo de Estado». *Revista de Administración Pública.* (169). 338.

serie de requisitos o contrapesos, que limiten la posibilidad de la transacción en materia de Derecho Administrativo.

La propia disponibilidad de las materias objeto de controversia, que ha resultado controvertida, así como la indefinición de los trámites y procedimientos que conformarían la mediación administrativa, suponen relativos impedimentos para la aplicación de la mediación en los conflictos de Derecho Administrativo. La doctrina ha dedicado enconados esfuerzos al estudio de muchas de estas dificultades, sin que la existencia de una regulación sistemática de la materia hasta la fecha, permita poder dar una solución definitiva a la mayor parte de ellas.

2. Doctrina sobre el objeto de la mediación administrativa

Con carácter previo debemos partir del hecho de que la normativa vigente en España en materia de terminación convencional del procedimiento, tanto en vía administrativa, como judicial, establece que el objeto del acuerdo sea susceptible de transacción de acuerdo con el ordenamiento vigente. Esta es la opción también predominante entre los ordenamientos jurídicos del ámbito Iberoamericano, como es el caso de México, Ecuador o Brasil.

A este respecto, hemos manifestado que la doctrina, con carácter general considera que podrá ser sometida a mediación cualquier cuestión de Derecho Administrativo que sea objeto de disponibilidad por las partes. Es este el criterio seguido por García Pérez[2].

Pero no ha resultado fácil hacer una definición de lo que fuera o no disponible para las partes[3]. De este modo, la mayoría de la doctrina ha renunciado a encontrar un criterio general sobre la disponibilidad de las materias jurídico-administrativas, y se ha limitado a definir qué ámbitos de la actuación administrativa pueden ser objeto de ADR. Entre ellos podemos citar las relaciones de Derecho privado de la Administración, los asuntos patrimoniales, la actividad contractual o convencional de la Administración o el empleo público.

Para Bustillo Bolado[4], ha de ponerse el acento no en la naturaleza de la actividad administrativa, sino en la actividad judicial de control (artículo 106.1 CE) y en la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE). Por tanto, la disponibilidad de las materias deberá realizarse caso por caso y de acuerdo con la posible vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Para Bauzá Martorell[5],

> «No todos los asuntos administrativos serán susceptibles de someterse a la técnica negociadora. Y en todo caso, incluso en los asuntos que sí lo sean, habrá de distinguir aquellas partes que —por ser netamente jurídicas— no pueden sustraerse al recurso administrativo o contencioso». A su juicio, «el legislador tendrá que elaborar una lista de materias

2 García Pérez, M. (2011). *Arbitraje y Derecho Administrativo*. Thomson Reuters Aranzadi. 57.

3 Así, Tornos Más entiende que queda fuera del ámbito de los ADR la actividad unilateral de la Administración (En Tornos Más, J. (1995). «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos». *Revista de Administración Pública*. (136). 176). González-Varas excluye de la aplicación de ADR los asuntos de policía, soberanía, imperio o giro o tráfico administrativo (En González-Varas Ibáñez, S. (2003). «Las negociaciones y el Derecho Administrativo: transacciones, convenios, arbitraje». En Arismendi A. A. (Coord.) y Caballero Ortiz (Coord.). *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías.* Thomson-Civitas. 1823). Para García de Enterría, las potestades regladas no podrían ser objeto de negociación, porque reducen a la Administración (En García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T.R. (2017). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Civitas. 499). Mientras que para, Huergo Lora, el criterio por el que cabría admitir los ADR respecto del ejercicio de potestades regladas no se basa en su contraposición a las potestades discrecionales, sino en si se trata de controversias, en las que esté en cuestión la interpretación de lo que sea el interés general. (En Huergo Lora, A. (2000). *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*. Publicaciones del Real Colegio de España. 173 y ss.).

4 Bustillo Bolado, R. (2004). *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*. Aranzadi. 315.

5 Bauzá Martorell, F.J. (Dir.). (2022). *Mediación y arbitraje en la Administración Pública: por una conciliación entre la legalidad y la eficacia*. Ed. Bosch. 616.

concretas que se pueden ofrecer a la técnica negociadora, que se podrá modificar a medida que la experiencia arroje resultados. La prudencia —como consecuencia de la especialidad de esta reforma normativa—, aconseja partir de una lista reducida. Una propuesta sería la siguiente:

- Responsabilidad patrimonial: determinación de la cuantía del nexo causal.
- Contratación del sector público: interpretación y modificación de los contratos, reequilibrio económico de concesiones, resolución anticipada de contratos.
- Expropiación forzosa: determinación del precio».

Siguiendo una interpretación más amplia y favorable a la aplicación de los ADR en materia administrativa, Carballo Martínez[6], considera que sería susceptible de ser sometida a mediación cualquier materia, competencia o actividad que ejerza la Administración a través de un procedimiento administrativo, y ello porque los límites que la Administración Pública tendría para acordar una resolución consensuada, serían idénticos a los que el ordenamiento jurídico impone a todos los poderes públicos en general, en particular de acuerdo con el principio de legalidad y el límite de la desviación de poder. Por su parte, Avilés Navarro[7] defiende la no exclusión a priori de ningún asunto para derivar a mediación, puesto que sólo el examen detallado del caso concreto aportará luz sobre dicha posibilidad.

Por su parte, García Tejada[8] es partidario *«de no excluir ningún asunto de la mediación y opinamos que los tribunales han de establecer criterios flexibles y orientativos que aconsejen acudir a la mediación de tal suerte que con ello se procure una doble ventaja: de cara al Administrado de la mano de soluciones pactadas (como se suele decir en términos coloquiales mejor un mal acuerdo que un buen pleito) ágiles y menos costosas que a su vez estarían refrendadas en su caso por la propia autoridad judicial y cuyo tiempo de realización sería menor. Pero también desde el punto de vista de la Administración de Justicia descongestionando el número de asuntos y ayudando a conseguir una justicia ágil y por ende eficaz»*.

Para el caso brasileño, Ríos y Teixeira Carvalho[9], son también partidarios de un concepto amplio favorable a la aplicación de la mediación a los asuntos de Derecho Administrativo. A este respecto, afirman que, al objeto de promover los ADR, *«Sería estupendo entender que todos los derechos son transaccionales».* En este mismo sentido, debemos referirnos al caso de Costa Rica, en el que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 72.1 de su Código de Procesal Contencioso-Administrativo, cualquier materia en un conflicto administrativo es conciliable, sin límites ni objetivos ni subjetivos al respecto. La normativa habilita a que los conflictos en los que sea parte cualquier Administración Pública, ya sea central, descentralizada institucional, territorial o corporativa, sean sometidos a conciliación. Pudiendo someterse a conciliación, como afirma Jinesta Lobo[10], la actividad formal, incluyendo las potestades administrativas, las actuaciones materiales, las omisiones, la relación jurídico-administrativa y cualquier conducta, aunque provenga de sujetos de derecho privado, sujeta al derecho administrativo.

Sostiene Santos Silva[11] que es necesario tener claro que la mediación es un método utilizado para no sólo para la resolución de conflictos, sino también para su prevención, por lo que su ámbito de aplicación es más amplio que el del arbitraje, comprendiendo, por ejemplo, el ejercicio

---

6 Carballo Martínez, G. (2008). *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*. Thomson Aranzadi. 165.

7 Avilés Navarro, M. (2015). *La mediación intrajudicial en el orden Contencioso-Administrativo*. Instituto de Justicia y Litigación Alonso Martínez. Universidad Carlos III de Madrid. 271.

8 García Tejada, D.J. (2019). «Una breve aproximación a la mediación intrajudicial en el ámbito contencioso-administrativo». *Actualidad Administrativa*, (3 de marzo de 2019). 5.

9 Ríos, M., y Teixeira Carvalho, N. (2022). «La necesidad de implantar los medios adecuados para la solución de conflictos en la administración pública en Brasil». En Bauzá Martorell, F.J. (Dir.). *Mediación y arbitraje en la Administración Pública: por una conciliación entre la legalidad y la eficacia*. Ed. Bosch. 575.

10 Jinesta Lobo, E. (2009). *Manual del Proceso Contencioso-Administrativo*. Editorial Jurídica Continental. 192.

11 Santos Silva, R.F. (2022). *Acceso a la justicia y mediación administrativa extrajudicial en el Estado relacional.* Colex. 207-208.

de las potestades discrecionales. Sobre la base de este razonamiento, la autora elabora un listado de materias que pudieran ser objeto de mediación administrativa, concluyendo que aunque la elaboración de un listado facilite la promoción de la mediación administrativa y dé más seguridad jurídica, entiende que *«no es una tarea para el legislador»*, que debe establecer los elementos necesarios para la delimitación de la mediabilidad administrativa, permitiendo que los órganos implicados en la promoción de esta institución, establezcan mediante protocolos e instrucciones, listados orientativos de materias administrativas que pudieran ser sometidos a mediación.

Por su parte la Guía para la implantación de la mediación contencioso-administrativa del Consejo General del Poder Judicial[12], establece cuál podrá ser el objeto de la mediación, diferenciando

12 Consejo General Del Poder Judicial, (2016) Guía para la práctica de la mediación intrajudicial. https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/
«Ámbito formal de la mediación
1. La mediación será aplicable:
a) En los supuestos en que el ordenamiento jurídico permite la transacción.
b) En los supuestos en que el ordenamiento jurídico admita la terminación convencional del procedimiento administrativo (artículo 86 de la Ley 39/2015)
c) En los supuestos para los cuales el ordenamiento jurídico prevea procedimientos compositivos impugnatorios y sustitutivos de la vía del recurso administrativo al amparo del artículo 107.2 de la Ley 30/1992.
d) Respecto al ejercicio de potestades discrecionales de la Administración.
e) En la fijación de hechos controvertidos en las potestades regladas o que son presupuesto de aplicación de normas jurídicas.
Ámbito material de la mediación
1. Podrán ser sometidos a mediación siempre que se den los presupuestos formales anteriores:
a) La fijación de la cuantía de indemnizaciones, justiprecios, compensaciones o rescates.
b) Determinación de las reglas sobre las prestaciones en las relaciones bilaterales. Contratos de derecho público y privado, convenios y reintegro de subvenciones.
c) Legislación urbanística, medio ambiente y ordenación del territorio, asícomo la concreción de magnitudes, parámetros y estándares en la aplicación de dicha legislación.
d) Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.
e) La inactividad de la administración, la vía de hecho y el silencio administrativo.
f) Las ejecución de medidas en la potestad disciplinaria y sancionadora de la Administración.
g) Ejecución de sentencias.
h) Las demás que se establezcan en normas legales o sean acordadas por el Juez competente.
i) Función Pública, mobbing o acoso laboral».
Por último, establece la guía una serie de ámbitos que según su criterio combina los dos criterios anteriores:
«– Principio de buen derecho a favor del recurrente. La apariencia de buen derecho debe ser clara ymanifiesta, sin necesidad de profundizar en el fondo del asunto.
– Cuando un análisis jurídico de la viabilidad de las pretensiones en conflicto demuestra la fundada sostenibilidad de alguna de ellas.
– Asuntos que ya han sido tratados en otros procesos sustanciados en el órgano judicial o Tribunal y que han dado lugar a la estimación o desestimación del recurso.
– Asuntos en los que pueda apreciarse dificultad de grado para conocer las pretensiones que se diriman en el proceso por existir cuestiones prejudiciales, colaterales o incidentales al proceso.
– Asuntos cuya discrecionalidad en la decisión administrativa permite a través de la mediación realizar una valoración más adecuada del acto administrativo que se impugna en la medida en que se pueda buscar otra alternativa de entre las legalmente posibles.
– Asuntos en los que la representación procesal de la Administración demandada rechaza la pretensión del demandante con una «oposición formal».
– Asuntos que, por su propia naturaleza, son resueltos habitualmente por allanamiento, renuncia o desistimiento.
– Asuntos que, en ejecución de sentencia, deben someterse a una valoración de las partes por tratarse de la determinación de cuantía económica o de la fijación de unidades métricas de longitud, volumen o de superficie.
– Asuntos en los que, como consecuencia del «petitum», se evidencie que una estimación de la sentencia no satisface el derecho del ciudadano al no resultar posible su eventual ejecución.
– Asuntos en los que, como consecuencia del silencio administrativo, puede persuadirse a la Administración del deber de dictar una resolución definitiva o de pronunciarse sobre la controvertida vía de hecho.
– Asuntos relacionados con la inactividad administrativa y en especial, con la desestimación presunta y el silencio administrativo positivo o negativo.
– Supuestos de extensión de efectos de una sentencia firme a otros interesados que se encontrasen en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo (art. 110 LRJCA)
- Diferencias de valoración en el llamado «procedimiento testigo», por el cual se tramita un solo procedimiento con carácter preferente dejando en suspenso la tramitación de los demás, previa audiencia de las partes, y extendiendo el resultado del mismo a todos los restantes (art. 111 LRJCA)».

entre objeto formal y objeto material de la misma. Establece así una relación de materias, que a juicio del órgano de gobierno de los Jueces podría ser objeto de mediación en el ámbito contencioso-administrativo, pero sin hacer una definición sistemática más allá de los comentados esfuerzos realizados por la doctrina.

3. Algunas reflexiones/aportaciones

No obstante, y según las distintas concepciones doctrinales estudiadas, no existe a mi juicio, motivo jurídico alguno para sustraer de la posible aplicación de la mediación a cualquier ámbito de posible conflicto entre la Administración Pública y los ciudadanos. En principio, cualquier materia que pudiese ser objeto de recurso administrativo o de recurso contencioso-administrativo, debería poder serlo igualmente de mediación.

Considero que el requisito de la disponibilidad debe ser interpretado en sentido amplio. Es decir, la disponibilidad la entiendo en cuanto a que esté dentro del tráfico jurídico de la relación entre la Administración y el ciudadano, y no en cuanto a las consecuencias que se hayan de derivar del principio de legalidad aplicado al caso concreto. Así, siguiendo este criterio, un conflicto administrativo sería de materia disponible, y por tanto posible objeto de mediación, si cumple los dos requisitos siguientes:

- Se encuentre dentro del ámbito del ejercicio de las competencias de la correspondiente Administración Pública.
- Y el mismo se refiera a una relación jurídica concreta entre el ciudadano interesado y la Administración actuante.

Resulta evidente, y no es objeto de discusión, que cualesquiera cuestiones que puedan ser sometidas a un recurso administrativo o a un recurso contencioso-administrativo, pueden ser objeto de disposición por parte de la Administración, cumpliendo determinados requisitos (informes preceptivos, autorización del órgano competente, homologación del acuerdo por el órgano judicial de ser el caso). Pues, en el caso de que el conflicto sea sometido a mediación, nos encontraríamos ante el mismo caso. Cualquier controversia en el que una parte podrá ser sometido a mediación, sin perjuicio de que el resultado de la misma (acuerdo), cumpla los requisitos legales correspondientes.

De otro modo, estaríamos confundiendo la posibilidad de someter cualquier materia a un método de resolución de controversias (partiendo de que toda actuación administrativa debe ser susceptible de revisión y control en un Estado de Derecho), y el resultado que se derive de la práctica del mismo, que podrá ser un acuerdo válido en Derecho o no; pero de igual modo que una resolución administrativa o una sentencia judicial puede serlo o no. Así, a mi juicio pretender determinar el ámbito de un método de resolución de conflictos, partiendo del resultado que se podría derivar del mismo, es un error, por lo que apriorísticamente no se puede concluir que ninguna materia pueda ser sometida a mediación.

No obstante, cuestión completamente diferente es si el acuerdo de mediación que se alcance entre las partes es ajustado a Derecho o no. Pueden adoptarse acuerdos sobre potestades discrecionales que no sean ajustados a Derecho, y pueden adoptarse acuerdos sobre potestades regladas que lo sean perfectamente. No encontramos justificación jurídica suficiente que permita excluir *a priori* ninguna materia de una posible mediación entre la Administración y los ciudadanos, más allá de los prejuicios y miedos que subyacen derivados de ciertas concepciones monolíticas de un Derecho Administrativo más centrado en las potestades que en la centralidad del ciudadano.

A mayor abundamiento, tanto la mediación que se pudiese acometer en vía administrativa como en vía contencioso-administrativa, cuanta con suficientes medios de control para que el acuerdo de mediación no sea contrario al ordenamiento jurídico. En primer lugar, para que de la mediación se derive un acuerdo, debe ser con anuencia de la Administración Pública implicada. Es decir, que, si es la propia Administración la que está obligada a servir con objetividad a los intereses generales, y para ello goza de suficientes prerrogativas y potestades, ¿qué nos hace temer que pueda ser esa misma Administración la que resuelva un conflicto llegando a un acuerdo sobre las mismas?

Por otra parte, cualquier mediación en vía administrativa, podría obviamente ser objeto de revisión contencioso-administrativa, instada por cualquier interesado que se viera perjudicado por ello. En el caso de que al acuerdo fuese de mediación intrajudicial contencioso-administrativa, el acuerdo que ponga fin a esa mediación estará sujeto a homologación judicial, por lo que no se atisba a comprender cuál fuera el motivo para excluir de una posible mediación cualquier materia de Derecho Administrativo en el que pueda haber un conflicto que precise ser resuelto, por los métodos tradicionales o por los ADR.

4. Conclusiones

De lo expuesto, considero que, al menos conceptualmente, cualquier materia objeto de impugnación administrativa o contencioso-administrativa puede ser objeto de mediación. No existe motivo alguno para establecer límites en tal sentido, por cuanto el criterio de la disponibilidad no debe servir como escudo para sostener las reticencias de algunos operadores jurídicos para la implantación de los ADR en materia de Derecho público.

Cuestión distinta es si es posible cualquier acuerdo entre la Administración y los ciudadanos, ya que los mismos estarán siempre sometidos al preceptivo principio de legalidad. Para ello, los acuerdos de mediación deberán contar con el asentimiento de la propia Administración actuante, del mediador, y en el caso de la mediación contencioso-administrativa de la consabida homologación judicial. Es decir, que el acuerdo de mediación tendrá tantas garantías, con respecto al respeto al principio de legalidad, como la producción de cualquier acto administrativo dictado en el ámbito de las correspondientes competencias administrativas.

Por último, es preciso comentar que lo dicho no obsta a que haya materias más proclives a ser sometidas a mediación (dado que la misma requiere un acuerdo), lo que no debe confundirse con que una materia u objeto determinado deba estar excluido *ex ante* de la posibilidad de someterse a mediación administrativa. En efecto, no será igual de probable conseguir un acuerdo sobre una cuestión relativa a valoración de daños en materia de responsabilidad patrimonial, que, respecto de una presunta nulidad por falta de competencia del órgano administrativo, pero no por eso ninguna materia debe excluirse conceptualmente de su sometimiento al instituto de la mediación.

Bibliografía

Avilés Navarro, M. (2015). *La mediación intrajudicial en el orden Contencioso-Administrativo*. Instituto de Justicia y Litigación Alonso Martínez. Universidad Carlos III de Madrid.

Bauzá Martorell, F.J. (Dir.). (2022). *Mediación y arbitraje en la Administración Pública: por una conciliación entre la legalidad y la eficacia.*

Bustillo Bolado, R. (2004). *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*. Aranzadi.

Carballo Martínez, G. (2008). *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*. Thomson Aranzadi.

Consejo General del Poder Judicial, (2016) *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*. https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/

García Pérez, M. (2011). *Arbitraje y Derecho Administrativo.* Thomson Reuters Aranzadi.

García Tejada, D.J. (2019). «Una breve aproximación a la mediación intrajudicial en el ámbito contencioso-administrativo». *Actualidad Administrativa,* (3 de marzo de 2019).

Jinesta Lobo, E. (2009). *Manual del Proceso Contencioso-Administrativo*. Editorial Jurídica Continental.

Ríos, M., y Teixeira Carvalho, N. (2022). «La necesidad de implantar los medios adecuados para la solución de conflictos en la administración pública en Brasil». En Bauzá Martorell, F.J. (Dir.). *Mediación y arbitraje en la Administración Pública: por una conciliación entre la legalidad y la eficacia.* Ed. Bosch.

Palma Fernández, J.L. (2006). «El contrato de transacción y las Administraciones Públicas. La doctrina del Consejo de Estado». *Revista de Administración Pública.* (169).

Santos Silva, R.F. (2022). *Acceso a la justicia y mediación administrativa extrajudicial en el Estado relacional.* Colex.

24

UN RETRATO DE LAS AMENAZAS QUE ACECHAN AL CONSTITUCIONALISMO Y AL DERECHO ADMINISTRATIVO. EFECTOS Y ESTRATEGIAS

Javier Barnes[1]*

El «Derecho Administrativo Global» se pretende construir a partir del acervo de la cultura del Derecho Administrativo gestada a nivel nacional. Representa uno de los intentos de domesticar jurídicamente la acción de la multitud de organizaciones públicas, privadas y mixtas que operan *más allá del Estado* con un impacto global. Organizaciones estas que se hallan un tanto huérfanas porque no pueden ser objeto de regulación por pate del Derecho Internacional Público (en la medida en que no son organizaciones internacionales), ni por el Derecho Administrativo nacional (su acción no es interna o nacional). Este intento de extrapolación de ciertos principios de la cultura del Derecho Administrativo a la esfera global constituye una ocasión para examinar el grado de salud de que gozan el constitucionalismo y el Derecho Administrativo en el ámbito interno.

Sobre el Derecho Administrativo contemporáneo en su conjunto podemos reflexionar desde distintas perspectivas: cuáles son sus retos o desafíos; sus nuevos contenidos y coordenadas; la metodología para su configuración y aplicación; la actualización de su «sistema operativo» o de su «gramática»; los conocimientos y cualidades profesionales de quien lo cultiva... Y, también, sobre el «estado de salud» de su entorno, esto es, del hábitat jurídico en el que se inserta, señaladamente en sus relaciones con el Derecho Constitucional del que se nutre y al que sirve. Tal es el objeto del presente trabajo: un retrato introspectivo capaz de mostrar las sombras que sobre esta rama se proyectan. A esos efectos se ha de contemplar el Derecho Administrativo, no como una pieza suelta, sino como parte integrante de un sistema más amplio e interrelacionado: el Derecho Público en general y el constitucionalismo en particular.

1. Consideraciones previas: evolución permanente, comprensión integradora, función constitucional

De modo preliminar, conviene contextualizar el presente análisis por referencia a las siguientes líneas a fin de determinar la posición del Derecho Administrativo en el tiempo y en el espacio:

1.1. El Derecho Administrativo en transformación

El Derecho Administrativo —por su naturaleza y misión— es un Derecho en constante movimiento y extraordinaria ductilidad, de notable complejidad y multiforme variedad.

Cada período histórico ha pretendido caracterizarlo de un modo particular. Así, a principios del siglo XX, algunos autores sostendrían que la «idea de Derecho Administrativo surge en cualquier país que, por su grado de civilización, haya llegado a tener conciencia de lo que es un servicio público... Allí donde el Estado haya alcanzado la compleja organización necesaria para la realiza-

1 * Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España.

ción de servicios públicos hay Derecho Administrativo», puesto que este será el Derecho que se ocupe de su regulación[2]. Unas décadas más tarde, sin embargo, ya no podría decirse lo mismo: que el Derecho Administrativo se limitaba a la organización de los servicios públicos, por más que forme ésta un capítulo central. El Derecho Administrativo ha ido creciendo a fuerza de asignarle nuevas responsabilidades a la Administración, lo que ha determinado —en paralelo o de modo circular— la elaboración de nuevas doctrinas.

En cierto modo, desde el nacimiento del Derecho Administrativo parece haber estado en permanente crisis de crecimiento. Se ha hablado de sus «transformaciones»[3]; se han postulado nuevos paradigmas; se hacen continuas propuestas de reforma de carácter científico o de fondo[4]; se multiplican las nuevas tendencias, las «transiciones»[5], o los manifiestos[6].

En ese contexto del «todo cambia», no nos interesa aludir a la última ley o a la más reciente jurisprudencia, por innovadoras o disruptivas que pudieran ser, o al más reciente debate doctrinal. Aquí conviene, por el contrario, hacer abstracción de esas evoluciones a ras de tierra, que se han de tener por consabidas, para elevarnos y contemplar el panorama desde otra escala y esbozar así un mapa de situación, en nuestro caso por referencia al constitucionalismo.

1.2. «Especialismo bárbaro» vs. saber integrador

Los cultivadores del Derecho Administrativo no son meros especialistas en algunas de las diversas instituciones y técnicas jurídicas que les son propias. Expertos en contratación pública o en organización administrativa; en procedimiento o en control judicial de la Administración, en transparencia o en un servicio público, en medio ambiente o en regulación de los mercados...

Ciertamente, esta vasta rama del Derecho requiere un conocimiento experto en tantas parcelas de referencia, y no en unas pocas, a lo largo de su territorio. Pero al mismo tiempo reivindica su

---

2 *Cfr*. F. Garrido Falla, *Las transformaciones del Régimen Administrativo. Estudios de Administración*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, p. 16, refiriéndose expresamente al norteamericano Goodnow y al francés Jeze, si bien, como es sabido, esta posición sería mantenida por más autores.

3 Por ejemplo, Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913. Y así hasta nuestros días: por ejemplo, Longobardi Nino (Curatore) «*Il diritto amministrativo in trasformazione»,* Giappichelli, Italia, 2017; J. P. Schaefer, *Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016 ; etc. De indudable interés la obra de F. Garrido Falla recogida en la nota anterior.

4 Por ejemplo, el clásico artículo de Richard B. Stewart, «The Reformation of American Administrative Law», *Harvard Law Review*, June 1975, volume 88, number 8, págs. 1669 y ss. Desde la década de los noventa del pasado siglo, el movimiento de reforma científica del Derecho Administrativo en Alemania, encabezado por E. Schmid-Assmann y W. Hoffmann-Riem, movimiento del que se puede citar en español (del primer autor) *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons-INAP, Madrid, 2003; «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo» en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0 (editado por J. Barnes), Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2012; y *La dogmática del Derecho Administrativo*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2021 (en particular el capítulo introductorio sobre la «gramática del Derecho Administrativo»).
Por mi parte, cabe añadir mis reflexiones sobre el tema en el libro *Transformaciones (científicas) del Derecho Administrativo. Historia y retos del Derecho Administrativo contemporáneo*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, 2011 (disponible en https://www.globallawpress.org/extras/archivos/2023/Transformaciones-cientiy-769ficas-del-Derecho-Administrativo-Historia-y-retos-del-Derecho-Administrativo-contemporay-769neo.pdf); así como mis contribuciones en la obra colectiva citada más arriba en esta nota (*Innovación y reforma...).* Asimismo, puede verse mi trabajo «Cómo mejorar el sistema del Derecho Administrativo en la tercera década del siglo XXI- siete tesis para el debate recomendaciones para actualizar el sistema del Derecho Administrativo», en la obra colectiva Exigencias del Derecho Administrativo del siglo XXI (Editores: Jaime Rodríguez Arana Muñoz, Carlos E. Delpiazzo, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo), La Ley Uruguay, 2021 I.S.B.N. 978-9974-900-75-2 pp. 591 y ss.

5 Robert L. Rabin, *Administrative Law in Transition: A Discipline in Search of an Organizing Principle*, 72 Northwestern University Law Review 120-145 (1977).

6 Sabino Cassese, «New paths for administrative law: A manifesto», *International Journal of Constitutional Law*, Volume 10, Issue 3, 1 July 2012. Publicado en español en S. Cassese*, Derecho Admininistrativo: historia y futuro*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2014.

inserción en un mundo superior y más amplio: no ya sólo en una Constitución basada en el principio democrático, de división de poderes, de legalidad, de Estado de Derecho y en el respeto a los derechos fundamentales, o en el marco del Derecho Internacional, sino también en disciplinas fundamentales como la filosofía del Derecho, la historia del Derecho, el análisis comparado y, más ampliamente, en el campo de las ciencias sociales y de las humanidades.

Es necesario aunar, en otras palabras, *especialización* (saber casi todo de casi nada) y *conocimiento generalista* (saber casi nada de casi todo). El trabajo en el interior de la mina se ha de conjugar con la perspectiva del aviador. Mirada «hacia abajo», hacia lo particular (visión «micro») y mirada «hacia arriba» (o visión «macro»). Así, deberán responderse a un tiempo cuestiones particulares (¿cómo solucionar determinados problemas de las compras públicas o de la inteligencia artificial?) y cuestiones de alcance general (¿es conforme al Derecho superior el sistema de compras públicas?; ¿es justa la regulación de la inteligencia artificial?).

Sin esta segunda dimensión *integradora*, *valorativa* y *crítica*, el administrativista operaría sin mapamundi, a oscuras; se transformaría en un simple ingeniero social sin sentido crítico ni criterio de justicia; rompería fácilmente la cadena de transmisión de los valores y principios que constituyen el fundamento del ordenamiento jurídico; y caería inevitablemente en un positivismo formalista y asfixiante, y, a la postre, en una *concienzuda ignorancia*. Se limitaría a prestar servicios jurídicos en determinadas materias —eso sí, fragmentadas y sin conexión— pero no contribuiría a mejorar el Derecho Administrativo como tal, no ya sólo en términos de avance científico y de más eficaz aplicación práctica, sino aún antes en clave de justicia.

De «bárbaros especialistas» hablaría Ortega y Gasset en *La rebelión de las masas*, para denunciar no ya sólo que en nuestra época haya menos sabios que en épocas pretéritas, sino para advertirnos del empobrecedor proceso que implica la creciente especialización de la ciencia.

1.3. El objeto de esta reflexión: ¿tiene suficiente oxígeno el Derecho Administrativo?

En las páginas que siguen, se ofrecen unas rápidas observaciones a la luz de esta segunda dimensión, esto es, sobre esta rama en su conjunto y contexto y, en particular, sobre los peligros y amenazas que se ciernen sobre su integridad. La literatura jurídica se ha ocupado en las últimas décadas con profusión de las transformaciones del Derecho Administrativo del siglo XXI, desde distintos prismas (evolución, metodología, actitudes profesionales...)[7]. Ahora, en cambio, nos interesa explorar el *entorno* o el *hábitat* en el que se sitúa la disciplina, que, como se verá, resulta en parte hostil a su existencia tal y como ha sido originariamente concebido. El interrogante que late es este: ¿tiene suficiente oxígeno el Derecho Administrativo?

Por decirlo de un modo simple: si el Derecho Administrativo y la acción administrativa en general no se insertaran en una democracia liberal y representativa, en la que se respetaran los derechos fundamentales, la división de poderes, el Estado de Derecho, el principio de legalidad o el principio de igualdad, entre otros, estaríamos ante algo distinto, por más que a esta rama se le denominara, de un modo un tanto voluntarista, «Derecho Administrativo», como ha ocurrido y ocurre, en sistemas no democráticos. Se trataría, sin embargo, de una simple tecnología jurídica al servicio del poder, de un *instrumento de dominación*, de un mero «Derecho gubernamental», si se quiere, pero no de un Derecho Administrativo en sentido propio.

1.4. La «función civilizadora» de la Constitución sobre el Derecho Administrativo

El constitucionalismo y el Derecho Administrativo han nacido, como se ha dicho, sobre estas premisas: la incondicionalidad de la dignidad humana y de los derechos fundamentales como valores sobre los que se asienta el Estado y el entero ordenamiento jurídico; la democracia liberal o representativa, respetuosa del pluralismo y de las minorías; la obligada división de poderes y sus mutuos contrapesos y controles como fórmula limitadora del poder; el principio de legalidad como marco y guía, como fuente de legitimación y de control, de la Administración.

7 Véanse por ejemplo las referencias en las notas 1-5.

El Derecho Administrativo sólo puede vivir en ese medio ambiente. Téngase en cuenta que el Ejecutivo y la Administración ocupan por definición una posición asimétrica en relación con el individuo. No se hallan en pie de igualdad. El Ejecutivo, heredero del Monarca absoluto, ostenta un poder extraordinario. De ahí que el ejercicio de sus potestades deba canalizarse a través de esos principios estructurales, si se quiere asegurar de verdad que el individuo no sea tratado como un súbdito, un ciudadano mudo, un individuo al que se le «habilitan» ciertos espacios de libertad, sino como un ciudadano dotado de dignidad.

Derecho Constitucional y Derecho Administrativo representan un producto histórico de la cultura occidental. Con ello no quiere decirse, sin embargo, que sean una herencia circunstancial o episódica: es una conquista de la humanidad. La civilización no ha encontrado una fórmula mejor. De un lado, la democracia es la creación social más compleja de la humanidad; representa la herramienta más eficaz para adoptar decisiones en el marco de comunidades muy heterogéneas. Y es a un tiempo la única fórmula que nos permite controlar a quienes deciden. De otro, la libertad es connatural al ser humano, como lo son los deberes que la vida en sociedad impone (derechos y deberes son los dos pulmones con los que se respira). La Constitución, o es una *Constitución de las libertades* (y de los medios para su garantía y prestación), o no lo será. Haber escrito en piedra el valor de la dignidad humana, de la libertad y de la solidaridad, al lado de los principios básicos a su servicio (democracia, división de poderes, Estado de Derecho, principio de legalidad...), implica una opción o apuesta estructural, expresiva de una específica imagen del ser humano.

Del Derecho Administrativo se dijo en el siglo XIX que «se ha(bía) consolidado verdaderamente como un pilar de la modernidad» (Francia)[8]. Y, más tardíamente, en el seno de la familia del *common law*, se afirmaría que constituía «la novedad jurídica más extraordinaria del siglo XX» (EE. UU.)[9]. Si ello es así, no es sino porque esta rama jurídica se ocupa del ejercicio del poder ejecutivo de un modo novedoso en términos históricos, es decir, tratando al individuo como ciudadano dotado de dignidad y sujeto de derechos inviolables, porque la asistencia y protección del individuo en sociedad se realiza democráticamente y porque los jueces y tribunales tienen la última palabra en la tutela de los derechos. El poder ejecutivo y la Administración han de ejercer las potestades necesarias para organizar la vida en sociedad. De ahí que el Derecho Administrativo, acompañado siempre de la Constitución, se mueva entre esos dos polos: autoridad y libertad. El Ejecutivo y la Administración se hallan en suma limitados por las normas primarias o superiores (Derecho Internacional, Derecho supraestatal como el de la Unión Europea, Constitución y ley democrática...), y el control judicial, que lo es de la legalidad. En medio de ese doble frente, de esa suerte de «efecto acordeón» en el que se sitúa la Administración, nace y vive el Derecho Administrativo. Lo cual tampoco supone, obvio es decirlo, que el Ejecutivo y la Administración, como acredita el ordenamiento jurídico, carezcan de una apreciable y justa autonomía propia[10].

Hoy parece asentada en muchos países la primacía de la dignidad humana y de los derechos fundamentales. No es, sin embargo, un trofeo definitivo. La realidad vertiginosa de nuestro tiempo —desde la nueva revolución industrial a la lucha contra la pandemia— requiere siempre, no ya una regulación más o menos *útil* y *eficiente* según los casos, sino ante todo *justa*, portadora de los precitados valores fundamentales. En ese contexto surgen de hecho en ámbitos concretos amenazas reales, sacrificios de derechos y pérdidas de libertades, de la tutela judicial, erosiones de la cultura de los derechos fundamentales...; también se producen quiebras del principio democrático, del Estado de Derecho y de la división de poderes. El *sello de calidad* o la *denominación de origen* «Derecho Administrativo», por mantener la imagen, pueden perderse, siquiera sea parcial o temporalmente.

---

8 Emile Durkheim, *The Division of Labor in Society*, Ed. By Lewis Coser. London, Macmillan, 1997, p. 101 (1st ed. Paris 1893).

9 Vanderbilt, en B. Schwartz, *French Administrative Law and the Common-Law World*, New York, New York University Press 1953; London, Oxford University Press, 1954 1953, p. XIII.

10 Es mérito de la doctrina alemana la teorización y más sistemática comprensión de la autonomía del Ejecutivo y de la Administración, en el marco, claro está, del ordenamiento jurídico y de la división de poderes. Véase por todos, Hoffmann-Riem (capítulo 10), en Hoffmann-Riem / Schmidt-Assmann / Vosskuhle (editores) *Grundlagen des Verwaltungsrechs*, 2.ª edición, 2011.

Pues bien, de entre las múltiples interacciones que se producen entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo[11], ahora importa enfatizar la *función civilizadora* que el primero ejerce sobre el segundo, de modo que a través de sus grandes directrices éste deja de ser una mera técnica de dominación para convertirse en instrumento de transformación social en un entorno, nótese bien, presidido por los principios antes mencionados. Tal función presenta una doble vertiente: negativa o de prohibición, de una parte, y positiva o de consecución de resultados, o de efectividad, de otra:

Primero, la Constitución establece la columna vertebral del Derecho Administrativo para *domesticar* al Ejecutivo y a la Administración, cuando fija, por ejemplo, límites indeclinables que no pueden sobrepasarse en ningún caso[12], controles[13] o criterios o principios de contenido prohibitivo[14].

Segundo, la Constitución, en particular mediante su tabla de derechos y libertades —de defensa y de prestación—, expresa un concepto de ciudadano basado en la dignidad humana —contrario a la idea de súbdito y de ciudadano mudo—, que al Derecho Administrativo le incumbe en una alta medida hacer realidad. No es suficiente, pues, con *embridar al poder* ejecutivo y a la Administración con el *Derecho*. (E. García de Enterría), o en un Derecho Administrativo *contra la Administración* (A. Nieto). No basta la «luz roja» (con la prohibición de la arbitrariedad, entre otras cosas), sino que es necesario asumir una actitud positiva o de afirmación, de búsqueda de la excelencia, puesto que la Administración, al fin y al cabo, constituye una poderosa palanca de transformación social, económica, cultural y política. Importa también la «luz verde»[15]. El Derecho Administrativo, en su promoción de la libre acción que al Ejecutivo y a la Administración corresponda, debe contribuir asimismo a fijar criterios y parámetros de excelencia[16], a crear organizaciones más eficaces, a instaurar procedimientos y procesos de toma de decisiones que sinteticen mejor la eficacia, la adecuada gestión del riesgo, el conocimiento experto o el consenso, entre otros valores[17]... Si el Estado es lo que su Administración, resulta obligado que ésta, y con ella el Derecho Administrativo (integrado desde luego por una oportuna legislación primaria y superior), incorporen las directrices, objetivos y fines que la Constitución marca.

2. Un retrato contemporáneo de las amenazas que se ciernen sobre el derecho administrativo

Una vez destacado a nuestro limitado propósito el sentido y contexto en el que se sitúa el Derecho Administrativo (I), cabe esbozar un retrato de los peligros que lo circundan en torno a dos núcleos:

---

11 Para mayor abundamiento, me remito a mi trabajo «La interacción entre la Constitución y el Derecho Administrativo: límites y patologías», en *La constitucionalización del Derecho Administrativo*, XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (Editores: Alberto Montaña y Andrés F. Ospina), Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 499-533.

12 Observancia y respeto de los derechos y libertades; reservas de ley; etc.

13 Controles parlamentario, contable, jurisdiccional, político, etc. de las Administraciones, por medio de las más variadas organizaciones o instituciones.

14 Interdicción de la arbitrariedad, prohibición de trato discriminatorio, prohibición de trato desproporcionado, prohibición de actuación no objetiva o neutral, etc.

15 Esta metáfora fue acuñada por C. Harlow y R. Rawlings, *Law and Administration*, 2 (ed) London, Butterwords, 1997.

16 Junto a la prohibición de exceso (o principio de proporcionalidad), el Derecho Administrativo ha de coadyuvar en la construcción de la prohibición de defecto; en la efectividad y eficacia de la acción administrativa, en términos de acierto y de premura; etc. Sobre los criterios positivos, *vid*. en español mi trabajo *Las transformaciones (científicas)*..., cit. (nota 3).

17 Nada menos inocente que el diseño de una organización o de un procedimiento. Es tanto como manipular el código genético que condiciona la vida de esos sujetos, en cuanto a su forma de ser y su forma de decidir. *Vid*. Javier Barnes, «El sujeto privado en la Constitución económica: de la vertiente de defensa de los derechos y libertades, a la dimensión activa de los actores privados en cuanto protagonistas y corresponsables de la vida económica», en *Constitución Económica*, Actas de las XVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (2011), coeditado por el Tribunal Constitucional y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

ideologías abiertamente contrarias al modelo de democracia liberal y representativa (1), de un lado y, de otro, tendencias o modas que, aun no siendo contrarias *per se*, añaden, sin embargo, dificultades a la salud de ese modelo (2).

2.1. Ideologías contrarias al modelo de democracia liberal y representativa

No resulta fácil describir a nuestros efectos los movimientos a los que de seguido se alude. El mensaje fundamental, más allá del acierto de este esbozo, radica en dos puntos: primero, la visión de túnel que en ocasiones se sigue en el análisis de la realidad, en un marcado reduccionismo bipolar y, segundo y, sobre todo, en la reacción jurídica que a resultas de ello se promueve. Antes, sin embargo, una alusión a la premisa del constitucionalismo.

A) Premisa previa: la democracia es sinónimo de pluralismo y de gobierno limitado

Una Constitución es mucho más que una norma suprema o jerárquicamente superior a la ley ordinaria. De entrada, se define por el asentamiento de unos principios estructurales y por un contenido esencialista. En ese sentido, hablar de «democracia» (liberal y representativa) equivale a una abreviatura que comprende el pluralismo político, el respeto a los derechos fundamentales y la incondicionalidad de la dignidad humana, el Estado de Derecho, la división de poderes, el principio de legalidad; en suma, la idea de gobierno limitado. No hay mayor caricatura de la democracia que la de una «tiranía por turnos», por decirlo gráficamente.

En ese contexto, pueden señalarse tres *movimientos políticos* que se oponen a esa limitación del gobierno y a la pervivencia del pluralismo político, en la medida en que operan a modo de disolvente: la cultura de la victimización, las antropologías de pensamiento único, y lo que hemos venido en llamar el «Estado total», al servicio de los primeros. A continuación, se exponen de modo sintético y esquemático, si bien se trata de un esbozo de trazo grueso:

B) La victimización

La primera corriente que se mueve en dirección contraria se resuelve en la «cultura de la victimización», entendida como instrumento de control social. No se alude aquí obviamente a las discriminaciones individuales o estructurales que se han dado, y se dan, a lo largo de la historia, menos aún a las serias violaciones de derechos humanos —sean o no sistemáticas— o a la comisión de graves delitos, sino a un uso político y estratégico de ciertos hechos o circunstancias del pasado o del presente, tengan o no base real.

Esta ideología, por decirlo de modo simple, concibe reductivamente el mundo de un modo bipolar, dividido en agraviados y agresores. O víctima o verdugo. Valgan estas palabras para describir críticamente el fenómeno:

«La víctima es el héroe de nuestro tiempo. Ser víctima otorga prestigio, exige escucha, promete y fomenta reconocimiento, activa un potente generador de identidad, de derecho, de autoestima. Inmuniza contra cualquier crítica, garantiza la inocencia más allá de toda duda razonable. ¿Cómo podría la víctima ser culpable, o responsable de algo? La víctima no ha hecho, le han hecho; no actúa, padece. En la víctima se articulan carencia y reivindicación, debilidad y pretensión, deseo de tener y deseo de ser. No somos lo que hacemos, sino lo que hemos padecido, lo que podemos perder, lo que nos han quitado»[18].

El agravio se erige, en efecto, en elemento identitario fundamental, en una especie de ADN. Se hace del agravio profesión y razón de vida. Y, he aquí lo relevante a nuestros efectos, se recaba la tutela (privilegiada) del Estado, en detrimento de otros bienes, valores y derechos. Al fin y al cabo, la víctima adquiere un derecho preferente[19].

---

18 *Cfr*. Daniele Giglioli, *Crítica de la víctima*, Herder, 2020, p. 11.
El agravio no se perdona, ni se extingue. Ello permite una «guerra» permanente contra el agresor. La industria de la victimización apuesta por la lógica bélica «ellos-nosotros».
Naturalmente, víctima se puede ser de cualquier cosa, derivadas del pasado o del presente, de la raza o del género, de la lengua o de la cultura, del trabajo o del ocio, del país, del ámbito intraestatal o del internacional... Ciertas formas de nacionalismo se inscriben igualmente en tales movimientos victimistas.

19 El lema podría ser, si se nos permite la ironía: «pon un agravio en tu vida y haz lo que quieras».

La forma de proceder en tantos casos por parte de quienes se inscriben en esta «cultura de la victimización» es similar. Para su bosquejo, piénsese en un supuesto de ficción, a modo de caricatura, a fin de no aludir a casos más sensibles. Por ejemplo, una pequeña localidad exportadora de un afamado producto agrícola podría comenzar a sentir —acaso por el impulso de una minoría activa— que ha sido sistemáticamente discriminada, maltratada e ignorada secularmente en beneficio de otros centros creadores del mismo producto, pero con mayor poder. Y lo ha sido sin que medie negligencia alguna por su parte. Hasta aquí, de ser cierto, estaríamos ante un supuesto ordinario. Esta ideología no se detiene, sin embargo, en las respuestas tradicionales que ha dado el Derecho frente a la discriminación, como las que se derivarían, en nuestro ejemplo, de la activación de los mecanismos propios de la defensa de la competencia. Exige, además, en compensación un tratamiento completo e incisivo: toda clase de medidas de discriminación positiva, sin limitación temporal, de igualdad o de proporcionalidad; restricciones directas o indirectas de la libertad de expresión crítica sobre ese producto; la imposición de un lenguaje; la inclusión en programas educativos desde edades tempranas de directrices sobre las excelencias del producto en cuestión; y, si se me permite la ironía, el reconocimiento de un derecho fundamental en favor de la explotación de tal producto, lo que le daría una cobertura especial frente a otros derechos fundamentales... En suma, una verdadera «industria», con impacto en no pocos pilares del sistema: igualdad, entendida como no discriminación; libertad de expresión; educación, que no es adoctrinamiento... El problema parece residir en la misma idea de agravio: éste no puede ser nunca suficientemente satisfecho; genera una reivindicación emotivista y poco abierta al debate...

C) Antropologías y relatos culturales de pensamiento único

Son conocidos los movimientos consistentes en la imposición social y aun legal de un pensamiento único, de una antropología pretendidamente dominante. Ciertamente, tales movimientos se hallan íntimamente relacionados con la corriente anterior: si el agravio ha sido grave y secular (premisa mayor indiscutida e indiscutible), no cabe sino compensarlo con medios extraordinarios, sin miramientos.

No cabe por ello la tolerancia: cualquier disensión crítica con la antropología de moda se concibe como una agresión. Quienes la defienden viven al servicio de esa idea[20]. El movimiento «woke» representa una manifestación elocuente en tal sentido[21]. No es suficiente con visibilizar la discriminación, a las víctimas, ni con adoptar las medidas de protección y promoción al uso.

---

20 Como se pone de manifiesto en los testimonios de la era soviética en Estetlana Aleksieévich, *El fin del «homo sovieticus»*, (por ejemplo, en pág. 494), la persona «victimizada» y de pensamiento único, como sucediera en los totalitarismos del siglo XX, no es autónoma, no se pertenecen a sí mismas; es un ser que pertenece a una idea.

21 Véase, por ejemplo, con carácter divulgativo, y desde una perspectiva filosófica, Jean-François Braunstein, *La religión Woke: Anatomía del movimiento irracional e identitario que está poniendo en jaque a Occidente*, 2024:
«El movimiento 'woke' no es solo una moda pasajera que pronto caerá en el olvido. Es una verdadera religión, cuyos adeptos son fanáticos entusiastas, «despertados» ('woke') a una nueva visión del mundo, a verdades totalmente nuevas que nada tienen que ver con el sentido común. En su mundo de ilusiones, la conciencia prima sobre el cuerpo, siempre se es víctima o culpable, y la ciencia deja paso a la «experiencia vivida». Paradójicamente, esta religión nació en las universidades, antaño lugar de crítica racional y libre intercambio de argumentos. La primera, y la más extraordinaria, es la teoría del género. Según esta teoría, lo que cuenta para determinar el género no es el sexo ni el cuerpo, sino la conciencia que tenemos de ser hombres, mujeres o lo que sea. Los sexos se «asignarían» arbitrariamente al nacer. Sobre la base de esta teoría se enseña a los niños, a una edad cada vez más temprana, que depende de ellos elegir su sexo y que es posible que hayan nacido en el «cuerpo equivocado». Los diagnósticos de disforia de género se están disparando en todo Occidente. Si solo se tratara de adultos que consienten, no habría nada que objetar. Pero se trata de adolescentes, y sobre todo de chicas adolescentes, que creen que este diagnóstico es la razón de su malestar púber. Los médicos que llevan a los jóvenes por este camino médico y luego quirúrgico han olvidado el precepto hipocrático esencial, 'primum non nocere', lo primero es no hacer daño. El éxito de esta teoría refleja tanto reminiscencias muy antiguas como utopías ultramodernas. La idea de que el cuerpo no importa, de que la conciencia es lo único que cuenta, recuerda a la gnosis, la herejía cristiana del siglo II que sostenía que el cuerpo, al igual que el mundo, es el mal del que debemos liberarnos. Pero también evoca el transhumanismo, que aspira a remodelar el cuerpo a voluntad o transferir la conciencia a chips de silicio. Hasta que la muerte acabe con él, podemos reconstruir nuestro cuerpo a nuestro antojo. Lo más preocupante de esta visión es que está en consonancia con la

Para el Derecho Público la consecuencia más inmediata y palpable que de ahí se desprende es la pérdida del pluralismo propia de una democracia, y en donde ni siquiera la mayoría puede imponer una única cosmovisión del mundo a las minorías. Los derechos fundamentales más básicos (libertad ideológica o de pensamiento, expresión e información, religiosa, objeción de conciencia, educación en una sociedad plural...) no se entienden sin esa atmósfera de pluralismo, que no se agota, obvio es decirlo, en la existencia de partidos políticos.

La libertad en la expresión de las ideas y los pensamientos es necesaria premisa de la opinión pública libre»[22]. A su vez «la preservación de una opinión pública libre» es presupuesto de una «sociedad libre», sin la cual no habría «soberanía popular»[23].

D) El «Estado total»

Llamamos aquí «Estado total» a la configuración de un Estado que se sitúa en las antípodas de la idea de «gobierno limitado», característico de las democracias liberales. Un Estado que llega al extremo, al menos inercialmente, de asumir como propio un relato cultural uniforme, poniendo a su servicio todo el arsenal de su aparato y técnicas de dominación. Tal estrategia sería la respuesta «natural» a los movimientos antes citados, con tanta frecuencia entrelazados: la defensa «total» de la víctima y la imposición de un pensamiento único o «totalizador», una cosmovisión completa y cerrada, puesto que sólo así, con un «Estado fuerte en acción», puede alcanzarse su compensación. La «toma» del Estado se convierte en el más preciado botín, sobre todo por parte de las minorías activas, ya que las mayorías se suponen se sientan en el parlamento. El Derecho, dirán sus partidarios, está al servicio de esa empresa y no puede oponerse, antes, al contrario, a la compensación «totalizadora» de la víctima en los términos indicados y a la consiguiente «educación» —en

virtualización del mundo propuesta por GAFAM [Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft]: solo en su mundo virtual se puede cambiar de sexo con un simple clic. La segunda, la «teoría crítica de la raza», explica que, si realmente queremos ser antirracistas, debemos preocuparnos siempre por la raza, para discriminar la discriminación. Ser «ciego al color» sería el colmo del racismo. Adiós al universalismo y al «sueño» de Martin Luther King, que esperaba que sus nietos fueran tratados en función de su 'carácter' y no del color de su piel. Esta teoría supuestamente antirracista promueve así el racismo inverso. El racismo es 'sistémico', por lo que nunca se puede escapar de la comunidad de origen: los 'racializados' son víctimas eternas, y los blancos, culpables por definición. La tercera, la «teoría de la interseccionalidad», es la parte más política de la religión 'woke'. Combina las dos teorías anteriores, y afirma que la discriminación basada en el género y la raza se refuerzan mutuamente en lugar de anularse. Si se es una mujer negra, se la discrimina no solo como mujer, sino también como negra. Se puede añadir a voluntad una serie infinita de identidades victimistas, que también serían fuente de discriminación: trans, gorda, discapacitada, «neuroatípica», colonizada, musulmana, «ecoansiosa», etcétera. Esta teoría de la interseccionalidad, que solo ve víctimas y victimistas en el mundo, fomenta una carrera hacia la victimización que se nutre del sentimiento de culpa del hombre blanco occidental. Por último, la cuarta teoría, la menos conocida y quizá la más nociva, es la «epistemología del punto de vista». Según esta teoría, no es posible el conocimiento objetivo: la ciencia se hace siempre desde un determinado punto de vista, el del hombre blanco occidental. La biología se rechaza por virilista y patriarcal, porque establece que hay dos sexos en la especie humana. Las matemáticas son esclavistas y colonialistas, porque fueron utilizadas por los propietarios de esclavos. No tiene sentido intentar corregir los posibles sesgos; al contrario, hay que afirmarlos: la «ciencia occidental» debe ser sustituida por un compromiso con el «saber indígena» o el «saber de los dominados». La ciencia deja de ser un observador imparcial, deja de ser una búsqueda de la verdad, para dar paso a la política..... (P)retende borrar los ideales fundacionales de nuestra civilización. Cuando los «epistemólogos del punto de vista» rechazan la biología o las matemáticas, se alejan explícitamente de la verdad. Cuando los interseccionalistas aprueban las masacres de Hamás, ya no distinguen entre el bien y el mal. Cuando los ecologistas se pegan a los cuadros de Goya, está claro que han olvidado qué es la belleza. Lo verdadero, lo bueno, lo bello: eso es lo que la religión 'woke' quiere borrar, es aquello por lo que debemos luchar».

22 Sentencia 12/1982, de 31 de marzo, f.j. 3. Y añade en el f.j. último: «la preservación de la comunicación pública libre, sin la cual no hay sociedad libre, ni soberanía popular, no sólo exige la garantía del derecho de todos los ciudadanos a la expresión del pensamiento y a la información, sino que requiere también la preservación de un determinado modo de producirse de los medios de comunicación social, porque tanto se viola la comunicación libre al ponerle obstáculos desde el poder, como al ponerle obstáculos desde los propios medios de difusión».

23 *Ibidem*.

no pocas ocasiones, puro adoctrinamiento— de la ciudadanía mediante la inculturación de una antropología excluyente de cualquier otra.

Este planteamiento representa, en efecto, una derivada «natural» de tales premisas. Un punto débil de éstas radica en que la cultura de la victimización y la lógica del pensamiento único se construyen con frecuencia sobre una selectiva e interesada distorsión de la realidad, que lleva a la lucha, no de clases, pero sí de víctimas contra sus verdugos. Lucha, nótese bien, que no se libra tanto en el plano social, como preferentemente en el estatal. Ello empuja a la formación de un «Estado total», como vehículo donde se fundamentalizan derechos que no son fundamentales —restándole espacio a los verdaderos—; se sobredimensiona la discriminación positiva; se recortan los derechos que puedan suponer una rémora o estorbo; se evita la deliberación y crece la desparlamentarización en beneficio del Ejecutivo; se reduce el ámbito libre o de autonomía de la voluntad del Derecho Privado; se asumen acríticamente, cuando interese, lo que se decida «más allá del Estado», aun cuando no sea representativo del sentir general y requiera, si no un refrendo formal interno, cuando menos un debate público en la fase ascendente o de formación de la voluntad y descendente o de aplicación[24].

La progresiva «toma» del Estado con esos fines puede seguir múltiples caminos (y baste la lectura de tantas leyes ideológicas o de propaganda política para comprobarlo). Una vía de esa toma se cierne sobre la sociedad; otra, discurre desde el Estado sobre el propio aparato estatal.

La primera consiste en un avance —desde el Estado— sobre la *esfera individual y social*. De un lado, mediante la intervención legislativa se establecen como Derecho necesario normas en terrenos hasta entonces disponibles. Ello supone una paralela reducción del Derecho Privado, al que se le sustraen ámbitos de libertad tradicionales; o, si se prefiere, una «retirada» de la sociedad (libre y plural)[25]. Al fin y al cabo, que la sociedad por sí misma promueva o debata determinadas ideas resulta para estas concepciones más lento y no es impositivo (piénsese en la acción de asociaciones o fundaciones, por ejemplo, por lo demás cada vez más reguladas y controladas). De ahí las «ventajas» de un aparato estatal que puede inocular el «software» deseado a través de sus más variados vericuetos.

De otra, con frecuencia, una sociedad polarizada deriva en una sociedad cada vez más estatalizada[26]: quien obtiene la mayoría de los votos, tras arduos esfuerzos en ocasiones, renuncia a la idea de gobierno limitado: es necesario aprovechar la ocasión, que puede no volverse a brindar tan fácilmente.

---

24 Esas «decisiones», cuyo proceso de formación, insistimos, puede no ser representativo de todos los intereses y perspectivas en presencia, en el plano global presenta, o bien un carácter sectorial y fragmentario, como las recomendaciones técnicas y economicistas de la OCDE, que, por definición, sin embargo, reclaman una ponderación con otras dimensiones, o bien de alcance general, como la Agenda 2030, cuya retórica, más próxima a los planes quinquenales de la antigua Unión Soviética, es ciertamente ajena al mundo de las democracias liberales y representativas, por más que quepa compartir los objetivos de bienestar, medio ambiente o erradicación de la pobreza.

25 Si se me permite la ironía, el lema podría ser este: «Ahorra esfuerzos en la esfera social: toma el aparato del Estado y haz lo que quieras», «Inocula el software malicioso por todos los laberintos del Estado».

26 La polarización puede darse en dos momentos: en el electoral y en el de la ulterior formación de gobierno. Cuando las elecciones se transforman en una simple obtención de «acciones», luego intercambiables y negociables en el «parqué bursátil» a cualquier precio en que se degrada el mismo parlamento, con independencia o en clara contradicción con lo expuesto al pueblo durante el proceso electoral, la polarización se perpetúa, y la legitimación democrática se quiebra, puesto que con los votos, convertidos en «acciones», se hace lo que se quiere, mutando así el proceso electoral, la propia soberanía popular, en un puro teatro.
Si sobre esas premisas, además, se produce una «coalición de perdedores» frente al partido que haya ganado las elecciones, y el intercambio de «acciones» y el precio que se paga por ellas se realiza con los partidos extremos y antisistema, la polarización y el desgobierno están asegurados, desembocando en unas mayorías artificiales, puramente matemáticas, que no son representativas de la realidad, ni se corresponden, con el cuerpo electoral. Es claro que las «acciones» de los grupos minoritarios se venden caras: el resultado, en efecto, no puede ser nunca un retrato ajustado con la realidad. Si la legislación electoral es trascendente porque representa el sistema para interpretar los votos y convertirlos en escaños parlamentarios, con mayor razón lo será, a falta además de normas que lo disciplinen, la formación de gobierno a partir de un resultado electoral. Es una cuestión de cultura democrática.

En lo que hace a su avance sobre el propio *aparato estatal*, el Estado «total» tenderá, mediante una progresiva erosión de la sustancia interior de los principios estructurales, a la concentración de poder, a ocupar todo el espacio, influyendo desde el Ejecutivo en todas las direcciones posibles, significativamente controlando todas las instituciones (y aquí han de incluirse los órganos constitucionales y los entes instrumentales de la Administración) (III y IV.3).

Ese «Estado total» se transmuta en realidad en una especie de «Estado cultural» (en sustitución del viejo Estado confesional): ha encontrado en la fabricación y defensa de identidades culturales un filón de cohesión y dominación. Identidades por cierto que habitualmente se conciben a sí mismas como víctimas, suplementadas con una cosmovisión única, «religiosamente» aceptadas (IV.4).

2.2. Tendencias o modas que obstaculizan el pleno desarrollo del constitucionalismo

Junto a esas ideologías que corroen desde dentro el sistema, por su oposición directa, nos encontramos con ciertas tendencias o modas, más o menos visibles según las circunstancias, que pueden suponer, siquiera sea indirectamente, una dificultad añadida.

A) La «ecología humana»

Es éste un tema clásico y de perenne actualidad que pertenece en primer término a la filosofía del Derecho y que aquí no podemos más que enunciar. Los seres humanos siempre han creído que hacer justicia, y por tanto decir lo que es justo, en las sentencias como en las leyes, en las relaciones entre particulares como en las relaciones públicas, no dependía sólo de las reglas o normas establecidas por ellos mismos, en sus actos de *imperium*, sino que éstas derivan su validez de un sistema de valores que les precede, y por tanto es superior a ellos.

De hecho, a la largo de la historia los juristas se han preguntado por medio de la razón por la naturaleza humana —hoy diríamos por la «ecología humana»—, como criterio de orientación para determinar —en las grandes cuestiones— qué es o no lo justo[27]. El Derecho desde la Antigüedad clásica, en efecto, ha sido sinónimo de justicia, y no un simple producto o expresión escrita de la voluntad de quien ostenta el poder[28]. La misma democracia tiene sus límites en el Derecho[29].

En un mundo en el que la humanidad ha adquirido un poder inimaginable, hemos de distinguir aún más entre el Derecho *verdadero* y el Derecho sólo *aparente* (esto es, entre el Derecho *legítimo* y el Derecho *legal*, entre lo justo e injusto). Esta es la cuestión decisiva[30].

---

27 Por ejemplo, Cicerón, *Las leyes*, libro I (52 a.C.). En esta obra clásica podemos leer, entre otros pasajes, lo siguiente: «El derecho no puede ser fruto de la opinión, sino de la recta razón». O «¿por qué no sancionan que se tenga por bueno y beneficioso lo que es malo y perjudicial?, ¿o por qué —dado que la ley puede convertir en justo lo injusto— no va a poder hacer ella misma de un mal un bien? Por nuestra parte, nosotros no podemos distinguir una ley buena de una mala si no es por la norma de la naturaleza. Y la naturaleza no sólo distingue entre lo justo y la injusticia, sino absolutamente entre todos los comportamientos honestos y los vergonzosos».

28 Esta instancia de justicia ulterior deriva ya del pensamiento clásico, y por tanto pagano: Antígona declara al tirano Creonte, que le prohíbe enterrar a su hermano: «ni tal fuerza creí que tuvieran tus decretos que un mortal pudiera pisotear las reglas no escritas del cielo *(ágrapha theón nómima)* y no pisotearlas». *Cfr*. Sófocles, *Antigona*, 454-455. Por su parte, Aristóteles afirmaba que de la justicia política hay dos especies, la natural y la legal: lo natural es lo justo que tiene la misma validez en todas partes y no depende de que sea reconocido [...]. Lo que es por naturaleza es inmutable y tiene la misma validez en todas partes (*cfr*. *Etica a Nicomaco*, V, 7, 1134b).

29 Por todos, véase Sabino Cassese, *La democracia y sus límites*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2018.

30 Contemporáneamente, el constitucionalismo practicado desde la segunda posguerra europea del siglo XX, y los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, han hecho las veces en buena medida de ese Derecho superior a cuyo trasluz y contraste examinar la validez de las leyes aprobadas por mayorías. Al fin y al cabo, los derechos fundamentales sirven para proteger a las minorías. Con ello se ha dado una respuesta parcial a este perenne problema.
Ahora bien, la cuestión surge hoy no ya porque sea sólo eso, una respuesta parcial y no completa, sino también porque ese sistema sufre diversas erosiones, bien sea porque se fundamentalizan «derechos»

Para buena parte de las materias que han de regularse jurídicamente, basta el *principio de la mayoría*. Pero en las cuestiones fundamentales del Derecho (de la justicia), en las cuales está en juego la dignidad del hombre y de la humanidad, el principio de la mayoría no basta. No es lo mismo decidir sobre el arancel de un producto que sobre la vida humana. Y aunque haya que decidir democráticamente, una persona responsable debe buscar racionalmente *criterios de orientación* en la propia naturaleza para asegurar que el Derecho sea justo. Hay que discernir, atendiendo a la naturaleza (a la «ecología humana»), qué es lo bueno y lo justo, y que es lo malo, porque va contra la naturaleza.

El abandono en el siglo XIX de esta senda alcanzaría en el siglo XX sus más devastadoras consecuencias en la segunda guerra mundial, con la pretendida justificación que invocarían los funcionarios nazis de su obediencia al Derecho aun después de la hecatombe moral que aquélla supuso («la ley es la ley»), como recordaría Gustav Radbruch. El mismo dilema «Derecho legal» vs. «Derecho justo» les parecería, como a los positivistas extremos, una contradicción *in terminis*. Un absurdo. La injusticia, racionalmente inferida de la naturaleza humana, no se erigió en canon de validez de la ley.

La posguerra trajo consigo una reacción frente a esa concepción puramente formal y positivista (Constituciones como normas jurídicas, Tribunales Constitucionales, Declaración Universal de Derechos Humanos, cartas regionales de derechos humanos, reconocimiento de la dignidad humana, contenido esencial de los derechos fundamentales, principio de proporcionalidad, reservas de ley parlamentaria...)[31]. En las últimas décadas, sin embargo, y pese a la vigencia del constitucionalismo, parece que la lejanía de las catástrofes del siglo pasado hubiera hecho relativizar de nuevo las exigencias de la ecología humana, llegando en ocasiones hasta su completo olvido a instancias de las ideologías que no aceptan siquiera lo que la ciencia constata sobre el ser humano[32].

B) Una pandemia jurídica: la importación indiscriminada de materiales jurídico-públicos

El análisis comparado forma parte del paisaje habitual. Es más, una rama tan relativamente joven como es el Derecho Administrativo no habría podido expandirse, como sucedió con el constitucionalismo, si no es mediante el Derecho comparado, a golpe de conocimiento de otros ordenamientos de los que aprender e inspirarse. Ahora bien, una cosa es inspirarse abiertamente en las soluciones ensayadas en sistemas culturalmente próximos, y otra, muy distinta, la importación indiscriminada, poco meditada o incluso contraproducente, con mayor razón cuando se importa de otras familias jurídicas o de ordenamientos no homologables en términos de democracia, Estado de Derecho y respeto por los derechos fundamentales.

En el siglo XXI parece ir en aumento lo que podría calificarse como «pandemia de importación indiscriminada», en ocasiones impulsada por un irreflexivo mimetismo en un mundo tan interconectado. Las soluciones legislativas viajan de un extremo a otro, cruzan ciudades u océanos en pocos instantes. En otros casos, no se trata tanto de la adquisición de un material. jurídico, como de un comentario de doctrinas o jurisprudencias foráneas, sobre las que se opina —no sin cierta

que no lo son (impulsados por las ideologías y/o tendencias antes mencionadas), pero compiten con los derechos fundamentales de verdad, o bien sea porque se imponen jurisprudencias relativistas y legitimadoras de la acción pública, cayendo la justicia constitucional en la irrelevancia.
Acaso la erosión más soterrada sea la que proviene de los ataques a la dignidad humana, que, en la segunda posguerra, protagonizaría una auténtica revolución al consagrarse en los documentos internacionales de derechos humanos y en las Constituciones más influyentes. Si ésta no se basa en la naturaleza humana común, el concepto de dignidad queda de hecho subyugado a las más diversas arbitrariedades e intereses de poder. político, económico o tecnocrático.

31 Véase la nota anterior.

32 Nótese que el Derecho, a diferencia de las ciencias exactas, tiene por objeto al ser humano. Es decir, presupone, y establece, sujetos, que se presentan ante él, dotados de un sentido y unos fines que el Derecho, como expresión del poder, no crea, sino que encuentra. El Derecho no se centra en hechos desconectados de una finalidad o de un funcionamiento, como la ingeniería o la biología, sino que, como la medicina, que contempla en su conjunto el aparato digestivo y su función, opera sobre las personas, no sobre las cosas. Así lo acredita el mayor de los argumentos: la experiencia. Cfr. Ottavio de Bertolis, «Esiste il Diritto Naturale?» en La Cività Cattolica, QUADERNO 4178, pag. 119–129, 2024 (disponible en https://www.laciviltacattolica.it/articolo/esiste-il-diritto-naturale/).

superficialidad y audacia en algunos casos—, bien sea para juzgar sin más el acierto o error de los operadores jurídicos del sistema legal que se considera, o bien para debatir si resulta o no trasladable al propio[33].

El importador —también el comentarista— no siempre es consciente de las consecuencias negativas que pueda deparar esa operación. A veces, se importa con las sombras o los efectos indeseados que lleve adheridos el régimen jurídico que se trae; se importa mal o se importan fracasos. En otras, se producen duplicidades y contradicciones entre los elementos propios y los foráneos, como sucede con las especies de flora y fauna que circulan de un país a otro. El análisis comparado de la comparación ha puesto de manifiesto múltiples ejemplos. El estudio y el diálogo colaborativos entre expertos de ambos ordenamientos constituye la base o premisa previa para conjurar tales riesgos, si bien corresponde en última instancia al legislador ponderar cuidadosamente una operación tal. El «control en frontera» ha de hacerse con sumo cuidado. Al fin y al cabo, no hay nada más difícil que la comparación jurídica y, más aún, en el campo del Derecho Público.

Nótese que no sólo se halla en juego la técnica jurídica y la coherencia o cohesión de un ordenamiento dado, lo que por de pronto resulta relevante al desarrollo jurídico y a la tutela de los derechos e intereses en juego. Puede ser también un problema de superficial «globalización», poco crítica y autóctona, de las ideologías dominantes[34].

C) El «constitucionalismo mágico»

Con esta expresión se quiere hacer referencia a la visión según la cual la Constitución se presentaría como un «atajo salvífico» para la sociedad y el Estado, sobre la base de la mitificación o de la sobrevaloración de sus funciones. Esta parece transmutarse en el instrumento jurídico por excelencia, con un valor casi mágico, que economiza ulteriores esfuerzos.

Este fenómeno, del que no cabe ahora hacer una exposición detallada, es susceptible de expresarse de diversos modos. Acaso la primera manifestación sea la excesiva extensión y grado de detalle de una Constitución o, lo que es lo mismo, la «administrativización de la Constitución» al pretender erigirse en un exhaustivo programa político congelado en el tiempo, como si de un reglamento se tratara. La consecuencia más obvia es que, a mayor extensión de una Constitución, menor margen de maniobra le resta al legislador democrático. La segunda es que, al margen de que su elaboración pueda no haber sido fruto de un mínimo consenso (que por definición no admite excesos en los detalles), en su ambición resulte inasumible en un corto período de tiempo, cayendo pronto en una suerte de obsolescencia programada, lo que supone un obstáculo, antes que una palanca de transformación. En suma, el propio principio democrático padece cuando se le hurtan al legislador ordinario las políticas públicas que le corresponde realizar en función de las coordenadas de espacio y tiempo, a la luz de las distintas opciones políticas que quepan dentro del marco que la Constitución representa[35].

---

33 La atención y referencias a EE.UU. con alguna frecuencia resultan poco elaboradas, sin consideración a la diferente familia jurídica —en realidad híbrida— a la que pertenecen, a su distinta estructura constitucional y, por supuesto, con olvido de la diversa sociología e historia subyacentes, elementos éstos que los hacen difícilmente comparables a tantos otros sistemas jurídicos, si no es con muchos matices, cautelas y metodologías adecuadas, capaces de diseccionar y distinguir entre otras cosas la dimensión política del debate, de los elementos jurídicos dignos de examen. Cuando ello sucede, no se hace análisis comparado.
Piénsese que debates propios de los EE. UU., como los que se mueven en torno al llamado «Estado administrativo», a la deferencia judicial hacia las agencias, o, más recientemente, a la meritocracia, nacidos en un contexto tan específico y singular, en ocasiones se llevan tan innecesaria como peligrosamente al propio terreno, sin hacer esas elementales distinciones. Con ello se trasladan problemas que no existían, al menos en medica comparable, al país «importador».
Una filosofía circula de un país a otro mediante libros. Una doctrina jurídica circula como un árbol con raíces más complejas y profundas que el árbol mismo, cuya introducción y traslado no es fácilmente viable.

34 Ha de notarse también que la importación no se produce en tantas ocasiones a instancias del país de destino, sino que es promovida por el país exportador o, más comúnmente, por sujetos individuales. Podemos encontrar, singularmente en Latinoamérica, promotores de ideas, de intercambios culturales, de colaboración desinteresada, pero también «vendedores» de doctrinas o aun de revoluciones fracasadas en Europa.

35 Sorprenden en ese sentido las críticas que se producen, por ejemplo, cuando un alto tribunal como la *US Supreme Court* resuelve que un tema pertenece al legislador ordinario, y no ha sido constitucionalizado (pién-

En tal contexto, la tendencia a configurar como derechos subjetivos —con rango constitucional— lo que por naturaleza son políticas públicas complejas representa una manifestación de ese «constitucionalismo mágico», esto es, del pretendido efecto taumatúrgico que se derivaría de su mero reconocimiento[36]. Con ello se generan falsas expectativas que inevitablemente se verán frustradas con el paso del tiempo, puesto que no se pueden satisfacer a fuerza de invocación de derechos, pues requieren de la adecuada combinación de todo un conjunto de medidas sostenidas en el tiempo. A nuestro juicio, un Estado es lo que su Administración: de poco sirven las proclamas constitucionales, e incluso legislativas, si no van acompañadas de una Administración capaz de organizar la vida en sociedad.

La «hiperconstitucionalización», en fin, entraña además un desplazamiento potencial de la división de poderes. Y ello porque una Constitución así entendida tiende a ser administrada por los jueces, por los jueces constitucionales en primer término, en detrimento del papel del legislador y desde luego del Ejecutivo y de la Administración.

Si la versión de «constitucionalismo mágico» descrita parece tener más adeptos en algunos países latinoamericanos, en España ha surgido otra, más insidiosa y falta de cultura política y democrática, consistente en desprestigiar la Constitución de 1978, como si fuera una Constitución poco menos que impuesta o transida de «pecados originales» invalidantes. Se pretende olvidar, sorprendentemente, que representa el *mayor acto democrático de nuestra historia*, con pocos referentes comparados homologables (es muy superior en términos democráticos —y no sólo técnicos— a la norteamericana, la francesa, la italiana o la alemana, por ejemplo). Para los no demócratas, sin embargo, tal distorsión de la realidad les otorgaría un salvoconducto para no respetarla. El mismo «derecho» se arrogan quienes cuestionan o se separan del espíritu que la hizo posible (la denominada «transición»), como si ello bastara para no cumplir una Constitución democráticamente aprobada por abrumadora mayoría tanto en sede parlamentaria como mediante referendo. Entre quienes se deslizan por esa pendiente predominan las minorías activas que no encontrarían espacio en una Constitución occidental al uso. Aquí se peca de «constitucionalismo mágino» de un modo distinto y más burdo: la «magia» reside en la toma —por parte de minorías activas— de la iniciativa para una nueva Constitución en la que imponer su victimismo, pensamiento único y Estado total. Con un solo «toque» taumatúrgico se cambiaría la sociedad en la forma deseada.

D) El riesgo de la una excesiva permeabilidad del sistema científico del Derecho Administrativo

La heterogeneidad y extensión de esta rama del Derecho y la multiplicidad de responsabilidades encomendadas a las Administraciones contemporáneas entrañan un riesgo cierto de excesiva permeabilidad a elementos extraños y ajenos propiamente a nuestro ámbito de conocimiento. Esos riesgos pueden generarse, bien por la incorporación acrítica de información proveniente de ciencias afines o próximas (i), de la «catalogación» que se hace en la arena política de ciertas opciones de la legislación administrativa (ii), o bien por la vulgarización en el análisis de algunos fenómenos (iii). Tales riesgos crecen exponencialmente, en nuestra opinión, ante una realidad tan pluridisciplinar, vulgarizada y politizada como el de la globalización.

- En primer lugar, puede incurrirse en una permeabilidad *indeseable* ante lo que otras *ciencias afines* o *próximas* relatan del Estado, de la Administración, de la sociedad o del individuo desde sus correspondientes ángulos y presupuestos metodológicos. Es cierto desde luego que el Derecho ha de entenderse *en contexto*; y en tal sentido contribuye a una mejor comprensión de nuestra propia rama jurídica el diálogo con, y el conocimiento de, elementos fundamentales de las ciencias que componen el medio ambiente natural en el que se insertan la Administración y el individuo, el Estado y la sociedad[37]. Pero no lo es menos, sin embargo, que se cae en una permeabilidad que

sese por ejemplo en el caso del aborto o de la reforma de la doctrina «Chevron»). Esa «devolución» al parlamento —a la democracia ordinaria— es saludada por muchos críticamente, considerada una pérdida *per se*.

36 Piénsese, por ejemplo, en el derecho a la vivienda.

37 La interlocución variará en función del ámbito o sector de que se trate. Por decirlo de modo simple: no es lo mismo la digitalización de la Administración, en cuyo caso es necesario que el jurista dialogue con el ingeniero informático, que la regulación de un determinado mercado, en donde la economía habrá de ser escuchada.

raya en la *contaminación* cuando se asume sin más un postulado, un concepto u una descripción nacida en esas otras ciencias, sin un diálogo con expertos al otro lado de la línea y un método o «lengua» adecuados[38]. Como si fueran verdades indiscutidas y extrapolables[39].

- Más grave aún resulta aquella porosidad consistente en asumir la valoración que desde posiciones *políticas* pueda hacerse de ciertos fenómenos. Esa calificación resulta de ordinario, en términos jurídicos, inaceptable[40].

- Una última «esponjosidad» podría derivar de la *vulgarización* de los conocimientos, si terminan por infiltrarse en la doctrina jurídica. Cualquier materia resulta susceptible de ser «vulgarizada», esto es, de hacerse divulgable y popular, llegando incluso a lo trivial. Ello es un fenómeno ordinario ajeno al Derecho. El problema se genera cuando éste lo incorpora renunciado a un estudio profundo y especializado. Por ejemplo: ¿cuál es la idea vulgarizada de la globalización? Según parece, una de carácter negativo, porque divide de un modo dialéctico el mundo entre «globalizadores» y «globalizados»; entre el «imperio», cualquiera que éste sea, con sus pretensiones de imponer sus exigencias «a nivel global», y el resto de los Estados, sobre todo los más débiles, que recibirían pasivamente la acción negativa de los primeros. Así, la libre circulación de capitales y, en ocasiones también del comercio, a modo de emblema de una tal versión, beneficiarían a los primeros y castigarían a los segundos. Al mismo tiempo, con cierta inconsistencia, se reclama de contrario una mayor globalización para combatir una pandemia o el calentamiento global, por ejemplo. O para estandarizar las normas contables, de información financiera o de evaluación crediticia. Pues bien, dejando al margen la parte de verdad que pueda haber en las versiones vulgares o comunes, lo cierto es que para el Derecho la globalización contiene otros datos relevantes, que determinan su propia agenda, como es la constatación de la mutua interdependencia de los Estados en tantos ámbitos (social, económico, informativo, ambiental, científico, tecnológico...); la existencia de numerosas organizaciones que operan más allá del Estado; y la necesidad de disciplinar jurídicamente su acción[41].

3. Impactos de estas ideologías y tendencias sobre el constitucionalismo

Como resulta fácil inferir del esbozo precedente, tales movimientos afectan a los pilares constitucionales más básicos, lo que terminará por amenazar la función civilizadora que la Constitución ejerce sobre el Derecho Administrativo (I, IV): si el hábitat en el que éste se halla se deteriora, se

38 Ciencias que, de entrada, pueden ser descriptivas (como la sociología, o la geografía), y no normativas o prescriptivas (como el Derecho o la Economía), a su vez diferenciables en función del eje en cuyo derredor giran (justicia, reparto de la escasez...).

39 Así, por ejemplo, la ciencia económica o la historia pudieron describir por justa convención el Estado decimonónico como «Estado liberal» porque respondía a las teóricas proclamas ideológicas del liberalismo económico, y, sin embargo, el (viejo) Estado europeo no merece tal calificativo a los ojos del Derecho Administrativo, primero porque aquél no se caracterizó por observar y respetar el pluralismo político (baste pensar en la sucesiva «imposición» de Constituciones partidistas al resto), ni por la preeminencia de los derechos fundamentales, que se vieron tantas veces amenazados y comprometidos (desde la libertad ideológica a la libertad religiosa), hasta el punto de que no verían su verdadero nacimiento hasta la segunda posguerra europea; segundo, porque supuso en muchos casos un fuerte «estatismo» y evidente multiplicación exponencial del poder, absorbiendo los cuerpos intermedios, al tiempo que se alimentaba de un marcado «nacionalismo», en detrimento de la identidad europea o se construía por oposición a las identidades nacionales rivales; o, tercero, porque su creciente actividad legislativa (jurídico-administrativa) no consistió en «dejar hacer, dejar pasar», sino en una decidida acción, como se desprende del examen de las numerosas leyes aprobadas en tales Estados.

40 Así, la prestación de servicios de interés general en régimen de competencia, aun cuando para ciertas concepciones políticas sea equivalente a una suerte de neoliberalismo, sin embargo, desde una perspectiva jurídica no lo es tal: el Estado puede no ser prestador directo pero sí garante de un resultado, de una prestación, en condiciones de servicio público, multiplicando su actividad y su aparato (legislación, reguladores, entes instrumentales...). Más ampliamente

41 Por todos, véase Benedict Kingsbury & Richard Stewart, *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Global Law Press / Editorial Derecho Global, Sevilla, 2016.

degradará en un simple «Derecho gubernamental», esto es, en un instrumento jurídico de dominación al servicio del poder (I).

A la democracia —en el amplio sentido comprensivo antes indicado (I)— se le atacaba en el siglo XX «de frente»: con los tanques y los muros. Sin embargo, «los males flagrantes se curan solos por el hecho de ser flagrantes»[42]. En el siglo XXI se hace «desde dentro», de modo más sutil, vaciando de contenido los principios estructurales[43]. Las ideologías —en su caso en colaboración con esas tendencias— son capaces, potencialmente al menos, de socavarlos. A modo de ejemplo, pueden señalarse algunos posibles síntomas:

3.1. Principio de legalidad respecto del Ejecutivo y la Administración

El imperio de la ley —entendido como vinculación o sometimiento pleno del Ejecutivo y la Administración a la ley y al Derecho— puede verse amenazado en la medida en que por diversas vías el Ejecutivo se apodere abusivamente de las fuentes del Derecho, aun cuando en teoría el Derecho primario le corresponda al parlamento. La polarización política[44] es rentable: impide el consenso y la deliberación en el parlamento, reducido entonces a un lugar para la investidura y la teatralización, y «justifica» que el Ejecutivo, a través de medidas extraordinarias (como el Decreto-ley en España), se transfigure en una fuente primordial.

Derecho Constitucional y Derecho Administrativo han de abandonar su equidistancia y trabajar cooperativamente para reconstruir el maltrecho principio de legalidad. Este se ha visto desposeído de su sentido y alcance en algunos ordenamientos, mediante pasos sucesivos y descendentes en cuanto a su nivel de rigor y exigencia.

- Así, y a título de ejemplo, en algunos casos el principio de legalidad se ha devaluado al reducirse en mero principio de juridicidad, es decir, en la simple exigencia de una norma *previa* a la acción administrativa, aunque no sea emanada de un parlamento, sino del Ejecutivo o de la Administración[45]. En teoría, el principio de juridicidad servía para completar el principio de legalidad, no para sustituirlo. Requería que el camino que había de seguir la Administración en cada caso estuviera previamente «pavimentado», si no por la ley, al menos por el reglamento.

Ahora bien, si este principio derivado sustituye a la legalidad formal y, en consecuencia, sólo miramos a la preexistencia de un camino allanado por normas jurídicas, aunque sean de origen administrativo, perdemos de vista el sentido más genuino del principio de legalidad, que lo era en favor del parlamento, y en virtud del cual es la norma democrática superior, externa y ajena a la Administración la que en realidad dirige a la Administración, esto es, la ley parlamentaria, la Constitución, el Derecho Internacional Público, el Derecho de la Unión Europea...

---

42 *Cfr*. J.H. Newman, *Apologia Pro Vita Sua*, Editorial Encuentro, 2010, p. 157, afirmación ésta expresada en un contexto bien diferente, aunque a nuestro juicio aplicable a nuestro ámbito.

43 «Un Estado totalitario realmente eficaz sería aquel en el cual los jefes políticos todopoderosos y su ejército de colaboradores pudieran gobernar una población de esclavos sobre los cuales no fuese necesario ejercer coerción alguna por cuanto amarían su servidumbre. Inducirles a amarla es la tarea asignada en los actuales estados totalitarios a los Ministerios de Propaganda, los directores de los periódicos y los maestros de escuela», Aldous Huxley, *Un mundo feliz*, 1932.

44 Recuérdese la afirmación de Ortega y Gasset en *La rebelión de las masa*s, contraria a toda polarización, en cuanto acaba con la deliberación: «Ser de la izquierda es, como ser de la derecha, una de las infinitas maneras que el hombre puede elegir para ser un imbécil; ambas, en efecto, son formas de la hemiplejía moral».

45 Podría valer, a nuestros efectos, y por fijar mínimamente su contenido, lo que el diccionario panhispánico del español jurídico señala: «concepción de las relaciones de la Administración con la ley que implica que aquella no solo está sometida a la ley, sino al derecho, noción más amplia que incluye normas superiores e inferiores a la ley, supranacionales y estatales, además de implicar también sometimiento a los principios, valores y garantías de los derechos y libertades. El primer autor que utilizó el término «principio de juridicidad» fue A. Merkl, pero no en sentido sustitutivo o equivalente al principio de legalidad, sino para explicar que toda acción de la Administración, para distinguirse como tal, precisa de la existencia de un precepto que admita semejante acción».

Si ponemos el acento en la *dirección* de la Administración a través de la ley y del Derecho (superior, externo y ajeno a la Administración), la norma administrativa, aunque norma, al fin y al cabo, no se puede erigir en el eje, ni situarse en el centro de las fuentes del Derecho de la Administración[46].

- En este terreno se observa una cierta relativización o despreocupación de la comunidad jurídica ante una realidad que desborda los principios establecidos. Así, se pasa del principio de legalidad (formal) al principio de juridicidad (norma infralegal); de la vinculación positiva a la negativa; de la reserva legal como fortalecimiento de la función parlamentaria a una autorización implícita o indirecta de todo lo que no esté reservado en favor de la norma infralegal; de la autonomía de los entes locales a una suerte de «soberanía local» que la ley consiente; de la autonomía funcional de la universidad a una autonomía cuasipolítica, en un error de concepto, como si estudiantes y profesores representaran al pueblo, lo que le permite que se dicte sus propias normas sobre cuestiones básicas...[47].

El resultado es que la lista de cuestiones fundamentales que carecen de una mínima regulación legal sustantiva o esencial, o, más sencillamente, de toda base legal, es cada vez más amplia[48]. Por lo demás, no es ajeno a este fenómeno la consentida ausencia de consenso en sede parlamentaria.

3.2. Principio de igualdad

La doctrina tradicional del principio de igualdad admite el tratamiento diferenciado entre dos supuestos próximos o análogos cuando haya suficiente fundamento objetivo para discriminar, y ese régimen distinto sea proporcionado a la diferencia de hecho, es decir, siempre que el tratamiento jurídico corra paralelo a esa diferencia[49]. La diferencia de trato dirá el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde temprana jurisprudencia y con él los Tribunales Constitucionales europeos, no sólo ha de perseguir un fin legítimo y compatible con el catálogo de derechos, sino guardar además una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se desea alcanzar. Se entiende, desde luego, que al principio de proporcionalidad le preocupa la desigualdad en menos o, lo que es lo mismo, se pone de parte del colectivo que recibe, en virtud de criterio objetivo, un trato más desfavorable. Y lo que medirá entonces es la relación de proporcionalidad que guardan dos magnitudes: el motivo de la diferencia (ya «aprobado» por el test de la igualdad), de un lado, y el régimen jurídico en menos, de otro. El término de la comparación, pues, está compuesto por la medida limitadora (medio o régimen jurídico más desfavorable) y el criterio

46 Puede verse sobre este tema, *La dogmática del Derecho Administrativo*, cit. (nota 3), capítulo primero, p. 79 y ss.
Esta perspectiva permite comprender mejor el sentido de la ley como habilitante, portadora de contenidos sustantivos y esenciales, como transmisora de legitimación democrática material para la Administración, y como parámetro de control duro para la acción administrativa. A ello se añade que la norma infralegal puede ser creadora *ex novo* de deberes para los individuos.

47 Una práctica distinta, que puede ser igualmente abusiva, es la deslegalización operada por la misma ley. Por todos, Santamaría Pastor, J. A. (2023). «El confuso devenir de la deslegalización». *Revista de Administración Pública*, 222, 17-32. doi:https://doi.org/10.18042/cepc/rap.222.01.
En un plano distinto cabe situar algún error de concepto que se proyecta sobre la autonomía predicada de ciertos entes —como las universidades—, de organismos reguladores o Administraciones independientes, o respecto de la posición especial de los órganos constitucionales. Errores de concepto que afectan al personal al servicio de tales entes u órganos, al patrimonio, o al procedimiento administrativo, dejadas con frecuencia con escasa o nula justificación a sus respectivas normas (infralegales por definición), contribuyendo a debilitar la función del parlamento, de la ley y en última instancia de la democracia.

48 El propio Derecho de emergencia, como ocurre en España y se puso de manifiesto durante la pandemia del Covid 19, puede tener insuficiente base legal. Me remito a mi trabajo «La crisis de la democracia parlamentaria. El caso de la COVID-19», *Revista de Administración Pública*, 216, 101-139, doi: https://doi.org/10.18042/cepc/rap.216.04. Para una visión de conjunto en clave comparada, véase Legal Response to Covid-19, en OxConLaw.

49 Me remito a mi trabajo «Introducción a la jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Análisis crítico de la doctrina jurisprudencial en torno a una selección de derechos constitucionales» *en Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5 (1998, número monográfico (disponible en *Research Gate*).

objetivo y racional de discriminación (fin)[50]. La discriminación positiva, auspiciada por los movimientos señalados (II), debiera superar dos test de constitucionalidad: el fundamento objetivo de la discriminación para favorecer en más a una categoría y la proporcionalidad del régimen resultante respecto del colectivo menos favorecido o tratado en menos.

Sin embargo, no faltan movimientos políticos que reclaman para la víctima, no ya un trato igual que los demás colectivos, esto es, sin discriminación alguna (lo cual sería el planteamiento clásico), o una medida de discriminación positiva matizada, sino un tratamiento muy desigual en su favor, es decir, una protección en más que resulta abiertamente desproporcionada y, por tanto, discriminatoria. El principio de igualdad se desdibuja, pues, primero porque la discriminación positiva no parece tener fin (siempre se pueden hallar nuevos motivos o ámbitos para diferenciar), y, segundo y aún más relevante, porque entre las diferencias fácticas o de hecho y la respuesta legal puede llegar a darse una distancia que fracture los parámetros propios del principio de proporcionalidad. Desde la lógica de la «cultura de la victimización» todo parece justificarse, desde una tutela penal distinta en detrimento de otras víctimas, hasta diferenciaciones incomprensibles en sede constitucional[51]. Téngase en cuenta, con todo, que el principio de proporcionalidad asociado al principio de igualdad no reclama que se rebaje el régimen protector del colectivo mejor tratado, sino que el peor tratado se asimile al primero.

3.3. Principio democrático: la legitimación democrática de la Administración

El principio democrático, en su proyección sobre el Ejecutivo y la Administración pública, se halla estrechamente relacionado con el principio de legalidad: el parlamento, actuando en nombre del pueblo, manda y dispone, es el «principal»; la Administración el «agente»: sigue lo que la ley haya establecido, asume los encargos recibidos, pone los medios para satisfacer los fines que se le asignan. La sujeción de la Administración a la ley y el Derecho, en que se expresa el principio de legalidad, presupone que el Derecho primario sea emanado por el parlamento. La legitimación democrática *material* de la Administración se alcanza justamente mediante el cumplimiento de la ley democráticamente aprobada. Por el contrario, cuando la Administración se desvía de lo que la ley democrática ha dispuesto pierde su legitimación material; no es sólo que su acción u omisión sea «técnicamente» ilegal, sino que resulta contraria al principio democrático. La Administración en tal caso deja de ser democrática.

La ley parlamentaria —la ley formal— posee, en efecto, una clara dimensión democratizante: comunica en términos materiales al Ejecutivo y a la Administración lo que los representantes del pueblo han dispuesto para estos. Ahora bien, si el Ejecutivo y la Administración, ante la creciente desparlamentarización y ausencia de una deliberación real, se apoderan de las fuentes del Derecho mediante el uso abusivo de instrumentos extraordinarios (como el Decreto-ley en el caso español), padece entonces por consecuencia el principio democrático en sentido material, ya que la soberanía pasa *de facto* a manos del Ejecutivo. Supone a un tiempo el vaciamiento del principio de legalidad y del principio democrático: la ley democrática calla y el Ejecutivo y las Administraciones hablan.

En este contexto de debilitamiento de la democracia parlamentaria, la paralela exaltación de la democracia directa —como modalidad supuestamente superior y alternativa de la democracia indirecta o representativa, con argumentos que en ocasiones evocan la fraseología del asambleísmo propugnado por movimientos totalitarios del siglo XX— puede resultar cuando menos ingenua. La democracia representativa (que es parlamentaria y, por tanto, indirecta o delegativa) ha sido considerada tradicionalmente la forma más genuina y preferente. Y es que salvo en ciertos niveles (local o regional, en particular) y en determinadas modalidades (consultas, encuestas), o como poder constituyente, la democracia directa o plebiscitaria presenta serias limitaciones para el gobierno ordinario, tanto por la fácil manipulación en que puede incurrirse por más de un concepto (de ahí que haya sido instrumento preciado de los regímenes autoritarios), como por la

50 *Ibidem*.

51 Un ejemplo en la última reforma constitucional española, art. 49 *in fine*.

simpleza de su enfoque (sí o no), incompatible con la complejidad del gobierno contemporáneo, y, desde luego, por su irreversibilidad (pues no admite matices posteriores, que sí permite por el contrario el parlamento, a medida que se plantean los detalles).

Por otra parte, en el plano de los procesos decisorios ordinarios de las Administraciones públicas, singularmente a nivel local, se deslizan no pocas confusiones, que comienzan por la propia terminología al calificar la participación como «democracia participativa», aun cuando no sea una consulta vinculante y/o se circunscriba a los sectores directamente afectados por la norma infralegal proyectada[52].

El Derecho Administrativo contemporáneo se ocupa de otras facetas de interés en este ámbito, sobre las que debate desde hace décadas, como la legitimación democrática de los organismos reguladores o Administraciones independientes, y para las que la «teoría de la cadena», que justifica un cierto nivel de legitimación democrática personal en las Administraciones de corte piramidal o ministerial, no sirve, sino más bien la «teoría del wifi»[53]. Es ésta una cuestión que en principio no guarda relación directa con el objeto de nuestra reflexión, salvo cuando el nombramiento del vértice de la organización —a cargo del parlamento o en su caso del Ejecutivo— se realiza sobre la base de la confianza política y no de la alta cualificación profesional y técnica, que representa uno de sus fundamentos. En tal hipótesis, la independencia deriva en una pura apariencia formal puesto que la «comunicación» se mantendrá y perderá la razón de ser de la organización.

3.4. La división de poderes

Como se desprende de las páginas anteriores, la división de poderes se desmorona cuando el juez hace de administrador, o el Ejecutivo de legislador. Con ello padece no ya sólo el sistema de contrapesos propios de la democracia liberal y representativa, sino también el reparto de trabajo que implica.

3.5. El pluralismo político

Sin necesidad de un recorrido más exhaustivo, y a los efectos meramente ilustrativos del presente epígrafe, baste con insistir aquí en el pluralismo.

La neutralidad del Estado no se apoya sólo en el pluralismo político, que en la Constitución española figura en el art. 1.1, sino también en las libertades que se erigen en pilares de la democracia, y que por ello presentan una evidente dimensión institucional, que trasciende la vertiente individual, esto es, la de invocabilidad de cada individuo a título personal. Baste pensar en la libertad ideológica o de pensamiento; la libertad de conciencia; la libertad religiosa; la libertad de expresión y las libertades informativas, o las libertades educativas, entre otras. Estas libertades quedarían en nada si el Estado, con toda su fuerza, determina, directa o indirectamente, la cosmovisión del mundo, la antropología en la que creer.

---

52 Sobre el tema, puede verse críticamente mi trabajo «Sobre la legitimación democrática mediante el procedimiento administrativo» en *Entre tribunales «Libro homenaje a Pablo García Manzano»*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 165-195.

53 Sobre este tema en particular, me remito a mi trabajo «El sujeto privado en la Constitución económica: de la vertiente de defensa de los derechos y libertades, a la dimensión activa de los actores privados en cuanto protagonistas y corresponsables de la vida económica», en *Constitución Económica*, Actas de las XVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (2011), coeditado por el Tribunal Constitucional y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012 (disponible en *Research Gate*).
Sobre el planteamiento del problema, véase Sabino Cassese, *La democracia y sus límites*, cit. pp. 86 y ss.
Para una perspectiva actual de la doctrina alemana, véase primero E. Schmidt-Aßmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo» cit. (nota 3), pp. 66 y ss. y *La dogmática del Derecho Administrativo*, cit. (nota 3) Tercera Parte, pp. 263 y ss., 304 y ss.
Desde una perspectiva comparada, véase por todos Peter Cane, and others (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law* (2020, Oxford Academic), en particular el capítulo 25, Mathias Ruffert, «National Executives and Bureaucracies» y 51, Susan-Rose Ackerman, «Administrative Law and Democracy».

4. Efectos de un constitucionalismo debilitado sobre el Derecho Administrativo

Aun sin reformas constitucionales, los ataques recibidos por el constitucionalismo se dejan sentir en el plano de la legalidad ordinaria. A nuestro propósito, podrían destacarse ahora los siguientes efectos:

4.1. Una dualidad emergente en el Derecho Administrativo: «Derecho Administrativo técnico» y «Derecho Administrativo ideológico»

En la superficie, el Derecho Administrativo permanece inalterable en su esencia. No se observan cambios legislativos apreciables en lo que podemos calificar como «Derecho Administrativo técnico». El régimen jurídico de la contratación pública, o del patrimonio de las Administración públicas, por ejemplo, no se ha visto modificado a consecuencia de esas corrientes y tendencias (II). Otra cuestión, en cuyo análisis no podemos entrar, es la *aplicación* que de la legislación vigente pueda hacerse a consecuencia de ellos.

Junto a esta capa o estrato, silenciosamente comienza a aparecer lo que por contraposición denominamos un «Derecho Administrativo ideológico». Desde normas sancionadoras, al adoctrinamiento en los centros y actividades culturales (centros de enseñanza, museos...), pasando por leyes (y exposiciones de motivos) de propaganda política, de corte emotivista, con escaso o nulo efecto jurídico[54]. Se trata de una legislación administrativa que progresivamente transmite impulsos políticos transidos de tales movimientos, aun cuando todavía no resulten tan visibles como una reforma del Código Penal. Este plano conforma un verdadero «Derecho gubernamental» (I).

4.2. La vinculación a la ley parlamentaria (fuentes externas al Ejecutivo y a la Administración)

La tensión entre las fuentes del Derecho en manos del Ejecutivo y las que están a disposición del parlamento constituye un problema clásico del Derecho Público, incluso en los sistemas presidenciales donde el presidente goza de una legitimación democrática directa y, con mayor razón e intensidad, en los sistemas parlamentarios, donde el Ejecutivo deriva su legitimación indirectamente del parlamento.

En nuestro caso —circunscribo esta afirmación al caso español— la situación actual ha superado los niveles de «tensión ordinaria» habituales, para precipitarse abiertamente hacia un uso sistemático del decreto-ley, pese a su falta de legitimación democrática, con frecuencia inadvertida[55], tanto en las Cortes generales como en los parlamentos autonómicos que disponen de tal instrumento. Lo que unido a otras expresiones de falta de cultura democrática ya aludidas (polarización, coaliciones de gobierno no representativas del resultado electoral, desparlamentarización...) supone ya un grave problema.

4.3. La devaluación de las comunidades epistémicas. Entes instrumentales y función pública

La dignidad de cada persona y los derechos inviolables que le son inherentes —por utilizar la expresión del art. 10.1 CE— constituyen la mejor explicación del sufragio universal. Toda persona ha de poder participar en el proceso democrático, con independencia de su capacidad y de cualquier otra consideración. Esa esencial e igual dignidad en que se funda el universal sufragio activo

54 Algunos ejemplos, en el caso español, en Pablo DE LORA, *Los derechos en broma La moralización de la política en las democracias liberales*, Ediciones Deusto, 2023.

55 Por razones de espacio me remito a mi trabajo «La alarma vs. Legislación ordinaria contra pandemias en perspectiva comparada», en la obra colectiva *Estado de alarma y Constitución*. Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Foros y Debates. Tribunal Constitucional, CEPC, Madrid, 2022, núm. V (disponible en *Research Gate*).

y pasivo es compatible, en otro plano, con la existencia de comunidades epistémicas y el desempeño de funciones que no se realizan democráticamente (como el dictado de sentencias, o la prestación médico-sanitaria), así como con el reconocimiento del mérito y capacidad para el empleo público.

La cultura de la victimización, sin embargo, impulsa una concepción distinta. La compensación de la víctima quiere introducirse también en esos terrenos. La ciencia, que no se conforma a base de votos, parece ocupar un lugar secundario por lo que sus consensos no han de ser atendidos (la biología, por ejemplo, parece censurable por más de un concepto). El mérito y capacidad se tachan de elitistas, porque el mayor mérito y capacidad serán siempre fruto, a su juicio, de una desventaja de nacimiento y ambiente que ha de corregirse eliminando las barreras de acceso a la función pública.

A ello se añade la predisposición del «Estado total» a ocuparlo todo, y, en consecuencia, a poner al frente de entes instrumentales (o del sector público, en el más amplio sentido) a personas afines y leales, no a expertas e independiente, sean tales instituciones entidades financieras, empresas turísticas o energéticas, o un órgano constitucional. Se premia la «ideología» (con frecuencia, mera lealtad personal sin ideas) frente a la experiencia y la capacidad para cumplir la misión a que se debe la institución.

Esa corriente de pensamiento —al margen de otros factores coadyuvantes— trae consigo la devaluación de las necesarias comunidades epistémicas; el surgimiento de unas instituciones ocupadas por personas sin la solvencia necesaria; o de funcionariado sin la preparación e independencia exigibles.

4.4. La fabricación de identidades culturales

El Estado contemporáneo es el principal artífice de identidades culturales. Con el surgimiento del Estado-nación, los aparatos estatales escribieron la propia historia de la nación, con su respectivas gestas, mitologías y oportunas dosis de romanticismo. La identidad nacional ha sido estimulada y promovida por el propio Estado, que la ha definido en parte por oposición a otra identidad nacional (de nuevo, la lógica bélica «ellos-nosotros»)[56]. Ha tenido en la enseñanza uno de sus aliados más eficaces. El sistema educativo dirigido decidía quiénes eran nuestros amigos y enemigos, los próceres de la patria, las fiestas a evocar, escribía la historia oficial hasta en los menores detalles. A ello se fueron añadiendo otros caminos, singularmente a través del fomento administrativo de la correspondiente política cultural que todo lo abarca: desde la promoción de una lengua a la protección del patrimonio histórico-artístico, del cine a la literatura, de los museos a las bibliotecas, del folclore a la danza, del ballet a la música tradicional, de una corriente artística frente a otra. En buena medida se trata de una identidad que gira en torno al eje nacional-territorial[57].

Esta perspectiva secular ha visto su continuidad en la réplica de las mismas estrategias a escala regional o provincial[58]. Pero la explosión se ha producido por la fabricación de identidades

56 Esta dinámica «ellos-nosotros» divide a su arbitrio cualquier cosa en dos bandos y construye en consecuencia un enemigo a batir, impide el diálogo, levanta muros y representa un índice claro de pérdida de calidad democrática, hasta el punto de convertir la democracia parlamentaria en algo vacío de contenido, pura fachada de cartón piedra. Se erige en una fuerza polarizadora y artificiosa, que termina definiéndose, en lugar de por lo que es, por lo que no es, esto es, por oposición, al contrario, al enemigo ideado. La cohesión del grupo se crea y adquiere por su naturaleza «anti». Y puede proyectarse, ayudada por la industria del victimismo, sobre los planos más inverosímiles: izquierdas-derechas, progresistas-conservadores; blanco-negro; hombre-mujer; Occidente-Sur Global; idioma A-B; pueblo, localidad, región o país vs. cualquier otro; enfrentamientos entre períodos históricos con sobredosis de presentismo (distorsión ésta que no sólo impide entender la historia, sino que ese juicio presentista genera emociones negativas, y vuelta a empezar); etc.

57 Nunca pasó inadvertido el carácter cuasireligioso de la formación del Estado-nación desde el siglo XIX, a manos del Estado «liberal». Recuérdese por ejemplo lo que Joseph Roth afirma en el período de entreguerras tras la caída del Imperio Austrohúngaro a través de uno de sus personajes: «Esta época quiere crear, ante todo, Estados nacionales independientes... El nacionalismo es la nueva religión. La gente ya no va a las iglesias. Acuden a los círculos nacionalistas». (*cfr. La Marcia di Radetzky*, Roma, Newton, 2010, p. 173 y s.).

58 El fenómeno resulta particularmente visible en España, donde tantos responsables en las Comunidades

no territoriales, por una multiplicación de «micro-identidades» colectivas, referidas a muy variados grupos o categorías, con frecuencia victimizados (II). La generación clásica de identidades nacionales buscaba la cohesión interna; las actuales, por el contrario, en cuanto víctimas, demandan la mejora de la respectiva categoría: la acción afirmativa o discriminación positiva, la responsabilidad del Estado «total» en su tutela (II).

5. Una reflexión final

Ni «cualquier tiempo pasado fue mejor», ni cualquier tiempo presente es mejor que el desaparecido[59]. El retrato trazado no impide el optimismo ante el futuro, que desde luego será distinto. El horizonte no ha de ser negativo necesariamente, aun cuando la posmodernidad parezca definirse por su afán de deconstruir. Ciertamente, queda mucho por hacer para preservar las esencias que han de salvaguardarse.

A mi juicio, la reflexión que puedan suscitar los fenómenos descritos habrá de ser antes individual que colectiva, personal que académica. Aquí tan sólo cabe seleccionar algunas ideas que acaso puedan contribuir en algo en enmarcarla:

- La historia general, y la historia del Derecho Público en particular, resultan necesarias para un examen constructivo, que busque soluciones basadas en la experiencia acumulada; nos muestran el acontecer humano como un río. Al fin y al cabo, ignorar cuanto ha sucedido antes de nuestro nacimiento impide alcanzar la mayoría de edad, pues nuestra época está entrelazada con la de nuestros antepasados[60].
- La lucha por el pluralismo, último baluarte frente a la marea de las ideologías victimistas y relatos de pensamiento único se hace imprescindible, distinguiendo la defensa de la víctima, de la cultura o industria de la victimización. Las libertades en que se funda —y expresan— el pluralismo está en juego y representan un límite absoluto. La revitalización de la democracia liberal y representativa, en el sentido indicado, no es sino su garantía. Y una separación «Estado- cultura», esto es, un abandono de la fabricación política de culturas identitarias (alimentadas en la indicada lógica bélica «ellos-nosotros»), será un dique frente a su progresivo y sutil vaciamiento.
- La actitud y la condición profesionales del administrativista condicionan desde luego el resultado. No estamos ante cuestiones puramente «técnicas», sino valorativas y axiológicas[61].

Autónomas parecen creer que su existencia obedece no tanto a los valores propios de la división vertical del poder o a la mayor proximidad al individuo, como a una «legitimación histórica-cultural», como luce en los correspondientes Estatutos de Autonomía, señaladamente en los de segunda generación.

59 Desde la perspectiva en que nos hemos situado, el avance tecnológico y científico, así como sus beneficios asociados en tantos terrenos (contra el hambre en el mundo, la mejora en la salud, la preservación del medio ambiente...), se sitúan en un plano distinto. De suyo no nos hacen mejores personas, ni hacen la convivencia más justa y pacífica, por decir lo más obvio. Por ello, la máxima de que «tampoco cualquier tiempo presente es mejor que el anterior» no se ve desvirtuada por el hecho de que ciencia y tecnología sigan con su progreso imparable.

60 La historia por otra parte puede inspirarnos cuando nos muestra la actitud de otros personajes ante el cambio de era al que asistían. Por ejemplo, las obras de Cicerón en el siglo I (ante la inminente caída de la República); de Agustín de Hipona en el siglo IV (ante la caída del imperio romano); de J.H. Newman en el siglo XIX (ante la pérdida de la pasión por la verdad ante la indiferencia del «todo es relativo») ...

61 Si hubiera que destacar algunas características podrían formularse del siguiente modo:
La atención al modelo del jurista humanista; el equilibrio entre formación general y especializada; la relación con otras ramas fundamentales del Derecho; el cultivo del pensamiento de largo recorrido y del conocimiento sintético frente al analítico y el especialismo; la preocupación por un mejor actuar de la Administración, porque un Estado es lo que su Administración; el aprendizaje del arte de comparar y de hallar las fuentes más selectas de conocimiento ante la infodemia; la huida de la contaminación de otras ciencias y de la excesiva porosidad de la disciplina; la idea de servicio al Derecho y a la justicia; la ejemplaridad pública en el ámbito profesional...

- Una Constitución —y una tabla de derechos— es garantía necesaria, pero no suficiente. El Gobierno y la Administración, con las respectivas políticas públicas en el marco de una Constitución de libertades, representa un elemento esencial.
- La independencia del jurista —y no sólo del poder judicial— adquiere hoy una renovada importancia. Sólo los héroes y los verdaderos intelectuales han logrado ir contracorriente en el curso de la historia ante derivas deshumanizadoras. Ha sido una constante en la historia la existencia de personas aduladoras del poder político, que se han comportado de modo movedizo, impredecible, reservado o engañoso. No es algo exclusivo de nuestro tiempo, ni del mundo jurídico. Las críticas a tales actitudes las encontramos desde la antigüedad. «Nada puede impedirte que seas justo, sensato y razonable» (Marco Aurelio, s. II. d.C.).

25

LOS RESIDUOS TEXTILES EN EL MARCO DE LA ECONOMÍA CIRCULAR. A PROPÓSITO DE LA NUEVA PROPUESTA DE REGLAMENTO EUROPEO DE DISEÑO ECOLÓGICO

TEXTILE WASTE IN THE FRAMEWORK OF THE CIRCULAR ECONOMY. REGARDING THE NEW PROPOSAL FOR A EUROPEAN ECOLOGICAL DESIGN REGULATION

Itziar Sobrino García
Investigadora asociada. Doctora en Derecho
Universidade de A Coruña

RESUMEN; La industria de la moda, caracterizada por el «fast fashion», ha generado enormes cantidades de residuos textiles y agotados recursos naturales, contribuyendo a problemas ambientales significativos. En la Unión Europea, se generan anualmente 12,6 millones de toneladas de residuos textiles, con solo el 22 % reciclado. Este modelo también exige altos recursos hídricos y contribuye al 20 % de la contaminación global del agua. La UE ha abordado esta preocupación adoptando medidas desde 2015 para avanzar hacia una economía circular. En 2018, se centró en la transformación del diseño, producción, uso y reciclado de plásticos. La Directiva (UE) 2018/851 establece la recogida separada de textiles antes de 2025. El Pacto Verde Europeo, adoptado en 2019, busca hacer que la UE sea climáticamente neutra para 2050. En marzo de 2020, se presentó el «Plan de Acción para la Economía Circular», y en mayo de 2023, se propuso el «Reglamento de ecodiseño» para establecer requisitos de diseño ecológico. Este reglamento se centra en la sostenibilidad, incluyendo un pasaporte digital del producto, requisitos de contratación pública ecológica y medidas para prevenir la destrucción de productos no vendidos. Este capítulo analizará detalladamente la propuesta de reglamento de ecodiseño, evaluando su impacto en la industria textil y su contribución a la gestión sostenible de residuos.

PALABRAS CLAVE: residuos textiles; economía circular; diseño sostenible, ecodiseño; gestión de residuos.

SUMMARY: The fashion industry, driven by «fast fashion», has led to significant waste and resource depletion, contributing to environmental issues. In the European Union, approximately 12.6 million tons of textile waste are generated annually, with only 22% being recycled. This model also demands substantial water resources and contributes to 20% of global drinking water pollution. The EU has addressed these concerns by implementing measures since 2015 to transition towards a circular economy. In 2018, focus turned to transforming the design, production, use, and recycling of plastics. Directive (EU) 2018/851 mandates separate collection of textiles by 2025. The European Green Deal, adopted in 2019, aims to make the EU climate-neutral by 2050.In March 2020, the «Circular Economy Action Plan for a Cleaner and More Competitive Europe» was introduced, and in May 2023, the «Ecodesign Regulation» was proposed to establish ecological design requirements. This regulation

emphasizes sustainability, introducing a digital product passport, ecological public procurement requirements, and measures to prevent the destruction of unsold products. This chapter will thoroughly analyze the proposed ecodesign regulation, focusing on its impact on the textile industry and its implications for sustainable waste management.

KEYWORDS: textile waste; circular economy; sustainable design; eco-desing; waste management.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE EL ECODISEÑO. 2.1. Ámbito de aplicación y aportaciones relevantes. 2.2. La prohibición de destruir prendas y complementos de vestir no vendidos. 2.3. El pasaporte digital de producto. 3. LOS CRITERIOS DE DISEÑO ECOLÓGICO EN LA PROPUESTA DE REGLAMENTO. 3.1. Metodologías para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico. Experiencias previas para la industria textil. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

La industria de la moda ha experimentado una transformación significativa en las últimas décadas, marcada por el surgimiento del fenómeno conocido como *«fast fashion»,* en el que se desarrollan las últimas tendencias de moda y se ponen a disposición del cliente a precios más asequibles[1]. Este modelo económico lineal empleado está fundamentado en tres elementos o aspectos clave: extraer, producir y desperdiciar, fases que suponen tasas de contaminación durante todo el proceso productivo[2]. Este modelo comercial, caracterizado por la producción masiva de prendas a precios accesibles y ciclos de vida cortos, ha llevado a un consumismo desenfrenado y a la generación de vastas cantidades de residuos textiles, perdiendo, consecuentemente, las oportunidades económicas ligadas a la reutilización y reciclado de los desechos generados por la industria.

En la Unión Europea (UE) se generan en torno a 12,6 millones de toneladas de residuos textiles al año, representando la ropa y el calzado 5,2 millones de toneladas, un equivalente de 12 kg de residuos por persona al año. Además, solo el 22 % de los residuos textiles se recogen selectivamente para reutilizarse o reciclarlos, acabando el resto en vertederos o incinerados[3]. El modelo de la industria también lleva sobreconsumo de los recursos naturales, concretamente la Agencia Europea de Medio Ambiente, estimó que en 2020 se necesitaron una media de nueve metros cúbicos de agua, 400 metros cuadrados de tierra y 391 kg de materias primas para proporcionar ropa y calzado a cada ciudadano de la UE. Por otra parte, también la producción textil mediante los tintes y los productos de acabado es responsable del 20 % de contaminación mundial de agua potable, ya que la mayoría de los microplásticos de los textiles se liberan durante los primeros lavados, representando un 35 % de los microplásticos[4].

No obstante, esta situación ha generado varias respuestas por parte de un sector de la industria de la moda, el movimiento *«slow fashion»,* acuñado así por Fletcher en 2007. Una nueva rama de la moda vinculada a la sostenibilidad, basada en nuevos valores que requieren un cambio de

1 Así se ha definido por diversos investigadores expertos en el área económica de la industria de la moda como, por ejemplo, Christopher, M., Lowson, R., y Peck, H. «Creating agile supply chains in the fashion industry», *International Journal of Retail and Distribution Management*, 32(8), 2004, pp. 367-376. O también, Jung, S., y Jin, B. «Sustainable development of slow fashion businesses: customer value approach», *Sustainability*, 8(6), 540.

2 Moorhouse, D., y Moorhouse, D. «Sustainable design: circular economy in fashion and textiles», *The design Journal,* 20, 2017, pp. 1948-1959.

3 Estos datos han sido extraídos de la «Estrategia de la UE para la circularidad y sostenibilidad de los productos textiles», publicada en 2022 por la Comisión Europea.

4 Según las estimaciones dadas por la Agencia Europea de Medio Ambiente en su informe «El impacto medioambiental de los productos textiles», de 2020. Disponible en: https://lc.cx/m9vsJG

infraestructura[5]. Otras estrategias van desde desarrollar nuevos modelos de negocio para alquiler de ropa, diseño de productos enfocados en la reutilización y el reciclado o la orientación del comportamiento de los consumidores hacia opciones más sostenibles.

En el ámbito político y legislativo, esta problemática de residuos y elementos contaminantes vinculados a la industria de la moda ha sido una de las grandes preocupaciones para la UE estos últimos años. Consecuentemente, y como respuesta a esta situación, la UE ha apostado por una estrategia de crecimiento sostenible basada en la economía circular[6] y desde 2015 con la adopción del «Plan de Acción para una Economía Circular en Europa»[7] se han ido implementado diferentes medidas para el avance de la UE hacia este sistema. En los cinco años posteriores se adoptaron las que afectaban a las etapas del ciclo de vida de los productos: diseño, producción, consumo, gestión de residuos y aprovechamiento de los recursos contenidos en los residuos. También se aplicaron medidas en aquellas áreas más relevantes como el uso de plásticos, el desperdicio alimentario o en los de la construcción y demolición, entre otros. Posteriormente, en 2018, y como continuación de las primeras acciones realizadas desde el 2015, se planteó un nuevo paquete legislativo enfocado en la transformación del diseño, producción, uso y reciclado de los plásticos como medida estrella.

Dicho paquete incluyó modificaciones de las directivas principales enfocadas en el sector residuos, con objetivos para alcanzar respecto al reciclaje y reducción de residuos municipales en vertederos, concretamente la Directiva (UE) 2018/851 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2008/98/CE sobre los residuos (DMR). Conforme a la cual se ha establecido la recogida separada de los textiles antes de 2025. Especial mención merece otro de los hitos en la materia y es la aprobación del Pacto Verde Europeo, en 2019, un instrumento de lucha contra el cambio climático que incluye medidas como las de control de contaminación, de transformación del modelo de producto o de eficiencia energética. Documento en el que subyace la ambición de que la UE sea la primera en considerarse climáticamente neutra para 2050[8].

En marzo de 2020, se presentó «Plan de Acción para la Economía Circular por una Europa más limpia y competitiva»[9], con el objetivo de favorecer productos más sostenibles, reducir los residuos y para acelerar la transición hacia ese modelo. Y es que ocurre que en la actualidad no existe un conjunto completo de requisitos que garanticen que los productos que entren en el mercado de la Unión sean más sostenibles y superen la prueba de la circularidad, como consecuencia han surgido enfoques nacionales divergentes para mejorar la sostenibilidad ambiental de los productos. Si bien, la UE cuenta con algunas medidas como la etiqueta ecológica que pueden emplear los productores que respecten los criterios ecológicos establecidos y que garantiza un uso limitado

5 Fletcher, K. «Slow fashion», *The Ecologist*, 2007. Disponible en: https://theecologist.org/2007/jun/01/slow-fashion

6 La autora De la Varga Pastor realizó una completa e interesante investigación sobre la economía circular que complementa la breve exposición introductoria para una mayor comprensión de la incorporación de este sistema, en De la Varga Pastor, A. «La incorporación de la economía circular en la legislación estatal de residuos a raíz de la Directiva (UE) 2018/851», *Actualidad Jurídica Ambiental*, (Ejemplar dedicado a: Congreso Homenaje a Ramón Martín Mateo «VIII Congreso Nacional Derecho Ambiental (Vulnerabilidad Ambiental)»), núm.102, pp.176–203, 2020.

7 «Plan de Acción para una Economía Circular en Europa» (COM (2015) 614 final).

8 Cabe mencionar el crítico estudio elaborado por la autora Nogueira López sobre la incapacidad del legislador europeo para afrontar el reto de la sostenibilidad, dedicándose a una simple mejora de la legislación preexistente en, Nogueira López, A. «¿Circular o en bucle? La insuficiente transformación de la legislación de residuos», Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. extraordinario 21, dedicado a: Estudio sistemático sobre la Ley de Residuos y Suelos Contaminados para una economía circular (Ley 7/2022, de 8 de abril), pp. 11-27, 2022.

9 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva [COM(2020) 98 final].

de sustancias nocivas y una reducción de la contaminación de agua y aire. O la financiación de proyectos que busquen mitigar el impacto de los residuos textiles como el caso de RESYNTEX[10].

Sin embargo, es necesario un marco regulatorio armonizado que introduzca de forma gradual requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos. Por ello se presentó en mayo de 2023, el «Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico para productos sostenibles» (Reglamento de ecodiseño) que desarrolla el enfoque de diseño ecológico establecido en primer momento en la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y pasando a sustituirlo. Dicho reglamento establece, además, un pasaporte digital del producto dispone también el establecimiento de requisitos obligatorios de contratación pública ecológica y crea un marco para prevenir la destrucción de productos de consumo no vendidos.

Bajo estas premisas, el presente capítulo analizará la propuesta de reglamento de ecodiseño, centrándose específicamente en su impacto en la industria textil y las implicaciones para la gestión de residuos. Se examinarán detalladamente las disposiciones relacionadas con el diseño ecológico en el sector textil y cómo estas medidas buscan promover la sostenibilidad y reducir la generación de residuos.

2. Cuestiones generales sobre la propuesta de reglamento sobre el ecodiseño

La compleja problemática climática ha sido abordada desde la UE a través de diferentes normativas y propuestas regulatorias, como se ha señalado previamente, quedando patente la necesidad de contar con avanzados instrumentos técnicos y jurídicos que conformen un marco regulatorio común. Dentro de esta vorágine de planes, estrategias y normativa uno de los instrumentos ambientales que ha cobrado un importante protagonismo es el diseño ecológico o el ecodiseño de productos, en el que el legislador europeo se ha focalizado al establecer un sistema regulatorio específico a través de un reglamento[11]. Este, como señala Dopazo Fraguío[12] podría interpretarse como la integración de las consideraciones ambientales durante la fase de diseño y desarrollo del producto, concretamente el diseño de productos que utilicen materiales menos impactantes, con producción limpia o que incorporen mejoras ambientales en la distribución, entre otros.

El origen del ecodiseño se encuentra en la «política de productos integrada» o PPI, impulsada por la Comisión Europea con el fin de prevenir y minimizar los impactos ambientales. En 2011 la Comisión presentó el *Libro Verde sobre la Política de Productos Integrada*[13], cuyo enfoque se centró fundamentalmente en el diseño ecológico de los productos y en la generación de información, así como incentivos para un uso eficiente de productos más ecológicos. Esta política «integrada» contempla el ciclo de vida íntegro de los productos y abarca desde la extracción de sus materias primas hasta su destino como residuos. Un enfoque basado en cinco elementos clave: el concepto de ciclo de vida, en el que se analiza todo el ciclo desde su concepción hasta su elimina-

10 RESYNTEX fue un proyecto piloto desarrollado entre 2015-2019, ya consolidado y en funcionamiento, consistente en una planta de reciclado de tejidos capaz de procesar cien toneladas de residuos al año. Esta instalación situada en Eslovenia transforma residuos textiles en materias primas secundarias para la industria química y la textil, lo que a su vez genera circularidad y reduce el impacto medioambiental de sus actividades. El proyecto utiliza tecnologías innovadoras que abarcan toda la cadena de valor textil. Los residuos de tejidos separados se tratan por medios químicos para extraer recursos como fibras proteínicas con las que generar adhesivos para paneles de madera y fibras de celulosa destinadas a la producción de bioetanol. Este proyecto que contó con una importante financiación europea está detallado en el siguiente enlace: https://cordis.europa.eu/article/id/411525-discarded-textile-now-a-raw-material-for-the-chemical-and-textile-industries/es

11 Dopazo Fraguío, M.P. «El diseño de productos sostenibles: aspectos claves para su positiva regulación (Derecho de la Unión Europea)», LEOPOLDIANUM, 139, pp. 35-66, 2023.

12 Dopazo Fraguío, M.P. «Eco-innovación en procesos y productos: eco-diseño», Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, 17, pp. 305-320, 2010.

13 «Libro Verde sobre la política de productos integrada» COM(2001) 68 final. Bruselas, 7 de febrero de 2001.

ción para reducir los impactos ambientales acumulativos; la colaboración con el mercado, a través del establecimiento de incentivos, estimulando la oferta y demanda de productos más ecológicos; la participación de los sectores interesados, cuya colaboración contribuya a la integración de los aspectos ambientales en el diseño de los productos; la mejora continua, en la reducción de los impactos ambientales de un producto a lo largo de su ciclo de vida; y, una serie de instrumentos políticos variados que pueden incluir desde iniciativas voluntarias hasta reglamentos[14].

Actualmente, la vigente Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico solamente resulta aplicable a los productos relacionados con la energía, si bien, el objetivo del legislador europeo es que el ecodiseño se convierta en un presupuesto de necesario cumplimiento para la mayoría de los productos ofrecidos o distribuidos en el mercado, fomentando así la circularidad del producto. Sin embargo, el Comité Económico y Social Europeo ya ha advertido sobre la complejidad de este tipo de regulación y que requerirá un examen detallado de los efectos[15]. Esto se debe a que el diseño ecológico es una herramienta técnica que entraña complejidad y que debe ser gestionada de manera adecuada, por lo que resulta necesario aplicar una metodología específica y el desarrollo de prácticas orientadas a la innovación[16].

El actual diseño de los productos no promueve, en su mayoría, de un modo suficiente la sostenibilidad durante todo el ciclo de vida, esto unido a la falta de información pertinente y de opciones asequibles, ha provocado que tanto a agentes económicos como a ciudadanos todavía les resulte difícil tomar decisiones basadas en sostenibilidad en relación a los productos. Por ello, el legislador ha optado por facilitar un marco a través del Reglamento de ecodiseño con el objetivo de hacer que los productos sean duraderos, fiables, reutilizables, actualizables, reparables, más fáciles de mantener, renovar y reciclar, así como eficientes en el uso de energía y recursos. Es importante destacar, que este régimen jurídico no se configuraría como un sistema de adhesión voluntaria, pues al tratarse de una norma vinculante y directamente aplicable sería de obligado cumplimiento. Consecuentemente, fabricantes, distribuidores y otros agentes del ámbito textil quedarían sometidos en el ejercicio de las correspondientes actividades económicas, productivas, industriales o de distribución comercial.

2.1. Ámbito de aplicación y aportaciones relevantes

La propuesta de Reglamento será aplicable a una gran parte de los productos, si bien presenta una serie de excepciones: los alimentos, los piensos, los medicamentos para uso humano, los medicamentos veterinarios, las plantas, animales y microorganismos vivos, los productos de origen humano, los productos de origen vegetal y animal directamente relacionados con su futura reproducción y los vehículos[17]. Este amplio ámbito de aplicación podría conllevar cambios o mejoras en los modelos de gestión y sistemas productivos actuales y que podrán requerir de un prudente tiempo de respuesta.

---

14 Sanz Larruga, F.J., «Políticas Europeas sobre economía circular», en Jiménez Herrero L.M y Pérez Lagüela, E, (Coords.), *Economía circular-espiral. Transición hacia un metabolismo económico cerrado.* Editorial del Economista, Madrid, 2019 (pp. 131-166).

15 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, «Iniciativa sobre productos sostenibles, incluida una revisión de la Directiva de diseño ecológico». Bruselas, 14 de julio de 2022.

16 Sanz Larruga, F.J., «Aspectos jurídicos sobre la eco-innovación y el diseño ecológico», en Sanz Larruga, J.F.; García Pérez, M. y Pernas García, J, (Dirs.), *Libre mercado y protección ambiental. Intervención y orientación ambiental de las actividades económicas*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 2013 (pp. 421-461).

17 Estos últimos conforme a lo referido en el artículo 2, apartado 1, del Reglamento (UE) 2018/858, el Reglamento (UE) n.º 167/2013 y el Reglamento (UE) n.º 168/2013. Y es que, en el caso de alimentos y medicamentos, estos ya cuentan con una normativa compleja y específica. Al respecto, rige el Reglamento (CE) N.º 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2002 por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria.

La PPI está totalmente integrada en la propuesta, como se puede comprobar ya en las propias definiciones (artículo 2), en el que se entiende, de una parte, «diseño ecológico», como la integración de consideraciones de sostenibilidad medioambiental en las características de un producto y los procesos que tienen lugar a lo largo de la cadena de valor del producto; y, de otra, como «requisito de diseño ecológico» a un requisito de rendimiento o un requisito de información destinado a hacer un producto o los procesos que tienen lugar a lo largo de la cadena de valor del producto más sostenibles desde el punto de vista medioambiental. Ahora bien, el legislador ha querido basar el requisito de diseño ecológico en dos elementos, el de rendimiento y el de información. El primero de ellos, se refiere a un requisito cuantitativo o no cuantitativo aplicable a un producto o en relación con este para lograr un nivel de rendimiento determinado en relación con un parámetro del producto (y que esté contemplado en el anexo I del reglamento). Mientras que el de información es la obligación de que un producto vaya acompañado de su información (especificada en el artículo 7).

Este nuevo reglamento establece un marco normativo fundamental que define el conjunto de reglas aplicables al ecodiseño. Se proponen unas bases comunes para establecer los criterios y requisito que, posteriormente, deberán ser detallados para las diversas categorías de productos. Dicha concreción o desarrollo se realizará a través de actos delegados o actos de ejecución[18] conforme a lo establecido y estableciendo las competencias de la Comisión para determinar requisitos de diseño ecológico.

El objetivo de esta propuesta es que los productos resulten adecuados para una economía climáticamente neutra, eficiente en el uso de los recursos y circular. De esta forma, junto a los requisitos de ecodiseño, se incluyen una serie de contenidos clave que afectarán de lleno a la industria textil como la prohibición de destruir productos de consumo vendidos que sean prendas y complementos (accesorios de vestir). Y, de otra parte, la creación de un soporte documental e informativo obligatorio, el pasaporte europeo digital del producto.

2.2. La prohibición de destruir prendas y complementos de vestir no vendidos

La UE ha sido consciente del elevado volumen de producción y la corta vida útil de los productos textiles y su negativo impacto para el medio ambiente, por ello el reglamento incorpora la lógica de la prohibición de destrucción de este tipo de productos (y de los productos de consumo no vendidos) considerando que, de conformidad con el artículo 52, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales (CDFUE), el derecho a la propiedad y a la libertad de empresa no son derechos absolutos y que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[19],

18 En cuanto a la diferencia entre actos delegados y de ejecución, dedicamos en esta nota unas líneas. Así, en determinados casos pueden otorgarse a la Comisión Europea los poderes para adoptar actos delegados o de ejecución. En algunos casos debidamente justificados y en los casos previstos en los artículos 24 y 26 del TUE, las competencias de ejecución se conferirán al Consejo. Los actos delegados se e definen en los Tratados como actos no legislativos de aplicación general. Únicamente pueden adoptarse si se ha producido previamente una delegación de poderes a través de un acto legislativo. Los actos delegados completan o modifican elementos no esenciales del acto legislativo. No obstante, cuando sea necesario garantizar condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, deben conferirse competencias de ejecución a la Comisión o, en casos concretos debidamente justificados y en los previstos en los artículos 24 y 26 del TUE, al Consejo (estos pueden ser de alcance individual o general, no solo generales como los delegados), y establecen normas detalladas para la ejecución del acto base cuando se requieran condiciones uniformes de ejecución en toda la UE, como por ejemplo en el caso de herramientas prácticas (como bases de datos).

19 Como así lo ha establecido en las sentencias de los asuntos C-234/20 y C-238/20. En el asunto C-234 el Tribunal, tras un exhaustivo análisis del encaje del supuesto de hecho en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre hábitats y aves, señala certeramente que «el derecho de propiedad garantizado por el artículo 17 de la Carta no constituye una prerrogativa absoluta y que su ejercicio puede ser objeto de restricciones justificadas por objetivos de interés general y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados». Mientras que en el asunto C-238 e l Tribunal reitera la idea imperiosa en virtud de la cual la protección del medio ambiente puede amparar una restricción al ejercicio de derechos y libertades, como el de propiedad. En este caso, la transposición del Reglamento n.º 1305/2013 al ámbito interno

la protección del medio ambiente es un objetivo de interés general que puede justificar una restricción de esos derechos, siempre que dicha restricción no constituya una injerencia desmesurada e intolerable que afecte la propia esencia de tales derechos.

Precisamente la cultura del *fast fashion* va en contra de la perspectiva de la economía circular en el que la ropa debe tener mayor valor, usarse más tiempo y cuidarse. Por ello, se encuentra justificado la prohibición de destrucción de prendas y complementos (accesorios) de vestir de consumo no vendidos, estableciendo al mismo tiempo determinadas exenciones en virtud de las cuales pueda seguir permitiéndose la destrucción de ropa y accesorios no vendidos, en particular por motivos de salud y seguridad o de protección de derechos de propiedad intelectual e industrial, con el fin de cumplir el requisito de proporcionalidad. Esta necesidad ya había sido subrayada en la «Estrategia de la Unión para la circularidad y sostenibilidad de los productos textiles»[20] en vinculación a la disposición de información exhaustiva para la supervisión de la prohibición.

De esta forma, el capítulo VI de la última versión del reglamento se encarga de regular la destrucción de productos de consumo no vendidos, imponiendo en su artículo 20 ter, la prohibición para las prendas y completos de vestir. Y refiere a aquellas prendas y complementos, enumerados en los capítulos 61 y 62 del arancel integrado de las Comunidades (TARIC) establecido en el Reglamento (CEE) n.º 2658/87 del Consejo[21]. Esta clasificación arancelaria divide los productos textiles confeccionados de uso cotidiano en ambos capítulos dedicados a la confección con géneros de puntos y con tejidos «a la plana», respectivamente. A partir de ahí, se procede a las subdivisiones y se clasifican según la prenda y su composición (algodón, fibras sintéticas, etc.). Además, el reglamento le daría a la Comisión un plazo de 18 meses (inicialmente) tras la entrada en vigor para adoptar actos de ejecución que se encarguen de especificar las exenciones pertinentes a la prohibición conforme a una serie de criterios también contemplados en el reglamento, a saber:

- Que la destrucción del tipo de productos de consumo no vendidos tenga un impacto negativo en el medio ambiente;
- Y, que la prohibición no suponga una carga administrativa desproporcionada significativa.

Si bien, esta prohibición no se aplicará a las pymes, pero si a las medianas empresas a partir de 4 años tras la entrada en vigor del reglamento. Respecto a los actos de ejecución tienen que contener una serie de especificaciones: el tipo de productos de consumo no vendidos comprendidos en el ámbito de aplicación, garantizando que no sean objeto de trato discriminatorio; las exenciones aplicables; los detalles y el formato de la obligación de información cuando se destruyan los productos al amparo de una exención; la fecha de publicación y, en su caso, las medidas o períodos escalonados o transitorios. Además, para estos actos de ejecución, la Comisión llevará a cabo una evaluación de impacto basándose en las mejores pruebas y análisis disponibles y, en caso necesario, estudios adicionales.

En cuanto a las exenciones a la prohibición, estas deben respetar una serie de principios, que la exención sea aplicable a la totalidad o a parte de la prohibición; que el ámbito de aplicación de la exención se adaptará a las particularidades del tipo de productos de consumo no vendidos y, que la exención se aplicará por tiempo limitado o ilimitado. Ahora bien, las exenciones no podrán constituir un medio de discriminación arbitraria y se basarán en una de las justificaciones tasadas en el reglamento, las cuales van desde motivos de salud y seguridad, hasta que la propia opción de destrucción sea la que tiene menor impacto medioambiental negativo.

---

del Estado miembro en cuestión contenía un derecho compensatorio a favor del propietario afectado por las medidas de protección aplicables en una zona de la red Natura 2000.

20 Resolución del Parlamento Europeo, de 1 de junio de 2023, sobre una estrategia de la Unión para la circularidad y sostenibilidad de los productos textiles (2022/2171(INI)).

21 Este arancel aduanero común, denominado TARIC, incluye conforme al artículo 2 del Reglamento (CEE) n.º 2658/87: «*a) subdivisiones comunitarias complementarias, denominadas «subpartidas Taric», necesarias para la designación de las mercancías que sean objeto de las medidas comunitarias específicas que figuran en el Anexo II; b) los tipos de los derechos de aduana y los demás elementos de percepción aplicables; c) los números de código contemplados en los apartados 3 y 4 del artículo 3; d) cualquier otro elemento informativo necesario para la aplicación o la gestión de las medidas comunitarias pertinentes*».

2.3. El pasaporte digital de producto

El denominado *Digital Product Passport* o el pasaporte digital europeo de producto, tendrá importantes implicaciones para la industria textil y la moda, pues con esta nueva herramienta se pretende facilitar la identificación y el control de cumplimiento legal, sirviendo como registro digital. El objetivo principal de este pasaporte es la disposición de información veraz, documentada y registrad sobre las propiedades de productos y su contribución a la sostenibilidad, a lo largo de su ciclo de vida. Todo ello para que consumidores o entidades puedan seleccionar el producto más acorde a sus intereses.

El pasaporte digital de producto se presenta, a priori, como una herramienta que podría facilitar las funciones de supervisión por parte de las autoridades competentes. El Reglamento lo regula en su capítulo III, estableciendo en un primer momento que los requisitos relacionados con el pasaporte del producto establecidos en los actos delegados se basarán en las características de los grupos de productos cubiertos y estos especificarán (art. 8):

- La información relativa a una serie de requisitos contemplados en el Anexo III, estos van desde el identificador único del producto, hasta manuales de usuario e instrucciones pasando por información relativa al fabricante;
- Uno o más soportes de datos que puedan utilizarse;
- El formato en el que debe presentar el soporte de datos y su ubicación;
- Si el pasaporte del producto debe corresponder al nivel del modelo, del lote o del artículo y una definición de estos niveles;
- La manera en que el pasaporte del producto debe ponerse a disposición de los clientes antes de que estén sujetos a un contrato de venta, alquiler o alquiler con derecho a compra, también en el caso de venta a distancia;
- Los agentes que tengan a acceso a la información contenida en el pasaporte del producto;
- Los agentes que podrán introducir información o actualizarla;
- El período durante el que permanecerá disponible el pasaporte del producto.

Además, toda esta información debe ser comprensible y pertinente, facilitar la verificación de cumplimiento y mejorar la trazabilidad de los productos en toda la cadena de valor y respetar los secretos comerciales. Si bien, la Comisión podrá establecer los grupos de productos que queden exentos de disponer de un pasaporte digital. En cuanto al soporte de datos que suponga el pasaporte digital, este estará presente físicamente en el producto, su envase o la documentación que lo acompañe, conforme a lo que se establezca en el acto delegado.

Es importante señalar aquí que la información contenida se elaborará en un formato interoperable y será legible por máquina, como por ejemplo un código QR, vinculado a una identificación única del producto, el cual estará almacenado en un registro digital junto al resto de identificadores de los otros productos (art. 12). Para las marcas de moda y textiles, esto puede incluir:

- Durabilidad, reutilización y reparabilidad del producto.
- Porcentaje de contenido reciclado.
- Huella de carbono del producto.
- Circularidad del producto en relación con su capacidad de ser reciclado y su sostenibilidad ambiental, entre otros requisitos.

En definitiva, este documento de identificación de carácter general dará información completa, pero también facilitará la reparación o reciclado, así como un control o seguimiento de posibles sustancias nocivos o aquellas que presenten riesgos en los productos. Esto se debe a que la información ofrecida será desde el origen y con relación a la cadena de suministro, considerando todo el ciclo de vida del producto. Por otra parte, la Comisión creará y mantendrá un portal web que permita a las partes interesadas buscas información incluida en los pasaportes de productos (art. 12 bis), pero para facilitar los controles aduaneros relativos al pasaporte del producto la Comisión interconectará el registro con el sistema de intercambio de certificados de la ventanilla única aduanera (EU CSW-CERTEX) (art. 13).

A fecha de elaboración de este capítulo todavía no hay un modelo o sistema publicado desde la propia UE, si bien hay proyectos que se han llevado a cabo desde diversas entidades que proponen cómo sería un modelo del pasaporte europeo. A modo de ejemplo, existe el llevado a cabo desde Trace4Valuable de Suecia para el caso de los productos electrónicos mediante su aplicación Keep[22]. La interfaz empleada en este proyecto resulta completa e intuitiva, incluyendo desde las especificaciones técnicas del producto, su historia desde su manufacturación, el impacto social en las diferentes empresas/países, el impacto medio ambiental y su eficiencia energética, la cantidad de elementos reciclados de contiene, guías de reparación e incluso las entidades cercanas al consumidor (por geolocalización) que se encargarían de su reciclado. Otro caso es el desarrollado por CircularTrust, que emplea tecnología *blockchain* y tokens componibles para para registrar características cualitativas e indicadores cuantitativos de materiales y productos, habiendo desarrollado otro modelo de pasaporte del producto inmutable, transparente y transferible[23].

3. Los criterios de diseño ecológico en la propuesta de reglamento

En lo relativo a los requisitos de ecodiseño el Reglamento se refiere a ello con carácter general, es decir, que para concretar su adopción se deben tener en cuenta ciertas cualidades o aspectos que impliquen verdaderas aportaciones o mejoras. Estos requisitos, a su vez, se tienen que fijar por categorías de productos, y como tales serán susceptibles de aplicación por grupos de productos específicos, previamente definidos y/o también de forma análoga o compartida de un modo horizontal con otros posibles productos, cuando así pudiera observarse que concurren las necesarias similitudes técnicas y operativas. Además, como se ha señalado previamente se detallan una serie de requerimientos en cuanto al rendimiento del producto y, se insiste en el deber de transparencia informativa, es decir, que se debe ofrecer una serie de requisitos de información. Se destaca aquí el informe de la Comisión ENVI, que fue aprobado el 15 de junio de 2023[24], con el que se introdujeron una serie de nuevas disposiciones, resultando clave para el presente capítulo el plan de trabajo para 2024-2027 que daría prioridad, entre otros, a los productos textiles en atención a la adopción de requisitos de diseño ecológico. El plan de trabajo que fue trazado para 2024-2027 ha otorgado como una de las industrias preferentes para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico a la textil, junto a otros.

Pues bien, los actos delegados en los que se basará la Comisión para el establecimiento de los requisitos de diseño ecológico específicos aplicables, irán dirigidos a grupos de productos determinados. Los aspectos que deben mejorar los requisitos ecológicos (parámetros del producto en el anexo I): durabilidad, fiabilidad, reutilizabilidad; actualizabilidad; reparabilidad; posibilidad de mantenimiento y reacondicionamiento; presencia de sustancias preocupantes; uso de energía y eficiencia energética; uso de agua y eficiencia hídrica; uso de recursos y eficiencia de los recursos; uso de materias y eficiencia de los materiales; contenido reciclado; posibilidad de refabricación; posibilidad de reciclado; posibilidad de valorización de materiales; huella de carbono y medioambiental; contribución al cambio climático; contaminación agua, aire, suelo y uso de suelo; generación prevista de residuos. Si bien, para potenciar la eficacia de dichos requisitos y mejorar la sostenibilidad medioambiental también tiene que ser posible establecer uno o varios requisitos de diseño ecológico horizontales para una gama más amplia de grupos de productos en el mismo acto delegado, como en el caso de los productos textiles. Los requisitos de diseño ecológico horizontales deben establecerse cuando las similitudes de los grupos de productos permitan una mejora de su sostenibilidad medioambiental sobre la base de los mismos requisitos.

22 https://keepelectronics.com/#/

23 https://circulartrust.eu/?_gl=1%2Ausfb85%2A_up%2AMQ..%2A_ga%2ANTY1ODQxNjIyLjE3MDc4MjAxNjc.%2A_ga_1BF6EYFV7Z%2AMTcwNzgyMDE2Ni4xLjEuMTcwNzgyMTE2My4wLjAuMA..#el-d0db4d59

24 «Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos sostenibles y se deroga la Directiva 2009/125/ CE. (COM (2022) 0142 —C90132/2022— 2022/0095(COD)), en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0218_ES.html.

Al mismo tiempo, para la elaboración de los requisitos de diseño ecológico, la Comisión tendrá en cuenta las prioridades climáticas, medioambientales y de eficiencia energética de la UE y otras prioridades conexas; la legislación pertinente de la UE y la nacional en materia de medioambiente, así como la internacional. Por otra parte, realizará una evaluación de impacto basándose en las pruebas y análisis disponibles, así como en investigaciones obtenidas en el marco de programas de financiación, todo ello para tener en cuenta la potencial contribución del producto a la mejora global de la sostenibilidad medioambiental. Además, estos requisitos incluirán, según proceda para mejorar los aspectos específicos de los productos: requisitos de rendimiento y requisitos de información. En el caso de los requisitos de rendimiento deberán adaptarse a las características específicas del grupo de productos en cuestión, y con el fin de mejorar la sostenibilidad medioambiental estos tendrán en cuenta los efectos medioambientales adversos de los productos a lo largo de todo su ciclo de vida o seguirán mejorando los efectos medioambientales positivos ya existentes en relación con la sostenibilidad medioambiental. Estos incluirán los niveles mínimos o máximos en relación con un parámetro específico de los productos o a una combinación de varios de ellos o, requisitos no cuantitativos destinados a mejorar el rendimiento en relación con uno o varios parámetros de los productos, o ambos.

Por otra parte, los requisitos de información exigirán que se facilite información sobre los aspectos que se han mencionado anteriormente y, a mayores, estos requisitos incluirán como mínimo aquellos vinculados al pasaporte del producto. En su caso, exigirán que los productos vayan acompañados de información relativa al rendimiento del producto en relación con uno o varios de los parámetros, información relativa a la manera de instalar, utilizar, mantener y reparar el producto, así como la manera de devolver el producto o de tratarlo al final de su vida útil o también la huella de carbono y la huella ambiental. Toda esta información debe estar adaptada a las características de los grupos de productos y a los destinatarios de la misma ya que su objetivo final es fomentar la selección de productos sostenibles.

En atención al seguimiento de sustancias, salvo que se disponga lo contrario, los requisitos de información lo permitirán cuando estas sean preocupantes durante todo el ciclo de vida de los productos, a menos que dicho seguimiento ya se posibilite a través de otro acto delegado. Ahora bien, tendrán que incluir elementos como el nombre de la sustancia, la ubicación dentro del producto, la concentración, concentración máxima o rango de concentración, las instrucciones pertinentes para el uso seguro del producto y la información para el desmontaje, reciclado, reutilización y gestión del fin de vida útil.

Estos requisitos también deben garantizar que los productos no queden obsoletos prematuramente, por razones que incluyen: opciones de diseño por parte de los fabricantes, uso de componentes que son significativamente menos robustos que otros componentes, impedimento para el desmontaje de componentes clave, información de reparación o piezas de repuesto no disponibles, cuando el software no esté disponible. ya no funciona una vez que se actualiza un sistema operativo o cuando no se proporcionan actualizaciones de software. La Comisión debería dar a los operadores económicos tiempo suficiente para cumplir estos requisitos, en particular a las PYME, incluidas las microempresas. La fecha de aplicación de los actos delegados no debe ser inferior a 18 meses después de su entrada en vigor (con algunas posibles excepciones).

3.1. Metodologías para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico. Experiencias previas para la industria textil

La diversidad de productos conlleva que la Comisión deba seleccionar los métodos para evaluar el establecimiento de los requisitos de diseño ecológico y, en el caso de que proceda, desarrollarlos aún más. Estos métodos deben basarse en la naturaleza del producto, sus aspectos más relevantes y los efectos durante el ciclo de vida. Al hacerlo, la Comisión debe tener en cuenta su experiencia en la evaluación del establecimiento de requisitos en la Directiva 2009/125/CE. Esta directiva ya contemplaba en su Anexo I que los requisitos genéricos de diseño ecológico tienden a mejorar el comportamiento medioambiental de los productos, centrándose en aspectos medioambientales significativos sin establecer valores límite. El método al que se refiere el anexo debe aplicarse en los casos en que no resulte adecuado establecer valores límite para el grupo de productos examinado. Al preparar medidas de ejecución por las que se establecen requisitos de diseño ecológico, la Comisión debe determinar, para los productos cubiertos por la medida

de ejecución, los parámetros pertinentes de diseño ecológico. Entre los parámetros que se tendrían que contemplar para el desarrollo del método se encontraría la selección y uso de materias primas; fabricación, envasado; emisiones; consumo previsto de materias primas, etc. El Anexo II también incluye cómo establecer un método para requisitos específicos de diseño ecológico, para un aspecto medioambiental del producto, aquí se incluye un análisis técnico, medioambiental y económico para identificar las opciones técnicas para mejorar el comportamiento medioambiental de producto. También, entre otros, un análisis de sensibilidad que abarque factores como el precio de energía u otros recursos, coste de materias primas o de producción, entre otros.

Junto a la experiencia previa con Directiva 2009/125/CE y aquellas herramientas ya establecidas en los anexos de la misma, el Reglamento incluye que la Comisión tendrá en cuenta el desarrollo y mejora de herramientas de evaluación con base científica, incluidos, entre otros, la actualización de la metodología para el diseño ecológico de productos relacionados con la energía, y el método de la huella ambiental de los productos establecido en la Recomendación (UE) 2021/2279 de la Comisión[25], también en lo que respecta al almacenamiento temporal de carbono, así como la elaboración de normas por parte de organismos de normalización internacionales y europeos.

La implementación real del ecodiseño supondrá la aplicación de la metodología del análisis del ciclo de vida (ACV)[26], que implica la evaluación del producto y conocer su impacto ambiental, es decir, realizar un examen completo de cada clase de producto desde su proyección. Consecuentemente, esta evaluación supondría un proceso de examen que abarca desde la propia ideación del producto, pasando por la fabricación (qué materiales y recursos emplear) hasta llegar a la distribución, incluyendo también el final de su vida útil, con su posibilidad de reciclaje o generación de subproductos[27]. Esta técnica ha tenido un empleo mayoritario en el ámbito del ecodiseño, y supondrá que desde la UE se definan esos criterios ecológicos y parámetros, los estándares básicos. Como base y experiencia previa se encuentra el etiquetado ecológico de productos textiles de la UE (Ecolabel)[28]

La Comisión no partirá de cero a la hora de establecer una metodología, así por ejemplo incluso para las propias definiciones de los materiales:

Material	Definición	Fuente
Cuero	Cueros con su estructura fibrosa original más o menos intacta, curtidos para ser imputrescibles, de los que el pelo o la lana hayan sido despojados o no, incluso si el cuero o la piel han sido divididos en capas o segmentados antes o después del curtido. y donde cualquier revestimiento o capa superficial, cualquiera que sea su aplicación, no tenga un espesor superior a 0,15 mm.	ISO EN 15987

25 Recomendación (UE) 2021/2279 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2021, sobre el uso de los métodos de la huella ambiental para medir y comunicar el comportamiento ambiental de los productos y las organizaciones a lo largo de su ciclo de vida.

26 Una cuestión ya tratada por Dopazo Fraguío, M.P. «El diseño de...», *vid. 11.*

27 La norma *ISO 14040:2006(es) Gestión ambiental —Análisis de ciclo de vida— Principios y marco de referencia*, ha definido el análisis de ciclo de vida como aquella herramienta metodológica principal, empleada para poder medir el impacto ambiental que genera un producto, proceso o sistema considerando todo su ciclo de vida; esto es, evaluando las fuentes y recursos que requiere, materias primas, energía u otros hasta el final de su vida. Para ello, se obtienen todos los datos necesarios y son ponderados con objeto de obtener unos resultados y medir su impacto o impactos ambientales potenciales, lo cual, es esencial para proceder a la aplicación de las mejoras o innovaciones útiles que permitan reducir aquéllos.

28 Se trata de un sistema al que los productos y las empresas pueden acogerse de forma voluntaria, para lo cual deberán cumplir con una serie de requisitos. La Ecolabel está regulada por el Reglamento 66/2010 del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la etiqueta ecológica de la UE, y nos permite saber si un producto o servicio ha sido elaborado bajo la política de producción y consumo sostenible, reduciendo el impacto negativo en la producción y el consumo sobre el medio ambiente, la salud, el clima y los recursos naturales.

Cuero recubierto	Cuero en el que el revestimiento superficial aplicado al cuero no supera un tercio del espesor total del producto, pero supera los 0,15 mm.	ISO EN 15987
Lámina de fibra de cuero	Término para el material en el que cueros o pieles curtidas se desintegran mecánica y/o químicamente en partículas fibrosas, trozos pequeños o polvos y luego, con o sin la combinación de un agente aglutinante químico, se convierten en láminas. Se necesita una cantidad mínima del 50 % en peso de cuero seco para utilizar el término tablero de fibras de cuero	ISO EN 15987
Cuero curtido vegetal	Cueros o pieles transformados en cuero mediante curtientes vegetales, cuando el contenido total de metales curtientes (Cr, Al, Ti, Zr, Fe) sea inferior o igual al 0,3 % (masa de todos los metales/peso seco total del cuero)	ISO EN 15987
Cuero sin cromo	El cuero debe contener menos del 0,1 % de Cr sobre el peso seco del cuero.	ISO EN 15987
Textil	Cualquier producto en estado bruto, semielaborados, elaborados, semimanufacturados, manufacturados, semiconfeccionados o confeccionados estén compuestos exclusivamente por fibras textiles, cualquiera que sea el procedimiento de mezcla o de ensamblaje utilizado, según lo previsto en el Reglamento (UE) n.º 1007/2011 relativo a las denominaciones de las fibras textiles y al etiquetado y marcado de la composición en fibras de los productos textiles.	Reglamento (UE) n.º 1007/2011
Fibra textil	O bien, una unidad de materia cuya flexibilidad, finura y gran longitud con relación a su dimensión transversal máxima la hacen adecuada para aplicaciones textiles. O, una tira flexible o tubo cuya anchura aparente no exceda de 5 mm, incluidas las tiras cortadas de otras tiras más anchas o de láminas, producidos a partir de las sustancias utilizadas para la fabricación de las fibras enumeradas en el cuadro 2 del anexo I y adecuados para aplicaciones textiles.	Reglamento (UE) n.º 1007/2011
Plástico	Polímero al que se le pueden haber añadido aditivos u otras sustancias, que es capaz de funcionar como componente estructural principal de materiales y artículos finales.	Reglamento (UE) n.º 1007/2011
Polímero	Cualquier sustancia macromolecular obtenida mediante: (a) un proceso de polimerización como poliadición o policondensación, o mediante cualquier otro proceso similar de monómeros y otras sustancias de partida; o (b) modificación química de macromoléculas naturales o sintéticas; o (c) fermentación microbiana.	Reglamento (UE) n.º 1007/2011
Látex/Goma	Polímeros basados en materiales sintéticos o naturales que están reticulados para brindar las propiedades de rendimiento físico y resistencia química requeridas.	ISO 1382:2020
Termoplásticos	Tipo de plástico elaborado a partir de resinas poliméricas que se vuelven un líquido homogeneizado cuando se calientan y se endurecen cuando se enfrían. Sin embargo, cuando se congela, un termoplástico se vuelve similar al vidrio y está sujeto a fracturas. Estas características, que dan nombre al material, son reversibles. Es decir, se puede recalentar, remodelar y congelar repetidamente.	PlasticsEurope
Elastómeros	Materiales que sufren una deformación sustancial, elástica ((totalmente) reversible) cuando se les somete a tensión y que consisten en redes tridimensionales de polímeros flexibles reticulados.	EN 71-12:2013

Tabla 1. Definiciones contenidas en el *«User Manua EU Ecolabel footwear»*

4. Conclusiones

La rápida expansión del modelo de «fast fashion» ha generado importantes problemas medioambientales en la industria textil, como la producción masiva de prendas, cortos ciclos de vida y la generación descontrolada de residuos textiles. La UE ha reconocido estos desafíos y ha adoptado diversas medidas desde 2015, con especial énfasis en la economía circular. El movimiento «slow fashion» y otras estrategias sostenibles han surgido como respuestas a estos problemas, promoviendo un enfoque más consciente y sostenible en la moda. A nivel legislativo, la UE ha implementado medidas desde 2015, con un enfoque particular en la gestión de residuos, y ha continuado fortaleciendo su posición con acciones como el Pacto Verde Europeo en 2019. No obstante, hasta ahora hay una falta de un marco regulatorio armonizado para garantizar la sostenibilidad de los productos textiles en el mercado de la UE de forma obligatoria. En este contexto, el nuevo Reglamento de ecodiseño presentado en mayo de 2023 busca abordar este vacío legal, estableciendo requisitos de diseño ecológico obligatorios y promoviendo la circularidad del producto.

El ecodiseño, basado en la política de productos integrada, busca integrar consideraciones ambientales desde la fase de diseño, promoviendo productos con menor impacto ambiental y procesos más sostenibles. La actual Directiva 2009/125/CE se limitaba a productos relacionados con la energía, pero la nueva propuesta tiene como objetivo convertir el ecodiseño en un requisito para la mayoría de los productos, fomentando la circularidad. La prohibición de destruir prendas no vendidas y la introducción del pasaporte digital del producto son elementos destacados. La prohibición refleja la contradicción entre la cultura del *fast fashion* y la economía circular, buscando que las prendas sean duraderas y se reduzca la destrucción. Sin embargo, se prevén exenciones por motivos de salud y seguridad. El pasaporte digital, por otro lado, pretende proporcionar información veraz y documentada sobre la sostenibilidad de los productos, facilitando la toma de decisiones sostenibles por parte de los consumidores.

El alcance de la propuesta abarca una amplia gama de productos, con excepciones como alimentos y medicamentos. El enfoque en la política de productos integrada se refleja en la definición de diseño ecológico y requisitos, con el legislador aspirando a extender la obligatoriedad del ecodiseño a la mayoría de los productos en el mercado. La propuesta establece un marco normativo fundamental, definiendo reglas comunes y permitiendo la especificación detallada para diversas categorías de productos. Si bien, para que pueda haber un adecuado cumplimiento y una eficacia tendrá que haber un periodo transitorio coherente para la adaptación, ya que estos nuevos requisitos pueden suponer en algunos casos una gran transformación en todo el proceso de producción, gestión, planificación, etc.

La sección sobre los criterios de diseño ecológico en la propuesta de reglamento destaca la importancia de establecer requisitos específicos que promuevan la sostenibilidad en la fabricación y vida útil de los productos. Se subraya la necesidad de abordar categorías de productos de manera específica, considerando aspectos como durabilidad, fiabilidad, reutilizabilidad, actualizabilidad, reparabilidad, eficiencia energética, y otros parámetros ambientales. La Comisión, basándose en actos delegados, se encargará de establecer requisitos dirigidos a grupos de productos determinados, con la posibilidad de compartir requisitos horizontales entre categorías similares. Un tema de relevancia es la presencia de diversas normativas europeas vigentes relacionadas con la etiquetación de productos y servicios, lo que podría generar complicaciones en la implementación. Aunque el propio Reglamento especifica que «el Reglamento sobre etiquetado energético seguirá siendo aplicable a los productos relacionados con la energía de manera simultánea con el Reglamento propuesto», es esencial garantizar una coherencia adecuada entre los diferentes sistemas de etiquetado que puedan aplicarse, asegurando garantías, transparencia y seguridad jurídica.

La metodología para establecer requisitos de diseño ecológico incluye la experiencia previa con la Directiva 2009/125/CE, análisis de ciclo de vida (ACV), herramientas científicas, y normas internacionales y europeas. La implementación real del ecodiseño se basará en el ACV, que evaluará el impacto ambiental de los productos desde su concepción hasta el final de su vida útil. La propuesta refleja una evolución hacia prácticas más sostenibles, aprovechando las lecciones aprendidas de la implementación previa de la Directiva y buscando mejorar continuamente las herramientas de evaluación y los estándares básicos.

5. Bibliografía

Christopher, M., Lowson, R., y Peck, H. «Creating agile supply chains in the fashion industry», I*nternational Journal of Retail and Distribution Management*, 32(8), 2004, pp. 367-376.

De la Varga Pastor, A. «La incorporación de la economía circular en la legislación estatal de residuos a raíz de la Directiva (UE) 2018/851», *Actualidad Jurídica Ambiental*, (Ejemplar dedicado a: Congreso Homenaje a Ramón Martín Mateo «VIII Congreso Nacional Derecho Ambiental (Vulnerabilidad Ambiental)»), núm.102, pp.176–203, 2020.

Dopazo Fraguío, M.P. «Eco-innovación en procesos y productos: eco-diseño», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 17, pp. 305-320, 2010.

Dopazo Fraguío, M.P. «El diseño de productos sostenibles: aspectos claves para su positiva regulación (Derecho de la Unión Europea)», *LEOPOLDIANUM*, 139, pp. 35-66, 2023.

Jung, S., y Jin, B. «Sustainable development of slow fashion businesses: customer value approach», *Sustainability*, 8(6), 540.

Moorhouse, D., y Moorhouse, D. «Sustainable design: circular economy in fashion and textiles», *The design Journal*, 20, 2017, pp. 1948-1959.

Nogueira López, «¿Circular o en bucle? La insuficiente transformación de la legislación de residuos», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. extraordinario 21, dedicado a: Estudio sistemático sobre la Ley de Residuos y Suelos Contaminados para una economía circular (Ley 7/2022, de 8 de abril), pp. 11-27, 2022.

Sanz Larruga, F.J., «Aspectos jurídicos sobre la eco-innovación y el diseño ecológico», en Sanz Larruga, J.F.; García Pérez, M. y Pernas García, j, (Dirs.), *Libre mercado y protección ambiental. Intervención y orientación ambiental de las actividades económicas. Instituto Nacional de Administración Pública*, Madrid, 2013 (pp. 421-461).

Sanz Larruga, F.J., «Políticas Europeas sobre economía circular», en Jiménez Herrero L.M y Pérez Lagüela, E, (Coords.), *Economía circular-espiral. Transición hacia un metabolismo económico cerrado*. Editorial del Economista, Madrid, 2019 (pp. 131-166).

26

LA PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD DE LA POTESTAD NORMATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN: RECORDANDO UNA FAZ DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Juan Carlos Morón Urbina[1]

SUMARIO: 1, PLANTEAMIENTO DEL TEMA. 2. LA VINCULACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN A LA NORMA CONSTITUCIONAL. 3. EL ALCANCE CONTEMPORÁNEO DE LA LEGALIDAD COMO JURIDICIDAD. 4. LA DESAPLICACIÓN DE LAS NORMAS SUBLEGALES POR CONTRADICCIÓN CON PRECEPTOS LEGALES. 5. LA DESAPLICACIÓN DE LAS NORMAS REGLAMENTARIAS POR CONTRADICCIÓN CON PRECEPTOS LEGALES. 6. LA DESAPLICACIÓN DE ORDENANZAS POR CONTRADECIR PRECEPTOS LEGALES QUE LAS DELIMITAN. 7. CONCLUSIONES.

1. Planteamiento del tema

No es infrecuente que cuando reclamamos a una autoridad por una exigencia indebida o un requisito ilegal, nos respondan que deben actuar así en cumplimiento del principio de legalidad. Pero cuando averiguamos un poco más nos damos cuenta de que esa exigencia o requisito han sido insertados en el ordenamiento vía un reglamento, una directiva o un TUPA aprobado por la misma u otra autoridad administrativa. Nos preguntamos entonces ¿es correcto lo que indica el funcionario? ¿el principio de legalidad impele al funcionario a exigir esos requisitos indebidos pese a que son claramente ilegales? O, por el contrario, la autoridad administrativa posee la capacidad para aplicar directa y cabalmente la norma legal (que no tiene esa exigencia) y desoír a la norma subalterna antijuridica sin que lo haya declarado previamente así alguna autoridad judicial previamente. Claramente es ineficiente contrario a los valores jurídicos sostener que el funcionario deba aplicarlo y ser el juez quien lo anule después de un largo proceso contencioso administrativo. Preguntémonos de qué modo la Administración cumple cabalmente su deber constitucional de cumplir y hacer cumplir las normas legales[2].

A este tema, vamos a dedicar el presente estudio.

---

1 Abogado por la Universidad San Martín de Porres. Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo, miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA), Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER) y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo – IIDA. Profesor de diversos cursos de derecho administrativo a nivel de pregrado y Maestrías en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y en la Universidad de Piura. Socio del Estudio Echecopar.

2 Artículo 118.º - Corresponde al Presidente de la República:
1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.

2. La vinculación de la Administración a la norma constitucional

La relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional ha sido objeto de innumerables reflexiones no solo por su proximidad como disciplinas, sino por su contenido de estudio bastante cercano y de complementariedad necesaria. Pasadas las épocas, en el que Derecho Administrativo era considerado como un derecho únicamente al servicio de la Administración, ha ido reconfigurándose a partir del Estado constitucional de derecho, en una evolución que se le ha venido en llamar, con razón la constitucionalización del Derecho Administrativo.

Es célebre la consideración del Derecho Administrativo como un Derecho Constitucional concretizado (Fritz Werner, presidente del Tribunal Contencioso Administrativo alemán) para señalar la instrumentalidad del Derecho Administrativo con respecto al Derecho Constitucional, al cual se sirve de vía para poder alcanzar su programa constitucional, haciendo, por ejemplo, efectivas las cláusulas programáticas. También, es bien conocida la sentencia que «El Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece» (Otto Mayer) para aludir a la continuidad de la acción pública de la Administración y la intermitencia de la acción constituyente para modelar una carta constitucional. Más reciente se ha acuñado la frase de «Derecho Administrativo como Derecho Constitucionalizante» (Meilan Gil), para anunciar que un objetivo central del Derecho Administrativo contemporáneo es dotar —continua y sostenidamente— de realidad a las aspiraciones constitucionales.

Pero ¿Qué aporta la Constitución Política al Derecho Administrativo? Los principios básicos (Separación de poderes, legalidad, razonabilidad, seguridad jurídica), la personificación jurídica de la Administración (descentralización, organismos constitucionalmente autónomos), los derechos fundamentales, que en unos casos actúan como límites administrativos para la actividad estatal como la libertad, el derecho de acceso a la función pública, los derechos de participación administrativa, la inviolabilidad de documentos y comunicaciones privados, la libertad de asociación, el derecho de petición, el principio de legalidad sancionador, el derecho a la exigencia de rendición de cuentas de agentes públicos, etc.),y en otros constituyen los deberes positivos estatales (derechos sociales y económicos y artículo 44 de la Constitución Política).

La Constitución Política, también aporta al Derecho Administrativo, los deberes de la Administración, los mecanismos de control sobre la Administración (procesos constitucionales, proceso contencioso administrativo, tutela judicial efectiva), la función pública se encuentra en la Constitución, el rol del Estado en la constitución económica, la solución de controversias con el Estado, el régimen de asignación de recursos del Estado en la Constitución y de rendición de cuentas por empleo de recursos y bienes del Estado y, finalmente, el deber de licitar los contratos estatales.

Todas estas instituciones o reglas jurídicas modelan al Derecho Administrativo para que sea compatible con el Estado de Derecho. Por ejemplo, del principio de separación de poderes se derivan importantes consecuencias. Las principales son el carácter subordinado de la Administración a la normativa y a la judicatura, de modo que el cumplimiento de la juridicidad es el factor de legitimación de la acción administrativa y el rol sucesivo de control y seguimiento de la jurisdicción sobre la Administración y retroalimentación (juzgar también ayuda a administrar bien). Una nota característica de nuestro constitucionalismo es la descentralización del poder, tanto en lo territorial como lo funcional, por lo que surgen las autonomías al interior de la Administración, conformados por los organismos constitucionalmente autónomos, los reguladores, los tribunales administrativos, entre otros.

De este modo, el Derecho Administrativo es instrumento del Derecho Constitucional, dotando de dinamismo y concreción a lo que es la estructura constitucional de poderes, a las instituciones, los derechos fundamentales, y los derechos y deberes políticos a concretarse.

Para la Administración Pública, la normativa constitucional debe ser aplicada directamente por ella juntamente con los valores y principios constitucionales, de modo que:

- **La Administración debe actuar dentro de la Constitución.** En este sentido, los órganos de la Administración Pública tienen en las normas constitucionales (principios constitucionales, aspectos orgánicos y dogmáticos) fuentes que de modo directo e inmediato subordinan la acción administrativa. En ese sentido, la concreción de las actuaciones administrativas (reglamentos, actos administrativos, actos de administración, vías de hecho, etc.) tienen en las normas constitucionales un primer referente para medir su juri-

dicidad. Pero además de ello, las autoridades administrativas para cumplir sus funciones deben seguirse los criterios jurisprudenciales señalados por la jurisdicción constitucional en la aplicación del ordenamiento jurídico, así como realizar la interpretación conforme a la Constitución Política del Estado de todas las normas jurídicas que ha de aplicar.

- **La Administración debe interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución,** para asegurar la compatibilidad constitucional de sus actos, reglamentos, contratos, entre otros.
- **La Administración debe apreciar de oficio la legalidad de las normas reglamentarias y sublegales antes de aplicarlas,** ejerciendo el control de legalidad de su propia producción jurídica asegurando que no existe incompatibilidad entre ley y normas subordinadas (ordenanzas, reglamentos, etc.), aplicando directamente la ley al caso concreto, desplazando la subalterna.

3. El alcance contemporáneo de la legalidad como juridicidad

Con acierto, la norma comentada indica que por el principio de legalidad «Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho» y no únicamente a la ley. Es que el principio de legalidad si bien implicó en sus inicios una expresión histórica del Poder Legislativo sobre la autoridad administrativa, con el advenimiento del constitucionalismo, la constitucionalidad supera la mera legalidad, de modo que ahora la legalidad no puede entenderse sino como el deber de apegarse en los formal, de fondo y teleológico a la juridicidad.

La Administración prexistió a la ley, por lo que los objetivos, deberes y atribuciones administrativas preexisten a la soberanía parlamentaria, pero fueron las revoluciones liberales burguesas quienes consagraron la soberanía parlamentaria y la preeminencia de su producto (ley) sobre la acción administrativa (por ejemplo, tributos). De esa tensión entre los Congresos y los Poderes Ejecutivos, surgió la legalidad como garantía de sujeción del Poder Ejecutivo en el cumplimiento de los deberes, objetivos y atribuciones, pero sometido a la soberanía parlamentaria.

El Derecho Administrativo que surge post revolución mantiene técnicas jurídicas remotas (presunción de corrección de actos públicos, ejecutoriedad de la voluntad general, las concesiones, jerarquía, expropiación, nulidad, revocación, y hasta el interés público mismo) pero sometidas a legalidad y control por Consejo de Estado. Luego es que con el constitucionalismo se perfecciona la «juridicidad» a través del sometimiento al Estado de derecho y estado constitucional de derecho (Vinculación a los derechos humanos, proscripción de arbitrariedad, control judicial, etc.). De esta manera se produjo la ampliación del parámetro LEGALIDAD (positivismo legalista) hasta el ordenamiento completo (JURIDICIDAD), a partir de lo cual, aparece la vinculación de la acción administrativa a todo el sistema de fuentes del derecho, además de las leyes.

Ahora bien, contemporáneamente el fenómeno de la «juridicidad» dista ser de sencilla comprensión por diversas peculiaridades del sistema jurídico administrativo. El primero de ellos, es la fragmentación de la legalidad que implica la profusa forma de obtenerse normas con rango de ley (ley, ley orgánica, decreto de urgencia, decretos leyes, decreto legislativo, ordenanzas). De la mano con ello, tenemos la multiplicación de legisladores internos, la contribución de las normas privadas en la formación de la legalidad por decisión del propio legislador (*soft law* o derecho blando y, finalmente, por la conclusiva participación de los tribunales en la definición de lo que debe comprenderse como «legalidad».

Componen la legalidad sin «ley expresa» el conjunto de principios no positivos aun, pero actuantes en las fuentes de Derecho, como los principios generales no escritos en normas: De seguridad jurídica (STC Exp N.° 0016-2002-AI/TC), los principios identificados o creados por jurisprudencia del TC, Corte Interamericana, Poder Judicial, tales como interdicción de la arbitrariedad, función reguladora supletoria del Estado, los principios del Derecho Administrativo no positivizados (por ejemplo, equilibrio económico de los contratos). También los derechos no enumerados exigibles en sede administrativa, como el derecho al reconocimiento y tutela de derechos fundamentales de personas jurídicas (STC Exp. N.° 4972-2006-PA/AI), el derecho a la personalidad jurídica (STC Exp. N.° 02432-2007-HC), el derecho a la objeción de conciencia (STC Exp. N.° 0895-2001-AA), el derecho a la verdad (STC Exp. N.° 2488-2002-HC/TC), derecho al olvido (STC Expediente N.° 02839-2021-PHD/TC), entre otros.

También participan de la legalidad administrativa el derecho flexible o blando o simplemente pre-derecho caracterizados por reflejar la tendencia actual de determinados temas y poseer una indudable fuerza promotora hacia cambios normativos para conformar paulatinamente verdaderas políticas públicas globales en varios sectores, en la medida que son exigidos por actuaciones de la administración (reglas en los concursos públicos o como requisitos para obtener permisos o licencias. Así tenemos, por ejemplo, la Carta Iberoamericana de la Función Pública (Bolivia 2003), el Código Iberoamericano de Buen Gobierno (Uruguay 2006), la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico (Chile 2007), la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública (Portugal 2009), la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública (Panamá 2013), las leyes modelos de la OEA (Acceso a la información, corrupción, etc.), las Certificaciones ISO Internacional (Organization for Standardization u Organización Internacional de Normalización) y las Normas Técnicas de Calidad – INACAL.

4. La desaplicación de las normas sublegales por contradicción con preceptos legales

Anticipamos que el objeto del presente ensayo es establecer si el principio de legalidad impone a la autoridad administrativa aplicar las normas subordinadas a las leyes (reglamentos y ordenanzas subnacionales) pese a su flagrante ilegalidad o, por el contrario, si el mismo principio exige a la misma autoridad aplicar directamente la ley vulnerada desaplicando, inaplicando, o, simplemente, excluyendo del caso la norma sublegal precisamente por vulnerar la ley. Por ejemplo, si la autoridad tiene una ley que indica —en números clausus— que para otorgar una licencia se deben exigir cinco requisitos, y luego, mediante una directiva interna, se agregó un sexto requisito, ¿Qué es lo que corresponde hacer al funcionario para acatar el principio de legalidad? Si aplica la directiva pese a ser consciente de su ilegalidad, estará acatando la norma administrativa formalmente vigente, pero vulnerando la ley que regula esa licencia. A la inversa, si aplica directamente la ley estará cumpliendo con el principio de legalidad pues está ejecutando correctamente la ley y controlando la irregularidad administrativa incurrida al agregar un requisito ilegalmente.

En nuestra opinión, para cumplir de mejor manera con el principio de legalidad que implica sobre todo actuar conforme a los preceptos de la ley, corresponde aplicar esta norma jerárquicamente superior y no el reglamento ilegal. Esto es, la Administración debe apreciar de oficio o a pedido de parte, la legalidad de las normas reglamentarias y sublegales antes de aplicarlas, ejerciendo el control de jurídico de su propia producción jurídica asegurándose que no existe incompatibilidad entre ley y normas subordinadas (ordenanzas y reglamentos), y, en su caso, aplicando directamente la ley al caso concreto, desplazando la subalterna. No es propiamente un tema de desconocer la vigencia de la norma ilegal, sino que es una expresión de la búsqueda por parte de la autoridad de la norma aplicable al caso.

En esta línea seguiremos las enseñanzas de Garcia de Enterria y Fernandez cuando afirman que uno de los medios técnicos de reacción frente a los reglamentos ilegales justamente es la técnica de inaplicación por la administración. Los mencionados maestros enseñaban que los reglamentos son normas que deben ser necesariamente puestas en cuestión o enjuiciarlas —en particular en su validez— antes de aplicarla[3]. Precisamente, por ello afirmaban que *«si de ese enjuiciamiento previo resultase que el reglamento contradice a las leyes, habrá que rechazar la aplicación del reglamento con objeto de hacer efectiva la aplicación prioritaria de la Ley por el violada; habrá que rehusar, pura y simplemente, aplicar el Reglamento ilegal o, en términos positivos, habrá que inaplicarlo»*[4]. Finalmente concluían al respecto que *«El deber de observancia de la Ley y de correlativa inaplicación del Reglamento que la infringe alcanza también —es forzoso repetirlo frente a las creencias habituales— a los mismos funcionarios administrativos»*[5].

3 Es ese mismo sentido se pronuncia FORSTOFF, para quien «en los aspectos formal y material, el reglamento jurídico está sometido a revisión por parte de las autoridades administrativas (...). Una vez establecida la irregularidad del reglamento, la consecuencia es su inaplicación». FORSTOFF, Ernest; «Tratado de derecho administrativo», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 201.

4 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomas Ramon; *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editores Palestra – Temis, 2006, p. 240

5 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomas Ramon; *op. cit*. p. 241.

Supongamos por un momento que el principio de legalidad exigiera a la autoridad administración aplicar toda norma reglamentaria, aunque sea ilegal. Convengamos que ese acto administrativo de aplicación resultaría ilegal a su vez. En consecuencia, como se pregunta el profesor Duran Martinez acaso la posterior «anulación jurisdiccional y una eventual condena por daños y perjuicios no son más perjudiciales para la Administración, ¿que la desaplicación del reglamento ilegal? ¿a qué entonces arriesgar a la Administración a una sentencia anulatoria y a una acción reparatoria si ello se puede evitar con la desaplicación del reglamento ilegal?[6]

Convengamos que no es un tema pacifico en la doctrina, en particular, porque se suele confundir con la competencia jurisdiccional para ejercer control difuso o por inaplicación de leyes inconstitucionales y su vertiente vernácula ya superada del denominado «control difuso administrativo»[7].

Claramente no son la misma función porque el control difuso sobre las leyes pretende proteger a las normas constitucionales del ejercicio indebido de la faculta legislativa. Mientras que esta aplicación del principio de legalidad busca proteger a la ley misma (principio de legalidad) del ejercicio arbitrario de la potestad reglamentaria ejercida por la propia administración por medio de los reglamentos ejecutivos. Nótese que mientras el legislador tiene la libertad para configurar mediante la ley los valores y reglas constitucionales, la administración cuando reglamenta lo hace con la única finalidad de alcanzar de mejor manera su cabal ejecución, por lo cual su sujeción es mucho más estrecha.

A continuación, podemos apreciar algunas diferencias notables entre ambas:

CONTROL DE LEGALIDAD	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
Incompatibilidad entre ley y normas subordinadas directamente (reglamento, ordenanzas, etc.	Incompatibilidad entre la Constitución y la ley.
Consiste en la aplicación directa de la ley, desplazando a la norma subalterna	Consiste en la desvalorización de la ley material y su inaplicación al caso concreto.
Su propósito es controlar el ejercicio de la capacidad reglamentaria ejercida por la propia administración	Su propósito consiste en controlar la actividad normativa del Congreso.
Lo ejercen los Tribunales administrativos	Lo ejerce órganos con función jurisdiccional

La independencia del control de legalidad que las entidades deben aplicar al resolver los casos respecto del control difuso en sede administrativa ha sido abordada también por el Tribunal Constitucional, con motivo del actuar del Tribuna Fiscal. Así ha manifestado que:

> «El hecho que el precedente vinculante recaído en el Expediente No. 3471-2004-AA/TC fue dejado sin efecto por la sentencia del Expediente No. 04293-2012-PA/TC es un aspecto totalmente independiente y no es argumento suficiente para que el Tribunal Fiscal deje de pronunciarse por el fondo de la controversia suscitada en sede administrativa, pues, no está en debate si debe o no aplicar control difuso sino, antes bien, limitarse únicamente a determinar si se cumplió con los parámetros fijados por el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente No. 00053-2004-PI/TC en lo que respecta al cobro de arbitrios municipales»[8]
>
> «El Tribunal Fiscal si puede realizar la verificación de la observancia de los parámetros generales para la producción de normas tributarias municipales, establecidos por el Tribu-

6 Duran Martínez, Augusto; «Desaplicación del reglamento ilegal», *Revista de Derecho Público*, Volumen 1987 (No. 41-42), p. 174. En la misma posición encontramos a Sayaguez Lazo, E.; *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo, 1974, T.I, 129.

7 La competencia de la administración para realizar control difuso de leyes inconstitucionales fue creada por el Tribunal Constitucional mediante su precedente vinculante incluido en la STC No. 3741-2004-AA/TC (precedente Salazar Yarleque), pero fue correctamente suprimida por la STC No. 04293-2012-PA/TC (Consorcio Requena)

8 CASACION No. 27882-2017-LIMA, El Peruano 04 de febrero de 2020. En sentido similar las CASACION No. 8655-2018-LIMA, El Peruano 04 de febrero de 2020 y CASACION No. 15623-2019-LIMA El peruano 30 de noviembre de 2022.

nal Constitucional en las sentencias No. 0041-2004-AI-TC y 0053-2004-AI/TC, lo que no implica realizar control difuso en sede administrativa, facultad que se dejó sin efecto para los órganos administrativos en la STC No. 04293-2012-PA/TC»[9].

«Verificar si la Ordenanza No. 1830 cumplía con las reglas establecidas por el Tribunal Constitucional en las Sentencias No. 0041-2014-AI/TC y 0053-2004-PI/TC, no constituye ejercer control difuso contra la citada Ordenanza, pues el análisis no se dirige a declarar la inconstitucionalidad de estas, sino a realizar un control de legalidad, lo cual significa contrastar el contenido de la referida Ordenanza con los parámetros fijados por el Tribunal Constitucional, a fin de determinar si estos fueron observados por le entidad edil»[10].

«El tribunal Fiscal no debía realizar un análisis de constitucionalidad de la ordenanza municipal cuestionada, sino que en base a los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los expedientes No. 041-2004-AI/TC y No. 0053-2005-PI/TC, determine si la ordenanza materia de examen cumple o no con dichos parámetros de constitucionalidad»[11].

En contra de esta capacidad de aplicación directa de la ley se pueden plantear algunas ideas como la seguridad jurídica, el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos o la presunción de validez de los reglamentos, pero ninguna resulta de una entidad suficiente como para forzar a la autoridad administrativa a transgredir la ley, aplicando un reglamento ejecutivo ilegal[12].

En particular sobre la inderogabilidad singular de los reglamentos diremos que tiene como presupuesto que el reglamento sea válido y conforme a derecho. En efecto, conforme expresa el profesor Gordillo «hemos expuesto más arriba que la administración no puede incumplir la ley inconstitucional, pero la situación no debe necesariamente ser la misma con el reglamento ilegal, inconstitucional o violatorio de las normas y principios del derecho supranacional. En efecto, en aquellos casos en que es la propia administración la que dicta la norma antijurídica, mal podría invocar su propia torpeza para cumplir lo que ella misma ha primero reglamentado contra derecho. Mas aun, la principal trampa de la administración al derecho es dictarse ella misma reglamentos ilegales, absurdos, irracionales y luego, pues, aplicarlos»[13].

Finalmente cabe precisar que esta competencia administrativa en el esquema de fuentes de derecho peruano se puede ejercer tanto sobre reglamentos ejecutivos que transgredan las leyes como sobre ordenanzas regionales y locales que afecten a las leyes que establecen su procedimiento y limites materiales. Ambas reconocen a la ley como norma suprarordenadora a la que debe respetar, pero con relaciones distintas. Mientras que el reglamento debe respetar a la ley por el criterio de jerarquía, las ordenanzas —tanto regionales o locales— lo hacen por un criterio de competencia excluyente y no de jerarquía.

5. La desaplicación de las normas reglamentarias por contradicción con preceptos legales

Hemos explicado antes los fundamentos teóricos por los que el principio de legalidad hace necesario que las autoridades administrativas antes de aplicar una norma reglamentaria la enjuicien y, en caso de identificar fundadas razones de su ilegalidad, corresponderá aplicar la ley directamente y desplazar la norma reglamentaria ilegal. Es lo que corresponde para proteger la superioridad jerárquica de la ley, que es el criterio por el que el reglamento no puede transgredir ni desnaturalizar la ley.

9 CASACION No. 24334-2017-LIMA, El Peruano 05 de febrero de 2020.

10 CASACION No. 12552-2018-LIMA, El Peruano 31 de agosto de 2021.

11 CASACION No. 12521-2018-LIMA, El Peruano 23 de enero de 2022.

12 Una refutación de estos planteamientos en Doménech Pascual, Gabriel; «LA INAPLICACIÓN ADMINISTRATIVA DE REGLAMENTOS ILEGALES Y LEYES INCONSTITUCIONALES», *Revista de Administración Pública* Núm. 155. Mayo-agosto 2001, p. 59 y ss.

13 Gordillo, Agustin; *Tratado de derecho administrativo*, Tomo 1, Parte General, Fundación de Derecho Administrativo, ARA Editores, Lima, 2003, p. VII-24.

Esta competencia de inaplicar normas reglamentarias, la podemos encontrar reconocida en el derecho positivo en el sector de la administración tributaria, en el que el Código Tributario, en su artículo 102 establece lo siguiente:

Artículo 102.°- JERARQUIA DE LAS NORMAS

> Al resolver el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía. En dicho caso, la resolución deberá ser emitida con carácter de jurisprudencia de observancia obligatoria, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 154.°.

Dicha norma obliga al Tribunal Fiscal —en ese caso— a ejercer la competencia para apreciar si alguna norma sometida al principio de legalidad, la infringe, y, en ese caso, queda facultada a aplicar la norma con rango de Ley prevista para el caso y transgredida por la norma subalterna. Un ejemplo de esta aplicación es la Resolución No. 000026-1-2007 de 05. Enero.2007 que inaplico el artículo 8.2. de la Resolución de Superintendencia No.141-2004/SUNAT, Reglamento de Régimen de gradualidad para las infracciones relacionadas a la emisión y/o otorgamiento de comprobantes de pago por vulnerar el derecho de defensa[14].

Otros Tribunales administrativos también ejercido correctamente esta vertiente del principio de legalidad, aunque si norma expresa que así se lo explicite. Por ejemplo, el Tribunal del Servicio Civil en sus Resoluciones 195/2010-SERVIR/TSC-Primera Sala y Resoluciones 1281-2011-SERVIR/TSC- Primera Sala, que declararon no aplicar los artículos 1 y 6 del Decreto Supremo No. 114-2010-EF que establecían límites para los beneficiarios del fondo creado por el Decreto de Urgencia No. 051-2007, fondo para el pago de deudas del Decreto de Urgencia NO 037-94. Del mismo modo, el Tribunal Registral mediante su Acuerdo Plenario No. 01 del LXXVIII Pleno del Tribunal Registral, dispuso inaplicar de la Resolución No. 141-2011-SUNARP-SN que modifico el artículo 2 del Reglamento General de los Registros Públicos e incorpora el artículo 43.ª al mismo reglamento. (que establecía una tacha registral especial irrecurrible y conclusión del procedimiento registral. Dicho Tribunal también dicto su Acuerdo Plenario del XXV Pleno Registral de 2007, que inaplico la Directiva No. 012-2002-SUNARP-SN que establece un plazo de caducidad de un año del poder irrevocable que carezca de plazo mayor al previsto en el artículo 153 del CC. Dicha decisión considero que la disposición reglamentaria contravenía las reglas del Código Civil.

Nos percatamos que esta capacidad de inaplicación en el derecho nacional se ha concentrado en los denominados tribunales administrativo que en diversos sectores han sido creados para atender recursos de apelación no jerárquicos[15] de los administrados contra decisiones de otras autoridades administrativos.

6. La desaplicación de ordenanzas por contradecir preceptos legales que las delimitan

Un segundo escenario en el que el principio de legalidad impele la inaplicación de normas subalternas que le contravenga es el referido a las ordenanzas regionales y locales. Recordemos que conforme a nuestro sistema de fuentes entre estas y las leyes no existe una relación de jerarquía sino de competencia excluyente. Esto es que porque en algunos casos desde la propia Constitución y, en otros, en leyes orgánicas, se supraordina la validez de las ordenanzas municipales y regionales al marco legal que le contextualiza y ordena su generación y límites. Por ejemplo, en materia tributaria tenemos el artículo 74 de la Constitución Política del Estado:

> «**Artículo 74.°** (...)
> Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley».

14 Esta decisión tenía como antecedente la resolución del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. No. 1803-2004-AA/TC que declaro inaplicable la norma a un caso concreto.

15 Denominamos recursos de apelación no jerárquicos porque entre la autoridad cuya decisión se impugna y el tribunal administrativo no existe una relación de jerarquía y subordinación, sino de competencia legal revisora y tuitiva de los administrados afectados, como última instancia administrativa.

En otros casos, la sujeción en estas materias de las normas subnacionales a la legislación nacional aparece en las propias normas del proceso de descentralización con categoría de leyes orgánicas, como la referida a la regulación de procedimientos administrativos:

- LEY DE BASES DE LA DESCENTRALIZACIÓN - LEY N.° 27783

Artículo 12.°- Procedimientos administrativos
Los procedimientos y trámites administrativos en asuntos de competencia de los gobiernos regionales y locales son sustanciados conforme a la ley de la materia, y se agotan en la respectiva jurisdicción regional o municipal[16].

- Ley Orgánica de Gobiernos Regionales

- LEY N.° 27867

Artículo 36.- Generalidades
Las normas y disposiciones del Gobierno Regional se adecuan al ordenamiento jurídico nacional, no pueden invalidar ni dejar sin efecto normas de otro Gobierno Regional ni de los otros niveles de gobierno.
Las normas y disposiciones de los gobiernos regionales se rigen por los principios de exclusividad, territorialidad, legalidad y simplificación administrativa

- Ley N.° 27972.- Ley Orgánica de Municipalidades.

ARTICULO VIII.- Aplicación De Leyes Generales Y Políticas Y Planes Nacionales
Los gobiernos locales están sujetos a las leyes y disposiciones que, de manera general y de conformidad con la Constitución Política del Perú, regulan las actividades y funcionamiento del Sector Público; así como a las normas técnicas referidas a los servicios y bienes públicos, y a los sistemas administrativos del Estado que por su naturaleza son de observancia y cumplimiento obligatorio.
Las competencias y funciones específicas municipales se cumplen en armonía con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo.

Como se puede apreciar, en estos casos, la normativa nacional conformante del bloque de constitucionalidad ha sujetado la capacidad normativa de los Gobiernos Locales y Regionales en materia de procedimientos administrativos al respeto de las normas nacionales en la materia. Para poder hacer más eficiente este cumplimiento, resulta proporcional que la propia normativa encargue de manera especializada a alguna institución a que en caso sea incumplida esta limitación, pueda proteger a los ciudadanos de manera individual aplicando directamente la norma legal infringida y no la norma municipal trasgresora.

De este modo, se ha acogido jurisprudencialmente una tesis desarrollada por la disciplina administrativa sobre la facultad de los órganos administrativos para dentro de su actividad ordinaria realizar el control de legalidad de los reglamentos y ordenanzas que aplica y en caso de encontrar que transgreden por el fondo o la forma normas nacionales, aplicar estas directamente. Y, esta acción, como hemos dicho, no constituye un control de constitucionalidad de las normas ni control difuso en sede administrativo, sino simplemente cumplir con su deber constitucional de hacer cumplir y cumplir las leyes de la república.

La más antigua resolución que abordar este tema la encontramos en el año 2001[17] en la que expreso con referencia la posibilidad de controlar la legalidad de una norma reglamentaria, lo siguiente:

«El Tribunal Constitucional considera que, en el presente caso, no es aplicable su doctrina jurisprudencial según la cual, en materia tributaria, tratándose de la inconstitucionali-

16 Por ello, claramente la simplificación administrativa y la protección de la competitividad acogidas en leyes como la Ley No. 27444, D. Leg.757, Ley No. 28976 (Ley Marco de Licencias de Funcionamiento) y demás, son competencias nacionales y por ello poseen competencia excluyente respecto de cualquier norma municipal o regional que se pretenda aprobar, aun bajo forma de ordenanza.

17 Expediente No. 1266-2001-AA/TC.

dad de una norma legal —a cuyo amparo se realizó el acto reclamado— no es preciso transitar ante los tribunales administrativos, dado que se trata de órganos sometidos al principio de legalidad. **Y es que, en el caso de autos, no se trata de una norma con rango legal, valor o fuerza de ley, sino una norma infralegal, es decir de un nivel jerárquico inferior al de la ley, cuyo control de validez si están obligados a efectuar los tribunales administrativos**»

Posteriormente, respecto a la posibilidad de controlar en vía administrativa la legalidad de normas municipales (ordenanzas) que están sujetas a reglas de producción señaladas en leyes, también se manifestó en el mismo sentido en la sentencia recaída en los Exp. No. 2291-2003-AA/TC[18] y en el Exp. No. 041-2004-AI/TC.

El Tribunal Constitucional ha resuelto el proceso de inconstitucionalidad seguido contra el artículo 3.º de la Ley N.º 28996, modificatoria del artículo 48.º de la Ley N.º 27444. por el que se pretendía la declaración de inconstitucionalidad de la competencia de INDECOPI para inaplicar al caso concreto las barreras burocráticas aprobadas por las Municipalidades mediante Ordenanzas. Ahí, el Tribunal sentó su tesis para diferenciar el control difuso administrativo de este control de legalidad sobre reglamentos,

25. Sin perjuicio de lo anotado, en este caso este Colegiado debe puntualizar, a partir de lo expresado en los fundamentos anteriores, que la CEB, cuando «inaplica» una ordenanza, formalmente no alega su inconstitucionalidad sino su ilegalidad. Por ejemplo, cuando en un procedimiento administrativo se detecta que una ordenanza es contraria a normas como el Decreto Legislativo N.º 757 (Ley Marco de para el Crecimiento de la Inversión Privada), Ley N.º 27444, Ley N.º 28976 (Ley Marco de licencia de funcionamiento) e inclusive la Ley N.º 27972 (Ley Orgánica de Municipalidades), la CEB resuelve tal antinomia en virtud del principio de competencia excluyente, «aplicable cuando un órgano con facultades legislativas regula un ámbito material de validez, el cual, por mandato expreso de la Constitución o una ley orgánica, comprende única y exclusivamente a dicho ente legisferante» [0047-2004-AI/TC, fund. 54, e)]. Como se observa, la situación generada se resuelve a partir de determinar que se trata de una antinomia entre dos normas del mismo rango, como pueden ser las leyes formales y las ordenanzas regionales y municipales. Su resolución descansa por consiguiente en la aplicación de la norma legal aplicable al caso concreto en virtud de competencias repartidas y no en virtud a un análisis de jerarquía entre ordenanza (regional o local) y la Constitución.

26. El ejercicio de la CEB se circunscribe al ámbito de protección de la competitividad del mercado, tarea que, en virtud de la unidad del mercado, está bajo la competencia del Ejecutivo que vigilará la preservación del orden público económico. Así, no resulta argumentable que en el ejercicio de la autonomía municipal y regional se contravengan normas de alcance nacional, como por ejemplo la Ley del Procedimiento Administrativo General o la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, en virtud de una ordenanza municipal o regional.

Precisamente este último extremo conviene ser analizado, a partir del valor normativo que tiene la Constitución Política para la Administración dentro de un estado constitucional de derecho. De ordinario, ello obliga a las autoridades a aplicar directamente las normas y valores constitucionales a los casos concretos que resuelva, a interpretar conforme a las normas y principios constitu-

18 En cuanto al extremo en que se solicita que se dejen sin efecto las resoluciones de determinación expedidas durante los años 1997, 1998, y el primer, segundo y tercer trimestre del año 1999, debe puntualizarse que de la revisión de autos no se advierte que estás hayan sido cuestionadas en la vía administrativo-tributaria, a tenor del artículo 27. .º de la Ley N.º 23506. Sobre el particular, es menester recordar que si en diversa jurisprudencia este Tribunal ha sostenido que no es preciso agotar la vía administrativa-tributaria cuando se impugna un acto practicado al amparo de una ley tributaria incompatible con la Constitución, tal aseveración se ha efectuado a propósito de una fuente legislativa de origen parlamentario, pero no de una de origen distinto, como lo es la ordenanza municipal.
Esta última, si bien tiene rango de ley, cuando versa sobre materia tributaria-municipal no tiene la condición de una fuente primaria, ya que no se encuentra sometida directamente a la Constitución; antes bien, tiene en el Decreto Legislativo N.º 776 a una norma que regula el proceso de su producción jurídica, de manera que los tribunales administrativos, como el Tribunal Fiscal, tienen la competencia para evaluar su validez, esto es, que se hayan elaborado de acuerdo con los límites formales, materiales y competenciales que el citado Decreto Legislativo prevé. De otro lado, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Fiscal debe resolver de acuerdo al artículo 51.º de la Constitución.

cionales y a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en cualquier tipo de proceso, y también a crear normas reglamentarias compatibles con las normas y principios constitucionales, y con la interpretación dada a las normas por el Tribunal Constitucional y del Poder Judicial.

Complementariamente a ello, la sujeción al principio de constitucionalidad y de legalidad obliga a que los organismos administrativos puedan realizar el control de legalidad de las normas que aplican en cada caso y si consideran que alguna norma subordinada contradice la norma que ejecuta, preferir aplicar la ley nacional al caso concreto.

Esta posición ha sido acogida por el Tribunal Constitucional en innumerables sentencias en los que los Gobiernos Locales mediante sus ordenanzas desconocían el principio de legalidad tributaria de tributos nacionales. Por todas ellas, podemos citar la sentencia recaída en el EXP. N.° 1903-2003-AA/TC (Almacenes Santa Clara S.A.) en la que se manifestó expresamente que:

> «b) Y de otro, tampoco considera que, en el caso de autos, y en cuanto a la impugnación de la ilegalidad e inconstitucionalidad de una ordenanza municipal, el tránsito de la vía administrativa tributaria sea inútil o ineficaz. Y es que si en diversa jurisprudencia este Colegiado ha sostenido que no es necesario agotarla cuando se impugna un acto practicado al amparo de una ley tributaria incompatible con la Constitución, tal aseveración se ha efectuado a propósito de una fuente legislativa de origen parlamentario, pero no de una fuente de origen distinto, como lo es la ordenanza municipal. Esta última, si bien tiene rango de ley, sin embargo, cuando versa sobre materia tributaria municipal, tiene en el Decreto Legislativo N.° 776 a una norma que regula el proceso de su producción jurídica, de tal manera que los tribunales administrativos, como el Tribunal Fiscal, tienen la competencia para evaluar su validez, esto es, si se han elaborado dentro de los límites formales, materiales y competenciales que aquellas prevén».

También la misma tesis aparece en la sentencia recaída en el EXP. N.° 2291-2003-AA/TC (INSTITUTO AMELIO PLACENCIA), en la que afirma el sometimiento de las ordenanzas a la ley nacional:

> «Esta última, si bien tiene rango de ley, cuando versa sobre materia tributaria-municipal no tiene la condición de una fuente primaria, ya que no se encuentra sometida directamente a la Constitución; antes bien, tiene en el Decreto Legislativo N.° 776 a una norma que regula el proceso de su producción jurídica, de manera que los tribunales administrativos, como el Tribunal Fiscal, tienen la competencia para evaluar su validez, esto es, que se hayan elaborado de acuerdo con los límites formales, materiales y competenciales que el citado Decreto Legislativo prevé. De otro lado, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Fiscal debe resolver de acuerdo al artículo 51.° de la Constitución».

Finalmente, también se aprecia esta posición consolidada en la sentencia recaída en el Expediente No. 0041-2004-AI/TC, f. 63, cuando respecto a las dudas que mantenía el Tribunal Fiscal para preferir la ley nacional sobre una ordenanza que la contraviene, señala:

> «Esperamos que, en lo subsiguiente, el Tribunal Fiscal no evite efectuar este análisis bajo la excusa de estar supeditado "únicamente a la ley", incluso, de admitirse ello, no debe eludirse el análisis de una ordenanza municipal de conformidad con la Ley de Tributación Municipal y la Ley Orgánica de Municipalidades De esta manera, tomando en cuenta que estas normas establecen los requisitos de fondo y forma para las Ordenanzas en materia tributaria, lo adecuado para el contribuyente frente a presuntos cobros arbitrarios es que dicha situación sea resuelta lo antes posible, y es evidente que un Tribunal especializado en materia tributaria se encuentre plenamente facultado para realizar estar labor de manera efectiva».

Lo expuesto respecto a la función no primaria y subordinada a las leyes nacionales de algunas ordenanzas, resulta también ahora aplicable a aquellas ordenanzas municipales y regionales que regulan procedimientos administrativos (creando tasas, imponiendo requisitos y tramites a los ciudadanos, califican silencios administrativos, etc.). De esta manera, la regulación sobre los procedimientos administrativos al servicio de los ciudadanos está sujeta al principio de legalidad y, por ende, las ordenanzas municipalidades en esta materia deben sujetarse a las normas nacionales a las cuales no pueden afectar, en particular en materia de desburocratización y simplificación administrativa contenidas en la Ley No. 27444.

En esa misma línea, la Corte Suprema comparte la tesis de la competencia de las autoridades administrativas para realizar el control de legalidad de sus actos. Por ello, ha manifestado:

«El control difuso no debe confundirse con la aplicación por parte de la administración de las determinaciones constitucionales efectuadas por los órganos competentes para ello, pues si bien la vinculación de la Administración pública a la Constitución no significa reconocerle la potestad de control constitucional, si implica que debe someterse plenamente a los juicios y criterios jurisprudenciales que en ejercicio de tal potestad, formulen los órganos constitucionales con la potestad de realizar control constitucional»[19].

«conforme a la Primera Disposición Final de la Ley No.28301 y el artículo 82 del Código Procesal Constitucional es que el Tribunal Fiscal debe verificar si la Ordenanza No. 437-MSS se encuentra acorde con las interpretaciones del Tribunal Constitucional contenidas en las STC No. 041-2004-AI/TC y 0053-2004-AI/TC, no importando ello el ejercicio de control difuso de la referida Ordenanza»[20].

7. Conclusiones

1) La Administración está obligada constitucionalmente a asegurar el cumplimiento de las leyes, como derivación necesaria del principio de legalidad administrativa. No resulta valido constitucionalmente que al amparo del principio de legalidad la Administración aplique a los ciudadanos reglamentos y normas sublegales que son ilegales.
2) Para cumplir con el principio de legalidad administrativa, las autoridades administrativas deben aplicar la norma jerárquicamente superior y no el reglamento ilegal. Esto es, la Administración debe apreciar de oficio o a pedido de parte, la legalidad de las normas reglamentarias y sublegales antes de aplicarlas, ejerciendo el control de jurídico de su propia producción jurídica asegurándose que no existe incompatibilidad entre ley y normas subordinadas (ordenanzas y reglamentos), y, en su caso, aplicando directamente la ley al caso concreto, desplazando la subalterna.
3) No es propiamente un tema de desconocer la vigencia de la norma ilegal, sino que es una expresión de la búsqueda por parte de la autoridad de la norma aplicable al caso y de controlar la propia calidad de la producción normativa de la administración.
4) Como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema no se trata de una expresión del control difuso de constitucionalidad porque no se autoriza a la administración de manera abstracta controlar la conformidad constitucional de las leyes sino la legalidad de propia actuación administrativa
5) Esta competencia ha sido reconocida sectorialmente por el derecho positivo y por la jurisprudencia constitucional y legal para los Tribunales Administrativos que resuelven en última instancia administrativa reclamos de administrados sobre acciones indebidas de autoridades en primera fase.

19 CASACION N.° 25972-2018-LIMA, El Peruano 06 de abril de 2022.

20 CASACION N.° 13893-2018-LIMA, El Peruano 31 de agosto de 2021.

27

ALGUNAS VICISITUDES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA ESFERA DEL DERECHO URBANÍSTICO

SOME VICISSITUDES OF THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN THE SPHERE OF URBAN PLANNING LAW

Manuel J. Sarmiento Acosta

(Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)

Texto de la ponencia presentada al Congreso Internacional XV Jornadas Prof Meilán Gil de Derecho Administrativo Iberoamericano (del 18 al 22 de marzo de 2024). Facultad de Derecho (Campus de Elviña)- Pazo de Mariñán (Bergondo, A Coruña)

RESUMEN: El principio de legalidad es esencial en el Estado de Derecho, pues impone el sometimiento del poder público a la ley; en el ámbito del Derecho Urbanístico también desempeña un papel crucial, aunque plantea ciertos problemas para poder lograr un equilibrio entre regulación por ley y colaboración reglamentaria, algo que es particularmente complejo y difícil en la relación entre ley formal y plan urbanístico. Lo que debe resaltarse es que es indispensable que el contenido esencial de los derechos constitucionales debe estar regulado por ley.

PALABRAS CLAVE: principio de legalidad, plan urbanístico, contenido esencial del derecho de propiedad, colaboración reglamentaria.

ABSTRACT: The principle of legality is essential in the Rule of Law, since it imposes the submission of public power to the law; In the field of Urban Law it also plays a crucial role, although it poses certain problems in achieving a balance between regulation by law and regulatory collaboration, something that is particularly complex and difficult in the relationship between formal law and urban plan. What must be highlighted is that it is fundamental that the essential content of constitutional rights must be regulated by law.

KEYWORDS: principle of legality, urban plan, essential content of property rights, regulatory collaboration.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA LEY DEL SUELO Y ORDENACIÓN URBANA DE 12 DE MAYO DE 1956: CONSAGRACIÓN DE UN FUERTE INTERVENCIONISMO ADMINISTRATIVO EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE PROPIEDAD. 2.1. Concepto y principios que incorpora. 2.2. El impacto de la Constitución española de 1978. El principio de «reserva de ley» y su incidencia en el derecho de propiedad: la posición del plan urbanístico. 2.3. Un elemento fundamental en la regulación del contenido del derecho de propiedad: la función social. 3. LA COLABORACIÓN REGLAMENTARIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR (URBANÍSTICO). 3.1. Planteamiento general de la cuestión. 3.2. La colaboración reglamentaria en el ámbito de las infracciones y sanciones urbanísticas. 3.3. Lo previsto en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local. 4. CONCLUSIONES.

1. Introducción

Es bien sabido que el principio de legalidad es consustancial al Estado de Derecho, ya que una de las señas de identidad de este modelo de Estado es que el poder público en sus distintas vertientes se sujete al ordenamiento jurídico.

Nuestro ordenamiento, desde la propia Constitución a la legislación ordinaria subraya y remarca la trascendencia del principio de legalidad. Así, el mismo *Preámbulo* de la Carta Magna de 1978 destaca que la Nación española proclama su voluntad de *«Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular»*. Pretensión que luego se destaca en los artículos 9.3 («*La Constitución garantiza el principio de legalidad (...)*»), *97 («El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes»)* y 103.1 *(«La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho»)*. Estos preceptos dejan meridianamente claro que en el sistema jurídico español el principio de legalidad desempeña una función esencial para la plasmación real y efectiva del Estado de Derecho, lo cual comporta que, como resultado de toda una evolución histórica que ha definido el mencionado principio, se supera la arbitrariedad, con una sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, y se explicita el principio democrático que supone que la ley la elabora y aprueba el órgano representativo del pueblo, es decir, el Parlamento[1]. Desde la perspectiva estrictamente administrativa esto comporta el sometimiento de la acción administrativa a la totalidad del sistema normativo[2] y, en concreto, la exigencia de apoderamientos legales para actuaciones administrativas con eficacia limitativa o ablatoria[3].

La ley como expresión de la voluntad general es, pues, indispensable, pues habilita a la Administración para actuar en los múltiples ámbitos en los cuales hoy se desenvuelve como consecuencia del Estado social y democrático de Derecho que consagra la Constitución (art. 1.1). Es cierto que todo el Derecho no proviene del legislador (Parlamento), ya que la potestad normativa es una competencia concurrente de las Cortes y el Gobierno[4], pero no es menos verdad que en la Constitución hay un dominio propio de la ley que tiene reservados ámbitos en los que no puede entrar un mero reglamento. Iluminador de este dato es lo que dispone el importante artículo 53.1, que dice *«Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a)».* Esto significa que, en primer lugar, se gradúan distintos niveles de protección, con derechos con protección reforzada (art. 53.2, CE), como los derechos fundamentales y las libertades públicas, y otros que tienen una protección ordinaria (como, por ejemplo, el derecho de propiedad: art. 33, CE); en segundo término, que la ley deberá respetar su contenido esencial, y, en tercer lugar, que están fuera del ámbito de los Decretos- Leyes (art. 86 CE) y por supuesto de las disposiciones reglamentarias[5].

Por consiguiente, la Administración Pública se someta a la ley y al Derecho, pero ello no significa que solo aplique leyes formales, sino que ordinariamente aplica multitud de normas reglamentarias que ella misma elabora y aprueba conforme a la atribución que el propio ordenamiento le ha

---

1 Sobre el desarrollo histórico de este principio, véase Santamaría Pastor, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, primera reimpresión, 1991, pp.195-199.

2 Que, como es obvio, es mucho más que la sujeción a la ley aprobada por los parlamentos (sea estatal o los autonómicos), sino el sometimiento a las normas aprobadas por el Gobierno con rango de ley, a los reglamentos, a los Tratados y Convenios internacionales, al Derecho Comunitario, etc., etc.

3 Santamaría Pastor, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo I,* ob., cit., pp. 200-201.

4 En este sentido, Rubio Llorente, F., «El principio de legalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 39, 1993, p. 19.

5 Rubio Llorente, F., «El principio de legalidad», cit., p. 18, destaca la preeminencia de la Ley sobre estas materias.

hecho. No es necesario en este análisis abordar y desarrollar el principio de vinculación positiva de la Administración a la ley, pero sí es preciso resaltar que la habilitación que debe tener la Administración para actuar cuando están afectados derechos y libertades constitucionales debe observar requisitos rigurosos, y que, en consecuencia, el espacio para el reglamento tiene que ser por ello mismo mucho más modesto que el que tiene la ley.

Uno de esos ámbitos en los que interviene de forma muy intensa la Administración es en el ejercicio del derecho de propiedad y, por ende, en la esfera propia del Derecho Urbanístico, el cual se ha definido en España en los últimos setenta años partiendo de un relevante papel de la Administración, sobre todo a partir de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956, que incorpora un cambio trascendental en el urbanismo porque introduce unos principios que se mantienen hasta nuestros días[6]. En concreto, resulta problemática la relación entre Ley y Plan urbanístico, ya que al tratarse de un derecho constitucional con una clara vertiente subjetiva ésta no puede quedar anulada por la vertiente institucional a unos genéricos intereses colectivos. Pero no menos intrincado es saber los espacios que son propios de una Ley formal y los que admiten una colaboración reglamentaria a la hora de describir infracciones y sanciones urbanísticas, sobre todo cuando hay una consagración clara del principio de reserva de ley en la Constitución para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública (art. 25.1 de la Constitución).

2. La Ley del suelo y ordenación urbana de 12 de mayo de 1956: consagración de un fuerte intervencionismo administrativo en el ejercicio del derecho de propiedad[7]

2.1. Contenido y principios que incorpora

La Ley del suelo y ordenación urbana de 1956 pertenece a esas Leyes-hito que marcan un antes y un después en la materia que regulan. Se aprobó, además, en un momento en el que se estaba produciendo una auténtica renovación del Derecho Administrativo español. Su *Preámbulo* es elocuente cuando afirma que las normas anteriores dibujaban un panorama *«insuficiente para afrontar y resolver la ordenación urbanística en las verdaderas dimensiones que el crecimiento demográfico y el futuro de España requieren y las modernas técnicas aconsejan».* De manera que la Ley regula de forma orgánica y omnicomprensiva al urbanismo, y le confiere una posición esencial al Estado. A partir de ese momento, pues, la intervención administrativa adquiere una dimensión importantísima en todo lo que afecta a la ordenación y al uso o aprovechamiento del suelo, lo que va a definir una cultura urbanística que trasciende de las normas concretas y que dura hasta nuestros días.

En efecto, esta norma configura un modelo que se puede sintetizar en los siguientes principios:

- Se reclama por primera vez para los poderes públicos la entera responsabilidad en todo lo que se refiere a la ordenación urbanística;
- El urbanismo queda afirmado como una función pública indeclinable (art. 3);
- Se configura un nuevo estatuto de la propiedad del suelo, que comporta que el llamado *ius aedificandi* es una atribución expresa del plan urbanístico: artículo 61: *«Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en la ley, o, en virtud de la misma, por los Planes de ordenación, con arreglo a la calificación urbanística de los predios»*;

6 La manifestación más palmaria de la intervención administrativa para controlar la legalidad es la competencia que se le atribuye a los Ayuntamientos para verificar el ajuste a la legalidad de los usos y aprovechamientos del suelo mediante el otorgamiento de licencias urbanísticas, pero también el ejercicio de la potestad sancionadora o la misma inspección urbanística. Se convierte a la Administración en la «tutora» de las actuaciones sobre el suelo, pero no sólo aplicando Leyes, sino normas reglamentarias y planes urbanísticos, que ella misma produce.

7 De hecho, hay quien ha aseverado que «*la Ley del Suelo de 1956 fue uno de los exponentes más relevantes de los postulados de la concepción socializante del dominio*» (Pardo Álvarez, M.ª, *La potestad de planeamiento urbanístico bajo el Estado social, autonómico y democrático de Derecho*, Junta de Castilla y León. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 337).

- Se establece una clasificación del suelo (urbano, de reserva urbana y rústico, art. 62), y se fija un cuadro de valores para cada clase de suelo calculado en función de su calificación urbanística. La valoración —decía el *Preámbulo*— «constituye punto capital en la ordenación», y así se establecen cuatro valores: valor inicial, expectante, urbanístico y comercial (arts. 85 y ss.);
- La ordenación se hace a través del Plan urbanístico, ya que se considera que éste es la «*base necesaria y fundamental de toda ordenación urbana*» (Preámbulo); pero, además, un plan configurado con caracteres específicos que trascienden al mero plan de obras o a la simple programación más o menos abstracta.

Esto significa que el planeamiento y la dirección pública se erigen en las piezas fundamentales para poner en práctica el sistema. Al tener la propiedad una función social que delimita su contenido normal, y convertirse el plan urbanístico en la pieza fundamental, es evidente que a partir del plan es cuando surgen las expectativas urbanísticas derivadas de la clasificación y calificación de los suelos que el referido plan hace[8]. Y todo ello afecta de manera clara al derecho constitucional a la propiedad privada, cuyo contenido esencial debe estar regulado por ley (art. 53.1, CE). Es aquí donde se produce una inflexión, porque el plan urbanístico no es, como es bien sabido, ninguna Ley.

2.2. El impacto de la Constitución Española de 1978. El principio de «reserva de Ley» y su incidencia en el derecho de propiedad: la posición del plan urbanístico

Es determinante dilucidar el alcance y contenido de la reserva de Ley en el ámbito urbanístico (arts. 33.1 y 53.1, CE). Porque en el modelo de urbanismo que se consolida desde la Ley del Suelo de 1956 es evidente que el Derecho Urbanístico se apoya en la dicotomía Ley-Plan, de manera que es el Plan urbanístico el que al final va a determinar en concreto las clasificaciones y calificaciones que determine el estatuto jurídico de la propiedad. El Plan constituye un elemento esencial de nuestro ordenamiento, y por ello viene así a delimitar el contenido del derecho de propiedad definido, sin embargo, respecto de cada parcela, no de una vez para siempre, sino sujeto al «ius variandi» propio de los instrumentos que lo conforman (STS de 23 de septiembre de 1988).

¿Cómo encaja esto con el principio de reserva de Ley?; ¿cuál es el mecanismo técnico que permite concluir que un sistema así se ajusta a la Constitución Española y al resto del ordenamiento jurídico? Puesto que el Plan urbanístico tiene, como ha destacado la doctrina dominante, naturaleza reglamentaria (STS de 24 de abril de 1989, entre otras muchas).

Los artículos 33.2 y 53.1 CE imponen la reserva de Ley[9]. Ordinariamente se ha entendido que la relación entre la Ley del Suelo de 1956 y los Planes urbanísticos se realiza a través de la técnica

8 Como he destacado en otra ocasión, «*El Plan es a partir de la Ley el que va a transformar el suelo rústico en urbano, es el que atribuye las expectativas urbanísticas y el que, en definitiva, precisa el contenido y alcance del derecho de propiedad en una porción concreta del territorio*» (Sarmiento Acosta, M. J., *Compendio de Derecho urbanístico (Contiene notas de correspondencia con el Derecho Urbanístico de Canarias)*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2020, p. 47).

9 La reserva de Ley constituye un principio esencial del Estado de Derecho (STC 83/1984, de 24 de julio), y consiste en la decisión constitucional de remitir la regulación de determinadas materias a la Ley, excluyendo de esta forma las demás normas (*Vid*. Garrorena Morales, A., voz «Reserva de Ley», en la *Enciclopedia Jurídica Básica IV*, Civitas, Madrid, 1995, p. 5860). Sus orígenes se remontan a las monarquías germánicas que se dotaron de una Constitución a partir de 1815, pues en estos regímenes la soberanía no pertenecía todavía a la nación, ni, por lo tanto, al Parlamento, sino al Príncipe (el conocido «principio monárquico»), que aparecía de esta manera como titular originario y efectivo de todos los poderes del Estado. La expresión «reserva de Ley» fue acuñada por el ilustre jurista alemán Otto Mayer en 1895, y ha tenido un desarrollo evidente. En la Constitución Española de 1978 existe un número bastante elevado de remisiones a la Ley (*Vid*. Santamaría Pastor, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, ob., cit., pp. 514 y ss y 770 y ss.), entre las que se incluyen las materias tradicionalmente cubiertas por esta reserva, como los derechos y libertades, el establecimiento de los delitos y las penas, la creación de tributos (arts. 53.1, 25.1 y 133.1, CE), etc. Según el Tribunal Constitucional, la reserva de Ley no sólo es una interdicción al Gobierno, como titular de la potestad reglamentaria «para impedirle que proceda a una regulación *praeter legem*, sino además un mandato al legislador para que regule él mismo los aspectos sustanciales

de la remisión normativa, que consiste en que la Ley reenvía a una formulación ulterior de naturaleza reglamentaria para que la Administración Pública regule ciertos aspectos o elementos de la materia. La STS de 2 de febrero de 1987 declaró:

> *«Los planes urbanísticos, a pesar de su rango reglamentario*[10]*, son instrumentos aptos para determinar el contenido del derecho de propiedad sin vulneración constitucional, pues el artículo 33.2 de la Constitución advierte que la función social de la propiedad delimitará su contenido, no por medio de Ley sino «de acuerdo con las leyes» y los planes se dictan en virtud de la remisión hecha por el artículo 76 del Texto refundido de la Ley del Suelo»*[11]*.*

Pero si la remisión parece admisible, el siguiente paso es determinar el alcance o extensión de dicha remisión, pues el artículo 33.2, CE hay que interpretarlo conjuntamente con el artículo 53.1, CE, y éste exige que la Ley deberá respetar el «contenido esencial»[12] del derecho de propiedad. En este extremo, el Tribunal Constitucional requiere el cumplimiento de tres criterios para considerar que se garantiza esta reserva: 1) la reserva de Ley no se limita sólo a la necesidad de una Ley, sino que exige a ésta que tenga un mínimo contenido material; 2) es posible la colaboración del poder reglamentario siempre que medie una habilitación, y en tanto no se coloque al Reglamento en una posición semejante a la Ley; y 3) no son viables las remisiones que supongan auténticas deslegalizaciones[13].

A todo esto, hay que añadir que el propio Tribunal Constitucional ha señalado que el principio de reserva de Ley tiene su significado último en «asegurar a los ciudadanos que el contenido de

---

de la materia» (STC 58/1982, de 27 de julio), pues el ejercicio de la potestad reglamentaria es muy distinto de la legislativa. El legislador no ejecuta la Constitución, sino que crea Derecho con libertad dentro del marco que ésta ofrece, en tanto que el ejercicio de la potestad reglamentaria se opera de acuerdo con la Constitución y las Leyes (art. 97, CE.) (STC 209/1987, de 22 de diciembre). Por eso, la STC 83/1984, de 24 de julio, declaró que el significado último es el de asegurar a los ciudadanos que el contenido de dicha regulación «dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes», principio que no excluye ciertamente la posibilidad de que las Leyes contengan una remisión a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que «supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador». El artículo 128.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, dice en este sentido: *«Los reglamentos y disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las leyes ni regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, exacciones parafiscales u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público».*

10 Las SSTS que destacan el rango reglamentario son muchísimas, y dictadas desde hace ya bastantes años; vid, últimamente, STS 1300/2020, de 27 de mayo, y STS 744/2020, de 4 de marzo.

11 En este sentido, García de Enterría, E., y Parejo Alfonso, L., *Lecciones de Derecho Urbanístico I*, Civitas, Madrid, 1981, pp.410 y 411. Estos autores afirmaban que es válida esa remisión, lo cual no es una deslegalización. En concreto, decían: «*Pero ha de añadirse que la Constitución parece haber previsto expresamente esa técnica remisoria. Por una parte, precisando en el art. 33.2 que la delimitación del contenido de la propiedad se hará, no por la Ley, sino «de acuerdo con las Leyes», lo que admite, pues, las remisiones (no las deslegalizaciones más o menos encubiertas) que las Leyes hagan. En segundo término, el artículo 45.2 que encomienda a «los poderes públicos», y no solo al legislativo, velar por la utilización racional de los recursos naturales, proteger y mejorar la calidad de la vida y restaurar el medio ambiente (lo que parece comprender el medio ambiente urbano). Finalmente, el art. 47, ya más directamente, encomienda, también a «los poderes públicos» la regulación de «la utilización del suelo», lo que de acuerdo con lo observado a propósito del art. 33.2 (..) parece ya definitivo*». A nosotros, no obstante, no nos parece «definitivo», porque los artículos que merecen ser considerados son el artículo 33.2 y el 53.1 CE, y en mucha menor medida los artículos 45 y 47 CE. Y, además, no se puede interpretar una norma preconstitucional (como la Ley del Suelo de 1956) como otra aprobada después de la Constitución.

12 Contenido esencial que, además, se ha relativizado. *Vid*. Agudo González, J., «Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria. O la crónica de la desvalorización anunciada del derecho fundamental a la propiedad privada», *Revista de Administración Pública*, núm. 185, 2011, pp.12 y ss.

13 Baño León, J. M.ª, *Límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y Reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid, 1.ª edición. 1991, pp. 90 y 91.

dicha regulación dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes» (STC 83/1984). ¿Cómo se resuelve, entonces, esta aparente contradicción? Pues si, de acuerdo con el Tribunal Supremo, según la STS anteriormente transcrita, el Plan urbanístico es un instrumento «apto» para determinar el contenido del derecho de propiedad, esta afirmación sin matices o modulaciones es excesiva, y desde luego no se puede salvar este exceso con la alusión a que la delimitación se hace no por medio de Ley, sino «de acuerdo con las Leyes», pues el artículo 53.1, CE., como ya se ha visto, es muy claro. Por este motivo es acertada la crítica que formula Barnés Vázquez cuando reclama a la Ley una regulación mayor que la que realiza[14]. Como ha destacado Garrorena, «el problema fundamental de la reserva consiste en establecer la intensidad de la obligación, esto es, en fijar cuál es el trayecto que la Ley tiene que recorrer sola y cuál es el punto a partir del cual puede comenzar a recabar la colaboración del reglamento para regular tales materias»[15]; y, ciertamente, aunque el criterio en virtud del cual la intensidad de la reserva —que en el caso de la regulación directa de derechos fundamentales es máxima (STC 5/1981)— decrece «en aquellos casos en los cuales se cruzan ciertos aspectos (...) en la regulación de un concreto derecho, como puede ser su concreción en relaciones especiales de sujeción (...) o su función social (como sucede con el derecho de propiedad (STC 37/1987)» (Garrorena Morales)[16], no es admisible desde el punto de vista constitucional dejar completa libertad para definir todo el contenido del derecho de propiedad al planificador, al margen de los estándares y de las normas de directa aplicación. Y es lo cierto que la legislación urbanística en muchas ocasiones da demasiado margen al planificador, el cual en ejercicio de su enorme discrecionalidad puede ordenar el uso del suelo. En buena teoría, y conforme con la doctrina del Tribunal Constitucional, es preciso que la Ley contenga suficientes referencias normativas, tanto de orden formal como de carácter material, para conferir previsibilidad y certeza sobre lo que significa la actuación de la Administración actuante.

En este extremo, destaca Pardo Álvarez:

> «(...) parece más objetiva la opinión de quienes critican la escasa previsión a nivel legislativo de criterios ordenadores suficientes generales y abstractos. La actual regulación de la ordenación urbanística (a nivel ya de legislación autonómica, que es la competente) muestra una notable escasez de este tipo de criterios. Sólo las exiguas normas legales de directa aplicación y los estándares urbanísticos que prevén todas las Leyes autonómicas proporcionan a los afectados por una actuación urbanística criterios de ordenación generalizables y abstractos en relación con el régimen de su propiedad. Fuera de ello, será ya la Administración pública quien los elabore, por expresa remisión legislativa, en los planes. Pero sin previas reglas. Así, por ejemplo, es habitual que las leyes de urbanismo autonómicas confíen a los planes efectuar la "reglamentación detallada del uso pormenorizado de los terrenos y construcciones", así como de la "reglamentación, las características estéticas de la ordenación, de la edificación y de su entorno". Se trata de una reglamentación enormemente relevante para la determinación del concreto estatuto jurídico del suelo. Y, sin embargo, la Administración decidirá en cómoda libertad. Las exigencias que resultan de la garantía constitucional de la reserva de Ley parece que reclaman una mayor precisión a nivel legislativo»[17].

Por consiguiente, es importante destacar que los artículos relevantes para asegurar el contenido del derecho de propiedad son el artículo 33.2 y el artículo 53.1, ambos de la Constitución, y la remisión al plan debe implicar que la Ley tenga una regulación de orden material y formal que haga posible el respeto del artículo 53.1 CE. Ello significa que la legislación urbanística —sea la estatal o la que aprueben las Comunidades Autónomas— debe ser más densa a la hora de regular el contenido del derecho de propiedad inmobiliaria; debe, por ejemplo, fijar más estándares en materia

14 Barnés Vázquez, J., *La propiedad constitucional (El estatuto jurídico del suelo agrario),* Civitas, Madrid, 1988, p. 480. En la misma dirección, Pardo Álvarez, M.ª, *La potestad de planeamiento*, ob., cit., p. 365.

15 Cit., p.5865.

16 Cit., p. 5866.

17 Pardo Álvarez, M.ª, *La potestad de planeamiento urbanístico bajo el Estado social, autonómico y democrático de Derecho,* ob., cit., p. 365.

turística en aquellas Comunidades que tengan en el turismo su sector económico más relevante, pero también en materia industrial, residencial, etc.

2.3. Un elemento fundamental en la regulación del contenido del derecho de propiedad: la función social

Como es suficientemente conocido, el artículo 33.2 dispone que la función social delimitará el contenido del derecho de propiedad. Esta expresión dibuja un panorama distinto respecto a la propiedad clásica, ya que el aspecto «social» cambia la perspectiva que los poderes públicos (sea legislativo o ejecutivo) tienen en relación con la ordenación de la propiedad inmobiliaria.

La función social delimita desde dentro el derecho de propiedad. Esta noción parte de la Iglesia Católica, y se articula a través de la transformación que la idea de Estado social introduce en el concepto de propiedad privada (STC 166/1986, de 19 de diciembre) y que se detecta claramente en el contexto que la Carta Magna define de manera inequívoca, no sólo en el citado artículo 33.2, sino en el artículo 1.1 *(«España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político»),* en el artículo 9.2 *(«Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»),* todo el Capítulo III («De los principios rectores de la política social y económica»), artículos 39- 52 CE, o el mismo artículo 128.1, CE *(«Toda la riqueza del país en sus distintas formas y, sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general»)*.

Todos estos preceptos permiten extraer la conclusión de que el concepto de propiedad privada que la Constitución pergeña —pero que no define, pues la posición y los cometidos de la Constitución son otros[18]—, no sólo supera, y, por tanto, se aleja claramente del decimonónico plasmado en los Códigos civiles de la época, sino que está determinado por unas exigencias que la misma Constitución establece, y que tienen por objeto evitar la especulación, el deterioro del paisaje y los recursos naturales, o la destrucción del patrimonio histórico-artístico[19].

En consecuencia, la propiedad es de su titular; existe (tanto en su dimensión objetiva de institución, como en su vertiente subjetiva de derecho), y tiene un contenido, que incluso de imponer al legislador ordinario (art. 33.1, en relación con el art. 53.1, CE, como ya hemos referido), que puede ser tutelado por el Tribunal Constitucional en su condición de intérprete supremo de la Constitución (art. 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), con arreglo al artículo 161.1, a) CE y, por supuesto, por los Juzgados y Tribunales ordinarios a través de las distintas vías y medios procesales; pero está delimitado por su función social, esto es, no puede ser definido ni instrumen-

---

18 Como es obvio, todo depende de lo que establezca la Constitución. En algunos casos define (*v.gr.*: art. 122.2, respecto al Consejo General del Poder Judicial, art. 107, en relación con el Consejo de Estado, etc.), en otros no (art. 33.1, respecto de la propiedad; art. 32, al aludir al matrimonio, etc.). Esta definición parte de la propia naturaleza misma de lo definido. En algunos casos, por su novedad, es evidente que se requiere una cierta definición, en otros ya se parte de unas bases legales previas, de unas instituciones ya lo suficientemente definidas.
Y es obvio que, como dice Santamaría Pastor, J. A. (*Principios de Derecho Administrativo general I,* Iustel, Madrid, 1.ª de. 2004, pp. 203 y 208), la heterogeneidad es una nota característica de las normas constitucionales, además de que la Carta Magna tiene una función de «ordenación general a largo plazo de la dinámica política, social y económica», lo que excluye —prosigue este autor— «toda posibilidad razonable de ordenación detallada».
Sobre la posición de la Constitución, véase, García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 2.ª, edición, 1982; también Lucas Verdú, P., *La Constitución abierta y sus enemigos*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, y, más sintéticamente, Muñoz Machado, S., voz «Constitución (Norma Superior)», en el *Diccionario de Derecho Administrativo I* (dir por él mismo), Iustel, Madrid, 2005, pp. 641-646, así como su monografía *Constitución*, Iustel, Madrid, 2004.

19 Sarmiento Acosta, M. J., «La propiedad inmobiliaria en la gestión urbanística. Las facultades urbanísticas», *Revista del Foro Canario*, núm. 92, 1996, p. 36. También, del mismo autor, *Compendio de Derecho Urbanístico (Contiene notas de correspondencia con el Derecho Urbanístico de Canarias),* ob., cit., pp. 45 y ss.

tado de manera unidimensional, como si sólo existiera la protección de los derechos e intereses del propietario privado. La propiedad privada está situada en un panorama en el que los poderes públicos, con sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), disponen de instrumentos y mecanismos en orden a la conservación, mejora y fomento de bienes y valores constitucionales, que trascienden al ejercicio individual del propio derecho de propiedad. Los artículos 45, 46 y 47 CE son un buen ejemplo de ello.

Los poderes públicos, por tanto, deberán evitar la especulación y hacer participar a la comunidad en las plusvalías urbanísticas. Esto implica que en la delimitación que se haga de la propiedad habrá que respetar las facultades inherentes a este derecho subjetivo (art. 53.1, CE)[20]. Pero habrá que tener en cuenta, a su vez, el mandato que formula el artículo 47, CE, así como lo que disponen los ya referidos artículos 45[21] y 46 de la Norma Suprema en orden a la conservación del medio ambiente, la utilización racional de los recursos y la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico.

La función social tiene aquí su encaje o encuadramiento natural. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 37/1987, de 20 de marzo, en un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Reforma Agraria andaluza[22], declaró en este sentido:

> «La Constitución Española reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidas, de acuerdo con las leyes, en atención a valores e intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a ésta subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes»[23].

---

20 El contenido esencial del derecho de propiedad es fundamental; como ha destacado Agudo González, J., aunque varios preceptos constitucionales identifican bienes susceptibles de apropiación a los que se les imputan fines constitucionales (arts. 40.1, 45.2, 46 ó 47) «*su trascendencia en el contexto del artículo 33 de la Constitución sólo se produce una vez definido el contenido esencial de la propiedad en cualquiera de sus variantes, imponiendo límites externos al derecho fundamental*» («Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria. O la crónica de la desvalorización anunciada del derecho fundamental a la propiedad privada», cit., p.32).

21 *Vid*. Sarmiento Acosta, M. J., «Las virtualidades del derecho constitucional al medio ambiente», en *Actualidad Administrativa*, núm. 39, 1996, pp. 845 y ss. Todos los poderes públicos-Legislativo, Ejecutivo y Judicial, o, desde la perspectiva de la organización territorial, el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, tienen la obligación de velar por el ambiente. Y son, entonces, responsables en orden a evitar el deterioro y las conductas antisociales que dañan el ambiente. Esta responsabilidad es subrayada por las Declaraciones de Estocolmo (principio 17) y Río de Janeiro (principios 11, 13, 15 y 17), así como por el Tratado de la Unión Europea (art. 130R.2). En la misma dirección se pronuncia la legislación sobre el cambio climático (*v.gr*.: art. 1 de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética).

22 *Vid*. Rey Martínez, F., «Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 1994, pp. 169 y ss.
Pueden consultarse otras SSTC, como la STC 16/2018, de 22 de febrero, la STC 32/2018, de 12 de abril, y 43/2018, de 26 de abril.

23 Decía García de Enterría, E. («Actuación pública y actuación privada en el Derecho Urbanístico», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 1, 1974, pp. 19 y ss.) que, en las delimitaciones o configuraciones del contenido normal de los derechos privados, la Administración no se encuentra con situaciones jurídicas previas, sino que las crea, configura o delimita. «*Delimitar* —decía— *es configurar los límites dentro de los cuales se produce el contenido normal de los derechos*»; y es, justamente, esta técnica la que empleó la Ley del Suelo de 1956 (arts. 61 y 70.1), así como el subsiguiente Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril (arts. 76 y 87).

Esta doctrina la reitera el Tribunal Constitucional en otras sentencias posteriores, como las SSTC 204/2004, de 18 de noviembre, F.J.5, 112/2006, de 5 de abril, F.J.10, y 168/2023, de 22 de noviembre, F.J.4

Por lo tanto, la función social desempeña en este contexto constitucional un papel esencial para la delimitación del contenido del derecho de propiedad[24], lo cual define un panorama complejo y con ciertos riesgos para el propio derecho. Por eso, lo primero que hay que subrayar es que, conforme con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (fundamentalmente SSTC 37/1987, de 26 de marzo, y 227/1988, de 29 de noviembre), la función social es el destino o fin al que el legislador atribuye determinados bienes de acuerdo con la Constitución, *pero es algo que se debe hacer necesariamente por Ley, y no, por tanto, por simple reglamento o todavía menos por un acuerdo o acto administrativo, salvo los casos previstos de colaboración reglamentaria*[25]. Eso implica que el legislador[26] puede articular dicha función social por medio de limitaciones negativas, como puede ser la prohibición de construir edificaciones destinadas a residencia o de instalar carteles de publicidad en la zona de servidumbre de protección de la ribera del mar (art. 25 de la Ley de Costas de 1988, y STC 149/1991, de 4 de julio, F.J.8 a)), la prohibición para el propietario de extinguir el contrato de arrendamiento de un inmueble destinado a vivienda el día del vencimiento estipulado en el contrato de arrendamiento (STC 89/1994, de 17 de abril, F.J.5) o bien destinar una finca a cualquier aprovechamiento incompatible con la protección medioambiental (STC 170/1989, de 19 de octubre, F.J.8). Pero, asimismo, el legislador sobre la base de la función social puede imponer auténticas cargas y deberes positivos que deberá levantar y cumplir el propietario del bien, como, por ejemplo, la manera en que debe lograr el aprovechamiento agrícola (STC 37/1987, de 26 de marzo), obligar al propietario de un inmueble a realizar costosas cesiones para suelo destinado a dotaciones y equipamientos, como establece la legislación urbanística. También puede obligarle a urbanizar o a costear la urbanización, etc. (STC 61/1997, de 20 de marzo, FF.JJ. 7 a 10). Y todo ello sin dar derecho a indemnización (STC 227/1988)[27].

---

24 Debe advertirse que desempeña un papel importante, pero no se debe confundir. Estamos de acuerdo con Rodríguez de Santiago, J. M., cuando afirma que «*la función social delimita el contenido de la propiedad, pero no precisamente su contenido esencial. El contenido esencial (art. 53.1 CE) es cabalmente el límite que no puede traspasar el legislador invocando exigencias de la función social*» («Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española», *Revista de Administración Pública*, núm. 177, 2008, p.177).

25 No obstante, el Tribunal Constitucional español, en una deriva que enfatiza más la vertiente institucional de la propiedad que las facultades inherentes a la misma (*vid*., Agudo González, J., «Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria. O la crónica de la desvalorización anunciada del derecho fundamental a la propiedad privada», cit., pp.18 y 19), ha afirmado (STC 37/1987, F.J. 3) «*Resulta, sin embargo, evidente que el art. 33.2 de la propia Constitución flexibiliza la reserva de Ley en lo que concierne en la delimitación del contenido de la propiedad privada en virtud de su función social, que debe ciertamente regularse por Ley, pero también por la Administración de acuerdo con las Leyes cuando éstas recaben la colaboración reglamentaria de aquélla*». El Alto Tribunal justifica su postura respecto de esta «desvalorización» del principio de reserva de Ley en que la colaboración del reglamento es «inexcusable» cuando como en el caso de la propiedad inmobiliaria las características naturales del bien objeto de dominio y su propia «*localización lo hacen susceptible de diferentes utilidades sociales, que pueden y deben traducirse en restricciones y deberes diferenciados para los propietarios y que, como regla general, sólo por vía reglamentaria pueden establecerse*».

26 En el concreto ámbito del urbanismo la función social del suelo rústico (que no puede ser objeto de transformación) es la de utilizarlo conforme a su destino natural en orden a su conservación y protección. Por el contrario, en el caso del suelo urbanizable, la función social es la de contribuir al proceso de urbanización, pero bajo la dirección de la Administración competente. En este caso la legislación prevé cargas y deberes que debe cumplir el titular. Y en el caso del suelo urbano, la función social es la de contribuir a hacer efectiva la participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas (art. 47 CE) (*Vid.* SSTC 61/1997, de 20 de marzo, FF.JJ. 14, 16 y 17, y 164/2001, de 11 de julio, F.J. 34). En cualquiera de los supuestos es la Ley la que identifica la función social, y no el planeamiento (*Cfr*. Villar Rojas, F. J., «Capítulo II. El derecho de propiedad del suelo», en AA. VV., *Derecho Urbanístico de Canarias* (dir por Villar Rojas, F. J), Aranzadi- Thomson Reuters, Pamplona, 2010, p.89).

27 Dice esta STC: «*las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho que, sin privar singularmante del mismo a sus titulares, constituyen una configuración "ex novo" modificativa de la situación normativa anterior (...) aunque impliquen una reforma restrictiva de aquellos derechos individuales o la limitación de alguna de sus facultades no están prohibidas, ni dan lugar por sí solas a una compensación indemnizatoria*».

Estas limitaciones negativas y positivas deben ser proporcionadas y respetar el contenido esencial del derecho de propiedad (art. 53.1 CE). Con respecto al principio de proporcionalidad, destaca RODRÍGUEZ DE SANTIAGO la imprecisa referencia del Tribunal Constitucional, porque *«sólo después fue recibida en la jurisprudencia constitucional la específica articulación del test de proporcionalidad en tres escalones (idoneidad, necesidad y ponderación —o proporcionalidad en sentido estricto—) elaborada en el Derecho público alemán y recibida, a partir de ahí, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (..)»*[28].

En cualquier caso, son límites que tiene que observar el legislador —y también la Administración— a la hora de concretar límites, cargas y deberes fundamentados en la función social, porque lo que también se observa es un cierto desequilibrio en la aplicación conjunta y sistemática de los artículos 33, 53.1 y 45, 46 y 47 CE[29], con una desvalorización del contenido esencial. Como hace años destacó GARCÍA DE ENTERRÍA: «*En términos generales, nada tenemos que objetar a estos conceptos en sí mismos, salvo quizás su tendencia implícita a intentar desvalorizar lo que el derecho a la propiedad como derecho fundamental es en su misma esencia, una titularidad subjetiva plena y no una concesión, como han tendido a verlo ciertas posiciones socialistas genuinas, presentes en nuestro Derecho, por cierto, durante toda la época franquista, como contrapeso teórico de sus contenidos autocráticos más visibles*[30]*. A resultas de ello, España es quizás el país occidental en el que el Legislador y la Administración exhiben una falta de respeto más marcada con la propiedad»*[31].

Y sin duda esa «falta de respeto» tan marcada de la que hablaba el ilustre Catedrático es observable en la doctrina del Tribunal Constitucional, que no ha logrado hacer una interpretación más coherente con el derecho de propiedad[32] al perfilar su contenido esencial donde se diluyen las facultades en una atmósfera estatal de valores y principios colectivos, que sin duda son importantes, pero que no pueden anular o vaciar de contenido la propiedad privada constitucional[33], que

---

28 «Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa...», cit., p.179.

29 El mismo Tribunal Constitucional ha destacado que «*es obvio que la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aun cuando predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente*» (STC 8/2023, de 22 de febrero, F.J. 9). Y en la STC 168/2023, de 22 de noviembre, declaró inconstitucional las distintas prórrogas que la legislación valenciana establecía para suspender el plazo para iniciar el expediente de expropiación rogada por vulnerar el derecho de propiedad (art. 33 CE) y el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

30 Debe tenerse en cuenta que la Constitución española de 1978 no contiene preceptos innovadores sobre la propiedad, sino que se basa en textos fundamentales vigentes previamente (STS de 27 de octubre de 1979). Pero con esta actitud el constituyente cancela el concepto de derecho de propiedad heredero de la Revolución francesa, y abre las puertas a la intervención, por momentos masiva, del Derecho público.

31 «Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas», *Revista de Administración Pública*, núm. 141, 1996, p. 134.

32 Véase, REY MARTÍNEZ, F., «El devaluado derecho de propiedad privada. Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo», *Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 55, 2006, pp.959-998.

33 Ilustrativo en este extremo es el derecho a edificar respecto del cual la legislación del Estado parte de la base de que se disocia de la propiedad del suelo. VILLAR ROJAS, F. J., afirma que «*la realidad es que el derecho a edificar sigue siendo una suerte de concesión administrativa vía planeamiento*» (cit., p. 95).
Por su parte, la célebre STC 61/1997, de 20 de marzo (F.J. 10), ya señaló que «*el Estado puede plasmar una determinada concepción del derecho de propiedad urbana, en sus líneas más fundamentales, como, por ejemplo, y entre otras, la que disocia la propiedad del suelo del derecho a edificar, modelo este que ha venido siendo tradicional en nuestro urbanismo (...)».* Así, el artículo 11.2 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, dispone: *«La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística».*

exige el ejercicio de facultades, y no meras compensaciones para anular o limitar éstas[34]. Esto además no se ha rectificado, como comprobamos con la Ley de la Vivienda (Ley 12/2023, de 24 de mayo), la cual sobre la base de la concepción estatutaria del derecho de propiedad de una vivienda se aleja totalmente del régimen general del Código civil[35] con la imposición de medidas rigurosas para los titulares, que de hecho los sujeta a una suerte de tutela ejercida por los órganos públicos competentes[36].

Por tanto, se puede afirmar que lo señalado por la jurisprudencia constitucional está descompensado, valora más los aspectos institucionales que las facultades del titular y hace que éstas dependan en cuanto a su contenido, alcance y protección de lo que disponga el legislador en cada caso, sea en materia de vivienda, en materia de espacios naturales protegidos, costas o bien urbanismo[37], entre otras materias.

La función social no puede, pues, convertirse en un cajón de sastre que permite la intervención del Estado (y su potente brazo ejecutor, la Administración pública) en cualquier ámbito, horadando el carácter y contenido de derechos fundamentales. Es preciso una rectificación de esta deficiente jurisprudencia, que prima unidimensionalmente lo colectivo y socava los derechos fundamentales sobre la base de una interpretación previa que surgió en 1956 con la propiedad estatutaria, y que conduce hacia la erosión constante y progresiva de la propiedad privada.

A pesar de esta notable deficiencia, que contamina toda la estructura jurídica que se asienta sobre ella, es lo cierto que el principio de legalidad comporta ciertas restricciones en la configuración del urbanismo. Así, deben ser reguladas por Ley, y no por mero reglamento, las siguientes cuestiones:

- Las clases de suelo, que se deben entender como un supuesto de *«numerus clausus»*, lo cual incluye los criterios complementarios que permiten establecer categorías dentro de ellas, como acontece con la totalidad de las Leyes urbanísticas autonómicas (SSTC 164/2001, de 11 de julio);
- Las facultades y cargas urbanísticas, pues éstas constituyen un caso de «prestaciones patrimoniales de carácter público», conforme a lo dispuesto en el artículo 31.3 CE (SSTC 61/1997, de 20 de marzo, F.J.17, c), y 233/1999, de 16 de diciembre);
- Los mecanismos de equidistribución, de reparto de cargas y beneficios entre los propietarios afectados por el proceso urbanizador (SSTC 61/1997, de 20 de marzo, F.J. 24 a y 164/2001, de 11 de julio, FF.JJ. 10 y 23);

---

34 En efecto, se ha optado por definir el derecho de propiedad como un derecho cuyo contenido esencial *es una utilidad económica en favor del propietario, cuya concreción compete al legislador* (Agudo González, J., cit., pp. 15 y ss.).

35 Sobre esto, vid, Simón Moreno, H., «La evolución constitucional de la función social de la propiedad y el nuevo régimen del derecho de propiedad sobre una vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 42, 2023, pp. 139 y ss., quien destaca cómo el Tribunal Constitucional ha ido configurando paulatinamente un derecho de propiedad privada como un derecho más próximo al Derecho Público que al Derecho privado «*poniendo en riesgo, de este modo, todo lo que el derecho de propiedad significa y simboliza en términos de libertad individual, democracia y principal activo económico de los ciudadanos*» (p.144).

36 *Vid*. Simón Moreno, H., cit., pp.169 y ss. Se afirma en este trabajo que el mismo Consejo General del Poder Judicial, respecto del Proyecto de 2022, aseveraba: «*parece consagrar una concepción estatutaria del derecho de propiedad privada sobre la vivienda en el sentido de que en él se integran, tan solo, los derechos o facultades que la norma administrativa tipificadamente concede*». (Consejo General del Poder Judicial (2022), *Informe sobre el anteproyecto de Ley por el derecho a la vivienda*, Poder Judicial, España, 27-01-2022).

37 No es ocioso recordar que el propio Tribunal Supremo, en STS de 21 de febrero de 1981 (antes, pues de las relevantes SSTC de años posteriores que definen un concepto descompensado de propiedad) afirmaba algo importante: «*por mucho que se enfatice sobre la mutación sufrida por el derecho de propiedad en materia urbanística (...) la propiedad del particular sigue siendo algo más que una simple función pública o social, puesto que conserva su núcleo primario de derecho subjetivo, uno de los principales de los que integran la constelación de derechos de la personalidad, amparada en la cobertura legal que le proporciona el C. Civ. (arts 348, 349 y 350) y la propia Constitución española (art. 33)*».

- Los distintos tipos o clases de planes sean de ordenación territorial o estrictamente urbanísticos, ya que son los instrumentos de asignación concreta de facultades (STC 164/2001, de 11 de julio, F.J. 6 a));
- Los sistemas de ejecución, sean públicos o privados, en tanto impongan la incorporación de los particulares (art. 33 CE);
- Los criterios de valoración, sean tasados o los definidos por el mercado (STC 61/1997, de 20 de marzo, F.J. 19);
- Las potestades de intervención administrativa sobre el suelo y las construcciones: autorizaciones, licencias, sanciones y órdenes de ejecución (STC 61/1997, de 20 de marzo, F. J. 34).

Todos estos extremos exigen la regulación por Ley. No cabe la invención por un mero reglamento de una nueva clase de suelo o un nuevo tipo de plan. Es la Ley como expresión de la voluntad general la que debe regular todas estas materias, si bien en algunos casos no hay un respeto riguroso, porque hay algunas normas autonómicas que permiten, por ejemplo, ampliar o modificar los supuestos en los cuales se exige o no licencia por simple Decreto del Gobierno, lo cual debe ser rechazado porque ello supone que éste puede arrogarse el derecho de intervenir más o menos cuando lo considere oportuno.

3. La colaboración reglamentaria en el Derecho Administrativo sancionador (urbanístico)

3.1. Planteamiento general de la cuestión

Junto al proceso de definición de la propiedad inmobiliaria, otro de los campos más relevantes para la aplicación del principio de legalidad es el relativo al Derecho Administrativo Sancionador en la esfera del urbanismo y la ordenación del territorio. La disciplina urbanística[38] impone que el legislador defina un catálogo de infracciones y sanciones para que lo previsto en las leyes, reglamentos e instrumentos de ordenación se cumpla efectivamente. No obstante, se trata de una labor difícil, necesariamente pegada a los avances técnicos y científicos y a la propia evolución económica, social y cultural de la sociedad.

Pero, en cualquier caso, es un imperativo constitucional observar rigurosamente el principio de legalidad, que manifiesta la regla tradicional *nullum crimen nulla poena sine lege.* Así, el artículo 25.1 de la Constitución establece: *«Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente*[39] *en aquel momento».* Lo que significó que se superaba a partir de ese momento un Derecho Administrativo sancionador arcaico, «pre-beccariano», como lo calificó en su momento García de Enterría[40]; un Derecho que no tenía paralelo en ningún otro país de nuestra área cultural[41]. Por el contrario, la Norma Suprema de 1978, aunque de esta forma reco-

38 En este estudio nos centramos en uno de los aspectos de la disciplina, ya que en realidad lo que es disciplina urbanística se puede descomponer en varias categorías. Así, usualmente se entiende que dentro de la disciplina urbanística se pueden insertar: a) la intervención administrativa que se desarrolla por medio de las licencias urbanísticas; b) la inspección urbanística; c) la protección de la legalidad urbanística y el restablecimiento del orden jurídico perturbado, que a su vez se puede desagregar en actuaciones que se desarrollen sin licencias, y actuaciones que se ejecuten con licencia ilegal; y d) las infracciones y sanciones urbanísticas. No se puede confundir, pues, la parte con el todo (*Vid*. Sarmiento Acosta, M. J., «Sobre la modificación de la disciplina urbanística por la Ley autonómica 14/2014, de 26 de diciembre», *Revista Jurídica de Canarias*, núm. 38, 2015, y del mismo autor, *Compendio de Derecho Urbanístico (Contiene notas de correspondencia con el Derecho Urbanístico de Canarias)*, ob., cit., pp. 253- 254).

39 «Legislación vigente» se interpreta como «Ley» (STC 42/1987, de 7 de abril).

40 García de Enterría, E., «El problema jurídico de las sanciones administrativas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 10, 1976, pp. 399 y ss.

41 De nuevo, García de Enterría, E., «El problema jurídico de las sanciones administrativas», cit. También en el Apéndice de su libro, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, ob., cit., p.243. No obstante, Nieto García, A., (*Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 1993, pp.180-184) ha

noce la potestad sancionadora de la Administración, la somete a un conjunto de principios que son consecuencia lógica del establecimiento de un Estado social y democrático de Derecho. Y dentro de esos principios, el de legalidad ocupa un lugar central, pues señala al legislador como el competente para describir cuáles son las conductas que constituyen una infracción y cuáles son las sanciones que el poder público (la Administración Pública) puede imponer después de abrir y tramitar el correspondiente procedimiento administrativo[42].

El principio de legalidad se convierte de hecho en el marco constitucional en un *«macroprincipio»*, porque a su vez comporta un amplio abanico de consecuencias de gran trascendencia que impregnan la totalidad del régimen jurídico de las sanciones administrativas[43].

La STC 42/1987, de 7 de abril (y otras posteriores que siguen idéntico criterio) afirmó que el principio de legalidad proclamado por la Constitución tiene una doble garantía: *«La primera de orden material y alcance absoluto (..) refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual (las sanciones penales y administrativas) y se traduce en la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto (...) el término "legislación vigente" contenido en dicho artículo 25.1 CE es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora».*

Por su parte, el artículo 25 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, establece respecto del principio de legalidad en materia sancionadora:

> «*1. La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, cuando se trate de Entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril.*
>
> 2. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario.
>
> 3. Las disposiciones de este Capítulo serán extensivas al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo.
>
> 4. Las disposiciones de este capítulo no serán de aplicación al ejercicio por las Administraciones Públicas de la potestad sancionadora respecto de quienes estén vinculados a ellas por relaciones reguladas por la legislación de contratos del sector público o por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas».

La potestad sancionadora debe estar atribuida expresamente por norma «con rango de Ley»[44], si bien cuando se trate de señalar qué órganos de esa Administración la pueden ejercer se abre la posibilidad que tal órgano sea señalado por Ley o reglamento.

---

matizado este comentario, ya que afirma el uso por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de este principio antes de aprobarse la Constitución.
Véase, asimismo Suay Rincón, J. J., *Sanciones administrativas*, Real Colegio de España, Bolonia, 1989, y, del mismo autor, «El Derecho Administrativo Sancionador: perspectivas de reforma», *Revista de Administración Pública*, núm. 109, 1986, pp. 185 y ss. Últimamente, de este mismo autor, «Variaciones sobre la partitura de las sanciones administrativas», *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 27-48.

42 Decía Nieto García, A. (*Derecho Administrativo Sancionador*, cit.), que con la erección del principio de legalidad «*el ciudadano queda al amparo, ya que no de las arbitrariedades del Poder, al menos de las arbitrariedades del Poder no parlamentario. Lo que no es poco*» (p. 172).

43 En este sentido, Suay Rincón, J. J., «La potestad sancionadora de la Administración y sus exigencias actuales: un estudio preliminar», *Documentación Administrativa*, núm. 280-281, 2008, pp. 46 y ss. Este principio impone la irretroactividad de la norma sancionadora, la prohibición de la doble sanción («*non bis in idem*»), la observancia del principio de responsabilidad y la culpabilidad en la aplicación de las sanciones y la prohibición de la analogía. Puede consultarse, asimismo, Hernández González, F. L., «La reserva de Ley en materia sancionadora», *Revista de Administración Pública*, núm. 166, 2005, pp. 169-199.

44 Consagración del principio de vinculación positiva de la Administración. *Vid*. Sánchez Morón, M., *Derecho Administrativo. Parte General,* Tecnos, Madrid, 12.ª edición, 2016, p. 705.

La garantía material que destaca la STC transcrita se traduce en lo que doctrinalmente se conoce como *lex scripta, lex previa y lex certa*[45]. Pero por lo que se refiere a la garantía formal, es decir, la reserva de Ley, la cuestión se complica de forma evidente, porque se ha reconocido por el propio Tribunal Constitucional que la reserva de Ley no puede ser aplicada de forma tan estricta como se aplica en el ámbito del Derecho Penal. Incluso se ha llegado a considerar el carácter «insuprimible» de la potestad reglamentaria en esta materia[46].

Esto significa que se permite la entrada al reglamento, el cual tiene mucho más protagonismo en cuestiones técnicas o extremos que se deben precisar más para su aplicación práctica. No obstante, no se puede considerar que con ello se admitan las remisiones en bloque o en blanco[47], porque también es doctrina consolidada que *las Leyes deben tener un contenido material propio con relación a la tipificación de las infracciones y la previsión de las sanciones*[48].

En este contexto, el artículo 27.3 LRJSP´15[49] dispone:

> «Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes».

En consecuencia, se admite la colaboración reglamentaria, pero no es posible que un reglamento cree por sí mismo nuevos tipos de infracción no previstos en la Ley, ni tampoco establezca nuevas sanciones no recogidas en la norma con rango de Ley, sino introducir «especificaciones y graduaciones» que tendrán por objeto precisar la definición, concretar su significado, completar espacios no agotados por la Ley o reduciendo márgenes de la discrecionalidad para interpretar y aplicar el régimen sancionador[50].

Por otra parte, puede ser tanto Ley estatal como Ley autonómica. Cfr. STC de 25 de marzo de 1999, según la cual: *«(...) es reiterada jurisprudencia constitucional que cuando las Comunidades Autónomas tengan competencia en una materia sustantiva, pueden adoptar medidas sancionadoras —que son al cabo una potestad de ejecución más— e, incluso, normas reguladoras de las infracciones y sanciones siempre y cuando, claro está, no se transgredan las garantías constitucionales recogidas en el artículo 25.1 CE ni se introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido o respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio; una exigencia esta última que se desprende del artículo 149.1.1.ª CE (SSTC 87/1985, fundamento jurídico 8.º; 102/1985, fundamento jurídico 2.º; STC 100/1991, fundamento jurídico 4.º, etc.)».*

45 La STC 219/1989, de 21 de diciembre decía que «*esta exigencia de lex certa afecta, por un lado, a las tipificaciones de las infracciones, por otro, a la definición y, en su caso, graduación o escala de las sanciones imponibles y, como es lógico, a la correlación necesaria entre actos o conductas ilícitas tipificadas y las sanciones consiguientes a las mismas de manera que el conjunto de las normas punitivas aplicables permite predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción determinado del que puede hacerse merecedor quien comete una o más infracciones concretas*».

46 En este sentido, con amplio soporte jurisprudencial, Sánchez Morón, M. *Derecho Administrativo. Parte General*, cit., p. 706.

47 La colaboración reglamentaria supone que corresponde a la ley establecer el núcleo esencial de las infracciones y sanciones, y el mandato de tipicidad excluye la discrecionalidad y el empleo de cláusulas vagas e imprecisas en la descripción de infracciones y sanciones, *pero no excluye la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados* (*Vid*. Suay Rincón, J. J., «La potestad sancionadora de la Administración y sus exigencias actuales: un estudio preliminar», cit., p.47).

48 Por otra parte, distinta situación tienen las normas preconstitucionales. El mismo Tribunal Constitucional declaró (STC de 7 de abril de 1987), que «*No es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el Derecho anterior a la Constitución y, más específicamente, por lo que se refiere a materias sancionadoras, el principio de legalidad que se traduce en la reserva absoluta de ley no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del Derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada (...)*».

49 Lo mismo se puede inferir de la ya derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre (*cfr.,* art. 129.3).

50 La jurisprudencia sobre estos extremos es ya inabarcable, tanto del Tribunal Constitucional como del

El Tribunal Constitucional en la STC 135/2010, de 2 de diciembre, ha aseverado:

«(...) la garantía formal supone la interdicción de la remisión de la ley al reglamento sin una previa determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica en la propia ley, mientras que la garantía material implica que la norma punitiva aplicable ha de permitir predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre del intérprete. De conformidad con la referida doctrina, este Tribunal ha entendido que la técnica de tipificación por remisión y en blanco de la ley al reglamento, dejando a la potestad reglamentaria por entero y ex novo la definición de las conductas susceptibles de sanción, resulta contraria al principio de legalidad en materia sancionadora del art. 25.1 CE (de nuevo por todas STC 104/2009, de 4 de mayo, FJ. 2).

La aplicación de la anterior doctrina al ámbito administrativo sancionador requiere no obstante, introducir algunos matices: el alcance de la reserva de ley contenida en el art. 25.1 CE tiene, en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, una eficacia relativa o limitada, no pudiendo ser tan estricto como el que se aplica a los tipos y sanciones penales por distintas razones que atañen "al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias (STC 2/1987, de 21 de enero)", bien "por exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de ordenación territoriales (STC 87/1985, de 16 de julio) o materiales". De este modo, el mandato del art. 25.1 CE aplicado al ámbito administrativo sancionador determina que es necesaria la cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, pero no excluye que esa norma contenga remisiones a disposiciones reglamentarias, siempre que en aquélla queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer, de tal forma que quede totalmente excluido que las remisiones de la ley al reglamento hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley (STC 104/2009, de 4 de mayo, FJ. 1 y 3 y jurisprudencia allí citada) (..).

Como viene declarando este Tribunal, las exigencias derivadas del mencionado art. 25.1 CE en cuanto a la colaboración entre la ley y el reglamento y la subordinación de éste con respecto a aquélla en la específica tarea de tipificación de las infracciones, suponen que la ley que da cobertura al reglamento debe contener la "determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica" y al reglamento sólo puede corresponder, en su caso, "el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la ley" (SSTC 60/2000, de 2 de marzo, FJ.3; 132/2001, de 8 de junio, FJ.5, y 26/2005, de 14 de febrero, FJ,3) (...)».

La colaboración es, pues, posible y hasta necesaria, pero *no habilita para establecer clausulas habilitadoras residuales que operen como un cajón de sastre para determinar conductas ilícitas*. Así, la STC 341/1993, de 18 de noviembre, enjuició la constitucionalidad del artículo 26 j) de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, en la que se establecía una regla de carácter residual por la que se calificaban como infracciones leves cualesquiera incumplimientos de obligaciones o vulneración de prohibiciones establecidas ya en la propia Ley Orgánica o en Leyes especiales, y «*en las reglamentaciones específicas o en las normas de policía dictadas en ejecución de las mismas*». Pues bien, esta remisión a las reglamentaciones fue tachada por el Alto Tribunal de inconstitucional, *porque en modo alguno puede la Ley habilitar o remitir al reglamento para la configuración ex novo de obligaciones o prohibiciones cuya contravención dé origen a una infracción sanciona-*

Tribunal Supremo (*Cfr.*, sólo como ejemplo, SSTC 135/2010, de 2 de diciembre y 13/2013, de 28 de enero, así como SSTS de 16 de noviembre de 2001 o 15 de marzo de 2011). No obstante, en el terreno práctico las cosas pueden enturbiarse, y dentro de esas modulaciones y especificaciones pueden insertarse extensiones poco recomendables para la libertad y los derechos de los ciudadanos. Por eso, Nieto García, A., con un realismo evidente, decía: «*Ni la jurisprudencia ni la doctrina están en condiciones de precisar con exactitud los límites y condiciones de esta colaboración reglamentaria en cada caso concreto*» (*Derecho Administrativo Sancionador,* cit., p. 175).

ble. Una tal remisión a normas infralegales para la configuración incondicionada de supuestos de infracción no es conciliable con lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Constitución.

3.2. La colaboración reglamentaria en el ámbito de las infracciones y sanciones urbanísticas

Es bien conocido que en la esfera del Derecho Urbanístico la configuración de los planes es esencial, ya que éstos son los que tienen encomendada la función de clasificar, categorizar y calificar los terrenos, con una modulación de las facultades que pueden ejercer los propietarios. El artículo 3 del Texto Refundido de 9 de abril de 1976 estableció, justamente, que la competencia urbanística que se explicita en el plan comprende las siguientes facultades: a) emplazar los centros de producción y residencia; b) establecer zonas distintas de utilización por la población, terrenos que deben ocuparse por construcciones, volumen, etc.; c) trazado de las vías públicas y medios de comunicación; d) espacios libres para parques y jardines; e) establecer el emplazamiento y características de centros y servicios de interés público y social, etc. Por tanto, es el plan el que establece el modelo de ciudad, y por este motivo contiene un conjunto de determinaciones que deben cumplirse a la hora de proceder a la urbanización y la edificación.

Por consiguiente, en el estricto ámbito que estamos analizando, ello quiere decir que la necesidad de *lex scripta*, *lex certa* y *lex previa*, cuando se aplica al Derecho Urbanístico, adquiere perfiles propios y singulares, porque debido al sistema que se ha impuesto desde la Ley del suelo y ordenación urbana de 1956 es el plan urbanístico, que como es reconocido tiene naturaleza reglamentaria, el que fija el contenido concreto de la eventual infracción urbanística que se pueda cometer. Es decir, es normal y habitual que la Ley urbanística describa lo que es una concreta infracción urbanística (*v.gr.*: es infracción grave «la realización de actos y actividades de transformación del suelo mediante la realización de obras, construcciones, edificaciones o instalaciones sin la cobertura formal de los títulos de intervención administrativa habilitantes que correspondan u órdenes de ejecución preceptivas o contraviniendo las condiciones de los otorgados, cuando se trate de obras mayores; en otro caso, serán consideradas leves», art. 372.3, a) Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias[51], pero es evidente que esas condiciones son las que prevén los planes, entre otras). Así, si la Ley —sea la que sea— prevé que es infracción grave no respetar las alineaciones, volumetrías o alturas es evidente que se remite al plan —que puede ser el plan general o el plan parcial, según los casos—. Y es precisamente ese plan el que en concreto determinará la volumetría, alineaciones o alturas. Lo que implica que la colaboración reglamentaria es fundamental para saber específicamente si se ha cometido o no la infracción urbanística en cuestión.

Esto plantea un abanico de problemas de difícil solución. El primero es el de que la Ley autonómica no puede tener remisiones que de hecho supongan una configuración *ex novo* de infracciones urbanísticas por los planes, ni una indeterminación que atribuya al plan la definición de los aspectos o elementos centrales de la infracción. Por este motivo, como ha destacado Baño León, el *«reglamento sólo puede pormenorizar la descripción de las conductas, pero no tener sustantividad propia»*, y una remisión como la que diga que *«serán castigadas todas las demás conductas contrarias a los planes que recoge el reglamento de disciplina urbanística no cumple la exigencia de reserva de ley, según la jurisprudencia constitucional»*[52]. Pero también se produce o puede producirse otro problema, y es que debido a la alteración que pueden experimentar los planes, bien sea por revisión o por modificación, puede darse la circunstancia de que las determinaciones que originaron la comisión de una infracción urbanística cambien, de suerte que lo que antes era un supuesto claro de infracción urbanística debido a la referida modificación del plan deje de ser infracción.

51 En esta misma Ley autonómica se pueden comprobar otros supuestos en los cuales la colaboración reglamentaria del plan a la hora de concretar la infracción es determinante, así, artículos 375, respecto de parcelaciones urbanísticas en suelo urbano o urbanizable, 376, sobre parcelaciones urbanísticas en suelo rústico, 383, acerca de alteración de usos (lógicamente, señalados por el plan), etc.

52 Baño León, J. M.ª, *Derecho Urbanístico Común*, Iustel, Madrid, 1.ª edición, 2009, p.532.

Aquí juega un papel relevante el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables, contenido en la lex previa. Así, respecto a esta cuestión la STS de 26 de octubre de 1998, en un supuesto en el que se impuso una sanción urbanística porque se había dado un uso urbanístico a una parcela ubicada en suelo clasificado como suelo no urbanizable (o rústico), situación que se mantenía durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador y en el momento de dictarse la resolución, luego con ocasión de la modificación del planeamiento aplicable se pasó a clasificar al suelo como suelo urbanizable programado con uso predominante industrial. Pues bien, el Tribunal Supremo reconoció que, aunque la obra era legalizable en el momento de dictar la sentencia, la infracción se consumó con la norma de planeamiento que en su momento se aplicó al uso que dio lugar a la sanción[53]. La misma orientación se observa en la STS de 11 de marzo de 1998, la cual destaca que en los casos de modificación del planeamiento que hagan legalizables actos al amparo de las nuevas determinaciones modificadas, no estamos ante una norma más favorable, lo que sólo acontecería en el supuesto de normas estrictamente sancionadoras que despenalizaran una conducta o las sancionaran de forma más leve. Dice:

> «1.ª) En el presente caso no nos hallamos ante la aplicación retroactiva de una norma más favorable, cosa que ocurre propiamente cuando esa norma posterior viene a despenalizar o a penalizar menos una determinada conducta; aquí la norma urbanística tipifica como infracción el edificar sin licencia en suelo no urbanizable (además, de interés turístico) tanto en el momento en que la infracción se cometió como en el momento posterior. No puede hablarse propiamente de norma posterior más favorable. 2.ª) Además, la norma posterior (a saber, modificaciám del Plan) que viene a legalizar lo construido no es una norma abstracta más favorable que deba ser aplicada retroactivamente, sino una norma que asume una situación de hecho (a saber, los veintitrés bungalows, el grupo de apartamentos de nueve viviendas, una piscina y un vallado, construido todo ello sin licencia), y, a fin de impedir la demolición, las acomoda a la norma y las hace legalizables; no se trata de una norma más favorable en el sentido del artículo 24 del Código penal, sino una norma cuyo único designio es impedir la demolición. Carecería, por ello, de sentido que, además de obligar con su actuación al planificador a modificar el Plan para impedir la demolición de las edificaciones e instalaciones, tal modificación resultara beneficiosa para el constructor. 3.ª) No hay, por lo tanto, infracción de los artículos 9.3 de la Constitución española y 24 del Código penal».

Esta jurisprudencia, pues, delimita esta cuestión en orden a impedir determinadas conductas abiertamente ilegales que puedan quedar sin sanción por un juego poco equilibrado de los principios informadores generales.

3.3. Lo previsto en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local

También en el ámbito del urbanismo es clara la relevancia que tienen las ordenanzas que pueden aprobar en ejercicio de su potestad las entidades locales. Es una cuestión problemática y debatida porque es preciso conjugar armónicamente el principio de reserva de Ley (art. 25.1) con el de autonomía local, pero incluso más ampliamente con la esencia y garantías que impone un Estado de Derecho, donde la libertad y la seguridad jurídica constituyen elementos esenciales que no pueden ser alterados. No obstante, tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 132/2001, de 8 de junio[54], 161/2003, de 15 de septiembre y 193/2003, de 27 de octubre) como la

53 Textualmente afirmó: «*Como quiera que en la fecha de la tramitación del expediente o imposición de la sanción, tal edificación, como ya hemos expuesto, era ilegalizable, era procedente, conforme al precepto acabado de citar, incardinar la actividad edificatoria sin licencia en el precepto del artículo 76 del propio Reglamento de disciplina urbanística, donde se tipifica la realización de una obra en contra del uso que corresponda, sancionándose con la multa del diez al veinte por ciento del valor de la obra proyectada, todo lo cual conduce a la estimación del recurso y a la revocación de la sentencia apelada, declarando la conformidad a Derecho de la resolución administrativa impugnada*».

54 Esta STC contenía afirmaciones que conducen a una flexibilización neta del principio de reserva de ley, si bien no autoriza la inhibición del legislador. Señaló que «*la exigencia de ley para la tipificación de infracciones y sanciones ha de ser flexible en materias donde, por estar presente el interés local, existe*

del Tribunal Supremo (STS de 29 de septiembre de 2003)[55] introdujeron unos criterios que han permitido una mayor flexibilidad para ampliar la potestad normativa sancionadora de los ayuntamientos en caso de infracción de ordenanzas locales cuando se trate de materias nucleares de la autonomía local sobre las que no haya recaído ley formal que hubiera podido tipificar las conductas infractoras.

En este contexto, la *Exposición de Motivos* de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, respecto a la novedad introducida en esta materia, argumenta:

> «No podía demorarse por más tiempo la necesidad de colmar la laguna que existe en materia de potestad sancionadora municipal en aquellas esferas en las que no se encuentren apoyatura en la legislación sectorial, estableciendo criterios de tipificación de las infracciones y las correspondientes escalas de sanciones para que las funciones de esta naturaleza se desarrollen adecuadamente, de acuerdo con las exigencias del principio de legalidad adaptadas a las exigencias locales, y siempre en defensa de la convivencia ciudadana en los asuntos de interés local y de los servicios y el patrimonio municipal, conforme a la doctrina del TC 132/2001, de 8 de junio. Esta regulación se completa con la necesaria modificación de los artículos 127.1 y 129.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común».

De acuerdo con este propósito del legislador, el nuevo Título XI de la Ley reguladora de las bases del régimen local:

- Establece una previsión específica para la potestad sancionadora de las entidades locales, con modificación de los artículos 127.1 y 129.1 de la Ley 30/1992;
- Prevé la cobertura que se extiende a la protección de los siguientes bienes o intereses jurídicos: relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos. En estos ámbitos, las entidades locales, en defecto de normativa específica, podrán establecer los tipos de infracciones e imponer las correspondientes sanciones por incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones, contenidos en las correspondientes ordenanzas, con sujeción a los criterios que establece la propia ley;
- Dispone la clasificación de las infracciones que pueden establecerse, que son muy graves, graves y leves, con arreglo a un conjunto de criterios relativos a la perturbación relevante de la convivencia, el impedimento del uso, el deterioro, etc.;
- Fija los límites de las sanciones económicas, en función de que sean infracciones muy graves, graves o leves.

Con ello se permite que muchas ordenanzas que se dictan en el ámbito del urbanismo puedan prever infracciones, con lo que ello supone de relajación del principio de reserva de ley impuesto por el artículo 25.1 CE. Exigencias derivadas de la autonomía local, ordenación de la convivencia y no previsión expresa de la legislación sectorial han hecho que la jurisprudencia primero y el legislador después opten por esta relajación del principio de reserva de ley. No obstante, la propia jurisprudencia ha eliminado algunas derivaciones (o perversiones) de esta posibilidad, y así se ha prohibido a una mera ordenanza que no permita o sancione el uso de determinadas vestimentas

---

un amplio campo para la regulación municipal y siempre que la regulación local la apruebe el Pleno del Ayuntamiento». Dicha flexibilidad —decía el Constitucional—, «*alcanza al punto de no ser exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la ley, pero no permite la inhibición del legislador».* La Ley tiene, pues, su papel, porque afirma «*(...) corresponde a la ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento pueda establecer tipos de infracciones; no se trata de definición de tipos —ni siquiera de la fijación de tipos genéricos de infracciones luego completables por medio de Ordenanza Municipal— sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción».*

55 *Vid*. Font I Llovet, T., «La reconstrucción jurídica de la autonomía local: el gobierno local y la reforma de los estatutos», *Anuario del Gobierno local 2003. Ley de Modernización del Gobierno Local. Cooperación Intermunicipal*, Fundación Democracia y Gobierno Local- Institut de Dret Públic, Barcelona, 2004, p.27. Véase también dentro de este mismo volumen el trabajo de Fernández Montalvo, R., «La potestad normativa municipal en la jurisprudencia de 2003», pp. 371 y ss.

(velo integral)[56] o que prevea sanciones distintas a las pecuniarias que admite la Ley reguladora de las bases del régimen local (art. 142)[57].

4. Conclusiones

PRIMERA.- Es evidente que el principio de legalidad desempeña una función esencial en la plasmación real y efectiva del Estado social y democrático de Derecho. Desde la perspectiva estrictamente administrativa, esto comporta el sometimiento de los actos, acuerdos y reglamentos administrativos a la totalidad del sistema jurídico.

SEGUNDA.- Por lo que respecta al Derecho Urbanístico, el modelo que se ha establecido en España desde la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 implica una intervención administrativa muy potente, que, por una parte, responsabiliza a las Administraciones públicas en la dirección y tutela de las operaciones urbanísticas y, por otra, afecta al ejercicio efectivo de las facultades inherentes al derecho de propiedad privada. Este modelo se mantiene después de aprobarse la Constitución española de 1978 y sigue vigente en la actualidad.

TERCERA.- En este contexto, resulta determinante para la tutela de las facultades del derecho de propiedad del suelo conocer exactamente cuál es el papel que tiene la relación Ley- Plan urbanístico, pues el sistema se asienta precisamente en la función fundamental que el plan urbanístico tiene a la hora de clasificar, categorizar y calificar los suelos; papel que ha destacado el propio Tribunal Supremo y que desplaza de forma radical lo dispuesto sobre la propiedad en el Código civil.

CUARTA.- A pesar de que el modelo se fundamenta en las anteriores premisas (dogmáticas), es lo cierto que existe una reserva de ley para la propiedad (arts. 33 y 53.1, CE), la cual debe respetarse, lo que exige dentro del marco constitucional que sea precisamente una ley (y no un reglamento o un mero plan, que, como es sabido, tiene también naturaleza reglamentaria, según la doctrina del Tribunal Supremo) la que establezca las suficientes referencias normativas tanto de orden material como de naturaleza formal, y en este extremo hay que advertir que no sólo el legislador urbanístico en muchísimas ocasiones no respeta este requisito y, por consiguiente, no ofrece la suficiente densidad normativa para determinar el contenido de los planes desde la ley, sino que se observa una deriva de la doctrina del Tribunal Constitucional que de hecho implica una desvalorización del contenido del derecho de propiedad privada. Sencillamente se priman los aspectos institucionales y se orillan o no se valoran de manera suficiente los aspectos que enlazan con las facultades del derecho de propiedad. Se impone que la Ley —sea estatal o autonómica— fije más y mejor el contenido, y se elimine tanta discrecionalidad en el planificador administrativo.

QUINTA.- La deriva hacia la desvalorización del derecho de propiedad ha enfatizado de forma sobresaliente la función social del derecho de propiedad. Pero es necesario tener en cuenta que es la Ley la que debe regular esa función social, y lo debe hacer de manera densa en orden a evitar que luego la función social se convierta en la excusa perfecta para dejar sin contenido las facultades inherentes del derecho de propiedad por meras decisiones de planificadores que gozan de una excesiva discrecionalidad, lo que además es la manera perfecta para asegurar muchas corruptelas.

SEXTA.- La doctrina sin duda desequilibrada que en este punto ha establecido el Tribunal Constitucional ha hecho que España sea el país occidental en el cual tanto el legislador como las pro-

---

56 La Ordenanza municipal de Lleida introdujo la prohibición del uso de indumentarias como «*velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidan la identificación y la comunicación visual de las personas*». El Tribunal Supremo (STS de 14 de febrero de 2013), rechazó que los municipios puedan regular esta cuestión sin una mayor cobertura. Lo mismo puede observarse en relación con las sanciones, ya que la normativa de régimen local prevé solo sanciones pecuniarias —artículo 142 de la Ley reguladora de las bases del régimen local—. Asimismo, también el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña anuló un precepto de una Ordenanza cívica que permitía el decomiso de los instrumentos o el género objeto de la infracción (Sentencia de 15 de febrero de 2013).

57 *Vid*., por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de febrero de 2013. Asimismo, Paricio Rallo, E., «Las ordenanzas municipales y la jurisprudencia reciente», en *Cuadernos de Derecho local (QDL), Fundación Democracia y Gobierno local,* núm. 36, 2014, pp. 161 y ss. Este autor también destaca que los Tribunales no han admitido la responsabilidad de los padres o tutores por la comisión de una infracción de sus hijos o tutelados (p. 172).

pias Administraciones Públicas exhiban una «falta de respeto» (García de Enterría) más marcada dentro del contexto de países de nuestra órbita cultural. Esto sin duda tiene unas consecuencias para la libertad y la democracia, que son fundamentales en un Estado democrático de Derecho.

SÉPTIMA.- Por consiguiente, en un Estado social y democrático de Derecho la función social no puede convertirse en una suerte de «cajón de sastre» que permite la intervención del Estado (y su potente brazo ejecutor, la Administración Pública) en cualquier ámbito, horadando el carácter y contenido de los derechos fundamentales. Es preciso una rectificación de esta deficiente jurisprudencia, que prima unidimensionalmente lo colectivo y socava los derechos fundamentales sobre la base de una interpretación previa que surgió en 1956 con la propiedad estatutaria, y que conduce a una erosión constante y progresiva de la propiedad privada.

OCTAVA.- La colaboración reglamentaria también desempeña una labor crucial en la definición concreta de las infracciones y sanciones urbanísticas. Es obvio que el principio de legalidad (art. 25.1 CE) impera en el Derecho Administrativo Sancionador, pero atemperado por la colaboración reglamentaria que el mismo Tribunal Constitucional ha considerado imprescindible. En el ámbito propio del Derecho Urbanístico esta colaboración tiene perfiles singulares, porque muchas infracciones «necesitan» de los planes para ser concretadas en los casos específicos (alturas, volumetrías, etc.). Ello plantea, asimismo, un conjunto de problemas a la hora de revisar o modificar los planes, etc., que necesitan ser abordados por la legislación urbanística para conseguir una seguridad jurídica también muy necesaria en este sector, porque lo que tampoco parece aceptable es que se use la potestad de planeamiento, que persigue intereses públicos, para penalizar o despenalizar conductas sin una justificación razonable.

NOVENA.- El legislador ha permitido por la reforma en 2003 de la Ley reguladora de las bases del régimen local que las ordenanzas locales puedan contribuir a la definición de infracciones y la imposición de sanciones. Ha fijado unos límites y ha establecido unos criterios, pero también aquí las limitaciones deben ser muy estrictas, ya que no se puede entender que en un Estado de Derecho determinadas conductas sean infracción en unos lugares y en otros no, cuando hay en juego derechos, valores y principios constitucionales que no se pueden desvirtuar en una fragmentación asistemática y casuística de infracciones y sanciones. En el juego entre autonomía local y derechos constitucionales deben primar siempre éstos, y no un entendimiento de la autonomía local que convierta al Estado de Derecho en una mera ficción. Alguna jurisprudencia del Tribunal Supremo y de Tribunales Superiores de Justicia, con buen criterio, está poniendo coto a un entendimiento pervertido de la autonomía local en este punto.

Bibliografía

Agudo González, J., «Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria. O la crónica de la desvalorización anunciada del derecho fundamental a la propiedad privada», *Revista de Administración Pública*, núm. 185, 2011.

Baño León, J. M.ª, *Límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y Reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid, 1991.

Baño León, J. M.ª, *Derecho Urbanístico Común*, Iustel, Madrid, 1.ª edición, 2009.

Barnés Vázquez, J., *La propiedad constitucional (El estatuto jurídico del suelo agrario)*, Civitas, Madrid, 1988.

Fernández Montalvo, R., «La potestad normativa municipal en la jurisprudencia de 2003», en AA. VV., *Anuario del Gobierno Local 2003. La Ley de modernización del Gobierno local. Cooperación Intermunicipal*, Fundación Democracia y Gobierno Local- Institut de Dret Públic, Barcelona 2004.

Font i Llovet, T., «La reconstrucción jurídica de la autonomía local: el gobierno local y la reforma de los estatutos», *Anuario del Derecho local 2003. Ley de modernización del Gobierno Local. Cooperación intermunicipal,* Fundación Democracia y Gobierno Local- Institut de Dret Públic, Barcelona, 2004.

García de Enterría, E., «Actuación pública y actuación privada en el Derecho Urbanístico», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 1, 1974.

García de Enterría, E., «El problema jurídico de las sanciones administrativas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 10, 1976

García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 2.ª edición, 1982.

García de Enterría, E., «Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas», *Revista de Administración Pública*, núm. 141, 1996.

García de Enterría, E., y **Parejo Alfonso,** L., *Lecciones de Derecho Urbanístico I*, Civitas, Madrid, 1981.

Garrorena Morales, Á., voz «Reserva de Ley», *Enciclopedia Jurídica Básica IV*, Civitas, Madrid, 1995.

Hernández González, F. L., «La reserva de Ley en materia sancionadora», *Revista de Administración Pública,* núm. 166, 2005.

Lucas Verdú, P., *La Constitución abierta y sus enemigos*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993.

Muñoz Machado, S., *Constitución,* Iustel, Madrid, 2004.

Muñoz Machado, S., «Constitución (Norma Superior)», en *Diccionario de Derecho Administrativo I* (dir por Muñoz Machado, S.), Iustel, Madrid, 2005.

Nieto García, A., *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1993.

Pardo Álvarez, M.ª, *La potestad de planeamiento urbanístico bajo el Estado social, autonómico y democrático de Derecho*, Junta de Castilla y León- Marcial Pons, Madrid- Barcelona, 2005.

Paricio Rallo; E., «Las ordenanzas municipales y la jurisprudencia reciente», *Cuadernos de Derecho Local (QDL), Fundación Democracia y Gobierno Local*, núm. 36, 2014.

Rey Martínez, F., «Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 1994.

Rey Martínez, F., «El devaluado derecho de propiedad privada. Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo», *Persona y Derecho: Revista de Fundamentación de las Instituciones jurídicas y derechos humanos*, núm. 55, 2006.

Rodríguez De Santiago, J. M., «Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española», *Revista de Administración Pública,* núm. 177, 2008.

Rubio Llorente, F., «El principio de legalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, 1993.

Sánchez Morón, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 12.ª de. 2016.

Santamaría Pastor, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo I,* Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A. Madrid, primera reimpresión, 1991.

Santamaría Pastor, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General I,* Iustel, Madrid, 1.ª edición, 2004.

Sarmiento Acosta, M. J., «La propiedad inmobiliaria en la gestión urbanística. Las facultades urbanísticas», *Revista del Foro Canario*, núm. 92, 1996.

Sarmiento Acosta, M. J., «Las virtualidades del derecho constitucional al medio ambiente», *Actualidad Administrativa*, núm. 39, 1996.

Sarmiento Acosta, M. J., «Sobre la modificación de la disciplina urbanística por la Ley autonómica 14/2014, de 26 de diciembre», *Revista Jurídica de Canarias*, núm. 38, 2015.

Sarmiento Acosta, M. J., *Compendio de Derecho Urbanístico (Contiene notas de correspondencia con el Derecho Urbanístico de Canarias),* Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2020.

Simón Moreno, H., «La evolución constitucional de la función social de la propiedad y el nuevo régimen del derecho de propiedad sobre una vivienda en la Ley por el derecho a la vivienda», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 42, 2023.

Suay Rincón, J. J., *Sanciones administrativas*, Real Colegio de España, Bolonia, 1989.

Suay Rincón, J. J., «El Derecho Administrativo sancionador: perspectivas de reforma», *Revista de Administración Pública*, núm. 109, 1986.

Suay Rincón, J. J., «La potestad sancionadora de la Administración y sus exigencias actuales: un estudio preliminar», *Documentación Administrativa*, núm. 289-281, 2008.

Suay Rincón, J. J., «Variaciones sobre la partitura de las sanciones administrativas», *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador,* Aranzadi, Pamplona 2023.

Villar Rojas, F. J., «Capítulo III. El derecho de propiedad del suelo», en AA.VV. *Derecho Urbanístico de Canarias* (dir por Villar Rojas, F. J.), Aranzadi- Thomson Reuters, Pamplona, 2010.

28

INFORME DE RELATORÍA

Analía Antik

La intensa semana transitada en el Pazo de Mariñán, con motivo de las XV Jornadas Prof. Meilán Gil de Derecho Administrativo Iberoamericano, nos ha dejado colmados de renovados abordajes de un derecho administrativo humanista, que concentra su estudio —como alienta su Director— en la centralidad de la dignidad de la persona humana.

La excelencia académica, las opiniones medulosas y el pensamiento libre, que se mezclan con la buena comensalidad, el reencuentro tan esperado, las anécdotas de otros eventos y las creadas en la semana que termina, enriquecen nuestro pensamiento científico, pero también el corazón y el alma.

Se comparte el día con profesores y estudiantes que vienen de toda Iberoamérica, con diversas experiencias y perfiles, con quienes se reflexiona sobre el derecho que requiere y exige la sociedad de hoy.

Se analiza la complejidad de estos tiempos y sin cortapisas se exponen los problemas que atraviesan las instituciones de nuestro derecho y las soluciones plausibles para atender a las nuevas realidades de la sociedad globalizada.

Estas jornadas se refieren a la convencionalidad, la constitucionalidad, la legalidad y la administración pública, a fin de marcar la necesaria consolidación de principios generales del derecho que deben actuar como conductores de un derecho administrativo interdisciplinado y sensible a las necesidades del mundo actual.

Las temáticas aludidas atravesaron el aporte de los juristas que participaron en los siete paneles y cinco seminarios que tuvieron lugar en el Pazo.

Las mesas se focalizaron en la Administración pública y el derecho, la incidencia de los tratados internacionales de derechos humanos en el derecho administrativo y en la administración pública, la dignidad humana, el marco constitucional del derecho administrativo y la tutela judicial efectiva, la mediación en el marco del derecho administrativo y el principio de legalidad.

Los seminarios se adentraron en la contratación pública iberoamericana, las nuevas perspectivas del derecho administrativo, el derecho ambiental iberoamericano, el derecho urbanístico iberoamericano y el derecho administrativo social.

El lunes 18 de marzo tuvo lugar la **conferencia inaugural** a cargo del Prof. Enrique Navarro Beltrán, quien abordó el tema del control de constitucionalidad y de convencionalidad desde la experiencia chilena.

A continuación, tuvo lugar el desarrollo de la **Mesa N.° 1 sobre «La Administración Pública y el Derecho»**. Participaron de la misma los profesores Eddy de la Guerra Zúñiga (Ecuador), Ramón Huidobro Salas (Chile), Carlos Matute González y Nancy González Sanmiguel (Mexico), Miriam Ivanega y Alejandro Pérez Hualde (Argentina) y Armando Rodríguez García (Venezuela), con la coordinación Javier Sanz Larruga.

Hubo enfoques desde los servicios públicos, buena administración y centralidad de la persona, a fin de poner de relieve la importancia de la consagración de la protección no sólo para las personas sino también para la naturaleza.

Además, se puso énfasis en la trascendencia de los gobiernos locales con fuerza para tomar decisiones y la sostenibilidad de las mismas para lo cual el gobierno central debe transferir los recursos.

Se puso de relieve la importancia de hablar de gestión pública en el estudio de la administración pública, abandonando teorías legalistas, trayendo a colación a las ciencias de la administración y del gobierno. En ese marco se ponderó la necesidad de entender a los gobiernos locales como un sector ampliado y pensar la globalización del derecho público y cómo gestionamos la globalidad junto a la organización administrativa interna, considerando el impacto que tiene el soft law sobre la administración pública y la gestión.

Se avizora que la Administración pública con grandes esfuerzos está tratando de cambiar.

Lo que se ha vuelto inasible debe poder acordar bajo la luz del principio pro homine, y son los gobiernos locales los que están en condiciones de resolver esos conflictos.

Ahora bien, las tecnologías traen consigo el problema de la protección de datos y la falta de transparencia en la administración digital en donde el poder lo detentan los dueños del software que utilizan las administraciones públicas. Lo importante es poner en el centro la dignidad de la persona, por lo que la AP debe establecer el marco regulatorio adecuado.

En definitiva, se colige que el derecho administrativo es la disciplina que nos permite entender la relación entre la administración pública y el derecho y en ese contexto este se encuentra sometido a una revisión constante.

La Mesa 2 se ocupó de La incidencia de los Tratados Internacionales de DDHH en el Derecho Administrativo y en la Administración Pública. Participaron en ella los profesores Augusto Duran Martinez (Uruguay), Conrado Gómez García (México), Gabriela Stortoni Maisterrena y Raquel Alianak (Argentina) y Jaime Santofimio Gamboa (Colombia), con la coordinación del profesor Carlos Aymerich Cano.

Se pone énfasis en la importancia de no confundir control de convencionalidad con control de constitucionalidad. La Corte IDH hace control de convencionalidad y no de constitucionalidad. La corte ha dicho que los países deben ver si las normas de los estados respetan la norma supranacional. El control de convencionalidad latinoamericano se afinca en el neoconstitucionalismo que incorpora a la ley la mayor cantidad de DDHH, pero como esto no alcanza se habla de bloque de constitucionalidad, que es el conjunto de reglas de derecho que cuestiona la idea que la CorteIDH se convierta en una cuarta instancia. Una cosa es la función pedagógica y otra la fuerza vinculante.

Ahora bien, la eficacia debe aplicarse al control público como contrapartida de la aplicación de convenciones internacionales, pero imputar partidas presupuestarias tampoco hace la eficacia, sino que tiene que ver con controlar su trazabilidad para lo que la AP debe construir indicadores de cumplimiento.

En la Mesa 3 sobre Dignidad humana, Administración Pública y Derecho Administrativo, participaron los profesores Enrique Navarro Beltrán (Chile), Pablo Schiavi (Uruguay), Ismael Farrando y Adriana Taller (Argentina), Suzana Calvo Lureiro Tavares da Silva (Portugal) y Jose Bezada Alencastre (Perú), con la coordinación del profesor Gonzalo Barrio García.

Se afirma que la dignidad humana es un concepto complejo, multiforme que a lo largo de la historia ha tomado forma, pero con Kant es importante discernir que lo que no tiene precio, lo que no es intercambiable es la dignidad. Es la obligación moral que tiene cada persona de desarrollarse a sí mismo. Tanto en el derecho europeo como en el americano, la dignidad ha tenido reconocimiento especial en varias constituciones. Es un derecho fundamental cuyo mínimo debe estar asegurado, a través del respeto de un núcleo básico bajo el principio de progresividad. La dignidad es un valor intrínseco al ser humano que exige además el acceso a bienes y servicios para poder vivir dignamente, que parte de dos premisas: igualdad de derechos y la igualdad de oportunidades para poder ejercer la primera.

En el marco indicado se trabajó el impacto del gobierno abierto y la función pública, teniendo en consideración que el ciudadano de hoy es más exigente en su relacionamiento con el Estado, por lo que debe observarse un cambio de paradigma en el quehacer público y en las conductas de las personas que llevan adelante la función pública.

El martes 19 de marzo los profesores Jaime Rodríguez-Arana, María del Carmen Rodríguez-Martin Retortillo, Enrique Díaz Bravo y José Pernas García, **contaron la experiencia de la Red Iberoamericana de Contratación Pública (REDICOP)** inaugurada hace diez años. Abarca diferentes áreas: el Doctorado de Derecho Administrativo Iberoamericano de la Universidad de La Coruña, Las Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano que se realizan en el Pazo de Mariñán, seminarios permanentes virtuales y la REDICOP que reúne a responsables de contratación de los países de Iberoamérica y a expertos de la academia. Desde su creación se publicaron siete libros y se realizaron dos congresos internacionales. La red presta sus servicios pro-bono gracias al financiamiento de universidades europeas.

El miércoles 20 de marzo tuvo lugar la Mesa 4, sobre El marco constitucional del Derecho Administrativo, en la que participaron Claudio Moraga Klenner (Chile), Luis Ferney Moreno Castillo (Colombia), Luis Eduardo Rey Vázquez y Justo Reyna (Argentina), Miguel López Olvera (Perú) y Alejandro Canónico Saravia (Venezuela), bajo la coordinación de la Prof. Manuela del Pilar Santos Pita.

Se dijo allí que entre el derecho constitucional y administrativo no hay un vínculo unilateral, sino que existe una relación recíproca. El derecho administrativo es el derecho administrativo constitucionalizado, la administración funciona conforme la constitución y las leyes que se amparan en ella. Hay una función que cumple la constitución que es darle una legitimación democrática a la administración del Estado.

Los integrantes de la Mesa explicaron las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho constitucional en Chile, Colombia, México, Argentina y Venezuela, poniéndose el énfasis en la tarea que le corresponde a los poderes judiciales a la hora de poner en ejecución determinadas mandas que surgen de las cláusulas constitucionales y convencionales y de los pronunciamientos de la Corte IDH que resultaron en condenas a varios países americanos.

También se hizo alusión al marco relacionado a los procesos de enseñanza del derecho administrativo en el grado y en el posgrado.

Se realzó el Concepto de buena administración que tiene una triple función: como derecho fundamental, como derecho instrumental y como principio.

A continuación, tuvo lugar la Mesa 5 sobre Tutela judicial efectiva y Derecho Administrativo, integrada por Graciela Ruocco Costa y Pablo Cruz (Uruguay), Fabián Canda, Patricio Sanmartino y Hugo González Elías (Argentina) y Enrique Mena Castro (España).

El concepto de derecho administrativo propicia la centralidad de la persona humana. Se procura la persecución del bien común y poniendo en el centro a la persona se llega a lo Justo.

La tutela judicial efectiva está en el pacto de San José de Costa Rica arts. 8 y 25. Este concepto se ve ampliado a la tutela administrativa efectiva, a través de los fallos de la CorteIDH. La tutela constituye un género cuyas especies son la judicial y la administrativa También la tutela alcanza al tema del plazo razonable. Otra posible ampliación, se da en lo referente al caso y a los sujetos involucrados es decir a la cuestión de la legitimación para el acceso a la jurisdicción.

Siguiendo a González Pérez se pueden discernir 3 momentos: acceso a la justicia, la defensa y la obtención de una sentencia en un plazo razonable y que la misma sea eficaz.

Se desarrolló siguiendo a Sagüés, el término constitución convencionalizada para preguntarse: ¿un acto con presunción de inconvencionalidad puede mantener la presunción de legitimidad? Hay actos portadores de vicios inconstitucionales o inconvencionales. En estos casos se habilita el control de oficio.

Asimismo, se trabajó el tema de la responsabilidad del Estado versus la tutela judicial efectiva y la motivación del acto administrativo automatizado dictado mediante IA como garantía de la tutela judicial efectiva.

En la **Mesa 6 sobre Mediación y Derecho Administrativo,** participaron los profesores Jaime Santofimio Gamboa (Colombia), Marta García Pérez, Josep Fuentes i Gasó, Cristóbal Dobarro Gómez y Roberto Bustillo Bolado (España) y Renata Santos Silva (Brasil).

A pesar de la reticencia que la doctrina tiene con este instituto porque es una solución no está prevista en la norma, por lo que no es posible. Además, porque se la considera un instituto del derecho privado. Es decir, el derecho público no tolera la mediación. Sin perjuicio de ello se comentó un famoso caso resuelto en Coruña luego del dictado de una sentencia judicial que ordenó la demoli-

ción de un desarrollo residencial. Lo bueno del buen resultado de una buena mediación para resolver un gran problema para una ciudad, es que en el caso primó la confianza y se comprendió que era más caro para el erario demoler que indemnizar el daño moral del actor que terminó siendo del 5 % del valor que hubiera significado el cumplimiento de la sentencia.

También se comentó el sistema de autocomposicion brasileño.

Se puso en consideración que la solución de los conflictos no tiene que ser necesariamente a través de los recursos administrativos, sino en clave de derechos humanos, lo que se busca es el reconocimiento de los derechos de las personas, no necesariamente a través de la vía administrativa o judicial. Es decir, las administraciones no se animan a dejar de lado el procedimiento formal, y tampoco los jueces alejarse de los códigos de procedimiento. Esto se debe a un no entendimiento de la convención americana, por lo cual no se incentiva al máximo a llegar a una solución acordada.

Se alentó a tener en cuenta el instrumento de la mediación por ejemplo para autocomponer relaciones vecinales o en el ámbito disciplinario no penal.

Por último, el **jueves 21 se desarrolló la Mesa 7 sobre El principio de legalidad, la Administración Pública y el Derecho Administrativo,** con la participación de los profesores Juan Carlos Morón Urbina y Pierino Stucchi (Perú), Manuel Sarmiento Acosta (España), Analía Antik y Laura Serrano (Argentina) y Sergio Flores Navarro (México), bajo la coordinación del profesor José Ron Romero (España).

Se planteó el problema de si se cumple con el principio de legalidad cuando las autoridades aplican normas infra constitucionales ilegales.

También del encuadre del principio de legalidad aplicado a la propiedad privada y las limitaciones en materia urbanística.

Se puso en contexto el principio de juricidad en el marco de las leyes de código o consumibles por máquinas y su aplicación concreta para la resignificacion de la regulación aplicable tanto para la emisión de actos administrativos como para la sanción de leyes formales.

Analizando la realidad mexicana, se hizo hincapié en la necesidad de dotar a la administración de instrumentos prácticos para evitar el fraude a la ley y la enorme conflictividad en sede judicial con un coste del 3.5 puntos del PIB del país. Se puso el énfasis en la necesidad capacitar a los agentes públicos, atento a que la CorteIDH exhorta a las administraciones a realizar el control de convencionalidad o constitucionalidad.

También se hizo referencia al debilitamiento del principio del principio de legalidad por la aplicación del soft law, derecho supranacional y comunitario, entre otros.

Se analizó el sistema correctivo que elimina disposiciones infralegales contrarias a la ley en el Perú.

El martes 19 de marzo tuvo lugar el **Seminario de contratación pública iberoamericana,** con la participación de los profesores Luis Rodríguez Fernández (España), Juan Carlos Morón Urbina (Perú), Raquel Alianak, Miriam Ivanega y Alejandro Pérez Hualde (Argentina).

Se habló sobre la existencia de un derecho global de la contratación que en general en los países representa el 20 % del PBI, por lo que tienen mucha trascendencia las cláusulas sociales y medioambientales. La lucha contra el cambio climático se encuentra en normas sobre contratación pública en Europa: por ejemplo, gestión forestal sostenible, complementadas por normas como el tratamiento de residuos, la economía circular, el fomento de la igualdad de género. Se hizo hincapié en el carácter transversal de las medidas relativas a las cláusulas sociales.

Se presentó un sistema novedoso en el Perú como lo son los acuerdos de gobierno a gobierno, donde se transfieren los riesgos al país contratado. Significa una huida no hacia el derecho privado sino al derecho público del país extranjero contratado.

Se planteó la incertidumbre que aqueja a la Argentina en materia contractual el dictado del DNU 70 y el envío al parlamento de la Ley Bases, en torno a el principio de buena fe, de razonabilidad, de integridad y de eficacia de la contratación.

Se expusieron experiencias profesionales en materia de contratación para hacer críticas a la práctica concreta en materia de contratación en Argentina. Se puso el énfasis en lo atinente a la previsibilidad como el mapeo de riesgos, la colaboración real entre el contratante y la adminis-

tración, buena fe, sin perjuicio de lo cual la administración cada vez ejerce mayor exorbitancia en tiempos de crisis.

No se puede soslayar que la corrupción complica el panorama de la contratación pública. Se va produciendo un cercenamiento de la capacidad del Estado para contratar y con ello la aplicación del derecho del país en la celebración de grandes contratos.

La globalización provoca que disminuya la capacidad de control sobre los contratos administrativos públicos por la imposibilidad de aplicar el derecho interno.

Resulta fundamental la buena administración en momentos de emergencia.

El **miércoles 20 de marzo, se desarrolló el Seminario sobre Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo,** con la brillante intervención del profesor Javier Barnés Vázquez (España).

Nos dice que nuevas perspectivas es mirar un poco el paisaje. Hablar del entorno, del hábitat en que se ubica el derecho administrativo contemporáneo. Preguntarnos si tiene oxígeno en el mundo actual occidental. Es claro que sin democracia no hay derecho administrativo. En gobiernos autoritarios se puede hablar de derecho gubernamental, pero nunca derecho administrativo.

Existe una función civilizatoria que tiene la constitución para el derecho administrativo. Hay sombras, amenazas al derecho administrativo contemporáneo. Tenemos que ser conscientes de ello para poder enfrentar las amenazas.

Y se interpela sobre cuál sería el modelo ideal de administrativistas del siglo XXI, planteando dos modelos que se complementan: el que mira hacia lo dado, lo existente y el que mira el paisaje, qué le está pasando al derecho administrativo.

Esto dispara dos actitudes: por un lado, considerar que no pasa nada y esto nos puede llevar a quedarnos sin derecho administrativo. La otra opción es ver que hay dificultades que hay que enfrentar trabajando en común, en equipo, no enfrentar solitariamente las amenazas.

Apunta a los disolventes del gobierno limitado (inherente a la democracia) y las medidas que lo dificultan:

1) Victimización por algo que te paso en la vida y entonces hago lo que quiero: hay dos mundos contrarios: víctima y victimario, ellos o nosotros. La víctima tiene un contexto de realidad, pero se usa como estrategia. La víctima es un héroe, no somos por lo que hacemos sino por lo que nos han quitado.
2) Pensamiento único.
3) Tendencias o modas que ponen en riesgo la idea de gobierno limitado. La toma del Estado por parte de minorías activas.
4) Pandemia jurídica del siglo XXI. Se copia y se pega y hay poca innovación. Importación indiscriminada de modelos jurídicos.
5) El constitucionalismo mágico. Búsqueda de atajos salvíficos en el constitucionalismo.

Advierte que la consagración de un derecho en la constitución no significa que se haga efectivo.

Pese al cuadro negativo expuesto, hay optimismo. Es real que hay un cambio de era. El mundo va a ser diferente, no necesariamente va a ser peor. Tenemos que guardar equilibrio entre la tradición y el cambio.

La historia es necesaria para reflexionar para no estar condenados a repetirla.

Lo importante respecto del administrativista del siglo XXI es la lucha por el pluralismo político en el mejor sentido de la palabra.

El **jueves 21 de marzo tuvo lugar el Seminario de Derecho ambiental iberoamericano,** en el que participaron los profesores Ramón Huidobro Salas (Chile), Fernanda Otero Barba (Argentina), Itziar Sobrino García, Marina Rodríguez Beas y José Pernas García (España) y Sergio Lozano Galindo (México), bajo la coordinación de la profesora Jennifer Sánchez González.

Se planteó el dilema de los servicios públicos locales en Chile. La legislación general sobre servicios no era aplicable a los gobiernos locales que eran 145. Hay un tema de jurisdicción nacional y local. El principio de sostenibilidad consagrado en la constitución chilena no se aplica y hay mucha desigualdad entre los municipios. La mejora tiene un componente moral importante, se espera que las buenas prácticas ayuden a acomodar el sistema.

Se presentó una experiencia en materia de salud ambiental relativa a los residuos sanitarios en los hospitales. El goce al ambiente sano es un derecho, pero también un deber. El otro aspecto es darle a la salud ambiental un tratamiento dentro del derecho administrativo global.

Otro caso bajo análisis es el de los residuos textiles a propósito del dictado del reglamento de codiseño que contempla el ciclo de vida útil de los productos. Estamos en un contexto de dinamismo legislativo relacionado a la economía circular. Se introduce una perspectiva más preventiva. Se presentó como novedad la Digital product passport: herramienta que acompaña toda la vida del producto y da información importante al consumidor. El operador económico es quien debe obtenerlo a través de un registro que va a llevar la Comisión Europea.

Asimismo, se expuso sobre la reutilización de aguas residuales en España poniendo énfasis en que en un panorama de sequía es importante una gestión eficiente de los recursos hídricos y el importante sistema de reutilización de aguas para el mejor aprovechamiento en el marco de la economía circular.

Por último, se efectuó en el marco teórico la Distinción entre los residuos y su diferencia con la basura en tanto esta es el desecho que generan los humanos no apta para el reciclado.

El jueves 21 de marzo se desarrolló el Seminario de Derecho urbanístico iberoamericano, con la participación de los profesores Raquel Alianak, Analía Antik, Adriana Taller y Hugo González Elías (Argentina), Jaime Santofimio Gamboa y Miguel López Olvera (México) y Giuseppe Ferrari (Italia), bajo la coordinación de la profesora Almudena Fernández Carballal.

Se extrajeron pautas de protección al derecho urbano a partir de fallos de tribunales argentinos como la Importancia de la aplicación de principios relativos al medio ambiente: in dubio pro-natura, ponderación de proporcionalidad, in dubio pro-agua, principio precautorio: (proporcional a la gravedad del riesgo), necesidad de permitir la participación ciudadana (audiencias públicas obligatorias) Hay un Derecho humano fundamental a un urbanismo sustentable.

Se analizó la modulación del derecho de propiedad en el sistema constitucional argentino y su postulación en función social, así como el dominio originario de las provincias sobre su territorio a fin de establecer las fuentes del derecho urbano.

Como propuesta innovadora se trajeron a colación las metodologías World building y Future thinking para aplicar al desarrollo urbano.

Se estableció que los fundamentos donde se soporta el derecho urbanístico son la constitución y las convenciones. Desde lo convencional toca con el medio ambiente y el derecho a la vida (art. 4 y 21 convención americana). Desde lo constitucional también, con el encuadre económico constitucional.

El tercer aspecto es la intervención del legislador que juega un papel importante atribuyendo competencias a los municipios para dictar normas de ordenamiento territorial. Es casi lo único que pueden hacer los municipios autónomamente en Colombia. Es la norma local de la dignidad humana.

Se expuso un caso judicial sobre urbanismo y tutela judicial efectiva y se efectuaron reflexiones en torno al derecho a la ciudad, entendiendo que el derecho humano a la ciudad agrupa a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Finalmente se trabajó sobre el marco teórico de las smart cities.

A continuación, tuvo lugar el **Seminario de derecho administrativo social**, que contó con la participación de los profesores Miriam Ivanega (Argentina), Josep Fuentes i Gasó, María Victòria Forns i Fernández, Judith Gifteud Font y José Ignacio Herce Maza (España), con la coordinación de la profesora Victoria de Dios Viéitez.

Se desarrolló en cinco ejes: la situación de personas de la tercera edad y el aporte que pueden hacer a la sociedad como cuestión preponderante; cómo debe organizarse la administración para responder a las necesidades sociales; los aspectos vinculados a las medidas sociales que pueden implicar una restricción al derecho de propiedad y tener una consecuencia negativa respecto a la política pública que se está tratando de implementar; la influencia de la IA en el marco de los derechos sociales y el derecho a la información a los datos vinculados al algoritmo relacionado con el tratamiento de los derechos sociales y cómo incide el presupuesto público en situaciones de seguridad social y de discapacidad.

Se presentaron nueve comunicaciones científicas referidas a límites a las excepciones para brindar información pública, alcance del principio de legalidad y tipificad en el derecho administrativo sancionador, la inflación en la ejecución del contrato de suministro,

Apuntes del uso de la IA en el contencioso administrativo, el control estricto de convencionalidad como elemento disuasor de la discrecionalidad, protección constitucional del derecho de ascenso a la carrera administrativa en el marco de la buena administración, sobre la actuación administrativa en materia de juego en Galicia y Perú, Gobernanza del patrimonio cultural y convencionalidad, IA y dignidad humana en el sector público del siglo XXI.

Como broche de oro, las conferencias de Ricardo Rivero y Giuseppe Ferrari.

Ricardo Rivero se explayó sobre nuevas herramientas de prevención de la corrupción en la comunidad europea y el profesor Giuseppe Franco Ferrari reflexionó sobre la actividad de fomento a través del comentario de un capítulo dirigido por Libardo Rodríguez Rodríguez sobre «La actividad administrativa de fomento», que es típica del sistema iberoamericano.

Como expresara en alguna oportunidad el querido profesor Augusto Duran Martínez, las Jornadas de Mariñán junto al FIDA, se han convertido en un foco luminoso de irradiación de un derecho administrativo actualizado y humanista que está contribuyendo en mucho a mejorar el derecho público de Iberoamérica. El éxito del Foro y de Mariñán, se debe, fundamentalmente, al profesor Jaime Rodríguez Arana Muñoz, digno discípulo de quien aquí se homenajea, el profesor Meilan Gil.

¡Hasta el próximo encuentro en el Pazo!

COMUNICACIONES

1

LÍMITES DE LAS EXCEPCIONES PARA BRINDAR INFORMACIÓN PÚBLICA. LA PRUEBA DE DAÑO EN LA LEY MODELO INTERAMERICANA 2.0 SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Adrián Diego Campos
Magister en Derecho Administrativo por la Universidad Austral

RESUMEN: El artículo aborda los estándares de la Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública en lo que refiere a límites de las excepciones en el acceso a la información pública debido al interés público, centrándose en la prueba de daño. Asimismo, expone algunos ejemplos de la región respecto del punto de estudio.

PALABRAS CLAVE: Derecho de Acceso a la Información Pública – Ley Modelo 2.0 – Interés público - Prueba de daño

ABSTRACT: The article addresses the standards of the Inter-American Model Law 2.0 on Access to Public Information regarding the limitations of exceptions in accessing public information due to public interest, focusing on the harm test. Additionally, it presents some regional examples concerning the focal point of the study.

KEYWORDS: Right of Access to Public Information – Model Law 2.0 – Public interest - Harm test

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA IMPORTANCIA DE LA LEY MODELO INTERAMERICANA 2.0 SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA PARA AMÉRICA. 3. EL RÉGIMEN PROPUESTO DE EXCEPCIONES QUE CUSTODIAN EL INTERÉS PÚBLICO. 4. PRUEBA DEL DAÑO. 5. ALGUNOS EJEMPLOS DE LA REGIÓN. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

El Derecho de Acceso a la Información Pública (DAIP) resulta fundamental para el funcionamiento de las democracias participativas actuales[1]. Es el derecho que permite una mayor trans-

1 Gelli, María Angelica. *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018. Pág. 39.

parencia[2] y el fortalecimiento de la participación ciudadana en la deliberación y elaboración de políticas públicas[3].

Fundándose en el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos[4], la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión[5], en su punto 4, afirma que: «El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas».

Por otra parte, el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en su inciso 2do establece: «El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas».

El DAIP ha cobrado una relevancia significativa en las últimas décadas, evidenciando la necesidad de establecer marcos regulatorios claros y efectivos. En esta búsqueda, la OEA —a través del *soft law*— ha contribuido sustancialmente al desarrollo de legislaciones nacionales y locales, mediante los estándares de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública y su Guía de Implementación, del año 2010 y la Ley Modelo Interamericana 2.0 de Acceso a la Información Pública, del año 2020[6].

Dentro de los principales avances de esta última, se encuentra una herramienta determinante para la garantía y ejercicio del DAIP frente al riesgo de dañar el interés público por la divulgación de información pública: la prueba de daño. La intención del presente trabajo es exponer los principales puntos de esta, desde la perspectiva de la Ley Modelo 2.0 y, al mismo tiempo, resaltar el esfuerzo de la OEA en el desarrollo de la democracia participativa en América, mediante herramientas específicas.

---

2 En cuanto a la transparencia, vale resaltar el concepto del Dr. Rodríguez-Arana: «La transparencia en los Gobiernos y Administraciones públicas es, desde luego, uno de los principales desafíos del buen gobierno y de la buena administración. Por una parte, porque la transparencia es una exigencia de calidad democrática y, por otra, porque el derecho fundamental ciudadano a una buena administración incluye expresamente el derecho de los ciudadanos a que Gobiernos y Administraciones públicas, estatales, autonómicos y locales, sean transparentes en su actividad y en la forma en que implementan las políticas públicas». En Rodríguez-Arana, Jaime. «Reflexiones sobre la regeneración democrática en la Administración Pública» *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Vol. 20, 2016, pags. 396-429.

3 Ivanega, Miriam M. «Acceso a la información pública y democracia» *Revista La Ley*, 30/10/2023. En un sentido similar, Basterra, Marcela I., *Acceso a la información Pública y Transparencia. Ley 27.275 y decreto reglamentario 206/17. Comentados, anotados y concordados*. Editorial Astrea y Jusbaires. 2017. Pág. 3.

4 El artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en sus incisos 1ro y 2do establece: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

5 Aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108.° período ordinario de sesiones, celebrado del 2 al 20 octubre del 2000. Disponible al 2/3/24 en: https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

6 Negro Alvarado, Dante. «El impacto del derecho internacional en los ordenamientos jurídicos internos de América Latina. El acceso a la información pública y sus alcances». *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 16, No.1, 2022, pág. 17. El autor, conforme su participación en la elaboración de la Ley Modelo 2.0, hace un detallado repaso de los antecedentes y del desarrollo histórico y, al mismo tiempo, aporta una mirada profunda respecto de los principales contenidos del documento.

2. La importancia de la Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública para América

En el año 2010, la OEA, por medio del Departamento de Derecho Internacional, con la participación del Comité Jurídico Interamericano, la Relatoría Especial de Libertad para la Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Departamento de Modernización del Estado y Gobernabilidad, los Estados Miembros y la sociedad civil, emitió la «Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la información Pública y su guía de implementación»[7], la cual brindaba una orientación profunda y específica para los países que integran la Organización.

Sin perjuicio de que algunos países del continente como Estados Unidos, Canadá, Chile y Belice tuvieron sus legislaciones antes del año 2000 y otros, como México, Perú, Ecuador, o Uruguay —por nombrar algunos ejemplos— legislaron antes del 2008, varios países del continente la han adoptado como pauta de regulación[8].

En el año 2017, la Asamblea General de la OEA, mediante la AG/RES. 2905 (XLVII-O/17), en su párrafo ix, punto 3, solicitó «...a la Secretaría General que, en consulta con los puntos focales del Programa Interamericano de Acceso a la Información Pública de los Estados Miembros, y tomando en cuenta las contribuciones de la sociedad civil, identifique las áreas temáticas en las que se estima necesario la actualización o ampliación de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública, y remita los resultados al Comité Jurídico Interamericano para su desarrollo»[9].

Luego de la realización de talleres con expertos en el tema, encuestas y la organización de reuniones con 26 organizaciones de la sociedad civil de 14 países miembros, se presentó la Propuesta de la Ley Modelo 2.0[10], la cual fue aprobada por la Asamblea General de la OEA, mediante la Resolución AG/RES. 2958 (L-O/20)[11].

El producto es un articulado modelo comentado, en el que se establecen principios fundamentales, estándares acordes a la más amplia aplicación posible, propuestas de organismos, modelos de procedimientos y procesos para el instrumentar el DAIP en los países de la región.

3. El régimen propuesto de excepciones que custodian el interés público

Los principios de presunción de publicidad, máxima divulgación y transparencia, nutren a las herramientas procedimentales y procesales y estructuran la regla general: brindar la información pública requerida por los ciudadanos[12]. Sin embargo, el DAIP no es absoluto[13], sino que necesariamente encuentra sus límites en excepciones que custodian —entre otras cuestiones[14]— el interés público.

En este sentido, la Ley Modelo 2.0 propone un sistema de excepciones taxativo y con criterios de aplicación restrictiva, teniendo en cuenta la naturaleza y principios fundamentales del DAIP.

---

7 Documento disponible al 2/3/2024 en https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_ley_modelo_libro_espanol.pdf

8 Negro Alvarado, Dante. *op. cit*. Pág. 18

9 Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2905 (XLVII-O/17). Documento disponible al 2/3/24 en https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2905_XLVII-O-17.pdf

10 Conforme Nota Explicativa del 3 de marzo del 2020, disponible al 2/3/24 en http://scm.oas.org/pdfs/2020/CP42179SINFORME.doc

11 Disponible al 2/3/2024 en https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG_RES_2958_L-O-20_ESP.pdf

12 Basterra, Marcela I. *op. cit*. pág. 114.

13 Negro Alvarado, Dante, *op. cit*., pág. 36.

14 Cabe señalar que también se contemplan derechos o intereses jurídicamente protegidos, como los datos personales o información privada vinculada a intereses comerciales o económicos. En este sentido, observar los art. 25.b) y 32.

También establece la necesidad de contar con un régimen claro, preciso y definidas por ley[15]. Así, el art. 26 de la Ley Modelo 2.0 lo pondera con supremacía, excepto que el daño causado al interés protegido sea mayor que el beneficio de brindar la información requerida. Al mismo tiempo, teniendo en cuenta los fundamentos del fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Sioutis V. Greece[16], el comentario del articulo considera Información de interés público a «...la Información que resulta relevante o beneficiosa para la sociedad y no simplemente de interés individual, cuya divulgación resulta útil para que el público comprenda las actividades que llevan a cabo los sujetos obligados, tales como Información referente a la salud pública, medio ambiente, seguridad pública, asuntos socioeconómicos y políticos y transparencia en la gestión pública».

Asimismo, en su art. 25, categoriza dos supuestos por medio de los cuales, el sujeto obligado puede negarse a brindar la información solicitada: Información reservada e Información confidencial. En lo que a este trabajo interesa, el inc. a) del citado artículo, detalla que la Información reservada «comprende a aquella Información pública que se excluye temporalmente del conocimiento de las personas por existir un riesgo claro, probable y específico de daño a intereses públicos conforme a los requisitos contemplados en esta Ley». También considera que el principio de no regresión impide que, si la información ya fue divulgada, no pueda restringirse su circulación a causa de decisiones políticas.

Un punto importante para destacar es lo referido a las clasificaciones genéricas. El art. 30.1, sostiene que la clasificación es una operación individual y casuística y no podrán realizarse reservas genéricas mediante instrumentos legales. En la intención de esta propuesta, se ve reflejado el principio de transparencia y máxima divulgación y el alcance limitado de las excepciones.

Por su parte, el art. 33.1 establece que los sujetos obligados pueden exceptuar solicitudes, ante el riesgo claro, probable y especifico de un daño significativo. Asimismo, considera información reservada a aquellas que: «a) perturbe la futura provisión libre y franca de asesoramiento dentro de y entre los sujetos obligados; b) pueda menoscabar la conducción de las negociaciones y relaciones internacionales; c) ponga en riesgo la vida, la dignidad humana, la seguridad o la salud de cualquier persona; d) contenga opiniones o recomendaciones que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, en tanto no sea adoptada la decisión definitiva; e) afecte derechos del debido proceso o vulnere la conducción de los expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos, en tanto no causen estado: f) comprometa la habilidad del Estado para manejar la economía en caso de emergencia económica decretada por ley; y g) cause un serio perjuicio a las actividades de verificación, inspección, auditoría, investigación, prevención o persecución de delitos».

Cabe señalar que estas excepciones no pueden aplicarse frente a casos de violaciones graves a Derechos Humanos o delitos contra la humanidad, aun invocando razones de seguridad nacional, conforme el art. 27. Tal postura ha sido la expuesta por la CIDH, en el caso «Myrna Mack Chang vs. Guatemala»[17]. Tampoco podrán aplicarse cuando se trate de información relacionada con casos de corrupción de funcionarios públicos. En esta postura, los principios de transparencia y rendición de cuentas resultan determinantes.

4. Prueba del daño

Frente a la disputa entre el DAIP y el interés público, la Ley Modelo 2.0, en su artículo 35, establece que, ante la invocación de una causal de reserva, el sujeto obligado deberá de aplicar la prueba del daño.

El objetivo de esta evaluación es poder determinar si el daño que genera la divulgación de la información es mayor al interés público que se custodia al brindar la información pública solici-

15 Conforme art. 2.2.

16 Corte Europea de Derechos Humanos, Sioutis v. Grecia (dic.) - 16393/14. Decisión 29.8.2017. Disponible al 2/3/24 en https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-177319

17 Corte IDH, 24/9/10, «Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala», Serie C Nro. 101, párr. 181.

tada[18]. En cuanto a la dimensión del daño, se ha sostenido que debería afectar a toda la sociedad en su conjunto[19]. En caso de que se determine existencia de riesgo, la información podría ser clasificada, impidiéndose así la posibilidad a su acceso en forma temporal, mediante el plazo determinado[20], o mientras permanezcan las causas que justifiquen su restricción[21].

Esta declaración, conforme al art. 40, debe ser mediante una resolución declaratoria la cual debe indicar «a) el sujeto obligado que produjo la Información; b) la fecha o el evento al que se refiere la reserva; c) la autoridad que adoptó la decisión de reservar la Información; d) las personas autorizadas a acceder a esa Información; e) distinción entre las partes de la Información que serán sometidas a confidencialidad o reserva y aquellas que están disponibles para acceso del público; y f) el plazo de la reserva». Teniendo en cuenta que estamos frente a un acto administrativo que restringe en forma excepcional un derecho fundamental, su motivación debe cumplir cabalmente con su finalidad de exponer las razones y fundamentos que conllevaron a la decisión. Esto, más allá de cumplimentar el principio de legalidad[22], importa la posibilidad de tomar conocimiento de estos fundamentos y poder articular adecuadamente las defensas procesales o procedimentales pertinentes[23].

Conforme al punto 2 del artículo citado anteriormente, para que la excepción proceda, el examen debe probar tres extremos respecto del daño: que sea real, demostrable e identificable. En los comentarios de la Ley Modelo, la OEA estableció los alcances de estos tres conceptos. En cuanto al daño real, establece que no se podrá invocar un daño hipotético, sino que «la información solicitada representa un riesgo real al interés público».

Respecto al daño demostrable, indica que se configura si el perjuicio del interés público, frente a la divulgación, fuera mayor que si se restringiera la información.

Por último, indica que el daño identificable se da cuando «la Información supondría una afectación grave para las partes involucradas en los hechos antes descritos. De igual forma, aquel servidor público que indebidamente quebrante la reserva de las actuaciones o proporcione copia de ellas o de los Documentos que obren en la averiguación, podrá ser sujeto de un procedimiento de responsabilidad administrativa o penal, según corresponda».

La Ley Modelo, en el punto 3 y 4 del art. 35, pone en cabeza del sujeto obligado, la carga de señalar la norma en la que funda su excepción y, al mismo tiempo, acreditar por escrito los siguientes requisitos: «a) que la divulgación de la información representa un riesgo real, demostrable e identificable de perjuicio significativo a un bien jurídico o derecho tutelado claramente identificado en una ley. b) que no hay medio alternativo menos lesivo para el interés público de conocer la información. c) que el riesgo de perjuicio que supondría la divulgación de la Información supera el interés público de que esta se difunda. d) que la limitación se adecua al principio de proporcionalidad y representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio. e) que la restricción no atenta contra la esencia misma del derecho a la información. f). la concurrencia de requisitos de temporalidad, legalidad y razonabilidad».

En cuanto al inc. d), la Ley Modelo establece que «[l]a proporcionalidad debe ser entendida como el equilibrio entre perjuicio y beneficio a favor del interés público, a fin de que la decisión tomada represente un beneficio mayor al perjuicio que podría causar a la población».

---

18 Basterra, Marcela I. «La tensión entre el derecho de acceso a la información pública y la protección de datos personales». *Suplemento Constitucional*, La Ley, agosto de 2021. La autora cita a Covarruvias Cuevas, Ignacio, «Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, no. 38, 2012.

19 Negro Alvarado, Dante, op. cit., pág. 32.

20 Conforme art. 40.2.f) y 41.b).

21 Conforme art. 41.a).

22 Cassagne, Juan Carlos. *Curso de derecho administrativo*, 3ra edición actualizada y ampliada, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2021, pág. 634.

23 Respecto de este punto, en el capítulo V se desarrolla la cuestión de apelaciones y revisiones judiciales.

5. Algunos ejemplos de la región

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 6, establece el derecho de acceso a la información pública. Asimismo, la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en su art. 104, establece: «En la aplicación de la prueba de daño, el sujeto obligado deberá justificar que: I. La divulgación de la información representa un riesgo real, demostrable e identificable de perjuicio significativo al interés público o a la seguridad nacional; II. El riesgo de perjuicio que supondría la divulgación supera el interés público general de que se difunda, y III. La limitación se adecua al principio de proporcionalidad y representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio».

Asimismo, el art. 105 regula la aplicación restrictiva y limitada de las excepciones y pone en cabeza del sujeto obligado la carga de la prueba. frente a los supuestos previstos en su art. 113. Cabe agregar, que estos últimos los cuales resultan más extensos que los expuestos en la Ley Modelo 2.0.

En este sentido, la legislación mexicana es la más ajustada de la región a los criterios de la Ley Modelo 2.0, en lo que refiere a la prueba de daño.

Uruguay también presenta una legislación similar en algunos puntos. Sin perjuicio de que no enuncia la prueba de daño en forma expresa, La Ley 18.381 —la cual fue modificada en su art. 9 por la ley 19.178— dispone lo siguiente: «La clasificación de la información reservada deberá realizarse por el sujeto obligado en el momento en que esta se genere, obtenga o modifique, mediante resolución debidamente fundada y motivada, en la que se demuestre la existencia de elementos objetivos que permitan determinar que la divulgación de la misma genera un riesgo claro, probable y específico de daño al interés público protegido, de acuerdo con las excepciones referidas en el presente artículo.

Excepcionalmente, la información podrá clasificarse como reservada en el momento en que se reciba una solicitud de acceso a la misma. En este caso, la resolución fundada que disponga la clasificación de la información deberá remitirse en el plazo de cinco días hábiles a la Unidad de Acceso a la Información Pública, la que, en ejercicio de su cometido de control, solicitará al sujeto obligado su desclasificación si la misma no se ajustare a lo dispuesto en el presente artículo. En cualquier caso, el plazo de reserva comenzará a computarse a partir de que la información pudo ser clasificada.

En todo momento, la Unidad de Acceso a la Información Pública podrá tener acceso a la información clasificada para evaluar la regularidad de su clasificación.

En el caso de Argentina, la ley 27.275, junto con su decreto reglamentario 206/17 cuenta con un régimen de excepciones de carácter restrictivo. Sin embargo, no cuenta con ningún sistema de evaluación que colabore con la solución de conflictos entre el DAIP y el interés público.

Por otra parte, Colombia —mediante la Ley 1712 de 2014, en su art. 19— mantiene un sistema de excepciones y reserva que clasifica por ley la información que pudiere afectar al interés público y veda su acceso. La solicitud puede ser rechazada, siendo obligatoria la motivación de la denegatoria. Sin embargo, no prevé ningún tipo de test o sistema de evaluación la apertura de la información pública.

En el caso de Perú, vemos aún más acentuada la restricción de acceso. La Ley 27.806, establece en su art. 2 que toda información se presume pública, salvo las excepciones previstas en el art. 15. Las mismas, son vedadas totalmente para su acceso público. Asimismo, establece una evaluación posterior a la desclasificación, a fin de determinar si las razones esgrimidas se adecuaban a la realidad de los hechos, al momento en que la información fue clasificada.

6. Conclusiones

La propuesta de prueba del daño en la Ley Modelo 2.0 evidencia que fue construida en base al principio de máxima divulgación. Su correcta implementación en los países de la región brindará soluciones concretas para las situaciones de conflicto en las que está llamada a ser aplicada. una adecuada regulación de este derecho y contribuirá a un mejor ejercicio del DAIP en la sociedad. Ello, sin dudas redundará en la construcción democracias más sólidas y participativas en América.

Asimismo, la OEA ha desempeñado un papel importante en el desarrollo de marcos regulatorios claros y efectivos para el DAIP. La adopción de la Ley Modelo 2.0 refleja un avance significativo en este sentido. El esfuerzo por el desarrollo del DAIP ha sido importante, sin embargo, podemos observar que en algunos países no se ha alcanzado los estándares adecuados para su ejercicio. Esta realidad nos invita a continuar con la tarea de desarrollar Estados más transparentes y abiertos.

7. Bibliografía

Basterra Marcela I., *Acceso a la información Pública y Transparencia. Ley 27.275 y decreto reglamentario 206/17. Comentados, anotados y concordados*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Astrea y Jusbaires. 2017

Basterra, **Marcela I**. *La tensión entre el derecho de acceso a la información pública y la protección de datos personales*. Suplemento Constitucional, La Ley, agosto de 2021

Cassagne, **Juan Carlos**. *Curso de derecho administrativo*, 3ra edición actualizada y ampliada, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2021

Gelli, **María Angelica**. *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.

Ivanega, **Miriam M**. «Acceso a la información pública y democracia» *Revista La Ley*, 30/10/2023

Rodríguez-Arana, Jaime. «Reflexiones sobre la regeneración democrática en la Administración Pública» *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Vol. 20, 2016.

Negro Alvarado, **Dante**. «El impacto del derecho internacional en los ordenamientos jurídicos internos de América Latina. El acceso a la información pública y sus alcances». *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 16, No.1, 2022.

2

ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

SCOPE OF THE PRINCIPLE OF LEGALITY AND TYPICALITY IN ADMINISTRATIVE SANCTIONING LAW

Adrián A. Gutiérrez[1]

PALABRAS CLAVE: principios (principle); legalidad (legality); tipificación (typification); tipicidad (typicality); colaboración reglamentaria (regulatory collaboration); mandato de tipificación (classification mandate).

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES. 2. SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO-SANCIONADOR. 3. SOBRE EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO-SANCIONADOR Y EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA. 4. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD -«LEX CERTA»- EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. 4.1. Abordaje del tema. 4.2. La «lex certa» desde una perspectiva estática (el «momento legislativo»). 4.3. La «lex certa» desde una perspectiva dinámica (el «momento administrativo»): alcance del reglamento. 4.4. La «lex certa» desde una perspectiva dinámica (el «momento administrativo»): aplicación al caso concreto.

1. Consideraciones previas

La sanción administrativa puede definirse como el evento dañoso impuesto por un órgano estatal, actuando en función administrativa, derivado de la violación de un deber impuesto por una norma (infracción)[2]. A nivel doctrinario, existen profusos estudios sobre la naturaleza jurídica de la sanción administrativa y su eventual distinción con la pena, así como entre la infracción administrativa y el delito. Sin embargo, ninguna de las diferentes posiciones que hemos analizado concluye en la existencia de una distinción sustantiva[3].

Las diferentes posiciones que han analizado este tema pueden agruparse entre quienes afirman la existencia de diferencias de esencia entre la pena y la sanción y, por otra parte, entre quie-

1 * Prof. Adj. Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay (UDELAR). Prof. Ay. en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Prof. Invitado por la Universidad Sorbonne de París sobre Control de Constitucionalidad de las Leyes. Master en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Montevideo. Diploma de Especialización en Derecho de la Empresa por la UDELAR.

2 Cfe. Lorenzo, Susana; «Sanciones Administrativas», *BdeF*, Mdeo., 1996, p. 8.

3 Gutierrez, Adrián; *La Clausura Tributaria DGI-BPS*, FCU, Mdeo., 2008, p. 22.

nes niegan la existencia de tales diferencias[4]. Claro que, la conclusión a la que se arribe resulta de trascendental importancia, en tanto la misma repercute especialmente sobre los principios aplicables en la materia y los criterios de interpretación de las normas.

2. Sobre el principio de legalidad en el ámbito administrativo-sancionador y el ejercicio de la potestad sancionadora

El principio de legalidad resulta plenamente aplicable en el ámbito del Derecho administrativo sancionador[5]. La potestad represiva de la Administración para aplicar sanciones administrativas no es de principio por lo que se requiere de norma habilitante[6] siendo que, además, la misma no puede alcanzar a la aplicación de sanciones que son materialmente penas[7].

En Uruguay, el principio de legalidad puede considerarse consagrado en los artículos 7, 10[8] y 72 de la Constitución y resulta aplicable, con carácter general a nivel administrativo en el procedimiento administrativo sancionador, respecto de las sanciones en la medida en que las mismas —con mayor o menor intensidad restringen derechos o libertades fundamentales, requiriéndose su previsión en una ley formal[9] (artículo 7 de la Constitución)[10]—.

La Constitución Española de 1978 dispone en su artículo 25.1 que *«nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».* Como puede verse, la citada disposición refiere tanto al ilícito penal (delito) como al administrativo (infracción)[11], así como a los principios de legalidad y tipicidad.

Como lo destaca González Pérez[12], el principio de legalidad no es un principio propio y exclusivo del Derecho penal que se traslada al Derecho administrativo sancionador; sino que es un principio constitucional que rige en todo el Derecho público y por tanto en el Derecho

4 Ver Gutierrez, Adrián; *La Clausura...,* ob.cit, ps. 22 y ss.

5 Y ello, debido a que la aplicación de una sanción limita -en definitiva- los Derechos de las personas (Cfes. Risso Ferrand, Martín; *Derecho Constitucional, T.I*, FCU, Mdeo., 2006, p. 477; guariglia, Carlos; *El Conflicto entre Derechos Fundamentales*, AMF, Mdeo., 2007, p. 186, y cassagne, Juan; *Estudios de Derecho Público*, Depalma, Bs.As., 1995, p. 84).

6 Cfes., entre otros, Delpiazzo, Carlos; «Conceptos de sanción administrativa y otros», en *Estudios de Derecho Administrativo* No. 2 – 2010, La Ley Uruguay, Mdeo., 2011, p. 227. garcía pulles, Fernando; *Principios del Derecho Administrativo Sancionador,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2020, p. 92.

7 Gutierrez, Adrián; *La Clausura...*, ob. cit, ps.22 y ss.

8 El segundo inciso del artículo 10 de la Constitución tiene su fuente en Montesquieu cuando afirmó que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda expresamente, ni a no hacer lo que expresamente no prohíbe.
Montesquieu; *El Espíritu de las Leyes,* Heliastra SRL, Buenos Aires, 1984, p. 186.

9 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el artículo 30 de la Convención exige que las limitaciones a los Derechos fundamentales sean llevadas a cabo por ley formal (Opinión Consultiva 6/86), profundizando en el principio de legalidad aplicable a las infracciones administrativas, a través de los casos «*Baena, Ricardo vs. Panamá*» y «*López Méndoza vs. Venezuela*».

10 Cfe. Ruocco, Graciela; «Principios de legalidad, tipicidad y de prescripción en materia de actividad sancionatoria de la Administración», en *Estudios de Derecho Administrativo* No. 2 – 2010, La Ley Uruguay, Mdeo., 2011, p. 152 y Lorenzo, Susana; Sanciones..., ob. cit., p. 134.

11 Martín Rebollo, Luis; *Leyes Administrativas,* Thomson Reuters, Pamplona, 2013, ps. 161 y ss.

12 González Pérez, Jesús; «Garantías frente a la potestad sancionadora de la Administración», en *Memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal,* UNAM, México, 1996, p. 747.

administrativo general, siendo de aplicación directa también en este ámbito. Ruocco[13] afirma —en posición que compartimos— que el principio de legalidad, tanto en materia penal como sancionatoria, posee valor y fuerza supraconstitucional[14].

3. Sobre el principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador

El principio de tipicidad integra el principio de legalidad siendo, en definitiva, un principio derivado del de legalidad que exige la delimitación concreta de las conductas que se hacen reprochables a efectos de su sanción[15].

En este aspecto, conforme lo que venimos de señalar el campo sancionador-administrativo se ubica dentro de la reserva de la ley; aunque a nivel del Derecho administrativo la doctrina mayoritaria flexibiliza su aplicación al referirse a una «cobertura legal» que implicaría un menor grado de rigurosidad al momento de exigir la aplicación de este principio. Tal circunstancia, se ha afirmado obedece a la propia dinámica regulatoria del Derecho administrativo, en tanto se encuentra supeditado a las cambiantes circunstancias de la realidad que conllevan a las consecuentes y frecuentes modificaciones de la reglamentación[16].

Como punto de partida, tal como lo destaca Parada[17], debemos señalar que el principio de reserva de la ley determina que ésta deba cubrir por entero, tanto la previsión de la penalidad, como la descripción de la conducta ilícita, sin posibilidad de completar dicha descripción por un reglamento.

Sin embargo, como se dijo, la doctrina mayoritaria ha considerado que en el ámbito del Derecho administrativo cabe referirse a una «cobertura legal», en base a la cual se exige cubrir con ley formal una descripción genérica de las conductas sancionables, así como las clases y cuantía de las sanciones, con posibilidad de remitir a la reglamentación la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas[18].

---

13 Ruocco, Graciela; «Principios de legalidad y tipicidad..., ob. cit., p. 137.

14 El principio de legalidad, como se lo conoce actualmente, fue formulado por el autor del Código de Baviera de 1813 —Feuerbach— para convertirlo en un elemento básico del derecho penal en su frase «*nullum crimen, nulla poena sine previa lege praevia*». Este principio significa que no hay delito sin ley que lo imponga de manera previa, y que las conductas constitutivas del delito deben encontrarse previamente delimitadas en la norma legal (principio de tipicidad).

15 Ruocco, Graciela; «Principios de legalidad, tipicidad...», ob. cit., p. 143.

16 Cfe. Ascárate, Andrés; *Tipificación de la Infracción Administrativa,* Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, p. 128.

17 Parada, Ramón; *Derecho Administrativo T II,* Dykinson, Madrid, 2019, p. 489

18 La aplicación de estos principios (legalidad y tipicidad) a las sanciones administrativas no aparece tan clara y ha sido cuestionada por la jurisprudencia y doctrina mayoritaria en relación al Derecho administrativo sancionador disciplinario, en tanto, se ha dicho que la finalidad de la responsabilidad disciplinaria es asegurar la observancia de las normas de subordinación y, en general, del exacto cumplimiento de todos los deberes de la función. Ello, a diferencia de los otros procedimientos administrativos sancionatorios externos en que su finalidad es la protección del orden social general y, por tanto, mayor debe ser la cautela a la hora de restringir el rigor con que deben aplicarse (Ruocco, Graciela; «Principios de legalidad y tipicidad..., ob.cit., p. 141).
A nuestro criterio, los principios de legalidad y tipicidad son de plena aplicación en el derecho administrativo sancionatorio; aunque no somos ajenos a las dificultades que una tipificación de las faltas se plantea a nivel administrativo-disciplinario dada la propia dinámica que implica una relación de trabajo (Ver: Gutierrez, Adrián; «Principios de legalidad y tipicidad en el ámbito administrativo-disciplinario (con especial referencia a la Ley No. 19.121)», en *El Procedimiento Administrativo y la Función Pública en la Actualidad*, FCU, Mdeo., 2014).

Existe relativo consenso en cuanto a ciertas exigencias que el principio de tipicidad impone respecto de la norma legal que establece el tipo infraccional, en cierta concordancia con lo exigido en los tipos penales. Ellos son:

i) «Lex scripta»

La norma legal debe ser *«scripta»*[19], por lo que para poder sancionar se exige la existencia de una norma legal escrita, exluyéndose con ello la costumbre[20]. Además, se ha requerido que la norma legal sea debida[21].

ii) «Lex previa»

La norma legal debe ser «previa» y ello deriva, a su vez del principio de irretroactividad, prohibiéndose por razones de seguridad jurídica[22] cualquier castigo o sanción, sin que una ley haya previsto previamente que una determinada conducta pueda ser considerada como infracción.

iii) «Lex stricta»

La exigencia de ley *«stricta»* impide la analogía[23]. Como lo menciona Durán Martínez[24], la analogía procede ante afinidad de hechos, y en la medida en que existe afinidad de hechos es porque los hechos no coinciden con lo que dice exactamente el texto normativo, y si no coinciden no puede aplicarse a esa otra situación la solución legal[25]. Claro que, la analogía no debe confundirse con la interpretación extensiva, en base a la cual a través de una intelección amplia de la norma podrían quedar comprendidos algunos supuestos, pero siempre dentro del marco trazado por el tener literal de la norma legal; pues si ello se desborda se ingresará en el terreno de la analogía[26].

iv) «Lex certa»

La *«lex certa»* requiere que la conducta considerada como infracción en la norma legal se encuentre suficientemente descripta y/o determinada, esto es, con el suficiente grado de certeza, tanto en lo que refiere a la conducta punible, como a su correspondiente sanción.

Este es, justamente y a nuestro criterio no solo uno de los elementos esenciales y caracterizantes del principio de tipicidad, sino el que plantea mayores cuestionamientos en torno a una posible afectación o flexibilización del principio de legalidad y tipicidad en el ámbito administrativo-sancionador, cuando los autores refieren al denominado «mandato de tipificación»[27].

---

19 Nieto, Alejandro; *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2017, ps. 177 y ss.

20 Ruocco, Graciela; «Principios..., ob. cit., p. 15.

21 Durán Martínez, Augusto; *Procedimiento Administrativo. Especial referencia al procedimiento administrativo sancionatorio en materia laboral,* FCU, Montevideo, 2023, p. 171.
La norma legal debe otorgar con claridad a la Administración los poderes jurídicos necesarios para la aplicación de las sanciones que prevé. No cabe, a nuestro criterio, sustentar en este ámbito la teoría de los poderes implícitos.

22 Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, Iñigo; *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General.* Thomson Reuters, Navarra, 2017, p. 183.

23 *Ibid*, p. 173.

24 Durán Martínez, Augusto; *Procedimiento Administrativo...,* ob. cit., p. 171.

25 Al respecto puede verse la Ley Española del Régimen Jurídico del Sector Público que en el artículo 27.4 dispone que: «*Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica*».

26 Lo expuesto no impide que puedan y deban considerarse los precedentes administrativos (Cfe. Gutiérrez, Adrián; «El precedente administrativo en Uruguay», en *Fuentes del Derecho Administrativo,* FCU, Mdeo., ps. 483 y ss).

27 Ver, entre otros, Nieto, Alejandro; Derecho Administrativo..., ob. cit., ps. 259 y ss.

4. Alcance del principio de tipicidad —*«lex certa»*— en el derecho administrativo sancionador

4.1. Abordaje del tema

En el presente numeral abordaremos el análisis del principio de tipicidad, en consideración al carácter de *«lex certa»* y su alcance, tanto desde una perspectiva «estática» y «dinámica».

En efecto, la tipicidad puede analizarse desde dos dimensiones[28]: **a)** una «visión estática» que refiere al análisis de la disposición legal que crea el tipo (infracción)[29]; y **b)** una «visión dinámica» que refiere al momento de la aplicación de la norma legal por la Administración al caso concreto[30]. Por ello, los autores[31] destacan dos momentos en los cuales la tipicidad es aplicada en relación al requisito de *«lex certa»*: el «momento legislativo» y el «momento judicial»[32] (a lo que, en referencia al procedimiento administrativo sancionador, nosotros denominaremos el «momento administrativo»).

4.2. La *«lex certa»* desde una perspectiva estática (el «momento legislativo»)

Con carácter general y como punto de partida, debemos exigir que la ley contenga una delimitación concreta y precisa de las conductas reprochables a efectos de su sanción, en lo que se ha llamado la «vinculación positiva»[33], impidiéndose o al menos restringiéndose de la mayor manera posible, cualquier tipo de «colaboración reglamentaria» que avance sobre aquellos aspectos que hacen y refieren al tipo infraccional.

Si bien ello otorga mayor seguridad y certeza, cumpliendo cabalmente con la reserva de ley, tal como se adelantó en el Derecho administrativo sancionador se ha entendido aplicable una cierta «flexibilización» del principio de tipicidad, atendiendo a las particularidades del Derecho administrativo, se ha afirmado por la doctrina que resulta inimaginable una reserva legal sancionadora de carácter absoluto[34]. De esta forma y en este contexto, la ley podría habilitar que la tipificación de

---

28 Ascárate, Andrés; *Tipificación...,* ob. cit., p. 119 y ss.

29 Aquí adquiere especial relevancia la cuestión de la taxatividad y el denominado «mandato de determinación» o «mandato de tipificación» que da contenido a la exigencia de *lex certa*.

30 En el marco de aplicación del principio de legalidad mediante un proceso de subsunción por lo que, en este momento es que adquieren especial relevancia los aspectos vinculados a la prohibición de la analogía e interpretación de la ley para concluir, en definitiva, a través de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, cuál es la sanción que debe aplicarse, dentro de las expresamente previstas por el legislador.

31 Inzunza, Enrique; «La exacta aplicación de la ley penal en el mandato de determinación», en *Investigaciones Jurídicas No. 38,* Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2009, p. 60, citado por Ascárate, Andrés; *Tipificación...,* ob. cit., ps. 119 y ss.

32 En este punto resulta claro, como la sustentado el Tribunal Constitucional, que no pueden los Tribunales suplir las deficiencias del ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración, quien posee la potestad sancionadora y a quien compete realizar el proceso de aplicación de la norma, correspondiendo a los Tribunales únicamente verificar la corrección de la previa actuación administrativa (Díaz Fraile, Francisco; *Derecho Administrativo Sancionador. Análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* Atelier, Barcelona, 2016, p. 385).

33 Cfe. Novillo, Rodolfo; *Derecho Procesal Administrativo,* Fondo de Cultura Jurídica, Tucumán, 2000, ps. 109 y ss.

34 González Pérez, Jesús; «Garantías frente a la potestad sancionadora...», ob. cit., p. 749.
Para Nieto la precisión absoluta es literalmente imposible, en parte por la incapacidad del legislador, por la inabarcabilidad de la casuística y por la insuficiencia del lenguaje como instrumento de expresión (Nieto, Alejandro; *Derecho Administrativo...*, ob. cit., ps. 307 y 310

la conducta pueda realizarse a través de una norma reglamentaria, dentro de lo que se ha dado en llamar la «cobertura legal» o «autorización legal».

El alcance del principio de tipicidad y su «flexibilización», a través de la denominada «colaboración reglamentaria»[35] o «complementariedad del reglamento»[36], a nuestro criterio, puede aceptarse únicamente y siempre y cuando esa colaboración o complementariedad se realice estrictamente dentro de la «cobertura legal»[37]. Pero entendemos que esa colaboración nunca puede comprender aspectos vinculados o que refieran al «núcleo infraccional», que exige la definición y delimitación legal de la conducta reprochable.

Para nosotros esa «flexibilización» del principio de tipicidad encuentra inevitablemente una triple frontera en cuanto a ciertos límites que no pueden traspasarse. Ellos son:

Un primer límite

Es aplicable respecto de las sanciones que puedan corresponder aplicar ante la comisión de la infracción prevista en la ley. En este ámbito consideramos que debe aplicarse el principio de taxatividad, en base al cual solo pueden aplicarse las sanciones expresamente determinadas en la ley y con el alcance allí previsto.

En base a ello, como lo destaca Ruocco[38], la ley debe prever no solo una previsión expresa de sanciones posibles sino, también una correlación precisa entre las infracciones y sanciones que correspondan, conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por su parte, la calificación de las infracciones como leves, graves o muy graves no puede tampoco depender de la discrecionalidad administrativa o judicial (lo que ha sido rechazado por el Tribunal Constitucional); sino que, debe estar claramente fijada en la ley[39].

Pero también, la ley debe fijar los criterios de graduación de las sanciones (consideración e incidencia de los antecedentes del infractor, grado de culpabilidad o intencionalidad, naturaleza de los perjuicios causados, posición que ocupa el infractor en la Administración, reincidencia, etc.) a efectos de no dejar librado a la Administración la aplicación de circunstancias agravantes en forma discrecional[40].

Un segundo límite

Surge de la reserva de ley, dado que el «núcleo infraccional» debe encontrarse total y estrictamente delimitado en la norma legal. Solo en casos en que ello no pueda resultar razonablemente posible, es que podrá acudirse al mecanismo de la «colaboración reglamentaria». Tal circunstancia deberá analizarse en aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, considerando la adecuación de la norma a la finalidad perseguida, su necesariedad para la protección del bien jurídico, su necesariedad y proporcionalidad.

---

35 *Ibid* ps. 227 y ss.

36 Vázquez, Cristina; «Actividad sancionatoria de las autoridades reguladoras», en *Estudios de Derecho Administrativo No. 2,* La Ley Uruguay, Montevideo, 2010, p. 239.

37 Ver en España jurisprudencia del Tribunal Constitucional (PARADA, Ramón; *Derecho Administrativo T I,* Marcial Pons, 1997, ps. 535 y ss.

38 Ruocco, Graciela; «Principios...», ob. cit., p. 25.

39 Justamente, es la ley la que debe especificar que las infracciones tipificadas ingresan dentro de cada una de las categorías y anudar a cada una de ellas determinadas sanciones o márgenes de sanción (Ruocco, Graciela; «Principios...», ob. cit., 2019, p. 25).

40 La pregunta es: si la ley no establece estos criterios objetivos de graduación de las sanciones ¿la Administración puede utilizarlos para graduar la misma como elementos atenuantes o agravantes? La respuesta, como lo menciona Ruocco, es que lo más aconsejable es que estos criterios sí se encuentren delimitados en la ley para evitar cuestionamientos sobre su procedencia y alcance (Ruocco, Graciela; «Principios...», ob. cit., p. 25). Más allá de compartir esta afirmación, entendemos que para utilizar criterios de graduación de la sanción (en especial cuando los mismos agravan la situación del infractor) deben encontrarse expresamente previstos o, en su defecto, deben encontrarse clara, precisa, expresa, exacta y suficientemente explicitados al motivar la decisión a adoptarse.

En este esquema que venimos de mencionar y, solo y en tanto el legislador haya previsto y delimitado con suficiente claridad la conducta infraccional, será admisible la «colaboración reglamentaria», en la medida en que ésta sea justamente de colaboración, sin incidir de forma alguna en la delimitación del tipo infraccional o «núcleo infraccional».

Y ello, como se dijo, no implica desconocer como lo menciona Ruocco[41] que en ocasiones —y solo en el marco ya referido— no se puede ser tan riguroso en la aplicación del aforismo *«nullum crimen sine lege»* en el campo del poder sancionador administrativo, en donde advierte una mayor flexibilidad en la apreciación de la descripción de las conductas, aunque sin dar lugar a arbitrariedad, situación que eventualmente podría plantearse con definiciones imprecisas o genéricas.

En estos casos, como señala Durán Martínez[42] en palabras de Nieto, nos encontraríamos ante supuestos de una «ley en blanco» lo que no supone un «cheque en blanco» a la Administración[43]; se trata —afirma Durán Martínez— de una ley incompleta por su contenido o una ley de remisión por su función[44], que consciente de sus carencias encomienda efectivamente al reglamento la tarea de complementarla, aunque indicándole cómo debe realizar esa complementación en lo que denomina una «tipificación en dos pasos» o, por otros autores, «tipificación indirecta».

Una especial mención requiere la utilización de conceptos jurídicos indeterminados y si el uso de los mismos resulta compatible o no con el principio de tipicidad. En este caso, consideramos que el legislador debe recurrir a la utilización de los mismos, solo y en la medida en que no sea justificadamente posible concretizar la figura infraccional o el «núcleo infraccional» a través de una definición precisa de la conducta reprochable y su alcance. En tal caso, deberá surgir razonablemente fundada el uso de tal opción por el legislador y, siempre que el concepto jurídico indeterminado utilizado permita prever con suficiente seguridad la naturaleza y características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada[45].

Un tercer límite

Se encuentra vinculado a lo reseñado precedentemente y surge de lo que Balbín[46] denomina el alcance y delimitación del «núcleo sancionatorio», que Ascárate llama el «núcleo mínimo» y Ruocco[47] «núcleo básico», y al que nosotros ya referimos como «núcleo infraccional».

La norma legal debe siempre contener el desarrollo del «núcleo infraccional» de manera que la determinación de la existencia de una infracción y la consecuente sanción pueda ser aplicada directamente, sin necesidad de reglamentación o regulación complementaria.

De esta forma, el «núcleo infraccional» debe permitir que el destinatario de la norma logre comprender con un grado de certeza suficiente *(lex certa)*, cuál es la conducta que el legislador considera infraccional y su consecuencia (sanción). Por lo expuesto, el grado de «certeza» sobre la conducta reprimida por el legislador debe surgir de la ley y debe ser lo suficiente y razonablemente clara como para ser comprendida por su destinatario y por la Administración que debe aplicar la solución al caso concreto.

---

41 Ruocco, Graciela; «Principios...», ob. cit., p. 21.

42 En estos casos, como señala Durán Martínez en palabras de Nieto, nos encontraríamos ante supuestos de una «ley en blanco» lo que no supone un «cheque en blanco» a la Administración; se trata —afirma Durán Martínez— de una ley incompleta por su contenido o una ley de remisión por su función, que consciente de sus carencias encomienda efectivamente al reglamento la tarea de complementarla, aunque indicándole cómo debe realizar esa complementación en lo que denomina una «tipificación en dos pasos» o, por otros autores, «tipificación indirecta» (Durán Martínez, Augusto; *Procedimiento Administrativo...,* ob.cit., p. 173).

43 En el mismo sentido: Ascárate, Andrés; *Tipificación...,* ob. cit., p. 129.

44 Para que la remisión sea legítima debe recaer en normas concretas que contengan los elementos definidores de la infracción sancionable (Cfe. García Gómez de Mercado, Francisco; *Sanciones Administrativas. Garantías, Derechos y Recursos del presunto responsable,* Comares, Granada, 2017, p. 20).

45 Ruocco, Graciela; «Principios...», ob. cit., p. 21.

46 Balbín, Carlos; *Tratado de Derecho Administrativo,* La Ley Bs.As., 2011, p. 760.

47 Ruocco, Graciela; «Principios...», ob. cit., p. 20.

En este sentido, un criterio que podría resultar aplicable es el utilizado por la llamada doctrina de la «nulidad por vaguedad» *(void for vagueness)* elaborada por la Suprema Corte de Estados Unidos, en base a la cual se declaran inconstitucionales las prohibiciones que no puedan ser comprendidas por una persona «común y corriente», ordinaria o «de inteligencia media», aunque este criterio ha sido aplicado con más laxitud en el ámbito administrativo[48].

Otro criterio que puede considerarse es el del «test de previsibilidad» utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, exigiendo que la norma legal sea «accesible y previsible». En base a ello, como lo destaca Ascárate[49], el Tribunal Europeo de Derechos Humanos elaboró el mandato de taxatividad en torno a esa idea de previsibilidad de las normas punitivas que, en lo sustancial refiere a que el resultado de la tipificación en un caso concreto debe ser coherente con la esencia de la infracción y razonablemente previsible.

El «test de previsibilidad» supone así, que los destinatarios puedan saber que corren un riesgo real de incriminación al adoptar determinadas conductas, lo que en el sistema anglosajón se conoce como la doctrina del *«thin ice»* (avisar a los patinadores que el lago de hielo puede quebrar, no de señalar los concretos puntos donde esto puede suceder, o donde es más probable que suceda)[50].

En este sentido, puede verse la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Baena, Ricardo vs. Panamá.

4.3. La *«lex certa»* desde una perspectiva dinámica (el «momento administrativo»): alcance del reglamento

La ley —preexistente a la situación que se pretende aplicar— debe tener en su sustancia contornos bien definidos. Lo que no puede hacerse por vía reglamentaria, porque se requiere ley a tal efecto; y no puede hacerse aun contando con la autorización legislativa, pues de lo contrario existiría una delegación legislativa inadmisible en nuestro ordenamiento jurídico.

Siguiendo con lo expresado por Balbín[51], lo relevante no es que la reglamentación pueda eventualmente limitarse a complementar el alcance de lo determinado por la ley sobre el «núcleo infraccional» («núcleo sancionatorio» como lo denomina el autor) pues, en este caso no existiría una violación del principio de tipicidad; sino que, la reglamentación no puede de ninguna forma incidir en la determinación o delimitación del alcance concreto de la infracción que es de reserva de la ley.

La cuestión radica entonces, como lo destaca Nieto[52], en determinar el grado aceptable o razonable de «flexibilización» en tanto, como afirma el citado autor, la tipificación puede ser lo bastante flexible como para permitir un margen de actuación a la hora de determinar la infracción y la sanción concreta, pero no tanto como para autorizarla para que crear —vía reglamentaria— figuras de infracción supliendo imprecisiones de la norma.

La reglamentación podrá solo estar dirigida a complementar el «núcleo infraccional» regulado en la ley, pero no a innovar a su respecto, debiendo ceñirse a aquellos aspectos vinculados a la aplicación de la ley. Como lo afirma Marengo[53]: a delinear los complementos indispensables

48 Ascárate, Andrés; *Tipificación...,* ob. cit., p. 156.

49 Ascárate, Andrés; *Tipificación...,* ob. cit., ps. 160 y 161.
Ver: allo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Kokkinakis vs. Greece No. 14207/88 de 25/5/0993 y Cantoni vs. France No. 45/1995/551/637 de 15/11/1996.
A nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede verse el asunto «López Méndoza vs. Venezuela», Sentencia de 1/9/2011.

50 Cfe. Ascárate, Andrés; *Tipificación...,* ob. cit., p. 162.
Fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Kokkinakis vs. Greece No. 14207/88 de 25/5/0993 y Cantoni vs. France No. 45/1995/551/637 de 15/11/1996.
A nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede verse el asunto «López Méndoza vs. Venezuela».

51 Balbín, Carlos; *Tratado...,* ob. cit., p. 760.

52 Cfe., entre otros, García Pulles, Fernando; *Principios...,* ob. cit., ps. 93 y ss.

53 Marengo, Federico; «El principio de legalidad de las sanciones administrativas. Su proyección en el ámbito de las relaciones del consumo», en https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/46532-principio-legalidad-sanciones-administrativas-su-proyeccion-ambito-relaciones-del

para la concreción de la finalidad legalmente establecida o, como lo menciona García Pulles[54]: solo podrá regular contenidos de detalle y/o de aplicación de las disposiciones legales en materia infraccional-sancionadora.

De lo contrario a lo que viene de mencionarse, en caso de que la reglamentación exceda su ámbito de aplicación e invada el de la reserva de la ley, la misma resultará ilegítima.

4.4. La *«lex certa»* desde una perspectiva dinámica (el «momento administrativo»): aplicación al caso concreto

Corresponde a la Administración calificar las infracciones, al momento de dictar un acto administrativo en el caso concreto, teniendo en cuenta que al hacerlo no desarrolla una facultad discrecional, sino una actividad jurídica de aplicación de normas que exige como presupuesto objetivo el encuadre de la conducta en el tipo predeterminado por ley y, en su caso como se vio, «complementado reglamentariamente»[55].

Lo expuesto determina, como lo ha establecido el Tribunal Constitucional, que la Administración sancionadora precise de manera suficiente y correcta al momento de dictar el acto sancionador, cuál es el tipo infractor con base en el que se impone la sanción debiendo motivar en qué norma se ha efectuado la predeterminación[56].

Y esa motivación debe ser clara, suficiente, congruente y exacta[57].

Como lo mencionamos *ut supra,* la conducta reprochable a través de la imposición de una sanción, por parte de la Administración, debe ser previsible para su destinatario. Y ello, debe ser considerado especialmente por la Administración al dictar el acto administrativo[58].

En base a lo expuesto puede suceder que: a) ante una imputación administrativa se compruebe que la complejidad u oscuridad del ordenamiento impidieron a un presunto infractor conocer el deber incumplido, lo que determinará que no pueda imputársele responsabilidad en los hechos y b) si la norma no es lo suficientemente clara o y previsible, podrá ser declarada inconstitucional[59].

Por ello, y en lo que refiere a la determinación de la sanción aplicable al caso concreto, cabe realizar las siguientes puntualizaciones: i) cuando la norma legal prevé diversas soluciones, o un mínimo y un máximo dentro del mismo tipo de sanción, debe aplicarse el principio de proporcionalidad —vinculado al de razonabilidad— que impide a la Administración elegir arbitrariamente las sanciones aplicables, sin analizar previamente la gravedad y transcendencia de la conducta infractora, así como otros aspectos conforme a los criterios de ponderación que deben encontrarse establecidos por el legislador[60], y ii) la Administración deberá considerar el principio de «progresividad» que determina que, en los casos en que existan varias alternativas sancionadoras posibles —todas ellas legítimas— debe aplicarse aquella sanción de menor gravedad[61] lográndose, en definitiva, la reprimenda que se pretende como ejemplo dirigido a la sociedad.

---

54 Cfe. García Pulles, Fernando; *Principios...,* ob. cit., ps. 95 y 102.

55 Ruocco, Graciela; «*Principios...*», ob. cit., p. 147

56 Cita de Díaz Fraile, Francisco; *Derecho Admnistrativo...,* ob. cit., ps. 386 a 389.
El citado Tribunal ha aceptado que dicha motivación surga de manera «razonablemente deducible».

57 Gutiérrez, Adrián; «La forma y la motivación de las decisiones administrativas», en *Estudios de Derecho Administrativo No. 18,* La Ley Uruguay, Mdeo. 2018, ps. 147 y ss.

58 Ver Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso «López Mendoza vs. Venezuela, en cita de la jurisrudencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos al pretender establecer los parámetros a considerar para otorgar seguridad jurídica al momento en que se procede a la «tipificación administrativa». En referencia al «test de previsibilidad» puede verse al caso ventilado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos «López Lone vs. Honduras».

59 Cfe. Ascárate, Andrés; *Tipificación...,* ob.cit., p. 178.

60 Y en ausencia de tales criterios o pautas, con precisos y concretos fundamentos que justifiquen la elección realizada (García Pulles, Fernando; *Principios...,* ob. cit., p. 162).

61 Cfe. García Pulles, Fernando; *Principios...,* ob. cit., p. 160.

Bibliografía

Ascárate, **Andrés**; *Tipificación de la Infracción Administrativa,* Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019.

Balbín, **Carlos**; *Tratado de Derecho Administrativo,* La Ley Bs.As., 2011.

Cassagne, **Juan**; *Estudios de Derecho Público*, Depalma, Bs.As., 1995.

Cassagne, **Juan Carlos**; *Los Grandes Principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo*), Reus, Madrid, 2016.

Delpiazzo, **Carlos**; *«Conceptos de sanción administrativa y otros»,* en Estudios de Derecho Administrativo No. 2 – 2010, La Ley Uruguay, Mdeo., 2011.

Díaz Fraile, **Francisco**; *Derecho Administrativo Sancionador. Análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* Atelier, Barcelona, 2016.

Durán Martínez, **Augusto**; *Procedimiento Administrativo. Especial referencia al procedimiento administrativo sancionatorio en materia laboral,* FCU, Montevideo, 2023.

Durán Martínez, **Augusto**; «Supuesto del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. Infracciones administrativas», en *Derecho Administrativo Sancionatorio*, FCU, Montevideo, 2019.

Frister, **Helmut**; *Derecho Penal. Parte General,* Hammurabi, Buenos Aires, 2016.

García de Enterría, **Eduardo** y **Fernández**, **Tomás**; *Curso de Derecho Administrativo T.I,* Civitas, Madrid, 2000.

García de Enterría, **Eduardo**; «La reacción frente al Estado absoluto y el mito de una sociedad autosuficiente», en *Revolución Francesa y Administración Contemporánea»,* Civitas, Madrid, 1994.

García Pulles, **Fernando**; *Principios del Derecho Administrativo Sancionador,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2020.

García Pulles, **Fernando**; «Sanciones de policía. La distinción entre los conceptos de delitos y faltas y contravenciones y la potestad sancionatoria de la Administración», en *Servicio Público, Policía y Fomento,* Jornadas organizadas por la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2003.

Gómez Tomillo, **Manuel** y **Sanz Rubiales**, **Iñigo**; *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General.* Thomson Reuters, Navarra, 2017.

González Pérez, **Jesús**; «Garantías frente a la potestad sancionadora de la Administración», en *Memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal,* UNAM, México, 1996.

Guariglia, **Carlos**; *El Conflicto entre Derechos Fundamentales*, AMF, Mdeo., 2007.

Gutiérrez, **Adrián**; *La Clausura Tributaria DGI-BPS*, FCU, Mdeo., 2008.

Gutiérrez, **Adrián**; «El precedente administrativo en Uruguay», en *Fuentes del Derecho Administrativo,* FCU, Mdeo.

Gutiérrez, **Adrián**; «Principios de legalidad y tipicidad en el ámbito administrativo-disciplinario (con especial referencia a la Ley No. 19.121)», en *El Procedimiento Administrativo y la Función Pública en la Actualidad*, FCU, Mdeo., 2014.

Gutiérrez, **Adrián**; «La forma y la motivación de las decisiones administrativas», en *Estudios de Derecho Administrativo No. 18,* La Ley Uruguay, Mdeo. 2018.

Inzunza, **Enrique**; «La exacta aplicación de la ley penal en el mandato de determinación», en *Investigaciones Jurídicas No. 38,* Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2009.

Jiménez De Asúa, **Luis**; *La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal,* Hermes, Buenos Aires, 1963.

Krause, **María Soledad**; «El principio de taxatividad en el Derecho penal administrativo, en *Derecho, sanción y justicia penal,* B de F, Buenos Aires, 2017.

Lorenzo, **Susana**; *«Sanciones Administrativas»,* BdeF, Mdeo., 1996.

Novillo, **Rodolfo**; *Derecho Procesal Administrativo,* Fondo de Cultura Jurídica, Tucumán, 2000.

Martín Rebollo, **Luis**; *Leyes Administrativas,* Thomson Reuters, Pamplona, 2013.

Montesquieu; *El Espíritu de las Leyes,* Heliastra SRL, Buenos Aires, 1984.

Nieto, **Alejandro**; Derecho Administrativo Sancionador, Tecnos, Madrid, 2017.

Nieto, **Alejandro**; «Los principios de tipicidad y culpabilidad en las infracciones en materia de consumo, en *Estudios de Consumo No. 3,* Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1984

Núñez, **Ricardo**; *Tratado de Derecho Penal TI. Parte General,* Lerner, Buenos Aires, 1976.

Parada, **Ramón**; *Derecho Administrativo T II,* Dykinson, Madrid, 2019.

Risso Ferrand, **Martín**; *Derecho Constitucional, T.I*, FCU, Mdeo., 2006.

Ruocco, **Graciela**; «Principios aplicables al régimen administrativo sancionatorio», en *Derecho Administrativo Sancionatorio*, FCU, Montevideo, 2019.

Ruocco, **Graciela**; «Principios de legalidad, tipicidad y de prescripción en materia de actividad sancionatoria de la Administración», en *Estudios de Derecho Administrativo* No. 2–2010.

Vázquez, **Cristina**; «Actividad sancionatoria de las autoridades reguladoras», en *Estudios de Derecho Administrativo No. 2,* La Ley Uruguay, Montevideo, 2010

Veloso, **Natalia**; «El principio de tipicidad en el Derecho administrativo sancionatorio», en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo No. 36,* Año 2019.

3

APUNTES SOBRE EL USO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN ADMINISTRATIVE JUSTICE. NOTES

Alfredo Delgadillo López[1]

Para mi padre, el gran César Delgadillo Gutiérrez.

RESUMEN: Este trabajo tiene el objetivo de exponer que el uso de la tecnología en el contencioso administrativo ayuda a combatir la lenta impartición de justicia y, por lo tanto, con mayor facilidad se puede hacer realidad el derecho de acceso a la tutela judicial efectiva, así como la restitución de derechos gracias a esta. Posteriormente, para destacar la importancia de utilizar a la tecnología en la impartición de justicia en materia administrativa sobre cualquier otra rama del derecho, se describe al contencioso administrativo a la luz de la ética pública y la teleología del derecho administrativo. Por último, se habla sobre la implementación de la Inteligencia Artificial en la función jurisdiccional, sus beneficios, obstáculos y oportunidades con énfasis en el contencioso administrativo.

PALABRAS CLAVE: Derecho administrativo, contencioso administrativo, tecnología, inteligencia artificial.

ABSTRACT: This paper aims to demonstrate that the use of technology helps to get judicial processes faster. As a result, the human right to effective judicial protection and the restitution of rights through it can be more easily realized. To emphasize the importance of using technology in the administrative justice over any other matter of law, administrative justice is described based of public ethics and the teleology of administrative law. Finally, this paper discusses the implementation of Artificial Intelligence in the judicial function, its benefits, obstacles and opportunities with emphasis on administrative justice.

KEYWORDS: Administrative law, administrative justice, technology, artificial intelligence.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. NOTAS GENERALES SOBRE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. 3. LA FINALIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN TIEMPOS DE IA. 4. IA EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

Si se abre un periódico sobre novedades jurídicas es posible encontrar los siguientes encabezados, tal y como sucedió al leer el portal abogado.digital:

«En Reino Unido autorizan a jueces a usar ChatGPT» (13 de diciembre de 2023), «En Brasil aprueban por unanimidad una ley escrita íntegramente por ChatGPT» (5 de diciembre de 2023),

1 Miembro de la Academia Mexicana de Derecho Informático. Estudiante de la Maestría Anticorrupción en la Universidad Panamericana. Abogado y Consultor en derecho administrativo.

«Inteligencia Artificial redactó 6 000 sentencias para el Poder Judicial de Río Negro» (26 de noviembre de 2023), «Juez brasileño usa IA para redactar una sentencia; ChatGPT redactó jurisprudencias falsas» (12 de noviembre de 2023), «La Inteligencia Artificial generativa es solo una fase, lo que sigue es la IA interactiva» (11 de noviembre de 2023), «La UE aprueba la primera ley de IA en el mundo» (9 de diciembre de 2023), «La Junta Europea de Protección de Datos prohíbe a Meta procesar datos personales con fines de publicidad comportamental» (7 de diciembre de 2023), «El Departamento de Justicia de Estados Unidos designa a su primer Jefe de Inteligencia Artificial» (marzo 4 de 2024), «La Eurocámara aprueba una ley histórica para regular la inteligencia artificial» (13 de marzo de 2024). Por lo tanto, el desarrollo de las tecnologías en esta Cuarta Revolución Industrial es clave para explicar las transformaciones sociales y jurídicas de los últimos años a nivel global. Hoy es imposible negar la dependencia que se tiene de las tecnologías, ya que se realizan actos jurídicos diariamente a través de herramientas digitales.

Ahora bien, al ser el derecho administrativo una ciencia social que tiene como finalidad el beneficio y desarrollo de las personas, es evidente que, si se transforma la sociedad, también lo hace éste paralelamente, por lo que sería ilógico no estudiar la convergencia entre el derecho administrativo y la Cuarta Revolución Industrial.

En este sentido, el papel de los tribunales de lo contencioso administrativo resulta trascendental para potenciar la protección de los derechos al impartir justicia de manera más pronta y reducir los plazos de cada actuación sin sacrificar la humanidad de las decisiones. Por ende, la necesidad de impartir justicia en materia administrativa es más urgente que en cualquier otra rama del derecho en virtud de que es en el contencioso administrativo en donde se combate la juridicidad de los actos de las administraciones públicas, es decir, donde se combate a un ente que tiene un poder extraordinario al buscar ser un contrapeso.

Por lo tanto, con el objetivo de enfrentar los rezagos y los obstáculos en la impartición de justicia administrativa, así como sus consecuencias, se ha considerado que utilizar a la tecnología puede reducir plazos, hacerla más pronta, transparente, accesible y democrática.

2. Notas generales sobre la inteligencia artificial

En la década de los cincuenta del siglo XX se iniciaron los estudios sobre la Inteligencia Artificial (IA)[2]. En una puntual explicación, Nohara y Da Silva consideran a esta tecnología como una máquina que imita al humano gracias a los algoritmos, asimismo describen que hay una IA débil y una IA fuerte, la primera como softwares de «almacenamiento de datos (...) que ejecuta determinadas tareas a partir de esos datos»[3], por su parte, la última «crea nuevas respuestas a partir de esos datos»[4].

La IA tiene como elemento primordial al algoritmo, es decir, para que aquella funcione es necesario una recopilación de datos de acuerdo a una finalidad determinada, posteriormente, diseñar algoritmos que permitan poner en marcha la IA encaminada a una decisión preestablecida. Ahora bien, de acuerdo a Guy Mazet, «el algoritmo es (...) un conjunto de reglas lógicas generadas, a partir de datos, que son escritas por humanos y son enseguida aplicadas de manera automatizada»[5].

En este sentido, agrega el profesor Guy Mazet que con el acelerado uso de algoritmos y su perfeccionamiento se ha transitado hacia una IA que ha avanzado al grado de razonar, «pasamos de un mundo de programación hacia un mundo de aprendizaje»[6], en el primero solamente se eje-

2 Nohara, Irene Patricia y Da Silva Santanna, Gustavo, «Análisis del impacto de la regulación y las nuevas tecnologías en la gestión pública. Mejora de regulación y la tecnología en el derecho administrativo contemporáneo», en Moreno, Luis Ferney *et al* (coords.), *Tecnología, Administración Pública y Regulación*, Colombia, Universidad Externado, 2021, p. 228.

3 Ídem.

4 Ídem.

5 Mazet, Guy, *Apuntes sobre las políticas y legislaciones en informática a la luz del derecho administrativo mexicano,* en Matute González, Carlos Fernando (recopilador), México, Tirant lo Blanch, 2021, p. 266.

6 *Ibidem*, p. 83.

cutan las instrucciones que permiten llegar al objetivo para el cual esa tecnología se creó, en el segundo se enseña constantemente y de manera automatizada al sistema de IA a pensar[7]. Por ende, concluye el profesor Mazet que «la IA, en términos generales, es un dispositivo informático dotado de una capacidad de autonomía»[8].

Por su parte, la jurista Adriana Campuzano Gallegos considera que la IA «es un sistema basado en máquinas que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por el ser humano, hacer predicciones, recomendaciones o decisiones que influyen en entornos reales o virtuales (...) se refiere a la posibilidad de que sistemas no humanos imiten y reproduzcan los procesos que están presentes en la inteligencia humana»[9].

Por otra parte, explicó el ingeniero y abogado Iván Díaz González en el «Segundo Seminario Derecho Administrativo en la Cuarta Revolución Industrial» celebrado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, que la IA es

> Un conjunto de sistemas de software (y posiblemente también de hardware) diseñados por humanos que actúan en la dimensión física o digital al percibir su entorno a través de la adquisición de datos, interpretación de los datos recopilados, realizando un razonamiento sobre el conocimiento o el procesamiento de la información derivado de estos datos que tiene el fin de decidir las mejores acciones para lograr el objetivo dado»[10].

En este orden de ideas, el abogado digital Joel Gómez enfatiza en la oportunidad para los juristas de utilizar a las tecnologías solamente como herramientas que realizan tareas rutinarias y monótonas, mismas que no requieren de raciocinio jurídico, con el fin de que permitan enfocarse en lo que es realmente la adecuada y óptima prestación de servicios jurídicos:

> El objetivo de la inteligencia artificial en este campo no es cambiar la naturaleza del trabajo legal o reemplazar a los abogados humanos, sino permitir que éstos se concentren en tareas más cognitivas, tales como: desarrollar argumentos legales, en lugar de pasar largos periodos en tareas rutinarias como redactar y revisar documentos; ampliar la investigación de archivos de casos[11].

Ahora bien, el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo en su Carta Iberoamericana de Inteligencia Artificial en la Administración Pública, la explica como una tecnología que aprende y actúa como los humanos gracias a los datos y algoritmos que utiliza, además la clasifican en 4 niveles: IA Internet, IA negocio, IA percepción, IA autónoma, donde las 2 primeras son niveles de IA débil y los últimos son niveles de IA fuerte. A la letra la definen como:

> Un tipo especial y disruptivo de tecnología de la información y comunicación (TIC), basada en la utilización de datos y algoritmos, capaz de generar aprendizaje y comportamiento considerado autónomo y/o inteligente, así como desarrollar tareas habitualmente consideradas humanas, centradas en la consecución de determinados objetivos, incluyendo diferentes ámbitos de aplicación, entre otros, la percepción, el razonamiento o la acción[12].

---

7 Ídem.

8 Ídem.

9 Campuzano Gallegos, Adriana, *Inteligencia Artificial para abogados. Ya es tiempo...* México, Thomson Reuters, 2019, pp. 10 y 11.

10 Díaz González, Iván, «Inteligencia Artificial y Derecho Administrativo» en *Segundo Seminario Derecho Administrativo en la Cuarta Revolución Industrial,* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma, 2023.

11 Gomez Treviño, Joel» Legal Tech, Reg Tech e inteligencia artificial: La tecnología al servicio del Derecho», *Abogado Corporativo ANADE*, septiembre - octubre 2018. Disponible en: *https://joelgomez.abogado.digital/wp-content/uploads/2019/09/Legal-Tech_AC67_ENVIO.pdf*

12 Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, *Carta Iberoamericana de Inteligencia Artificial en la Administración Pública*, 2023, p. 6.

Respecto a la IA autónoma se destaca que «los robots y máquinas dispondrán de capacidades hasta ahora fundamentalmente atribuibles a los seres humanos, incluyendo analizar, recordar, aprender, anticipar, pero también percibir, decidir, crear o sentir»[13].

Ahora bien, en el reciente Reglamento de la Unión Europea sobre IA la explican como:

> Un conjunto de tecnologías en rápida evolución que contribuye a generar beneficios económicos, medioambientales y sociales muy diversos en todos los sectores económicos y las actividades sociales. El uso de la IA puede proporcionar ventajas competitivas esenciales a las empresas y facilitar la obtención de resultados positivos desde el punto de vista social y medioambiental en los ámbitos de la asistencia sanitaria, la agricultura, la seguridad alimentaria, la educación y la formación, los medios de comunicación, el deporte, la cultura, la gestión de infraestructuras, la energía, el transporte y la logística, los servicios públicos, la seguridad, la justicia, la eficiencia de los recursos y la energía, el seguimiento ambiental, la conservación y restauración de la biodiversidad y los ecosistemas, y la mitigación del cambio climático y la adaptación a él, entre otros, al mejorar la predicción, optimizar las operaciones y la asignación de los recursos, y personalizar las soluciones digitales que se encuentran a disposición de la población y las organizaciones.

Por lo tanto, se puede concluir que es necesario para que la IA funcione una recopilación de datos de acuerdo a una finalidad previamente establecida. Posteriormente, diseñar algoritmos (conjunto de reglas lógicas generadas) que permitan poner en marcha esa IA para que se encamine a una decisión predeterminada de manera automatizada.

El reto es que se respete la intimidad de las personas y que decidan si desean o no ser objeto de decisiones automatizadas, por su parte, si las personas quieren participar en esta transformación digital deben de otorgarles certeza jurídica en materia de ciberseguridad en aras de proteger sus datos personales. Si se cumplen con ambas, los tribunales no tienen pretextos para no implementar la IA en sus funciones.

3. La finalidad del derecho administrativo en tiempos de IA

En opinión del autor de este trabajo, la suma de la ética en las gestiones de lo público más la finalidad del derecho administrativo tiene que ser el punto de partida que oriente cualquier actividad de los involucrados en la impartición de justicia administrativa ya sea tradicional o por medios digitales.

Respecto a la ética. En las personas que crean, desarrollan e implementan tecnologías que impactarán en lo público así como en los funcionarios de los tribunales y juzgados de lo contencioso administrativo que utilizarán tecnologías tienen que existir valores éticos, por eso el profesor Jaime Rodríguez Arana explica que estos son «la voluntad de servicio al ciudadano, eficaz utilización de los medios públicos, ejercicio indelegable de la responsabilidad, lealtad a la organización, búsqueda de la objetividad e imparcialidad administrativa, perfeccionamiento técnico y profesional»[14]. Continúa el citado profesor español indicando que «es imprescindible que la actividad del funcionario esté presidida por un conjunto de valores humanos que están inseparablemente unidos a la idea del servicio»[15].

Por su parte, el profesor uruguayo Carlos Delpiazzo, considera que la ética es un tema donde la generalidad pretende identificar en reglas lo bueno y lo malo con el fin de que se convierta en algo objetivo, por ello indica que se refiere a:

> Lo que está objetivamente bien o mal por encima de las opiniones subjetivas de cada persona. Tal calificación debe tener en cuenta siempre tres elementos: el objeto, el fin y las

13 Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, *Carta Iberoamericana de Inteligencia Artificial en la Administración Pública*, 2023, p. 9.

14 Rodríguez Arana, Jaime, «La ética en la administración pública», en Fernández Ruíz, Jorge (coord.) *Derecho administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados,* México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 544.

15 *Ibídem,* p. 545.

circunstancias. Por lo tanto, no basta la buena intención y el fin no justifica los medios. Es en la universalidad de las reglas por aplicar que uno puede medir si las conductas son objetivamente buenas o malas; dicho en términos negativos: «no hagas a los demás lo que no quieres que hagan contigo», y dicho en términos positivos: «trata a los otros como te gustaría ser tratado»[16].

Ahora bien, para que la creación, uso y desarrollo de tecnologías utilizadas tanto en las gestiones de lo público como en la impartición de justicia administrativa obligatoriamente partan de la ética es menester hablar del derecho humano a la buena administración, pues si la ética objetivamente nos indica qué es lo bueno y qué es lo malo, entonces positivizar el término «bueno» ayuda a combatir todo lo malo, que es lo antiético. Por lo tanto, hay que remitirse a dos reflexiones del profesor español Rodríguez Arana donde explica el derecho a la «buena» administración:

1.- El ciudadano es ahora no sujeto pasivo, receptor mecánico de servicios y bienes públicos, sino sujeto activo, protagonista, persona en su más cabal expresión, y por ello aspira a tener una participación destacada en la configuración de los intereses generales porque estos se definen, en el Estado social y democrático de derecho, a partir de una adecuada e integrada concertación entre los poderes públicos y la sociedad articulada[17].

2.- El derecho fundamental a la buena administración pública trae consigo, con todas sus consecuencias, la centralidad de la persona en el régimen jurídico de la Administración Pública[18].

Respecto a la finalidad del derecho administrativo. En este orden de ideas, con el objetivo de describir cuál es la finalidad del derecho administrativo y poder responder ¿para qué sirve esta rama del Derecho?, es necesario estudiar las reflexiones que presenta el Doctor Béjar Rivera, quien escribe dos puntos ilustradores:

1. El Derecho Administrativo tiene un fin consistente en la tutela del Bien Común y la promoción de los derechos fundamentales, entendiendo la razón de ser de un balance entre el ejercicio del poder público, y el Bien Común y los derechos fundamentales[19];

2. El Derecho Administrativo es en sí, la rama del Derecho Público que consagra las reglas sometidas a la ley y al derecho, con el fin de que la Administración Pública tutele el interés personal en su dimensión colectiva, es decir, el Bien común, y en concordancia en todo momento, no solo con la tutela, sino también con la promoción de los derechos fundamentales[20].

Esto significa que el derecho administrativo es una rama del derecho público que únicamente puede existir en un Estado de Derecho porque las relaciones jurídicas que rigen a los particulares no pueden aplicar en el mismo sentido a las relaciones entre estos y las administraciones públicas, debido a que las partes poseen diversas naturalezas y necesitan a un juez especializado que decida imparcialmente sobre temas esencialmente benéficos para lo público, como el interés general, con el objetivo de combatir arbitrariedades y se desarrolle una buena administración que respete derechos fundamentales y afronte los retos de la globalización y, actualmente, la era digital.

Es por esto que se puede hablar de un paralelismo entre la naturaleza y finalidad de la tecnología y el derecho administrativo, pues como explicó Delgadillo López, la tecnología tiene las siguientes características: «nace del ser humano con el fin de satisfacer sus necesidades, tanto

16 Delpiazzo, Carlos, «Dimensión ética de la buena administración», *Revista Dignitas*, año XV, núm 41, julio - diciembre 2021, p. 16.

17 Rodríguez Arana, Jaime, «El derecho fundamental a la buena administración y el derecho administrativo», *Revista Dignitas*, año XV, núm 41, julio - diciembre 2021, p. 121.

18 *Ibidem,* p. 132.

19 Béjar Rivera, Luis José, *Fundamentos de Derecho Administrativo. Objeto, historia, fuentes y principios*, México, Tirant lo Blanch, 2012, p. 36.

20 Ídem.

en lo individual como en lo colectivo»[21], asimismo, es indispensable que «no pierda su sentido auténtico de servir a la sociedad para mejorar las condiciones de vida y desarrollo»[22], las cuales son idénticas tanto a la ética en lo público como a la finalidad del derecho administrativo. En este sentido, al momento de crear, diseñar y ejecutar un sistema de impartición de justicia mediante herramientas digitales es necesario considerar que «a mayor desarrollo de tecnología más amplia es la esfera de derechos y, por lo tanto, también la de obligaciones»[23].

En estos tiempos de Cuarta Revolución Industrial hay una convergencia con el derecho administrativo, pues los inéditos que más se estudian son la gestión de la función administrativa a través de los medios digitales, el impacto del big data en la administración pública, la gestión de los servicios públicos a través de las herramientas digitales, el desarrollo de los procesos administrativos por medio de las tecnologías, el vínculo entre la IA y el derecho administrativo, los actos administrativos automatizados, la responsabilidad administrativa por el uso de tecnología, la justicia algorítmica en el contencioso administrativo, los tribunales de lo contencioso administrativo digitales, la IA en el análisis y elaboración de sentencias, así como el uso de IA en la evaluación de recursos.

Por lo tanto, se puede entender que la óptica de los tribunales de lo contencioso administrativo se torna hacia la transformación digital del derecho administrativo, específicamente el uso de tecnologías como elementos que hagan realidad la buena administración, pues es factible utilizar las TIC's en los órganos de la administración pública para mejorar la información y los servicios ofrecidos a los ciudadanos, orientar la eficacia y la eficiencia de la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y la participación de los ciudadanos, alfabetizar digitalmente a los funcionarios, reducción de brecha digital, avanzar paralelamente a la tecnología poniendo a las personas y al interés general como el punto de partida, además de reducir plazos en procesos administrativos y la impartición de justicia administrativa pronta.

En conclusión, para el beneficio del interés general y con el objetivo de combatir arbitrariedades, es mejor tener tanto a la herramienta tradicional como a la ciberespacial que solamente contar con una de ellas, pero esta tiene que partir de fines éticos que no se deshumanicen ni privaticen.

4. IA en el contencioso administrativo

No es algo utópico para México hablar del uso de IA en la impartición de justicia administrativa, pues ya se utilizan herramientas digitales en las gestiones de lo público. De acuerdo al Índice de Preparación Gubernamental para la Inteligencia Artificial de Oxford Insights 2021, el gobierno mexicano se encontró en el lugar número 60 de 160 países evaluados; en el séptimo de América, y en el quinto de Latinoamérica. Tiene una buena calificación por su infraestructura digital y las políticas de datos abiertos; se encuentra reprobado en las áreas de habilidades tecnológicas, digitalización y la innovación en el sector público.

Posteriormente, en el Índice de Preparación Gubernamental para la Inteligencia Artificial de Oxford Insights 2023, el gobierno mexicano se posicionó en el lugar número 68 de 194 países evaluados; en el décimo de países de América; en el octavo de Latinoamérica. Conserva una buena calificación por su infraestructura digital y las políticas de datos abiertos, además sigue reprobado en las áreas de habilidades tecnológicas, digitalización y la innovación en el sector público.

Esto nos da una pauta que permite ubicar las posibilidades de implementar IA en el contencioso administrativo. Cabe destacar que el uso de tecnologías en la impartición de justicia en el contencioso administrativo es distinta a la judicial, pues al estudiar la teleología del derecho administrativo, se entiende que debe ser un procedimiento completamente fácil de tramitar, sin

21 Delgadillo López, Alfredo, «Los derechos constitucionales en México en tiempos de Cuarta Revolución Industrial, en Delgadillo López, Alfredo (coord.) *Diálogos en DH (11). Tecnologías de la Información y Comunicación,* México, CODHEM, 2022, p. 28.

22 *Idem.*

23 *Idem.*

obstáculos, transparente, más protector, con el fin de que sirva como una herramienta más a las personas para combatir arbitrariedades de las administraciones públicas, y se le complemente o apoye al ciudadano en el proceso cuando exista alguna deficiencia técnica jurídica o informática las 24 horas del día en los 7 días de la semana, a guisa de chatbot que se vaya personalizando de acuerdo a las necesidades y dudas del justiciable.

En este sentido, hay que utilizar a la tecnología adecuada a manera de herramienta ambivalente: a) con el objetivo de que las personas participen con mayor facilidad en el proceso judicial que va a restituir sus derechos vulnerados por la autoridad, y b) que los funcionarios de los sistemas de justicia administrativa cumplan más rápido con sus obligaciones. Coincide el profesor Jiménez Illescas, quien destaca la importancia de la naturaleza del contencioso administrativo, pues escribe que «tiene una tarea primordial en el objetivo de lograr un verdadero Estado de Derecho (...) por lo que su actitud ante los cambios y avances modernos, así como su decisión de aprovecharlos, sin duda se reflejarán en mayores y mejores logros que contribuirán (...) a mantener la paz social»[24].

Asimismo, sumando elementos de la importancia de la justicia administrativa, es menester remitirse a Adolf Merkl, quien explica que esta debe ser positiva, es decir, «cuando la sentencia no solo revoca el acto combatido, sino que resuelve en su lugar»[25], además concluye que esa sentencia ya no corresponde a ninguna autoridad, sino al tribunal[26]. Por lo tanto, es fundamental que en esta materia las personas tengan más herramientas para enfrentarse a las arbitrariedades de la autoridad y evitar cuatro consecuencias graves 1.- no restitución del derecho vulnerado, 2.- violación al derecho constitucional de recibir una justicia pronta, 3.- desconfianza en las administraciones públicas y 4.- descontento con la impartición de justicia.

No obstante, en la actualidad hay decisiones judiciales que se basan en algoritmos, los cuales, al ser diseñados por seres humanos, nacen con los prejuicios del creador. Asimismo, la IA que se utiliza funciona con datos personales, por lo que todo lo expresado debe de estar protegido con los más altos estándares que garanticen la ciberseguridad.

En este sentido, como la IA funciona con datos y estadísticas, las personas pueden negarse a compartirlos por querer que se les respete su intimidad y para no ser objeto de decisiones automatizadas, pues esto sería equiparable a un sometimiento del humano a una dictadura dominada por los desarrolladores de tecnologías[27]. Asimismo, se presenta un riesgo en el derecho público en virtud de que la creación de tecnologías y su uso se ha realizado dentro de actos de naturaleza privada, lo cual es incompatible en el derecho administrativo. Coincide con esta preocupación el profesor Raymundo Espinoza, quien comenta:

> La derrota del interés público frente al interés privado: la conformación de poderes fácticos capaces de poner en jaque la gobernabilidad democrática, la opacidad de los procesos internos de los sistemas tecno-informáticos o bien, la vulnerabilidad de los datos personales y públicos frente a la potencia informática y las herramientas computacionales[28].

Es por ello por lo que en la impartición de justicia se ha encontrado resistencia al uso de IA; sin embargo, para hacer frente a estos riesgos que generan desconfianza, es necesario que las personas participen y conozcan todas las etapas y vías en donde transitan sus datos personales cuando se utilicen sistemas de IA. En palabras de los profesores argentinos Corvalán y Stringhini:

> Los objetivos se centran en la ciudadanía (...) la implementación de estos sistemas debe hacerse desde una óptica trazable y transparente. Esto significa que se debe permitir conocer todas las etapas, las ubicaciones o los cambios por los que han pasado los datos perso-

24 Jiménez Illescas, Juan Manuel, *El Juicio en Línea. Procedimiento Contencioso Administrativo Federal*, México, Dofiscal, 2009, p. 114.

25 Merkl, Adolf, *Teoría general del derecho administrativo,* México, México, Coyoacán, 2014, p. 504.

26 Ídem.

27 Espinoza Hernández, Raymundo, *La Maquinización del Derecho*, México, Ítaca, 2021, p. 291.

28 Ídem.

> nales (...). La trazabilidad debe consistir en tener un control exhaustivo del proceso de tratamiento de los datos personales, controlando qué datos son tratados, quién interviene en el proceso de tratamiento de datos, qué terceros tienen acceso, qué sistemas están implicados, dónde se almacene la información y qué datos son sensibles[29].

Por lo tanto, es necesario considerar que regular la creación, desarrollo y uso de IA que avanza a la velocidad de la luz es imposible si no partimos de los principios del derecho público, pues es fundamental tener como objetivo privilegiar el respeto de los derechos humanos por encima de la consecución de un resultado previamente determinado por los creadores de tecnología. En el mismo sentido, es necesario que exista transparencia y facilidades de participación para las personas en el nacimiento y la forma de utilizar sus datos, mismos que son el combustible de la IA. Además, que se garantice la protección de los mismos con lineamientos técnicos y legislación que proteja el derecho humano a la seguridad de la información.

5. Conclusiones

1.- La transformación digital de la administración de justicia tiene que provocar que la impartición de justicia sea más rápida y transparente, más en un contencioso administrativo por la naturaleza de su materia.

2.- Es indispensable que la creación y uso de tecnología en la impartición de justicia administrativa no pierda su sentido auténtico: servir al interés general mejorando las condiciones de vida y de desarrollo de las personas siendo un «medio» para la vida humana, no un «fin».

3.- El ser humano tanto en lo individual como en lo colectivo no puede ser predecible en todas las actividades de su vida, pues hay un punto donde rompe la regla de su comportamiento ordinario en un momento inimaginable, y mientras sea así, la IA nunca puede ser la que participe en última instancia en los juicios. Por lo tanto, es clave que la IA que se utilizará en el contencioso administrativo surja del big data (limitado por los derechos humanos) con el fin de ser lo más precisa posible ante algo tan impreciso, como las conductas humanas.

4.- La realidad es que en el país hay una brecha digital que trae como consecuencia sistemas electrónicos obsoletos, analfabetas digitales (funcionarios y ciudadanos) y un utópico derecho al acceso a Internet de calidad, pero eso no es problema de ningún juzgado de lo contencioso administrativo. Lo que sí ocupa a este órgano es: primero, enterarse de lo anterior y, segundo, implementar y desarrollar un sistema de justicia en línea que surja de la finalidad del derecho administrativo para que las personas tengan una alternativa más que sea accesible en la defensa de sus derechos frente a la actuación de los poderes públicos.

5.- A pesar de hablar de temas novedosos, no se debe de descuidar nunca a los clásicos ius administrativistas, pues es evidente que innovar sin conocimientos de derecho administrativo es inútil, ya que es esta rama el punto de partida para que la tecnología se origine con el fin de servir a los intereses generales.

6.- Se convierten en fundamentales los abogados digitales para la implementación de IA en el contencioso administrativo, pues realizarán las siguientes tareas: a) diseño de chatbots para atender consultas de las partes en controversia administrativa durante las 24 horas de cada uno de los 365 días del año; b) proteger cibernéticamente las plataformas electrónicas de los tribunales y sus bases de datos; c) Intérpretes de los diversos tipos de programaciones informáticas en aras de que estas partan a la luz de los derechos humanos; d) juristas que sirvan de intérpretes y traductores con ingenieros en sistemas o software en las funciones periciales informáticas y diseños de sistemas inteligentes que sean de utilidad para el diseño de las mejores prácticas que salvaguarden y garanticen la eficacia, transparencia, rapidez y humanidad del procedimiento y, e) evaluadores de riesgos en la utilización de algoritmos en la impartición de justicia, así como auditores de su actuación.

---

29 Corvalán, Juan y Stringhini, Antonella, «Ecosistema normativo inteligente en la Administración pública argentina», en Moreno, Luis Ferney *et al* (coords.), *Tecnología, Administración Pública y Regulación*, Colombia, Universidad Externado, 2021, p. 193.

7.- Si el juzgador solamente es boca de la ley, sí es útil la implementación de IA para elaborar sentencias y que los juzgadores se conviertan en softwares; sin embargo, si el objetivo es tener juzgadores que defiendan a las personas contra las arbitrariedades de la autoridad y leyes ambiguas, estos tienen que interpretar, ajustar y aplicar el derecho (ciencia social, no exacta) y contar con la IA (ciencia exacta) únicamente como herramienta que les permita resolver los juicios con mayor velocidad sin sacrificar la calidad y humanidad de las sentencias.

8.- La realidad es que en un comparativo entre el juzgador y la IA, ésta con más fuentes de información y de manera más rápida puede elaborar una sentencia si es que fue almacenada por datos adecuados en grandes cantidades (limitado por los derechos humanos), eso no se discute. El problema y el debate tiene que estar en asegurarnos quien y de qué forma programa estas tecnologías, así como preguntarnos quién almacena nuestros datos y cómo lo hace.

6. Bibliografía

6.1. Libros y revistas científicas y/o académicas

Béjar Rivera, **Luis José**, *Fundamentos de Derecho Administrativo. Objeto, historia, fuentes y principios*, México, Tirant lo Blanch, 2012.

Campuzano Gallegos, **Adriana**, *Inteligencia Artificial para abogados. Ya es tiempo...* México, Thomson Reuters, 2019.

Delgadillo López, **Alfredo**, «Los derechos constitucionales en México en tiempos de Cuarta Revolución Industrial», en Delgadillo López, Alfredo (coord.) *Diálogos en DH (11). Tecnologías de la Información y Comunicación,* México, CODHEM, 2022.

Delpiazzo, **Carlos**, «Dimensión ética de la buena administración», *Revista Dignitas*, año XV, núm 41, julio - diciembre 2021, p. 16.

Espinoza Hernández, **Raymundo**, *La Maquinización del Derecho*, México, Itaca, 2021.

Fernández Ruíz, **Jorge** (coord.) *Derecho administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados,* México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

Jiménez Illescas, **Juan Manuel**, *El Juicio en Línea. Procedimiento Contencioso Administrativo Federal*, México, Dofiscal, 2009.

Mazet, **Guy**, *Apuntes sobre las políticas y legislaciones en informática a la luz del derecho administrativo mexicano,* en Matute González, Carlos Fernando (recopilador), México, Tirant lo Blanch, 2021.

Merkl, **Adolf**, *Teoría general del derecho administrativo*, México, México, Coyoacán, 2014.

Moreno, **Luis Ferney** *et al* (coords.), *Tecnología, Administración Pública y Regulación*, Colombia, Universidad Externado, 2021.

Rodríguez Arana, **Jaime**, «El derecho fundamental a la buena administración y el derecho administrativo», *Revista Dignitas*, año XV, núm 41, julio - diciembre 2021, p. 121.

6.2. Formales y oficiales

Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, *Carta Iberoamericana de Inteligencia Artificial en la Administración Pública*, 2023.

Parlamento Europeo, *Reglamento de Inteligencia Artificial*.

6.3. Videos

Díaz González, **Iván**, «Inteligencia Artificial y Derecho Administrativo» en *Segundo Seminario Derecho Administrativo en la Cuarta Revolución Industrial,* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma, 2023, *https://www.juridicas.unam.mx/actividades-academicas/3147-segundo-seminario-derecho-administrativo-en-la-cuarta-revolucion-industrial*

6.4. Diarios y revistas

Abogado.digital

Gomez Treviño, **Joel Legal**, «Tech, Reg Tech e inteligencia artificial: La tecnología al servicio del Derecho», *Abogado Corporativo ANADE*, septiembre - octubre 2018. Disponible en: https://joelgomez.abogado.digital/wp-content/uploads/2019/09/Legal-Tech_AC67_ENVIO.pdf

4

LA INFLACIÓN EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO

THE INFLATION IN THE EXECUTION OF SUPPLY CONTRACT

Bárbara Fernández Villa
Coordinadora de la Especialización en Contrataciones Públicas
Universidad Austral

RESUMEN: El objeto del presente trabajo es abordar la problemática que enfrentan los contratos de suministro ante la alta inflación. En Argentina el fenómeno de la inflación es algo frecuente pero cuando excede los parámetros previsibles se convierte en un gran problema para los contratos públicos. En este trabajo se analizará cómo proceder en estos casos a la luz de la teoría de la imprevisión y el principio del sacrificio compartido, y se esbozarán reflexiones sobre la necesidad de una previsión legal de predeterminación de precios en contratos de suministro que refleje el real aumento del monto del contrato.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública – Inflación – Teoría de la imprevisión – Sacrificio compartido – Redeterminación de precios.

ABSTRACT: The purpose of this work is to address the problems that supply contracts face in a high inflation environment. In Argentina, the phenomenon of inflation is common, but when it exceeds predictable parameters, it becomes a big problem for public contracts. In this paper, it will be analyzed how to proceed in these cases in light of the theory of unpredictability, and the principle of shared sacrifice and thoughts will be outlined on the need for a legal provision for redetermination of prices in supply contracts that reflects the real increase in the contract amount.

KEYWORDS: Public procurement – Inflation – Theory of unpredictability – Shared sacrifice – Price redetermination.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATISTA DEL ESTADO. 3. CIRCUNSTANCIAS ACCIDENTALES DEL CONTRATO DE SUMINISTRO. 4. LA INFLACIÓN EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN Y EL SACRIFICIO COMPARTIDO. 5. REFLEXIONES FINALES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción

El objeto del presente trabajo es analizar el impacto de la inflación en los contratos de suministro que celebra la Administración Pública, bajo qué instituto jurídico se puede abonar un incremento al contratista y cuáles son los requisitos que habilitan su procedencia.

En ese marco, se partirá de la caracterización del contratista del Estado y qué se espera de su accionar, puesto que, si no realiza su oferta con la debida diligencia, no podrá reclamar el mantenimiento de la ecuación económico-financiera de su contrato.

En segundo lugar, se propiciará caracterizar a las distintas circunstancias accidentales que pueden acontecer a lo largo de la ejecución de un contrato y cómo se abona el contrato en cada

caso, con doctrina de la Oficina Nacional de Contrataciones, que es el Órgano Rector de las Contrataciones Públicas en Argentina.

En tercer lugar, se abordará el aspecto central de este trabajo que consiste en desarrollar los requisitos a cumplimentar a la luz de la teoría de la imprevisión para la procedencia del reclamo del proveedor ante el incremento de su contrato por el impacto de la inflación, haciendo hincapié en el «sacrificio compartido».

Por último, expondré mis reflexiones finales.

2. Características del contratista del Estado

La Procuración del Tesoro de la Nación, máximo organismo asesor de Derecho de Argentina viene sosteniendo que el mero hecho de presentar una oferta para intervenir en una licitación pública engendra, dada la seriedad y relevancia del acto, la exigencia de una diligencia que excede de la común al efectuar el estudio previo de sus posibilidades y de las condiciones que son base de la licitación[1].

En ese sentido, sostiene que «En el marco de un contrato administrativo, el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la Administración en la realización de un fin público»[2].

Se espera del contratista del Estado una diligencia mayor a la de un buen hombre de negocios. La Procuración del Tesoro de la Nación ha expresado: «No puede soslayarse que quien contrata con el Estado tiene cierta capacidad y experiencia para los negocios y, por tanto, goza de ciertos conocimientos respecto de la evolución del mercado que necesariamente considerará al presentar su oferta. Quiere decir, entonces, que, al presentar su propuesta, el oferente está asumiendo el denominado riesgo empresario que eventualmente deberá soportar como cocontratante de la Administración, cuando se produzca una distorsión en su contra, excepto cuando se verifiquen los supuestos que dan lugar a la teoría de la imprevisión, del hecho del príncipe, el caso fortuito, etc.»[3].

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que se impone a quien contrata con la Administración un comportamiento oportuno, diligente y activo, a los efectos de que el órgano estatal pueda evaluar si, ante la nueva situación, conviene al interés público proseguir con el contrato, proceder a su limitación o a otro tipo de previsión o reaseguro[4].

Ivanega señala que, al celebrar el contrato, la contratista debe obrar con pleno conocimiento de las cosas, máxime en contratos cuya magnitud de los intereses en juego le impone una actuación de modo que deba prever cualquier eventualidad, que pueda incidir negativamente en el resultado económico del convenio. Por ello, debe adoptar las diligencias adecuadas que exigían las circunstancias de persona, tiempo y lugar (doctrina de Fallos: 300:273). Asimismo, recuerda que el co-contratista debe actuar siempre con la necesaria diligencia, poniendo en la realización de los trabajos, el cuidado y la atención que son propios de quien se desempeña como un colaborador de la Administración pública, en el logro de un fin de interés público. Es por ello que aquélla tiene el correlato derecho a exigir a su contratante, el fiel y exacto cumplimiento de todas las obligaciones previstas en el contrato y en la documentación que forma parte de él. Este cumplimiento no se limita solamente a lo expresado en las actuaciones, sino a todo aquello que deba considerarse que está virtualmente comprendido en sus previsiones y que resulte necesario para que se configure la regular y debida ejecución del contrato (CSJ de Santa Fe, «Cía. Estudios y Construcciones Ingeniero Rodolfo José Cornero c/Provincia de Santa Fe s/Recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción», del 27-5-1987)[5].

---

1 Dictámenes PTN 90:156; 107:260; 163:477; 213:147; 292:20, 301:69.

2 Dictámenes PTN 252:557.

3 Dictámenes PTN 278:133; 313:96; 320:602.

4 CSJN, Fallos: 329:5319.

5 Ivanega, Miriam M.; «El Principio de buena fe en los contratos administrativos», *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública RAP*, No. 360, p. 25 y ss, Buenos Aires, Ediciones Rap 2009.

Rey Vázquez advierte que para los contratistas estatales se utiliza un estándar agravado para evaluar su conducta, de quienes se pretende un conocimiento calificado de las complejas normas y principios que regulan la contratación[6].

Morón Urbina, respecto a este mayor deber de diligencia, sostiene que este estándar agravado se puede resumir en exigir y presumir del contratista en una particular diligencia en la comprensión de los aspectos técnicos y legales de las prestaciones, sino en el desarrollo de sus prestaciones mismas de modo de quedar comprometido con el alcance de las finalidades públicas para la cual ha sido contratado. Si bien esta presunción viene ya desde la fase precontractual, es decir de la formulación contractual, con la buena fe en la formulación de consultas, preparación de la propuesta, presentación de sus observaciones o reclamos frente a los pliegos dirigidos —puesto que su compromiso es con el interés público y no con el funcionario que los ha preparado—, es con motivo de la ejecución del contrato, en el cual esta estándar se hace más relevante para alcanzar en forma, tiempo y modo el objetivo público planificado[7].

3. Circunstancias accidentales del contrato de suministro

En el contrato de suministro pueden presentarse diversas situaciones que complican su normal ejecución.

En la legislación argentina[8] se contemplan las siguientes circunstancias accidentales que pueden ocurrir en un contrato de suministro de bienes o servicios:

1) Extensión del plazo de cumplimiento de la prestación[9].

   En estos supuestos, se abona el mismo importe de la contratación, pero siempre con aplicación de una multa por mora en la entrega o prestación dentro del plazo original.

2) Caso fortuito o fuerza mayor[10].

   En estos supuestos se autoriza la rescisión o el aplazamiento en la entrega de la prestación sin aplicación de penalidades y se mantiene el mismo precio unitario oportunamente adjudicado.

---

6 Rey Vazquez, Luis Eduardo; «El ciudadano colaborador en la contratación administrativa argentina», *IX Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano* «Contratación, ordenación del territorio y buena administración» (2016), Editorial, Diputación Provincial da Coruña, 2018, p. 365.

7 Morón Urbina, Juan Carlos, «La buena administración contractual y el contratista como colaborador de la administración», *Revista De Derecho Administrativo* (18), 2019, 13-34. Recuperado a partir de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22855 (último acceso: 03/03/2024).

8 Conf. Decreto Delegado N.º 1023/01, Decreto N.º 1030/16 y Disposiciones de la Oficina Nacional de Contrataciones N.º 62/16 y N.º 63/16. Se pueden consultar en: http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=91 (último acceso: 03/03/2024).

9 Arts. 93 del Reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16 y 45 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por la Disposición ONC N.º 63/16. La normativa argentina dispone que la extensión del plazo de cumplimiento de la prestación sólo será admisible cuando existieran causas debidamente justificadas y las necesidades de la jurisdicción o entidad contratante admitan la satisfacción de la prestación fuera de término. La solicitud deberá hacerse antes del vencimiento del plazo de cumplimiento de la prestación, exponiendo los motivos de la demora y de resultar admisible deberá ser aceptada por la correspondiente Comisión de Recepción. Pero no obstante la aceptación corresponderá la aplicación de la multa por mora en la entrega, de acuerdo a lo previsto en el artículo 102, inciso c), apartado 1 del mencionado reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16. En aquellos casos en que sin realizar el procedimiento establecido en el presente artículo el cocontratante realice la prestación fuera de plazo y la jurisdicción o entidad contratante la acepte por aplicación del principio de continuidad del contrato, también corresponderá la aplicación de la multa por mora en el cumplimiento, a los fines de preservar el principio de igualdad de tratamiento entre los interesados.

10 Arts. 94 del Reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16 y 53 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por la Disposición ONC N.º 63/16.

3) Revocación, modificación o sustitución[11].

> La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante, sino únicamente a la indemnización del daño emergente, que resulte debidamente acreditado.

Esta modalidad de extinción se configura cuando la Administración, fundada en motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, decide unilateralmente poner fin a la relación contractual sin que haya mediado culpa alguna imputable a su cocontratante. La revocación la realiza la Administración por sí y ante sí, sin necesidad de recurrir al órgano judicial, en función de la ejecutoriedad del acto administrativo.

No media «ilicitud» sino cambio en la valoración del interés público respecto a la existente al momento de contratar. Ello así, por cuanto la Administración no puede quedar indefinidamente ligada por contratos que actualmente resultan inadecuados para satisfacer las necesidades originariamente tenidas en cuenta.

En estos casos, estaríamos frente a un modo anormal de terminación del contrato, que sobre un fundamento de interés de la comunidad toda puede afectar o lesionar en forma directa el derecho de propiedad del cocontratante de la Administración[12]. Deberá indemnizarse el daño emergente que resulte debidamente acreditado, con exclusión del lucro cesante[13].

En consecuencia, siendo la propia Administración contratante la encargada de valorar las razones que conllevan a la revocación, la única y fundamental garantía que conserva el cocontratante es su derecho a una indemnización. Caso contrario, se lesionarían sus derechos constitucionales de propiedad (artículos 14 y 17 CN) e igualdad (artículo 16 CN), en virtud del sacrificio especial ocasionado y respecto del cual no tiene el deber jurídico de soportar.

4) Renegociación[14].

---

11 Arts. 95 del Reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16 y 54 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por la Disposición ONC N.º 63/16.
La Oficina Nacional de Contrataciones entendió que, en principio y bajo ciertas limitaciones, asiste a la autoridad administrativa contratante la prerrogativa de revocar un contrato, fundando el ejercicio de dicha potestad en razones de interés público. Ello así, independientemente de que haya sido o no contemplada en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares una cláusula en tal sentido, por cuanto se trata de una potestad conferida a la Administración por el propio ordenamiento, en salvaguarda del interés público. El Órgano Rector señaló que debe distinguirse entre rescisión unilateral —que implicaría siempre una penalidad por culpa o falta cometida por el contratista— y la revocación del contrato por razones de oportunidad, mérito y conveniencia. La rescisión unilateral no procede por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sino única y exclusivamente como sanción por culpa o falta cometidas por el cocontratante. Cuando el contrato, para satisfacer exigencias del interés público, deba ser extinguido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, la vía jurídica para lograr tal extinción no es la rescisión unilateral, sino la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, con todas las consecuencias derivadas de ello, entre las cuales, precisamente, está el derecho del cocontratante a ser resarcido. Superadas las precisiones terminológicas apuntadas, la Oficina entendió que ninguna duda cabe respecto a que los contratos administrativos pueden extinguirse antes de su finalización normal, como consecuencia de una decisión unilateral de la Administración contratante fundada en razones de interés público. Ello así, independientemente de que haya sido o no contemplada en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares una cláusula en tal sentido, por cuanto se trata de una potestad conferida a la Administración por el propio ordenamiento, en salvaguarda del interés público y recordó que, a diferencia de los derechos, las potestades no son renunciables (conf. Dictamen de la Oficina Nacional de Contrataciones N.º 446 de fecha 18 de noviembre de 2014).

12 Dictámenes ONC Nros. 266/07, 1048/12, 1049/12, 1050/12, 1051/12 y 205/13, entre otros.

13 Cfr. Arts. 12, inciso b) in fine del Decreto Delegado N.º 1023/01 y 121 del Reglamento aprobado por el Decreto N.º 893/12 (actual art. 95 del Reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16).

14 Arts. 96 del Reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16 y 55 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado por la Disposición ONC N.º 63/16. En los contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios se podrá solicitar la renegociación de los precios adjudicados cuando circunstancias externas y sobrevinientes afecten de modo decisivo el equilibrio contractual. Sobre este tema volveremos en el punto siguiente.

5) Rescisión de común acuerdo[15].

A efectos de salvaguardar los principios que deben regir las contrataciones públicas[16] y todo el accionar de la Administración Nacional, considero que las jurisdicciones y entidades deberán proceder con prudencia y razonabilidad al decidirse una rescisión de común acuerdo.

6) Rescisión por culpa del proveedor[17].

4. La inflación en los contratos públicos. La teoría de la imprevisión y el sacrificio compartido

Muratorio señala que la inflación es un fenómeno económico que impacta en los contratos públicos. En función de su carácter crónico en Argentina y del deber de diligencia esperable de oferentes y contratistas estatales, la jurisprudencia ha considerado que la inflación es un álea previsible, salvo cuando se trata de alteraciones bruscas, repentinas e inesperadas en la curva inflacionaria, caso en el cual encuadra en la teoría de la imprevisión. En este supuesto, inclusive cuando existen regímenes de redeterminación de precios —que se ven desnaturalizados por este motivo—, procede la recomposición de la ecuación contractual, para resguardar así especialmente los principios de buena fe y conservación del contrato[18].

La teoría de la imprevisión[19] es el medio que el derecho proporciona para que ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles, es decir, posteriores a la celebración del contrato y que alteran su ecuación económico-financiera, el contratista pueda solicitar la ayuda pecuniaria de la Administración. Se trata de un paliativo frente al álea anormal, también llamada álea econó-

15 Art. 97 del Reglamento aprobado por el Decreto N.° 1030/16. La jurisdicción o entidad contratante podrá rescindir el contrato de común acuerdo con el proveedor cuando el interés público comprometido al momento de realizar la contratación hubiese variado y el cocontratante prestare su conformidad. Estos casos no darán derecho a indemnización alguna para las partes, sin perjuicio de los efectos cumplidos hasta la extinción del vínculo contractual.

16 Art. 3.° del Decreto Delegado N.° 1023/01.

17 Art. 98 del Reglamento aprobado por el Decreto N.° 1030/16. Si el cocontratante desistiere en forma expresa del contrato antes del plazo fijado para su cumplimiento, o si vencido el plazo de cumplimiento original del contrato, de su extensión, o vencido el plazo de las intimaciones que hubiera realizado la Comisión de Recepción, en todos los casos, sin que los bienes hubiesen sido entregados o prestados los servicios de conformidad, la jurisdicción o entidad contratante deberá declarar rescindido el contrato sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial, salvo en aquellos casos en que optara por la aceptación de la prestación en forma extemporánea. Además, si el cocontratante no integrara la garantía de cumplimiento del contrato en el plazo fijado en el artículo 77 del Reglamento aprobado por el Decreto N.° 1030/16, la Unidad Operativa de Contrataciones lo deberá intimar para que la presente, otorgándole un nuevo plazo igual que el original, y en caso en que no la integre en dicho plazo se rescindirá el contrato y se deberá intimar al pago del importe equivalente al valor de la mencionada garantía. En estos casos en que el cocontratante no cumpliera con el contrato, la jurisdicción o entidad podrá adjudicar el contrato al que le siga en orden de mérito, previa conformidad del respectivo oferente, y así sucesivamente. No corresponderá la aplicación de penalidades si el segundo o los subsiguientes en el orden de mérito no aceptan la propuesta de adjudicación que hiciera la jurisdicción o entidad contratante en estos casos.

18 Muratorio, Jorge, «La Inflación en los Contratos Públicos», *Observatorio de la Contratación Pública* (ObCP, Argentina), 2023. https://argentina.obcp.es/opiniones/la-inflacion-en-los-contratos-publicos-jorge-i-muratorio (último acceso: 03/03/2024).

19 Con esa denominación la han consagrado los autores más modernos; tiene su origen en la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado francés, específicamente en el *arret* del 30 de mayo de 1916, a favor de la Compañía de Gas Burdeos, donde «se declaró que la economía del contrato queda trastornada cuando el alza del precio del carbón es tal que sobrepasa los límites extremos de los aumentos que han podido ser contemplados por las partes en el momento del otorgamiento del contrato» (Cardini, Osvaldo, *Lesión sobreviniente*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1961, p. 27). Con ella se resalta el elemento imprevisible que afecta al acontecimiento extraordinario que sobreviene. Es requisito primordial que los acontecimientos extraordinarios, que alteran las circunstancias bajo las cuales se contrató, sean imprevisibles, es decir, que las partes, en el momento de formarse el contrato, no hayan tenido ni hayan podido tener conocimiento de ellos.

mica que pueda sufrir el particular pero que solo puede dar lugar a un resarcimiento parcial. La regla básica es que la recomposición presupone que las partes deben compartir el desequilibrio de las prestaciones porque el hecho o acontecimiento extraordinario no es imputable a ninguna de éstas; no se trata de una compensación integral, sino de una ayuda que posibilita distribuir ese álea económica entre ambas[20].

Ahora bien, los contratos de suministro de larga duración (de tracto sucesivo o de servicios)[21] pueden verse gravemente afectados por el fenómeno de la inflación, ya que será prácticamente imposible que el proveedor pueda seguir cumpliendo con la prestación si recibirá un importe que se aleja del precio real y que no pudo preverse al momento de ofertar.

En este marco, mientras no se regule en Argentina un sistema o régimen de redeterminación de precios para los contratos públicos de suministro, se debe acudir al principio del sacrificio compartido[22]. Se trata de una noción que no proviene «del derecho romano, de las 7 partidas o siquiera del derecho patrio [...]; la mención a este 'principio' aparece recién en el año 1989 a partir del dictado de la Ley N.º 23.696 [...] La norma presenta al sacrificio compartido en la escena de los contratos administrativos en crisis, como consecuencia de la hiperinflación, el desbalance de las cuentas públicas, el agotamiento del 'modelo' de endeudamiento en el exterior»[23].

La Oficina Nacional de Contrataciones (ONC), órgano rector del Sistema de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, si bien no de un modo específico sobre el principio del «sacrificio compartido», se ha referido al mismo en algunos de sus pronunciamientos legales, v. gr., en materia de prórrogas de contratos y de incrementos del contrato administrativo como consecuencia del aumento salarial por paritarias. Sostuvo: «El principio del sacrificio compartido contiene una pretensión distributiva que tiene por objeto específico recomponer ciertos vínculos existentes que pudieron haber sido afectados por el brusco cambio de reglas de juego, resultando contrario al principio de equidad que fuera soportado por uno sólo de los cocontratantes»[24].

La Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido, con referencia al Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N.º 1023/01, con relación a su art. 13, «...se infiere, que el incremento del salario básico acordado por paritarias no tiene el carácter de acontecimiento extraordinario ni previsible, ni obedece a circunstancias que configuren caso fortuito o fuerza mayor, que permitan a contratante la recomposición del contrato. Siguiendo esta línea argumental, tampoco podría invocarse a favor del reconocimiento que se pretende, la aplicación del artículo 1198 del Código Civil, norma que exige para su aplicación, que la pretensión a cargo de una de las partes se haya tornado excesivamente onerosa, por acontecimientos imprevisibles. No puede soslayarse que, en el caso, el cocontratante solo se limitó a determinar la existencia de aumentos salariales, lo cual, a mi criterio, no suple la exigencia requerida por la norma ... para que resulte viable la aplicación de esta disposición se tornaría necesaria una prueba concreta que cause convicción suficiente de la existencia real de las condiciones de aplicación del artículo 1198 del Código Civil»[25].

Además, es doctrina constante de la Procuración del Tesoro que quien contrata con el Estado tiene cierta capacidad y experiencia para los negocios y por tanto goza de ciertos conocimientos respecto de la evolución del mercado que necesariamente considerará al presentar su oferta, por

20 Dictámenes PTN 313:96.

21 Por larga duración me refiero a los contratos de suministro que no se agotan en una única entrega.

22 Fernández Villa, Bárbara y otros, «Contratos administrativos, emergencia y pandemia: ¿factor externo e imprevisible? Alternativas para superar la crisis contractual», *Edición Especial de RAP Emergencia sanitaria global: su impacto en las instituciones jurídicas*, 2020, p. 157-173.

23 Mabromata, Enrique Guillermo, **«**Sacrificio compartido: ¿nuevo estándar jurídico o emergente de la emergencia?**»**, en el *Suplemento Especial de la Revista Jurídica Argentina La Ley, El Contrato Administrativo en la Actualidad*, mayo 2004, pp. 136-152. Mabromata cita en este punto a Hutchinson, Tomás; Barraguirre, Jorge A. y Grecco, Carlos M., Reforma del Estado-Ley N.º 23.696, Santa Fe, 1990, p. 21.

24 Dictamen ONC N.º 36/14.

25 Dictámenes PTN 259:222.

lo que al presentar su propuesta el oferente está asumiendo el denominado riesgo empresario que eventualmente deberá soportar como cocontratante de la Administración, cuando se produzca una distorsión en su contra, excepto cuando se verifiquen los supuestos que dan lugar a teoría de la imprevisión, del hecho del príncipe, el caso fortuito etc.[26].

Como puede apreciarse, tanto la Oficina Nacional de Contrataciones como la Procuración del Tesoro de la Nación se han referido al principio del sacrificio compartido en los reclamos de incrementos salariales, cuyas conclusiones —mientras no se dicte un régimen de redeterminación de precios— considero que pueden extenderse al tratamiento del impacto de la inflación en los contratos de suministro.

La renegociación contractual debe ser entendida como la introducción de cambios definitivos en el contrato de larga duración por las partes que lo celebraron y sobre la esencia de las prestaciones que fueron motivo de dicho contrato, y siempre exigidos por circunstancias externas sobrevinientes que han afectado de modo decisivo el equilibrio contractual[27].

La Oficina Nacional de Contrataciones sostuvo que un aumento salarial convenido por paritarias, que exceda el porcentaje de aumento que previsiblemente pudo haber sido tomado en cuenta por el proveedor en base a los acuerdos de paritarias vigentes al momento de cotizar, resultaría susceptible de encuadrarse —en caso de corroborarse los extremos correspondientes y en su debida medida— en la teoría de la imprevisión, receptada legalmente en el entonces artículo 1198 del Código Civil[28] y aplicable a los contrato administrativos por analogía[29]. Para que resulte viable la aplicación de esta disposición se tornaría necesaria una prueba concreta que cause convicción suficiente de la existencia real de las condiciones de aplicación de la teoría de la imprevisión[30].

Conforme lo sostiene la Procuración del Tesoro de la Nación, para que sea admisible la aplicación de la teoría de la imprevisión debe tratarse de un contrato conmutativo y de ejecución diferida o continuada, la prestación se haya tornado excesivamente onerosa, el fenómeno sea provocado por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles (similares al caso fortuito pero que no impiden, sino que dificultan gravemente la ejecución de la prestación) y que no haya mora ni culpa del contratista[31].

Respecto a las circunstancias extraordinarias, anormales e imprevisibles —posteriores a la celebración del contrato—, tanto la Procuración del Tesoro de la Nación como la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostienen que se debe tratar de alteraciones de tal naturaleza que no se hayan podido prever por las partes, o bien de eventos que, de haberse conocido, hubieran determinado la celebración del contrato en otras condiciones[32].

El Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, aprobado por el Decreto N.° 1023/01, y su reglamentación, prevén el derecho del contratista a solicitar la recomposición de

---

26 Dictámenes PTN 278:133.

27 Dictámenes PTN 246:559, 246:566, 246:573 y 278:133, entre otros.

28 Mediante la Ley N.° 26.994 y sus modificatorias se derogó el mencionado Código Civil, entrando en vigencia el 1.° de agosto de 2015 el actual Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, por lo que en lugar de remitir al artículo 1198 del Código Civil, corresponde recurrir el artículo 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual contiene términos similares a aquél.

29 Dictámenes ONC Nros. 1048/12, 1049/12, 1050/12 y 1051/12.

30 Dictamen ONC N.° 266/07. La Oficina Nacional de Contrataciones entendió que podrán renegociarse los contratos en curso de ejecución siempre que se verifiquen los siguientes puntos: 1) La firma adjudicataria deberá acreditar que efectivamente se encuentra alcanzada por el convenio colectivo o acuerdo gremial que invoca; 2) Se deberá determinar que las consecuencias de dicho convenio o acuerdo afectaron la economía del contrato en ejecución de modo tal de provocar su alteración o la ruptura de la ecuación económica financiera; 3) Por último, se deberá verificar la relación de causalidad entre el convenio o acuerdo y el desequilibrio económico financiero así como el grado.

31 Dictámenes PTN 259:222, 261:367.

32 Dictámenes PTN 301:525, 319:1681. Fallos 301:525, 319:1681.

los precios adjudicados frente a desequilibrios externos y sobrevinientes que afecten de modo decisivo el equilibrio contractual, cada vez que ello acontezca durante la vigencia del contrato y sin sujeción a plazos predeterminados ni a metodologías de cálculo específicas, sino en base al espíritu del sacrificio compartido; esto último, a la luz de los principios en los que se sustenta el instituto de la teoría de la imprevisión[33].

Por su parte, autorizada doctrina ha señalado que para que proceda la aplicación de la teoría de la imprevisión en el ámbito de los contratos administrativos deben darse los siguientes requisitos: 1) una excesiva onerosidad en la prestación del contrato; 2) que ella sea sobreviniente a la celebración del contrato, debiendo éste hallarse pendiente de ejecución o en cumplimiento; 3) que se trate de un alea económica y no de un alea administrativa; 4) el acontecimiento que provoca el desequilibrio no sea normalmente previsible, sino de carácter extraordinario y ajeno a la voluntad del contratista; y 5) no haber suspendido el contratista la ejecución del contrato con motivo del hecho determinante del alea económica[34].

En ese marco, de acreditarse la ruptura en el equilibrio entre las prestaciones, el afectado podrá ser compensado por la Administración sólo en forma parcial, con sustento en el espíritu del sacrificio compartido, que impera en las contrataciones administrativas ante acontecimientos ajenos a las partes que introduzcan un álea anormal durante la ejecución del contrato[35].

En consecuencia, corresponderá a las áreas pertinentes del organismo determinar si las circunstancias o hechos alegados por el requirente provocaron una alteración grave en la economía del contrato. A tal fin, deberá incorporarse a las actuaciones un informe técnico donde pueda apreciarse si efectivamente se produjo un desequilibrio en la ecuación económico-financiera del contrato, susceptible de encontrar remedio accediendo —hasta el monto que corresponda— al reclamo formulado por la firma adjudicataria. Y en el supuesto de hacerse lugar al pedido de renegociación, el reclamo, conforme lo expuesto ut supra, deberá calcularse bajo el principio de sacrificio compartido y desde el momento en que el proveedor realiza el reclamo, no en forma retroactiva[36].

5. Reflexiones finales

1. La etapa de la ejecución contractual resulta fundamental para el Estado ya que es precisamente en ella en donde se verán concretados los intereses públicos perseguidos al iniciar la contratación.

2. Como en toda etapa de la contratación pública, la buena administración debe estar presente en ella.

Rodríguez-Arana Muñoz y Herce Maza señalan que «(d)el derecho fundamental a una buena administración parte además una serie de corolarios que han de estar presentes en la contratación pública y que se encuentran también recogidos en el acervo comunitario. Principios como la transparencia, eficacia, eficiencia, racionalidad, igualdad, proporcionalidad o imparcialidad han de presidir la contratación pública y las actuaciones de los órganos de contratación»[37].

3. Se exige del contratista del Estado una diligencia mayor a la de un buen hombre de negocios.

En el marco de un contrato administrativo, el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la Administración en la realización de un fin público[38].

---

33 Dictámenes PTN 313:96.

34 Cassagne, Juan C., *El contrato administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pp. 108/109.

35 Dictámenes PTN 313:96.

36 Dictámenes ONC Nros. 411/08, 502/09, 1048/12, 1049/12, 1050/12 y 1051/12.

37 Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime y Herce Maza, José Ignacio, «La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecución del contrato», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, ISSN-e 2386-8104, 2009, N.º Extra 1 (Ejemplar dedicado a: Un año de compra pública con la LCSP).

38 Dictámenes PTN 252:557.

4. Por ello, ante la falta de normativa que regule la redeterminación de precios en Argentina para el contrato de suministro, si el contrato resulta distorsionado por la alta inflación de tal manera que no haya podido ser previsto a la hora de confeccionar la oferta y ello impacta significativamente en la ecuación económico-financiera del contrato administrativo, dicha cuestión se resolverá a la luz de la teoría de la imprevisión.

5. Para que proceda la aplicación de la teoría de la imprevisión en el ámbito de los contratos administrativos deben darse los siguientes requisitos: 1) una excesiva onerosidad en la prestación del contrato; 2) que ella sea sobreviniente a la celebración del contrato, debiendo éste hallarse pendiente de ejecución o en cumplimiento; 3) que se trate de un alea económica y no de un alea administrativa; 4) el acontecimiento que provoca el desequilibrio no sea normalmente previsible, sino de carácter extraordinario y ajeno a la voluntad del contratista; y 5) no haber suspendido el contratista la ejecución del contrato con motivo del hecho determinante del alea económica[39].

6. De acreditarse la ruptura en el equilibrio entre las prestaciones, el afectado podrá ser compensado por la Administración sólo en forma parcial, con sustento en el espíritu del sacrificio compartido, que impera en las contrataciones administrativas ante acontecimientos ajenos a las partes que introduzcan un álea anormal durante la ejecución del contrato[40]. Y en el supuesto de hacerse lugar al pedido de renegociación, el reclamo, deberá calcularse desde el momento en que el proveedor realiza el reclamo, no en forma retroactiva[41].

7. En razón de lo expuesto, y que el pago en base al principio del sacrificio compartido no refleja el real valor del bien o servicio prestado por el contratista, se advierte la necesidad en Argentina de una urgente reglamentación que regule la redeterminación de precios en los contratos de suministro que celebra la Administración Nacional a fin de dar efectiva respuesta al mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato, lo que además impactará en la seguridad jurídica y conllevará a un justo sistema de contrataciones públicas.

6. Bibliografía

Doctrina

Cardini, **Osvaldo**, *Lesión sobreviniente*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1961, p. 27.

Cassagne, **Juan C**., *El contrato administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pp. 108/109.

Fernández Villa, **Bárbara y otros**, «Contratos administrativos, emergencia y pandemia: ¿factor externo e imprevisible? Alternativas para superar la crisis contractual», *Edición Especial de RAP Emergencia sanitaria global: su impacto en las instituciones jurídicas,* 2020, p. 157-173.

Ivanega, **Miriam M**., «El principio de buena fe en los contratos administrativos», *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 360:43, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2009.

Mabromata, **Enrique Guillermo**, **«**Sacrificio compartido: ¿nuevo estándar jurídico o emergente de la emergencia?**»**, en el *Suplemento Especial de la Revista Jurídica Argentina La Ley, El Contrato Administrativo en la Actualidad*, mayo 2004, pp. 136-152.

Morón Urbina, **Juan Carlos**, «La buena administración contractual y el contratista como colaborador de la administración», *Revista De Derecho Administrativo* (18), 2019, 13-34.

Muratorio, **Jorge**, «La Inflación en los Contratos Públicos», *Observatorio de la Contratación Pública* (ObCP, Argentina), 2023. Disponible en:

https://argentina.obcp.es/opiniones/la-inflacion-en-los-contratos-publicos-jorge-i-muratorio

39 Cassagne, Juan C., *El contrato administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pp. 108/109.

40 Dictámenes PTN 313:96.

41 Dictámenes ONC Nros. 411/08, 502/09, 1048/12, 1049/12, 1050/12 y 1051/12.

Rey Vazquez, **Luis Eduardo**; «El ciudadano colaborador en la contratación administrativa argentina», *IX Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano «Contratación, ordenación del territorio y buena administración* (2016), Editorial, Diputación Provincial da Coruña, 2018, p. 353-366.

Rodríguez-Arana Muñoz, **Jaime** y **Herce Maza**, **José Ignacio**, «La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecución del contrato», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, ISSN-e 2386-8104, 2009, N.º Extra 1 (Ejemplar dedicado a: Un año de compra pública con la LCSP).

Fallos y dictámenes (Argentina)

– CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (CSJN), Fallos: 301:525, 319:1681, 329:5319.
– OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES (ONC), Dictámenes 266/07, 411/08, 502/09, 1048/12, 1049/12, 1050/12, 1051/12, 205/13, 36/14.
– PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN (PTN), Dictámenes 90:156, 107:260, 163:477, 213:147, 246:559, 246:566, 246:573, 252:557; 259:222, 261:367, 278:133; 292:20, 301:525, 301:69; 313:96; 319:1681, 320:602.

Legislación (Argentina)

– DECRETO DELEGADO N.º 1023/01, Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.
– DECRETO REGLAMENTARIO N.º 1030/16.
– DISPOSICIONES DE LA OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES (ONC) N.º 62/16 y N.º 63/16.
– LEY N.º 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación.

5

EL CONTROL ESTRICTO DE CONVENCIONALIDAD COMO ELEMENTO DISUASOR DE LA DISCRECIONALIDAD, INCENTIVANDO LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

STRICT CONTROL OF CONVENTIONALITY AS A DETERRENT TO DISCRETION, ENCOURAGING THE MOTIVATION OF ADMINISTRATIVE ACTS

Diego Sebastián Gutiérrez
Universidad Austral de Buenos Aires

RESUMEN: Una de las preocupaciones que se presentan recurrentemente es el del abuso de las facultades discrecionales por parte de la administración. Cuando ello ocurre en ejercicio del poder de policía, regulando DDHH, no basta con el control procedimental o formal de la norma en cuestión, siendo necesario el control con sesgo sustantivo de la norma. Ello se materializa en el control de convencionalidad. En el presente artículo sostenemos que este tipo de control sustantivo de la norma incentiva la motivación de los actos administrativos, generando un círculo virtuoso que propicia un producto normativo más depurado, así como facilita el control político, judicial y ciudadano.

PALABRAS CLAVE: Control estricto, convencionalidad, derechos humanos, motivación del acto.

ABSTRACT. One of the recurring concerns is the abuse of discretionary powers by the administration. When this occurs in the exercise of police power, regulating human rights, procedural or formal control of the norm in question is not enough, and substantive control of the norm is necessary. This is materialized in the control of conventionality. In this article we maintain that this type of substantive control of the norm encourages the motivation of administrative acts, generating a virtuous circle that promotes a more refined regulatory product, as well as facilitating political, judicial and citizen control.

Desarrollo

Los derechos fundamentales (expresos o implícitos) han sido, desde los orígenes del constitucionalismo, límites al poder del Estado. El Estado tan solo puede regular o reglamentar los derechos, no limitarlos ni restringirlos[1]. Ello ha llevado a la doctrina a hablar de los límites de los límites.

1 Serna, Pedro y Toller, Fernando: *La interpretación constitucional de los Derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. Buenos Aires, La Ley, 2001, págs. 64-74.

Reglamentar implica —en la mayor parte de los casos— un acto de ordenamiento en el modo de ejercicio del derecho bajo estudio. En concreto, reglamentar implica indicar el modo en el cual serán ejercidos los derechos en lisa, implicando ello un recorte de otras posibilidades en el accionar del sujeto, que quedan vedadas.

Ahora bien, debemos recordar que en materia de derechos humanos el sistema jurídico no tiene carácter constitutivo, es decir que no confiere ni otorga, sino reconoce o normativiza una garantía. Por lo que en esa materia tiene carácter axiológico y declarativo, prenormativo y reivindicativo.

Si a lo anterior le sumamos que las sociedades son dinámicas y altamente cambiantes (más aún en estos tiempos catalogados como sociedades del riesgo»), podremos arribar a la conclusión de que el catálogo de DDHH no debe ser cerrado, sino abierto a los nuevos avances de la sociedad.

El análisis de la adecuación constitucional y convencional de una norma regulatoria de derechos fundamentales no debe hacerse desde lo meramente procedimental, formal o adjetivo, sino que, además —y por sobre todas las cosas— debe contener un *sesgo de naturaleza sustantiva*. Ello va de la mano del cambio de paradigma del que hablaba Zagrebelsky, a raíz de la revolución del pensamiento sustancial operado a partir de la segunda posguerra.

Ergo, para que una norma sea válida, no alcanza con que haya cumplido con las *formas* referidas a su sanción (mayoría de votos, promulgación, publicidad, etc.) sino que, además, se exige que la misma no conculque derechos fundamentales. Nos referimos al *«Derecho sobre derecho»* del que hablaba Ferrajoli.

Ese control de la sustancia normativa se lleva adelante analizando los fines que tuvo el autor (juez, legislador o gobernante) en consonancia con los medios seleccionados para conseguirlos. Dicho control es denominado *«de razonabilidad»* en la doctrina norteamericana, de Latinoamérica y Argentina, siendo caratulado como *«de proporcionalidad»* en la Europa continental, especialmente Alemania.

Dicho control se ejerce sobre la eficacia (idoneidad o adecuación) la eficiencia (indispensabilidad o necesidad) y proporcionalidad —en sentido estricto— de los medios seleccionados en relación a los fines.

Esto asume en el país del que provengo ribetes especiales, dado que tiene costumbres administrativas francesas y españolas, y por otro lado es atributivo de bases constitucionales estadounidenses.

Y dado que el derecho administrativo hunde sus raíces en el derecho constitucional, siendo definido por varios autores como Fritz Werner *derecho constitucional concretizado*[2], o más bien desarrollado, dirá Schdmidt Assmann[3], queda a la vista la necesidad de revisar sus caminos.

Veremos entonces algunos antecedentes jurisprudenciales estadounidenses en la búsqueda del control de la norma con sesgo sustantivo.

En esa búsqueda de una herramienta de control sustantivo, a partir del holding de «Marbury vs. Madison»[4], la corte norteamericana comenzó a desarrollar ciertos mecanismos que le habilitaban el control sobre no solo las *formas* con que fue sancionada una ley, sino sobre su *contenido*. De esta manera se fue construyendo una doctrina sobre la legislación del poder de policía.

Sin embargo, la garantía del *due process of law* sería de carácter de adjetiva o procesal hasta 1886, año en el que se incorporaría la XIV enmienda[5], fecha a partir de la cual la alta corte ameri-

2 Debo referir que ha sido el Dr. Pedro Coviello quien me aclaró que esa definición ya había sido expuesta muchos años antes (1920) en América por el Dr. Rafael Bielsa.

3 Explica muy bien Javier Barnés en el libro que comparte con Schdmidt Assmann que el término «concretizado» es un *false friend*, que en idiomas se utiliza para referirse a palabras que, si bien parecen referirse a algo, en realidad tienen un significado diametralmente distinto, aunque por su semejanza dan lugar a equivocaciones.

4 5 U.S. 137 (1803).

5 «Ningún Estado podrá [...] privar a una persona de su vida, de su libertad o de su propiedad sin un debido proceso legal, ni denegar a cualquier persona la protección igualitaria de la ley».

cana encontraría el inicio de una línea pretoriana hacia el debido proceso legal con un claro *sesgo sustantivo*.

Es a partir de «West Coast Hotel Co. vs. Parrish» que el control de la jurisdicción sobre la *sustancia del poder de policía* bajo la XIV enmienda se dividió en dos grupos: el *due process clause* (debido proceso), y la *equal protection clause* (protección de la igualdad).

El test del *debido proceso sustantivo* se aplicó a toda regulación que afectara un universo de ciudadanos por igual, regulando un derecho o libertad; y el *test de la protección de la igualdad* de aplicó a todos aquellos casos en los cuales la regulación establecía alguna clasificación en virtud de la cual se regula un derecho de modo distinto a unas personas que a otras, sin motivo suficiente.

A la hora de aplicar las dos cláusulas surgidas al amparo de la XIV enmienda, (el debido proceso y la protección de la igualdad) la Suprema Corte Estadounidense elaboró tres tipos de controles, conocidos como escrutinios (scrutiny). Lo que los diferencia, es la intensidad con la que será aplicado del control de razonabilidad.

Ellos se refieren al grado de deferencia con que el poder judicial considerará el ejercicio de las atribuciones legisferantes (tanto del ejecutivo como del legislativo) o, al decir de Cianciardo[6] el grado de desconfianza con que será evaluada la norma.

El *Rational Basic Review* o control de relación razonable, en el cual, con carácter residual se puede afirmar que toda norma que no caiga en los otros dos tipos de control será de aplicación al caso bajo estudio, por oposición a todas aquellas clasificaciones que afecten el núcleo central de un derecho fundamental (a los que se aplicará el sistema strict scrutiny o escrutinio estricto) o cuasi sospechosa (a los cuales les será aplicado el escrutinio intermedio).

El segundo de ellos es el *Intermediate Test*[7], en el cual es el Estado quien debe probar la finalidad que buscaba y que la misma no solo era legítima, sino, además, importante.

Por último, el de *«escrutinio estricto»*, habitualmente empleado para evaluar cuestiones referidas a raza o extranjería, en la que, a fin de dar por válida la clasificación realizada por el gobierno, la Corte ha exigido la presencia de un fin estatal apremiante *(«compelling state interest»)* o de un fin imperioso *(«overriding»)*; a su tiempo, el Estado carga con el deber de acreditar que la clasificación ha resultado necesaria para alcanzar aquel fin, sea apremiante o imperioso, y las medidas adoptadas han sido confeccionadas *a medida («narrowly tailored»)*.

Si bien el strict scrutiny ha adquirido visibilidad en casos de creación de categorías sospechosas, existe cierta cantidad de casos en los cuales se ha aplicado el mismo, particularmente cuando se afecte directa y sustancialmente el goce de derechos fundamentales.

Es dable hacer notar aquí que la Corte estadounidense aplicó el control estricto tanto cuando se dictaba una reglamentación (en ejercicio del poder de policía) que se aplicaba *por igual a todos los ciudadanos* (bajo la cláusula de *sustantive due process*) como cuando por medio de élla se creaban categorías que *distinguían colectivos de ciudadanos* (bajo la cláusula de la *equal protection clause*).

En suma, partir de 1937 en la causa West Coast Hotel Co. Vs. Parrish, el debido proceso sustantivo (due process of law) se dedicó primordialmente a proteger la afectación del ejercicio de derechos fundamentales. La Corte norteamericana aplicó el control estricto y el control intermedio (que presumían la inconstitucionalidad) cuando el ejercicio del poder de policía regulaba derechos de esta naturaleza.

Nótese que en ambos tipos de control (estricto e intermedio), es el Estado quien debe probar ciertos extremos, ante la sola anunciación de parte en proceso judicial.

---

6 Giardelli, L., Toller, F., & Cianciardo, J. (2009). «Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones...ob. cit. Pág. 308. Tal es la importancia de la selección del tipo de escrutinio, que muchas ocasiones determinan el voto por mayoría o minoría, solo por esta elección.

7 Con el transcurrir de los años, surgió la idea que este sistema de base binaria o *two step aproach* dejaba la situación a la suerte de dos extremos (escrutinio estricto y básico), para lo cual durante la década del 70 surgió un sistema intermedio conocido como escrutinio intermedio o *intermediate scrutiny*.

Este sistema binario de tratamiento (equal clause y la due process clause para normas generales y grupales respectivamente) también lo podemos encontrar en el derecho argentino, en las categorías sospechosas y en el debido proceso sustantivo.

Por su parte, la Corte IDH también ha sido receptiva del concepto de categorías sospechosas «María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala»[8], «Atala Riffo y niñas v. Chile»[9] y «Norín Catrimán y otros v. Chile»[10], «Granier y otros vs. Venezuela»[11] «González Lluy y otros vs. Ecuador»[12], «Trabajadores de Hacienda Brasil Verde vs. Brasil»[13], «I.V. vs. Bolivia»[14], «Ximenes Lopes vs. Brasil»[15]; caso «Furlán y familiares vs. Argentina»[16]; «Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica»[17], la de migrantes indocumentados (en causa «Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana»[18], entre otros.

Si observamos su desempeño en Argentina, podremos ver idéntica performance que la estadounidense. Ergo, de la mano del control del poder de policía con sesgo sustancial (control sustancial de la norma), y de la aplicación amplia del art. 28 de la Constitución Nacional, se admitió que los derechos fundamentales puedan ser regulados en pos del bien común.

Otros fallos que reforzaron esta línea jurisprudencial han sido «Canale c/ Provincia de Mendoza»[19], «Horta c/ Harguindeguy»[20] y «Mango c/ Traba»[21], con un traspié en «Ercolano c/Lanteri de Renshaw»[22],«Inchauspe Hermanos c/ Junta Nacional de Carnes»[23], «Cine Callao»[24], «Iri-

8 CIDH, «María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala», Caso 11.625, Informe No 28/98, párr. 36.

9 Corte IDH, Sentencia del 24/2/2012.

10 Corte IDH, Sentencia del 29/5/2014.

11 Corte IDH, Sentencia del 22/6/2015. La Corte IDH puso sobre relieve, que al tratarse de una presunta discriminación en función de un criterio prohibido por el artículo 1.1 de la CADH, «exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio» (párr. 228).

12 Corte IDH, Sentencia del 1/9/2015. Asimismo, la Corte IDH precisó que cada vez que se juzgue una diferenciación basada en un criterio sospechoso, esta debe ser evaluada bajo un escrutinio judicial más estricto, enmarcado en el principio de proporcionalidad (párr. 257). Este principio ha sido desarrollado en jurisprudencia previa por la Corte IDH, por ejemplo, en Kimel vs. Argentina (2008, § 70-84).

13 Corte IDH, Sentencia del 20/10/2016.

14 Corte IDH, Sentencia del 13/1/2016. Para identificar este caso implícito de categoría sospechosa, la Corte dijo que se trata de aquellos que responden a «i) rasgos permanentes de las personas de los cuáles estas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados; y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales». (párr. 240).

15 Corte IDH, Sentencia del 4/6/2006.

16 Corte IDH, Sentencia del 31/8/2012

17 Corte IDH, Sentencia del 28/11/2012

18 Corte IDH, Sentencia del 24/10/2012

19 SCJN, Fallos 118:278 (1913).

20 CSJN, Fallos 137:47 (1922).

21 SCJN, Fallos 144:219 (1925).

22 SCJN, Fallos 136:161 (1922).

23 SCJN, Fallos 199:483 (1944).

24 SCJN, Fallos 247:121 (1960). En «Cine Callao» (con mayor claridad en el voto del juez Boggiano), como en «Inchauspe», la Corte ratifica que, tratándose de cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia, no procede el análisis de necesidad.

zar»[25], y dentro de los últimos 30 años, «Peralta»[26], «San Luis»[27] y «Bustos»[28], en los cuales la Corte sostuvo a) que la norma debe perseguir un fin constitucional; b) que los medios deben ser adecuados; c) que los medios deben guardar proporcionalidad con los fines perseguidos; d) que los jueces no pueden controlar la oportunidad, mérito o conveniencia de la norma, lo cual excluye el juicio de *necesidad*; e) no se deben alterar los derechos fundamentales.

Claramente podemos advertir que para la Corte argentina el control sustantivo de las normas se encuentra dentro del deber de no alterar los derechos fundamentales (art. 28 CN). Es que en el Derecho argentino el principio de razonabilidad se encuentra abarcado por una terna compuesta por el preámbulo, y los arts. 28 y 33 de la CN, que consagran la inalterabilidad del contenido esencial de los derechos fundamentales.

No obstante ello, en materia de derechos de índole no económica, como seguidamente veremos, la Corte resolvió aplicar controles más estrictos, e invertir la carga de la prueba hacia el Estado.

Ello se puede constatar en las causas «Radulescu»[29]; «Repetto»[30], «Calvo y Pesini»[31], «Hootf»[32], «Gottschau»[33], «Reyes Aguilera»[34], «Mantecón Valdés»[35], «Pérez Ortega»[36], «Zartarian»[37], entre otros.

Queda a la vista entonces la similitud existente entre la jurisprudencia argentina y la doctrina Iberoamericana (entre las que incluimos la de los organismos del SIDH, y las Cortes de los países que lo integran) en cuanto al test de revisión judicial del escrutinio estricto *(«strict scrutiny»)*.

No obstante, debemos hacer notar lo siguiente. El tipo de control elegido por la jurisdicción para evaluar una disposición reglamentaria de derechos fundamentales es una *consecuencia*. Debemos revisar la *causa*, es decir, el porqué se selecciona el control estricto para determinadas situaciones, dado que la Corte sostiene su aplicación cuando la norma bajo análisis carece de presunción de legitimidad.

---

25 SCJN, Fallos 319:1934 (1996).

26 SCJN, Fallos 313:1513 (1990).

27 SCJN, Fallos 326:417 (2003).

28 SCJN, Fallos 327:4495 (2005).

29 CSJN, Fallos 290:83 (1974).

30 CSJN, 8/11/1988, Fallos, 311:2272, «Repetto, Inés M. c/Provincia de Buenos Aires», considerando 7.º del voto de los Dres. Bacqué y Petracchi.

31 CSJN, Fallos 321:194, 24/02/1998, in re «Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba, Provincia de s/ amparo».

32 CSJN, Fallos 327:5118, «Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad» del 16/11/2004.

33 CSJN, Fallos, 329:2986, 8/8/2006, «Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo».

34 CSJN, Fallos 330:3853, 4/09/2007, in re «R.A., D. c/ Estado Nacional».

35 CSJN, Fallos, 331:1715, 12/8/2008, «Mantecón Valdés, Julio c/Estado Nacional - Poder Judicial de la Nación - Corte Suprema de Justicia de la Nación. Resol. 13/IX/04 (concurso biblioteca)».

36 CSJN, 21/2/2013, «Pérez Ortega, Laura Fernanda c/Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/ empleo público».

37 CSJN, 20/8/2014, «Zartarian, Juan Jorge c/Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/ plena jurisdicción».
[https://cijur.mpba.gov.ar/novedad/902?fbclid=IwAR2hODK6atwfBjQJ51t9jMqUk90sN-49JmNRGf22c7nom09H9P9NfF7N@]
[https://cijur.mpba.gov.ar/novedad/902?fbclid=IwAR2hODK6atwfBjQJ51t9jMqUk90sN-49JmNRGf22c7nom09H9P9NfF7N]

Y si volvemos a los orígenes descriptos más arriba, veremos que ello era así (una norma se presumía inconstitucional) no solo cuando se creaban categorías especialmente prohibidas por la Constitución, sino, además, y principalmente, cuando se violaban derechos fundamentales.

La doctrina bajo estudio establece que, en tales casos, existe una inversión de la carga de la prueba en contra del Estado emisor, debiendo el mismo probar los extremos ya citados.

En rigor de verdad, no se trata de una inversión de la carga de la prueba, por cuanto en prácticamente todos los casos se trata de una cuestión de puro derecho, y las partes ya nada deben probar.

En todos aquellos casos en que la Corte declara la presunción de inconstitucionalidad, no se vuelve a correr traslado al Estado demandado a fin de que ejerza el ejercicio de fundamentación respecto de haber cumplimentado con los extremos requeridos para este tipo de casos. Sino que, por el contrario, la Corte declara la norma portadora de una presunción de inconstitucionalidad directamente en la sentencia; por lo que la inversión ya existe en forma *ex ante*.

De lo dicho se pueden extraer dos consecuencias: la primera es que lo que se invierte no es la carga de la prueba, sino que *se refuerza el deber de fundamentación* del producto normativo bajo escrutinio *ab initio*. En derecho administrativo, debe entenderse como la obligación para el Estado, de una construcción mucho más elaborada de aquel elemento del acto administrativo conocido como «motivación».

La necesidad de justificación se encuentra en verdad establecida en forma «ex ante» para el Estado, en el momento de dictar el acto normativo, de saturar explicativamente los extremos más arriba desarrollados, a saber: a) que aquella regulación normativa persigue fines sustanciales (y no solo convenientes); b) que los medios elegidos promueven efectivamente esos fines, y c) que no existen otros medios alternativos menos gravosos para el afectado, a fin de alcanzar los fines propuestos.

Una particularidad es necesaria citar. En la República Argentina ha sido una constante el interpretar que el poder judicial no puede evaluar las cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia que sostienen las decisiones de la administración, a efectos de no quebrantar el consabido principio de división de poderes. Es por ello por lo que en las causas «Inchauspe» y «Cine Callao», ha descartado del control de racionalidad el elemento «necesidad», quedando en pie solo el de proporcionalidad y el de adecuación.

De tal forma, el llamado control de razonabilidad quedaría «chueco», pues sin revisar la necesidad de la medida, aún se podrían vulnerar derechos fundamentales.

Es por ello que entendemos se debería aplicar el control estricto referido, por cuanto, al trasladar al poder ejecutivo la necesidad de motivar más profundamente estos extremos, (es decir, el deber de agotar argumentalmente la necesidad imperiosa de implementar la medida en cuestión), el poder judicial no tendría la necesidad de revisar la «necesidad» de la medida, trasladando a la administración el deber de motivar con mayor nivel de profundidad los extremos y de explicitar de tal forma la «necesidad» de la medida, de acuerdo a la doctrina del control estricto.

Es cierto que las cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia forman parte de la esfera de actuación relativas al giro o comando del país en general; como tal, corresponden asumirlas al poder administrador, y por ende inherentes al principio de división de poderes; pero debemos recordar que este principio forma parte de las garantías del individuo frente al Estado, y no una prerrogativa estatal; siendo ello así, resulta claro que no puede invocarse una garantía en contra de la persona, pues ha sido pensada en su favor.

Cuando de derechos fundamentales se trata, la mirada ya no puede serlo desde las prerrogativas, sino desde el propio individuo, por lo que se plantea la conveniencia —para la jurisdicción— de revisar la necesidad de la medida adoptada por la administración.

Este dilema podría resolverse de la siguiente manera: de declarar aplicable el control estricto a casos de reglamentación de derechos fundamentales, se reforzaría el deber en forma ex ante para la administración, de saturar argumentalmente los motivos por los cuales se ha visto en no solo la conveniencia, sino además en la necesidad de adoptarlos, junto a los demás extremos ya citados. De tal manera, el principio de división de poderes no se vería desbordado, dándosele a los derechos fundamentales el trato que nunca debieron perder.

Podemos ver de esta manera, como ambos institutos (el del control estricto y el de la función preventiva de las administraciones, afincadas en el art. 1.º, incisos 1 y 2 de la CADH) se retroalimentan positivamente.

Y para ser verdaderamente preventiva, la función sobre la cual deben actuar dichos incentivos debe encontrarse en manos de quien confecciona el acto administrativo (de naturaleza reglamentaria) mismo; es en sede administrativa que deben actuar dichos estímulos, promoviendo no solo un acto administrativo más perfecto y depurado, sino, además, contribuyendo a un mejor control, tanto judicial, como político y ciudadano.

De la forma propuesta, la sinergia favorable que proponemos actuaría sobre estos tres conectores o enlaces:

a) la posibilidad de reconocer nuevos derechos que a pesar de no encontrarse positivizados, se pueden derivar directa o indirectamente de la dignidad del ser humano —denominados por ello *inherentes o innominados* en la órbita del poder legisferante—; el principio de interpretación evolutiva de los DDHH, que ya a estas alturas resulta incuestionable en el orden internacional, al que se han adherido los países firmantes, implica la posibilidad implícita de reconocer nuevos derechos inherentes a la dignidad del ser humano. En ese sentido tanto el art. 29, inc. c del PSJCR, como sus equivalentes en la mayoría de los países de América[38], se erigen en una verdadera válvula de escape para estas situaciones. Una técnica de invaluable calidad normativa, que protege del envejecimiento a las regulaciones normativas frente al cambio y avance de las sociedades, como dijimos antes, catapultados por el avance exponencial de la tecnología.

b) la *actividad preventiva estatal* —en la órbita del poder administrador— como práctica administrativa extraída del deber de garantía y afincada en el control de convencionalidad, que utiliza las herramientas de la tutela administrativa efectiva e integra el principio de juridicidad, erigiéndose en una nueva garantía ciudadana o derecho a nuevos derechos y garantías.

c) la aplicación por parte del poder judicial —sea nacional, regional o mundial de DDHH— del *control estricto* de categorías sospechosas —como mecanismo de interpretación— se retroalimentarían de forma tal que pueda brindarse cabal protección al DDHH fundamental, cumpliendo con la función preventiva que imponen las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en materia de DDHH, y, en suma, hacer un derecho administrativo más justo.

Debemos repensar el derecho administrativo despojándonos de aquellos puntos de vista meramente orgánicos, procedimentales o funcionales, abordándolo desde la dinámica del lenguaje de los DDHH. Para ello debemos gestionar sistemas de gobernanza flexibles, dinámicos, abiertos, fortaleciendo la función dialógica entre poderes.

Ello incentivara a las administraciones a fundar ab initio el acto reglamentario, a sabiendas de que ante cualquier planteo judicial no sobreviviría. Es una tarea que deben iniciar los servicios jurídicos de asesoramiento, quienes deberían poder advertir la necesidad de reforzar el elemento del acto administrativo conocido como motivación.

En la dinámica planteada se produciría un círculo virtuoso que redundaría en beneficio de un mejor y más depurado acto administrativo reglamentario, todo ello en claro beneficio del sistema republicano de gobierno, por la transparencia que aporte el acto.

Un derecho administrativo a las alturas de los tiempos que vivimos reclama la presencia de este tipo de sinergias, en pos de proteger el centro de su justificación holística, que no es otro que la dignidad del ser humano.

Diego Gutiérrez, 3 de marzo de 2024.

38 Citar aca los artículos de cada país. CN de Argentina: art. 33;

6

PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA EN EL MARCO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN

CONSTITUCIONAL PROTECTION OF THE RIGHT TO AN ADMINISTRATIVE CAREER IN THE FRAMEWORK OF GOOD ADMINISTRATION

Gustavo Igarza Funes
Magister
Universidad de Montevideo

RESUMEN: El ejercicio de la función pública se desarrolla en un marco de protección emanado desde la propia Constitución, comprendiendo entre otros, el derecho a la carrera administrativa, el cual procura asegurar la profesionalidad e independencia de la misma ante el poder político; no obstante en los últimos tiempos han existido antecedentes que buscan acotar su espacio en los cargos de la gestión superior de la Administración, lo cual puede suponer una amenaza para la buena administración y eficiencia, generándose conflictos y pronunciamientos de la jurisprudencia.

PALABRAS CLAVES: Función Pública, Carrera Administrativa, Buena Administración y eficiencia.

ABSTRACT: The exercise of the public function is developed within a framework of protection emanating from the Constitution itself, including, among others, the right to an administrative career, which seeks to ensure its professionalism and independence from political power; However, in recent times there have been precedents that seek to limit their space in the senior management positions of the Administration, which can pose a threat to good administration and efficiency, generating conflicts and jurisprudential pronouncements.

KEYWORDS: Public Service, Administrative Career, Good Administration and efficiency.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. GÉNESIS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. 3. LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA FUNCIÓN PÚBLICA. 4. MARCO CONSTITUCIONAL. 5. LA CARRERA ADMINISTRATIVA. 5.1. Concepto y marco jurídico. 5.2. Su vigencia en cargos de dirección. 5.3. Pronunciamiento jurisprudenciales. 6. REFLEXIONES FINALES.

1. Introducción

Si bien, ya en las primitivas formas de organización estatal, era necesario el trabajo en un sentido amplio, se puede hablar de función pública en su acepción actual, a partir de la consolidación de los estados modernos, sometidos a la regla de derecho, y en especial desde que las personas dejan de servir a un «señor», para pasar a desempeñarse al servicio del Estado y el cumplimiento de sus fines, es decir la satisfacción del interés general.

Surgen así, normas constitucionales destinadas a la proteger y garantizar la existencia de una administración pública profesional e independiente, inmune a los cambios políticos que la alternancia democrática impone.

Entre estas formas de tutela, se destaca el derecho a la carrera administrativa, el cual no solo es un derecho para el funcionario, sino que asegura también una gestión signada por los méritos y capacidades. No obstante, en los últimos tiempos, so pretexto de lograr la eficiencia, se advierte una tendencia a «apartar» de la misma a determinados cargos de dirección, los cuales pasan a tener un vínculo temporal. Sus ocupantes serán designados por las jerarquías con diferentes grados de discrecionalidad, generándose una tensión de intereses y conflictos, algunos de ellos dirimidos en el ámbito jurisdiccional.

A efectos, del presente trabajo se transitará por los siguientes temas: origen de la función pública, su vinculación con el deber de buena administración y la eficiencia de la gestión, el reconocimiento y contenido del derecho a la carrera administrativa, su cuestionamiento en los cargos de dirección, se citará un pronunciamiento jurisdiccional, para finalmente ensayar unas breves reflexiones[1].

2. Génesis de la función pública

El nacimiento de la función pública como hoy la concebimos, acontece junto a la consolidación de los Estados Modernos sometidos a la regla de derecho.

Así es que Sánchez Morón destaca: «...la instauración de los regímenes constitucionales que se produce en Europa y América desde finales del XVIII altera los fundamentos jurídicos de la función pública. Por un lado, el empleado público deja de ser un servidor personal de la Corona para convertirse en funcionario del Estado, ente impersonal y regido por las leyes. Por otro, la supresión de los privilegios estamentales y la proclamación del principio de igualdad ante la ley permiten, al menos en teoría que cualquier ciudadano, sin distinción de origen pueda acceder a los cargos públicos ...»[2].

Por su parte Racciatti estudia su origen asociándola con la estructura y forma del Estado: «En el continente europeo, bajo diferentes modalidades, y con influencia francesa, se generalizan los sistemas de función pública que se apartan tanto de la relación personal del absolutismo como del arrendamiento de servicios del derecho civil. En su origen, el modelo francés es de cuño autoritario, fruto de la concepción centralista del régimen de Napoleón; pero lentamente, acompañando la evolución política, el sistema de función pública pasa a caracterizar el Estado contemporáneo al establecer un cuerpo de funcionarios dedicados al servicio del estado, independiente e imparcial, sometido a una disciplina jerarquizada, en cuya actividad debe prevalecer el interés público»[3].

Se afianza así, la idea de que la gestión de la Administración deberá estar cimentada en criterios de profesionalidad y eficiencia, para el cumplimiento del fin que justifica su existencia.

3. La buena administración y la función pública

En los últimos tiempos el concepto de buena administración ha ido variando, teniendo diferentes alcances y perspectivas.

Durán Martínez, identifica tres dimensiones: como deber, como derecho y como principio de derecho. Como deber de la Administración de desempeñarse con eficiencia y eficacia para el logro de los resultados procurados. En tal sentido ha expresado: «Desde la perspectiva del

1 Este trabajo toma como base el realizado por el suscripto conjuntamente con el Profesor Pablo Bazán titulado: «El Derecho a la Carrara Administrativa como limite a la discrecionalidad de la Administración Pública de reorganizar sus servicios», en ocasión del Homenaje al Profesor Felipe Rotondo Tornaría, cuya publicación se encuentra en curso.

2 Sanchez Móron, M., *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 8va. Edición, Madrid 2014, p. 25.

3 Racciatti, O., «El Derecho del Trabajo en el Sector Público» en *revista Derecho Laboral*. Montevideo 2001. Tomo XLIV No. 204, octubre – diciembre 2001, pp. 730 y ss.

deber, fue que en su momento expresé que la Administración no puede ser sino buena; si no lo es, resulta ilegítima. Y esa parece ser también la perspectiva de Brito y Cajarville Peluffo. Es que esa perspectiva se deriva directamente del carácter servicial de la Administración. La Administración está para servir y para servir bien. Si no sirve bien, no tiene sentido. En otras palabras, si es ineficaz porque no logra los fines debidos o los logra con un costo desproporcionado o inmotivadamente elevado deviene en ilegítima»[4].

Se entiende pues, que la buena administración constituye el derecho a exigir que la Administración ejerza los poderes públicos con la debida diligencia en procura de satisfacer el interés general, señalándose: «En la medida en que la Administración se contempla, en efecto, como la Institución por excelencia al servicio de los intereses generales, y éstos se definen de manera abierta, plural, dinámica, complementaria y con un fuerte compromiso con los valores humanos, entonces el aparato público deja de ser un fin en sí mismo y recupera su conciencia de institución de servicio a la comunidad. Así, de esta manera, es más fácil entender que si la tarea de dirección pública, sea en el gobierno o en la administración, se concibe desde esta aproximación, entonces el derecho ciudadano a un buen gobierno y a una buena administración pública sea algo razonable y adecuado»[5].

A fin de ello, resulta imprescindible fortalecer el sentido servicial de la Administración y de las personas que en ella se desempeñan.

En ese sentido, Brito expresa que: «...el servicio público es constitutivamente, por su razón de ser, para «servir al público», y como tal, para «servir» le corresponde «ofrecer, atender, dedicar, recurrir». Una ineludible conexión de sentido nos habla de la relación entre la actitud operativa de servicio público —para servir— y la consecuente situación personal (de servicio) cara a la Administración y a los terceros, con responsabilidad institucional y personal»[6].

Es imprescindible contar con funcionarios que tengan vocación de servicio cuando desempeñan sus tareas, es por ello que Meilán Gil dirá «...la "buena cara" que pone un funcionario en su atención al ciudadano forma parte de la "buena administración", y tendrá su raíz en convicciones de educación o de ética que, se corresponden con el carácter de servidor público que, por otra parte, tiene su anclaje en la Constitución y las leyes»[7].

La buena administración está indisolublemente unida, al concepto de eficiencia, así Celorrio expresa: «La eficiencia en la gestión pública en épocas de crisis estructurales adquiere una singular incidencia en cuanta hace a la buena Administración y también a la gobernanza y en especial, en lo atiente a una apreciación integral de sus principios...»[8].

En similar sentido Delpiazzo enuncia: «El principio de eficacia supone determinar bien los fines y elegir los medios adecuados para su consecución. Por lo tanto, apela a la racionalidad en el empleo del tiempo, a los medios y las formas y debe desplegarse dentro de la juridicidad ya que la mera invocación de la eficacia no equivale a ajuste a Derecho. Lo eficaz no es por sí solo legítimo y justo. Además, debe estarse prevenido contra tendencias empiristas que pretenden trasvolar criterios de eficacia desde el ámbito privado al público, sin tener en cuenta las diferencias existentes entre la empresa privada y la Administración pública: mientras que la primera se articula sobre los principios de autonomía, capacidad universal y libertad en el

4 Duran Martínez, A. «La Buena Administración» en *Estudios de Derecho Administrativo* No. 1, Editorial La Ley Montevideo 2010, pp. 173 y ss.

5 Rodriguez Arana J. «El Derecho Fundamental al Buen Gobierno y a la Buena Administración de Instituciones Públicas», en *Anuario de Derecho Administro*, Tomo XV, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, p. 114.

6 Brito, M. *Derecho Administrativo Su Permanencia – Contemporaneidad- Prospectiva*. Universidad de Montevideo, Montevideo, 2004, p. 540.

7 Meilán Gil, J., *Derecho Administrativo Revisado*, Editorial Andavira, 1era. Edición España 2016, p. 184.

8 Celorrio, H. «Legalidad y Eficiencia» en *Presente y Futuro de los Funcionarios Públicos en Iberoamérica*, Editorial La Ley Uruguay, Montevideo 2021 p. 524.

marco de la ley (vinculación negativa al derecho), la segunda se organiza sobre la base de los principios de heteronomía, capacidad por atribución y limitación legal (vinculación positiva al Derecho) conforme al principio de especialidad»[9].

En definitiva, para que la gestión de la administración sea eficaz, en forma acorde con el principio de buena administración, es necesario que el desempeño de sus funcionarios se realice en forma profesional.

4. Marco constitucional

Como señala Ruocco: «La Constitución es la primera de las normas. No existe un solo espacio de ejercicio del poder público que se halle sustraído al efecto vinculante del Texto Fundamental.

Las bases constitucionales impregnan en el resto del ordenamiento, se infiltra e irradian a su fuerza normativa en él, y su prevalencia funda el sistema jurídico mismo del Estado. De ahí que Prieto Sanchís señale con propiedad que ella condiciona la validez de todos los demás componentes entes del orden jurídico, y que representa un criterio de interpretación prioritario»[10].

En nuestro país, el régimen de función pública tiene sus bases en la Carta, habiendo mutado a través de sus textos, conjuntamente con la concepción de Estado vigente en cada momento histórico.

Al respecto Martins señala: «Dentro del proceso de constitucionalización del derecho administrativo debe destacarse la frecuencia e importancia con que las Constituciones de mediados del siglo XX han incorporado a sus textos diversas disposiciones respecto del estatuto de los funcionarios.

Salvo el principio de que todos los ciudadanos tienen acceso a los empleos públicos según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos, tomada de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, las Constituciones del siglo XIX contienen muy raramente normas sobre los empleados públicos.

Pero a partir de las Constituciones de la primera post guerra mundial se van inscribiendo preceptos sobre algunos aspectos de la administración de personal y se convierten en capítulos enteros dedicados al tema en las Constituciones sancionadas últimamente»[11].

El autor antes citado, enumera los siguientes principios constitucionales: independencia, dedicación funcional, debido proceso, y un contenido estatutario mínimo, entre los cuales se prevé el derecho a la carrera administrativa, así como todos aquellos derivados de la personalidad humana o la forma republicana de gobierno previstos en el artículo 72 de la Carta[12].

Adquiere importancia singular, el principio de servicialidad o de dedicación funcional en términos utilizados por Martins, recogido en el artículo 59 de nuestra Constitución que dispone que: «...el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario».

Por su parte el artículo 60, tiene una doble relevancia, ya que por un lado en su primer inciso dispone la creación de la Oficina Nacional del Servicio Civil con el cometido de lograr una «administración eficiente», así como estableciendo la «carrera administrativa para los funcionarios presupuestados de la Administración Central».

Se establece así, desde las propias bases constitucionales, el mandato de una organización profesional, que sirva al ciudadano y a la satisfacción del interés general.

---

9 Delpiazzo, C. *Derecho Administrativo General* Volumen 1. Editorial Amalio M. Fernández. 1era. Edición, Montevideo 2011 pp. 118 a 119.

10 Ruocco, Graciela «Las Bases Constitucionales de la Función Pública» en *Función Pública: Un abordaje actual desde el Derecho Administrativo, Fundación de Cultura Universitaria*, Montevideo 2023, p. 43.

11 Martins, D., *Estatuto del Funcionario*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la Republica, Montevideo 1965, pp. 80 y 81.

12 Artículos: 58,59, 60, 64, 66 y 72 de la Constitución de la Republica.

5. La carrera administrativa

5.1. Concepto y marco jurídico

Martins la describe como: «...la posibilidad para el funcionario de no permanecer de por vida en el cargo en que fue designado, sino de ir pasando a cargos de mayor importancia y responsabilidad y, consiguientemente de mayor retribución y expectatibilidad»[13].

El derecho al ascenso aparece como uno de los componentes del régimen de carrera administrativa, que implica, además, otros aspectos en concordancia con la estabilidad y profesionalidad que caracterizan a dicho régimen. El derecho a ascender implica la potestad de competir para probar que se es el más apto y en tal caso, ser designado en el cargo a proveer[14].

Como se expresó, nuestra Carta reconoce el derecho a la carrera administrativa para los funcionarios presupuestados de la Administración Central en su artículo 60, haciéndose extensiva para funcionarios de otros órganos estatales en función de la aplicación de lo dispuesto en los artículos: 59, 61, 62, 63, 107, 204 y 239.7.

A su vez el artículo 56 de la Ley N.º 15.809 de 8 de abril de 1986, dispone que el ejercicio de la función pública en tareas permanente deberá efectuarse en cargos presupuestales y bajo el sistema de la carrera administrativa, de acuerdo con las normas constitucionales y estatutarias vigentes, por lo que quedan exceptuados de este régimen los cargos de particular confianza, políticos y contratados[15].

La carrera administrativa puede ser percibida con una doble mirada: por un lado, constituye un derecho fundamental de los funcionarios públicos presupuestados, siendo justamente este aspecto uno de los caracteres que lo diferencia de los cargos de naturaleza política o de particular confianza, los cuales son determinados por Ley, siendo su naturaleza y razón de ser es esencialmente temporal acompañando la gestión de cada período de gobierno. A su vez, se convierte en un mecanismo para garantizar que los cuerpos funcionales de los que se nutre la Administración se adecuen a la profesionalidad y eficiencia.

5.2. Su vigencia en cargos de dirección

Este punto reviste particular importancia, pues en los últimos años han existido intentos normativos de acotar el campo de acción de los funcionarios con derecho a la carrera administrativa, sustituyendo cargos presupuestales en favor de un régimen de asignaciones de funciones transitorias, otorgadas con diferentes grados de discrecionalidad.

Parada y Fuentetaja advierten: «La pérdida de espacio funcionarial en beneficio de la Política se observa en la ampliación correlativa del espacio político en las Administraciones Públicas, en cuanto que organizaciones, y en la Función Pública, en cuanto que organizaciones, y en la Función Pública, en cuanto que institución. A la siempre imprecisa delimitación de los órganos políticos en los organigramas administrativos, se suma la definitiva carta de naturaleza que ha obtenido el personal eventual, ajeno a los principios de mérito y capacidad y que, en aras de la claridad conceptual y de la necesaria regeneración ética y hasta jurídica debería ser erradicada de la Función Pública para ser ubicado en su regulación y gestión en el ámbito estrictamente político o de gobierno»[16].

---

13 Martins, D., *op. cit*., p. 197.

14 Correa Freitas, R. y Vázquez, C. *Manual de la Función Pública*, Fundación de Cultura Universitaria, 2a. edición, Montevideo, 2011, pp. 179 y ss.

15 Rotondo Tornarìa, F., *Manual de Derecho Administrativo*, 10.º Edición, Montevideo 2017, pp 190-191.

16 Parada R. y Fuentetaja J., *Derecho de la Función Pública*, Open, 3era. Edición Madrid 2015, p.35.

En Uruguay, entre otros, un claro ejemplo de ello constituye el Estatuto del Funcionario que fuese aprobado por la Ley N.º 19.121, de 20 de agosto de 2013, y cuyo ámbito de aplicación se circunscribe al Poder Ejecutivo[17].

En el marco de dicha ley se instituye el régimen de «funciones de administración superior», sobre el cual Delpiazzo Antón, ha señalado: «Dichos puestos de trabajo no integran los cargos de particular confianza, que —previa calificación legal— el jerarca puede proveer discrecionalmente en forma directa y sustituir de la misma manera en cualquier momento. Sin embargo, se trata de puestos que para cualquier jerarca revisten una evidente importancia estratégica en la estructura organizacional del organismo, en atención a su directa incidencia en los resultados de la gestión y en las decisiones a adoptar. Ello ha motivado el planteo sobre la conveniencia de dotar a la provisión de los mismos de un régimen jurídico particular, más flexible que el régimen general aplicable a los cargos de carrera, que permita la evaluación y, en su caso, el recambio del funcionario al cabo de un periodo de desempeño determinado»[18].

Durante la discusión parlamentaria Cajarville advirtió: «Al limitar la carrera a un nivel tan bajo de la estructura administrativa, en buena medida se priva de sustancia al derecho al ascenso que consagra la Constitución. De manera que bien puede entenderse que este sistema no es inconveniente, sino también inconstitucional...», por su parte Delpiazzo informó: «La Constitución de la República permite que cuando un jerarca quiere designar a alguien a su libre albedrío, lo pueda hacer siempre y cuando ese cargo sea declarado de particular confianza, y prevé un régimen de mayorías en el Parlamento para que dichos cargos de declaren de particular confianza...»[19].

Este tipo de régimen viene a conculcar en cierta medida el derecho a la carrera administrativa, advirtiéndose una suerte de tensión entre ambas estructuras (presupuestal y funciones), en las cuales una pretende avanzar sobre la otra, y que a nuestro juicio van en determinada medida perforando a las organizaciones administrativas.

5.3. Pronunciamientos jurisprudenciales

El punto en cuestión ha sido objeto de pronunciamientos por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

A vía de ejemplo, se cita el caso de la acción de nulidad incoada contra el Decreto del Poder Ejecutivo N.º 63/013, del 22 de febrero de 2013, modificativo del Decreto N.º 469/80, de 3 de noviembre de 1980, el cual reglamentaba el Decreto-Ley 15.031, de 12 de agosto de 1980, que consagra la Carta Orgánica de la Administración de Trasmisiones Eléctricas del Estado (UTE). En el aspecto que interesa por la modificación señalada se dispuso que: «...el cargo de Gerente de División y superiores en la actual estructura, y sus equivalentes en otras, se cubrirán mediante el mecanismo de encomendación de funciones. Para encomendar las funciones del cargo de Gerente General se requerirá mayoría absoluta del Directorio, no siendo de aplicación lo dispuesto en la frase final del art. 13.º de este Decreto...» (art. 1 del mencionado decreto, que modifica el art. 2 literal y del Decreto 469/980).

Los accionantes sostuvieron los siguientes argumentos: limitación de la carrera administrativa la cual quedaba acotada hasta el cargo inmediatamente inferior al de Gerente de División (Gerente de Sector), que se les impedía acceder a cargos superiores en forma efectiva, que por vía regla-

17 El artículo 59 de dicha norma establece: «Administración superior. Se entiende por administración superior el conjunto de funciones que se asignan para ejercer actividades de supervisión, conducción y alta conducción de jefaturas de un Departamento, División o Área respectivamente. Comprende las funciones pertenecientes a la estructura organizacional vinculadas al desarrollo y aplicación de instrumentos de gestión, a la determinación de objetivos, a la planificación, programación, coordinación, gestión y dirección de actividades y al control y evaluación de resultados»

18 Delpiazzo Anton, Gabriel, «Funciones de Administración Superior», en *Presente y Futuro de los Funcionarios Públicos en Iberoamérica*, Editorial La Ley Uruguay, Montevideo 2021 pp. 555 y ss.

19 Cajarville Pelufo, J. y Delpiazzo C. Distribuido de la Cámara de Senadores No. 2197/2013 de 27 de junio de 2013, citados por Delpiazzo Anton G. *op. cit* p. 565

mentaria y no legal se creaban cargos políticos y/o de particular confianza, y que se desprofesionalizaba la gestión con perjuicios tanto para los funcionarios como para la empresa pública.

Por su parte el Estado al contestar la demanda incoada señaló que no se recortaba la carrera administrativa, precisando el concepto de derecho al ascenso, y que el mecanismo de «encomendación de funciones» otorgaba una mayor flexibilidad al momento de proveer cargos y que constituye una facultad discrecional del Directorio. En definitiva, defendió la legitimidad del acto fundamentada en la necesidad de otorgar al Ente un instrumento esencial para el cumplimiento de los servicios a su cargo.

Finalmente, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su Sentencia N.º 119, de 31 de marzo de 2016, procedió a anular el acto administrativo en función de lo siguiente: «Particularmente, porque la modificación organizacional, agrede frontalmente el derecho a la carrera administrativa entendiendo en sus dos acepciones: un concepto estricto o restringido y un concepto amplio. A) En sentido estricto, la carrera administrativa puede ser entendida como el derecho al ascenso o a la promoción, «mediante el cual los funcionarios pueden realmente hacer carrera. B) En sentido amplio, la carrera administrativa es la profesión que ejerce el funcionario público desde su ingreso y hasta la extinción de la relación funcional, gozando de un régimen de estabilidad, ascensos, licencias, traslados, así como el régimen disciplinarios correspondiente...En la especie, a través del acto regla se recorta seriamente las posibilidades de acceder a cargos superiores, pues resulta imposible acceder a éstos por medio de mecanismos selectivos y, consecuentemente la estabilidad en los cargos, desde que se cubren mediante encomendaciones de funciones que no genera, obviamente derecho al cargo. En tal sentido, con la decisión administrativa impugnada en esta fase de cuestionamiento lejos está de consagrarse un régimen de estabilidad, más bien se precariza la situación funcional al accederse a los cargos superiores. Y, a su vez, esa precarización funcional se traslada a toda la estructura funcional en línea descendente, lo que resulta en notoria contradicción con la regla de derecho...Con lo cual, dado el alcance general del acto impugnado, y en razón de la desigualdad que la anulación con efecto inter-partes podría provocar entre los sujetos alcanzados, el Tribunal ejercerá la facultad conferida en el art. 311, inciso 2.º, de la Constitución de la República, amplificando el alcance del pronunciamiento anulatorio, por fuera de los límites connaturales de la cosa juzgada»[20].

En especial cabe destacar que la sentencia fue anulada con efectos generales, lo cual en Uruguay se encuentra reservado únicamente para aquellos casos «en interés a la regla de derecho o de la buena administración»[21].

6. Reflexiones finales

1) En el Estado moderno, a fin del cumplimiento de su fin servicial y su deber de buena administración, el ejercicio de la función pública impone la existencia de un régimen basado en criterios de eficiencia, y profesionalidad, lo cual se encuentra reconocido en normas de máxima jerarquía.
2) El derecho a la carrera administrativa tutela dos bienes jurídicos, por una parte, el derecho del funcionario a progresar en su función, y por otra constituye una plena garantía para asegurar el logro de una gestión profesional de la Administración; no siendo casual que en nuestra Constitución se refiera a la carrera administrativa y eficiencia en un mismo artículo.
3) En procura de la búsqueda de una gestión más eficiente, que también se corresponde con la buena administración, se ha impulsado modificaciones tendientes a mutar el régimen jurídico de determinados cargos responsables de la gestión, los cuales pasan de cargos presupuestales a encomendación o asignación de funciones temporales.

20 En similar sentido se pueden citar, entre otras Sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo: Nos. 324/2016 de 14 de junio de 2016 referente a la Dirección Nacional de Aduana

21 Artículo 311 de la Constitución de la República.

4) Compartimos la visión crítica a la corriente antes señalada, en tanto además de lesionar el derecho a la carrera administrativa, convierte a determinados cargos en «políticos» o de «particular confianza» por vías diferentes a las previstas en el texto constitucional, lo cual fue advertido por la más prestigiosa doctrina.
5) La jurisprudencia ha sido hasta la fecha celosa custodia del mandato constitucional y por la cual ha sido muy férrea en defender el «ámbito» de la existencia de la carrera administrativa.
6) El sistema de carrera administrativa no supone necesariamente la inmutabilidad de situaciones contrarias a la eficiencia, sino que deberá acompasarse con un sistema de evaluación que asegure el cumplimiento de la buena administración.

Bibliografía

Brito, **Mariano**. «Derecho Administrativo. Su permanencia – contemporaneidad- prospectiva». Universidad de Montevideo, Montevideo 2004.

Celorrio, **Hernán**. «Legalidad y Eficiencia» en *Presente y Futuro de los Funcionarios Públicos en Iberoamérica*, AA. VV. Editores Delpiazzo Carlos y Veloso Natalia. Editorial La Ley Uruguay, Montevideo 2021.

Correa Freitas, **Rubén** y **Vázquez**, **Cristina**, *Manual de la Función Pública*, Fundación de Cultura Universitaria, 2a. edición Montevideo, 2011.

Delpiazzo, C. *Derecho Administrativo General* Volumen 1. Editorial Amalio M. Fernández. 1era. Edición, Montevideo 2011.

Delpiazzo Anton, **Gabriel**, «Funciones de Administración Superior», en *Presente y futuro de los funcionarios públicos en iberoamérica*, AA. VV Editores Delpiazzo Carlos y Veloso Natalia. Editorial La Ley Uruguay, Montevideo 2021.

Durán Martínez, **Augusto**. «La Buena Administración» en *Estudios de Derecho Administrativo* No. 1 Editorial La Ley Montevideo 2010.

Martins, **Daniel Hugo**, *Estatuto del Funcionario*. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la Republica, Montevideo 1965.

Meilán Gil, **José Luis**, *Derecho Administrativo Revisado*, Editorial Andavira, 1era. Edición España 2016.

Parada Ramón y **Fuentetaja Jesús**, *Derecho de la Función Pública.* Editorial Open 3era. Edición. Madrid 2015.

Racciatti, **Octavio**. «El Derecho del Trabajo en el Sector Público» en *revista Derecho Laboral*. Montevideo 2001. Tomo XLIV No. 204.

Rodriguez- Arana Muñoz, **Jaime** «El Derecho Fundamental al Buen Gobierno y a la Buena Administración de Instituciones Públicas», en *Anuario de Derecho Administro*, Tomo XV, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008.

Rotondo Tornarìa, **Felipe**, *Manual de Derecho Administrativo*, 10.° Edición, Montevideo 2017.

Ruocco, **Graciela** «Las Bases Constitucionales de la Función Pública» en *Función Pública: Un abordaje actual desde el Derecho Administrativo,* Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2023,

Sanchez Moron, **Miguel** «Derecho de la Función Pública», 8.ª Edición, Tecnos, Madrid 2014.

7

SOBRE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE JUEGO EN GALICIA Y PERÚ A PROPÓSITO DE LA LEY 3/2023, DE 4 DE JULIO, REGULADORA DE LOS JUEGOS DE GALICIA

Jaime Pensado Sande
Abogado
Doctor en Derecho. Universidad de A Coruña

1. Introducción: Derecho, Economía y Derecho administrativo económico

Partiendo de la concepción objetiva del Derecho, es decir, como *norma agendi*, y de la definición de economía de Robbins, para quien constituye el estudio del comportamiento de los agentes económicos (familia, empresa y Estado) cuando tratan de gestionar una serie de recursos escasos para alcanzar la satisfacción de sus necesidades, el interés de esta última para el Derecho es manifiesto.

Son muchas las cuestiones económicas a las que el Derecho presta atención: la regulación de los mercados, el régimen de la competencia, los derechos de los consumidores y usuarios... Todas ellas se podrían agrupar bajo la denominación de las materias propias del Derecho económico, es decir, el conjunto de normas jurídicas que regulan determinados aspectos económicos. Sin embargo, para autores como Rivero Ortega[1], se puede distinguir entre el Derecho público de la economía, compuesto por normas propias de Derecho constitucional y administrativo, y el Derecho privado de la economía, puntos de vista que sin duda son complementarios. La justificación de esta distinción residiría en el centro de atención de la norma jurídica en cuestión: la voluntad de los particulares o las intervenciones y regulaciones del poder público, si bien hay que tener en cuenta que las intervenciones de carácter fiscal son el objeto de estudio del Derecho financiero, disciplina con autonomía, aunque con profundas implicaciones de Derecho administrativo, y que otras ramas como el Derecho penal tienen en ocasiones vertientes económicas. Sin embargo, no sería aventurado afirmar que el grueso de las regulaciones e intervenciones económicas del poder público se encuentran previstas y ordenadas en leyes administrativas, con la previa cobertura constitucional.

Por lo tanto, es perfectamente posible hablar de un Derecho administrativo económico, entendido como el conjunto de normas jurídicas, principios, medios y fines que se refieren a la intervención del sector público en la economía y en la regulación de los sectores económicos a través del ejercicio de funciones administrativas ejercidas por órganos de las Administraciones Públicas. Como siempre que se habla de Derecho administrativo hay que tener en cuenta las dos caras: por un lado, el conjunto de herramientas que permiten condicionar el comportamiento de los operadores económicos en el mercado justificadas en el interés general, a través de potestades administrativas como la reglamentaria, la sancionadora, la fiscalizadora, la supervisora o

1 Rivero Ortega, R. (2015). *Derecho administrativo económico*. Madrid: Marcial Pons, pág. 15.

la autorizante, y, por otro lado, las garantías encaminadas a evitar los excesos y arbitrariedades de las Administraciones en intervenciones desproporcionadas, desviaciones de poder y violaciones de los derechos fundamentales de las personas, especialmente la libertad económica y el derecho de propiedad.

Así, y con una finalidad didáctica, las materias que tradicionalmente se han agrupado bajo el paraguas del concepto de Derecho administrativo económico son las siguientes:

1) Los sectores regulados, que son las áreas de actividad económica en las que convive el ejercicio de la actividad en libre mercado o libre competencia con el cumplimiento de exigencias o requisitos legales que no imperan en los mercados completamente liberalizados.

   A modo de ejemplo se pueden citar los siguientes: el energético, el de las comunicaciones, el de los transportes, el financiero (compuesto por el sector bancario, mercado de valores y seguros), el de la asistencia sanitaria, el sector del juego, el sector agroalimentario, el sector del agua, el sector de la gestión de residuos y los relativos al comercio minorista y consumo.

2) La defensa de la competencia.

3) La Administración instrumental económica, compuesta por una pléyade de entidades entre las que destacan, entre otras, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Banco de España, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones o la Dirección General de Ordenación del Juego.

2. El juego como manifestación de la actividad regulatoria de la Administración pública

La satisfacción de las necesidades de interés general es lo que justifica la acción o actividad administrativa, que tradicionalmente ha revestido esencialmente tres formas, siguiendo la popular clasificación de Jordana de Pozas: policía, servicio público y fomento. Siguiendo a este autor, la actividad de policía es la dirigida al mantenimiento del orden público mediante la limitación o intervención de actividades privadas. Por su parte, la actividad de fomento es la dirigida a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar coacción ni crear servicios públicos. Finalmente, la actividad de servicio público es la dirigida a satisfacer la necesidad pública de que se trate, de una manera directa, por órganos de la propia Administración creados al efecto y con exclusión o en concurrencia con los particulares. No es objeto de esta ponencia exponer las debilidades de esta clasificación, ampliamente estudiada por la doctrina. Pero sí puede ser positivo partir de ella.

Cabe comenzar recordando que el interés general exige que la libre iniciativa de los particulares no comprometa el orden público, condición de toda vida en sociedad. En aras de este objetivo, el Estado impone una disciplina que puede ser calificada como una actividad de policía. Es decir, es el conjunto de intervenciones de la Administración dirigidas a imponer a la libre acción de los particulares la disciplina exigida por la vida en sociedad, dentro de los límites impuestos por el legislador y por la Constitución.

Por su parte, cuando se habla de servicio público, el poder público asume o delega bajo su control, la satisfacción de una necesidad de interés general, asegurando tanto a los colectivos como a los particulares, las prestaciones correspondientes.

En todo caso, la actividad de policía administrativa tiene un objetivo principal que está presente en todas y cada una de las definiciones de cada autor que se ha aproximado a esta cuestión y que justifica su propia existencia: prevenir los ataques al orden público. De esta afirmación se desprenden necesariamente dos precisiones.

Por un lado, que tiene una marcada naturaleza preventiva. A través de ella se pretende evitar que una determinada situación problemática se produzca, se agrave o se prolongue.

Por otro, la noción de orden público, cuyas características son las siguientes:

1) En primer lugar, por su carácter material, en el sentido de que se trata de evitar aquellos desórdenes visibles o exteriores, ya que a diferencia de lo que ocurre en los regímenes totalitarios, en los regímenes liberales la inmoralidad no puede ser objeto de policía salvo que esté en conexión con desordenes exteriores. Como señala HAURIOU la policía administrativa no persigue los desórdenes morales, para lo que es radicalmente incompetente; si lo hiciese, se convertiría inmediatamente en la inquisidora y represora de las conciencias.
2) En segundo lugar, por su carácter público. Y es que la actividad de policía no sólo respeta el fuero interno, sino también el domicilio privado, salvo cuando las actividades desarrolladas en el mismo tienen consecuencias en el exterior.
3) En tercer lugar, por su carácter limitado, y tradicionalmente circunscrito a los tres elementos capitales: tranquilidad (entendida como el mantenimiento del orden en las calles, en los lugares públicos, en la lucha contra el ruido etc.), seguridad y salubridad (relacionada por la higiene pública en general y con el control de calidad de las aguas, prevención de epidemias, lucha contra la contaminación etc.).
4) Finalmente hay que tener en cuenta que, en una sociedad democrática, el orden público implica el respeto de las libertades fundamentales, cuyo ejercicio se ve amenazado allí donde el desorden se instale.

Excede de esta ponencia la realización de un análisis exhaustivo de la evolución de las relaciones entre el Estado y la sociedad. Pero puede resultar conveniente recordar, siquiera brevemente, que a finales del siglo XIX la concepción tradicional sobre el fundamento del poder del Estado comienza a debilitarse notablemente. Hasta ese momento, las concepciones alemanas (representada por el concepto de la *Herrchaft*, ese poder de dominación que le permite al Estado mandar en imponerse de un modo irresistible, del que nadie puede sustraerse de sus mandatos y cuyo sometimiento al Derecho es únicamente fruto de una decisión voluntariamente asumido, como una autolimitación) y francesa (representada por la noción de soberanía) reinaban en Europa. Pero la industrialización y la concentración de medios de producción van exigiendo cada vez más la intervención del Estado. De este modo, el liberalismo político se centra en la construcción de un Estado de Derecho en el que se limite el poder estatal y se someta al Derecho.

Así, la noción del poder público sirvió de poco para explicar las nuevas funciones del Estado. Es en este contexto cuando se produjo el cambio dogmático encabezado por DUGUIT y HAURIOU, en virtud del cual el Derecho Público moderno se convierte en un conjunto de reglas que determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento regular e ininterrumpido. De este modo, de la ideología del servicio público se derivó una radical separación entre el Estado y la sociedad. A aquel se le asignan funciones, de provisión de bienes y servicios a los ciudadanos, que se refieren a la práctica totalidad de las decisiones económicas y sociales. El Estado proveedor de servicios públicos cumple las funciones que el ordenamiento jurídico le asigna.

Sin embargo, la relación del Estado con la economía cambió sustancialmente en las últimas décadas del siglo XX, de modo que la privatización de actividades económicas de interés general y su sometimiento a los principios de la libre competencia ha supuesto un cambio radical de modelo. La provisión de bienes y servicios a los ciudadanos, en dichos sectores económicos, no depende ya de los planes de la Administración, de su elección discrecional de las misiones prevalentes que tiene que cumplir el sector público, de sus opciones sobre la aplicación de los recursos públicos, sino del correcto comportamiento de las empresas privadas que desarrollan actividades de utilidad pública. A grandes rasgos, así ha surgido el nuevo modelo de Estado que algunos autores han venido a denominar el Estado regulador y garante, expresión que dibuja las nuevas relaciones entre el Estado y la sociedad en el período que transcurre entre las últimas décadas del siglo XX y las primeras del XXI. En palabras de MUÑOZ MACHADO, la función de regulación debe ser entendida *«no como el poder de dictar normas, sino de utilizar todos los instrumentos, normativos y ejecutivos, precisos para orientar el funcionamiento de los mercados hacia la competencia e*

imponer obligaciones de servicio público a los operadores para que su natural afán de beneficio fuera compatible con las exigencias del interés general»[2].

Sentado lo anterior, y concretando más la cuestión, el concepto de regulación se ha extendido notablemente en la doctrina en los últimos años, y normalmente para referirse a la intervención pública en sectores liberalizados, como por ejemplo el de las telecomunicaciones o el de la energía. Sin embargo, cada autor ha propuesto una definición. Considero muy acertada la propuesta por Montero Pascual, quien la define como «la actividad de la administración consistente en el control continuo de un mercado mediante la imposición a sus operadores de obligaciones jurídicas proporcionales a propósitos de interés general objetivamente determinadas según la valoración que en un ámbito de extraordinaria discrecionalidad realiza la administración»[3]. En términos muy similares se expresa Laguna de Paz al afirmar que se entiende como «el conjunto de actuaciones normativas y ejecutivas a través de las que la Administración, en desarrollo y ejecución de la ley, ordena la actividad de los ciudadanos, empresas y entidades públicas, mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, al tiempo que aplica la normativa, controla y supervisa su cumplimiento, con la finalidad de evitar la producción de daños, proteger los derechos de terceros y promover el interés general»[4].

Sus características merecen ser destacadas.

Esta modalidad de intervención administrativa, la regulatoria, exige la existencia de una norma, una ley, puesto que se incide en los derechos y libertades de los ciudadanos. No se debe obviar que la es el fundamento de las actuaciones normativas de la Administración (fundamentalmente manifestadas en reglamentos) y las ejecutivas (en forma de inspecciones, autorizaciones, concesiones, sanciones etc.).

Además, se trata de una actividad de naturaleza coercitiva, puesto que impone límites a la actuación de tanto los ciudadanos como las empresas e incluso las entidades públicas. La Administración contribuye mediante su actuación a la definición del contenido normal de los derechos y libertades, que en ningún caso se pueden concebir como ilimitados. De ahí que esas restricciones no se pueden entender que puedan ser objeto de indemnización. Es por eso por lo que la regulación, que comporta la ordenación coercitiva de los derechos y libertades de los ciudadanos está reservada la ley. Eso significa que el régimen jurídico básico de la actividad debe establecerlo el legislador. Partiendo de ahí, lo corresponde a la Administración el desarrollo normativo a través de los correspondientes reglamentos, así como la adopción de las medidas ejecutivas para garantizar su aplicación mediante técnicas como por ejemplo controles previos o la adjudicación de títulos habilitantes.

A mayor abundamiento, su objeto es sumamente amplio, ya que recae en todas las actividades y sectores que tienen un potencial dañoso o que precisan ser ordenadas y controladas por razones de interés general. Es evidente que en el caso del juego se cumplen ambos requisitos. En pocas actividades existe tanto consenso. La adicción al juego, la ludopatía es una de las principales lacras en las sociedades modernas, y existe evidencia científica que la edad de inicio es cada vez más temprana. La causa principal es la llegada de Internet al mundo de las apuestas. No se puede negar la irrupción de los nuevos servicios de comunicaciones electrónicas y la utilización de los servicios de juego interactivos a través de Internet. Han provocado un cambio sustancial en la concepción tradicional del juego, no sólo en España, sino en todo el mundo.

El establecimiento de límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio se contempla en el ordenamiento jurídico español en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, precepto en el que se exige que en esos casos debe motivarse por la

2 Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. Tomo XIV. La actividad regulatoria de la Administración*. Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, pág. 25.

3 Montero Pascual, J.J. (2014). La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 12, (23-44), pág. 27.

4 Laguna de Paz, J.C. (2022). *Tratado de Derecho administrativo general y económico*. Aranzadi: Madrid.

concurrencia de «alguna razón imperiosa de interés general». Y esas razones están tasadas y se contemplan en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Son las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.

Quizás en el ámbito del juego son más relevantes los de orden público, la salud pública, la protección de los derechos y la seguridad y salud de las personas consumidoras y de las destinatarias de servicios, así como la lucha contra el fraude. Así lo ha entendido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha admitido que las consecuencias perjudiciales que para las personas consumidoras y la sociedad en su conjunto conlleva la actividad del juego justifica la imposición de límites y exigencias a fin de controlar los riesgos y alcanzar los objetivos fundamentales de prevención de la incitación al gasto excesivo en juego y de lucha contra la adicción al juego y contra el fraude. Literalmente ha expresado que «La especial protección de la salud y seguridad de las personas usuarias de los juegos, la garantía del orden público e impedir el fraude en la actividad del juego son, así, razones imperiosas de interés general que justifican el establecimiento de las limitaciones y los requisitos en materia de juego previstos en la presente ley, los cuales guardan la necesaria proporcionalidad al ser necesarios para la salvaguarda de tales razones de interés general».

Esta visión también se recoge en la nueva Ley del juego de Galicia que será objeto de análisis en unos momentos: El artículo 3.1 dice que uno de los principios que rige las actuaciones en materia de juegos es el de la «Protección de las personas menores de edad y de las que tengan reducidas sus capacidades intelectuales y/o volitivas, o personas con discapacidad que, por resolución judicial, estén sujetas a medidas de apoyo que afecten a su libre participación en los juegos y apuestas, así como de las personas inscritas en el Registro de personas excluidas de acceso al juego de Galicia, impidiendo su acceso a la práctica y a los establecimientos de juego en cualquiera de sus modalidades. En todo caso, dicha prevención se extenderá a toda la población residente en Galicia».

También en la nueva ley se contempla la instauración de políticas de juego responsable y seguro, lo que supone una aplicación de la política integral de responsabilidad social corporativa, es decir, contemplar el juego como un fenómeno complejo donde se combinan acciones preventivas, de sensibilización, de intervención y de control, así como de reparación de los efectos negativos que pudieran producirse. Esas políticas se promueven para ayudar a la sensibilización y concienciación sobre las consecuencias de una práctica inadecuada del juego, especialmente relacionadas con los riesgos de ludopatía, apoyando actitudes de juego no compulsivo y responsable, prestando especial atención a aquellos colectivos más vulnerables como menores de edad, personas con adicción al juego y personas con discapacidad que, por resolución judicial, estén sujetas a medidas de apoyo que afecten a su libre participación en los juegos y apuestas. A tal fin, se desarrollan actividades de prevención de la ludopatía, dirigidas a la población en general, y adoptará medidas tendentes a desincentivar los hábitos y las conductas patológicas relacionadas con el juego, con especial atención a los sectores sociales más vulnerables. En este punto se presta especial atención a la adicción al juego entre los más jóvenes, para lo que se prevé que la Administración autonómica lleva a cabo actividades como las siguientes: a) La realización de estudios de prevalencia que permitan la detección precoz de la ludopatía, así como el desarrollo de protocolos de control de la misma, especialmente en los ámbitos educativo y sociosanitario. b) El desarrollo, dentro del sistema sanitario público gallego, de un protocolo de atención global a personas con trastornos de adicción. c) La realización de talleres y actividades formativas de educación para la salud, información sanitaria y prevención del juego patológico en los ámbitos educativo, sanitario, deportivo y sociolaboral. d) La realización de campañas de sensibilización de ocio alternativo y ocio educativo, especialmente para personas menores de edad y para la juventud en general. e) Medidas de atención integral y específicas para el tratamiento de la adicción al juego. En la articulación de las medidas anteriores habrá de contarse con la participación de otras administraciones y/o entidades de carácter profesional y social especialmente vinculadas con situaciones de adicción relacionadas con el juego.

Para ello está previsto la creación del Observatorio Gallego del Juego, que se configurará como un órgano colegiado destinado al estudio, evaluación y seguimiento de las políticas de juego responsable y seguro.

Finalmente, y para finalizar con este punto, me gustaría hacer mención del acceso al juego en Galicia, y es que existen algunas peculiaridades que merece la pena destacar:

1) La existencia del Registro de personas excluidas de acceso al juego, que se configura como un registro de titularidad pública en el cual constan inscritas aquellas personas físicas que lo soliciten, a fin de hacer efectivo el derecho de la ciudadanía a que se les prohíba la participación en las actividades de juego, así como aquellas personas físicas que, por resolución judicial, tuvieran limitado el acceso a las actividades de juego o las personas con discapacidad que, por resolución judicial, estén sujetas a medidas de apoyo que afecten a su libre participación en los juegos y apuestas.
2) El conocido como derecho de admisión, que consiste en la facultad de la Administración para determinar las condiciones de acceso y permanencia en los establecimientos de juego, en base a los criterios vinculados al normal desarrollo del juego, el orden y el protocolo en el interior de los establecimientos, el respecto a la intimidad del resto de las personas usuarias y de las personas trabajadoras y el cumplimiento de las disposiciones establecidas legal y reglamentariamente.

3. Un estudio comparado sobre la actuación administrativa en materia de juego en Galicia y Perú a propósito de la Ley 3/2023, de 4 de julio, reguladora de los juegos de Galicia

La ordenación de las normas reguladoras del juego de Perú y Galicia difiere sustancialmente. En el país americano existe una notable dispersión normativa:

- La Ley n.º 27153, de 1995, que regula la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas y que ha sido objeto de modificación en diversas ocasiones.
- La Ley n.º 29907, de 2012, que regula la prevención y el tratamiento de la ludopatía en las salas de juegos de casino y máquinas tragamonedas.
- La Ley n.º 31557, de 2022, que regula la explotación de los juegos a distancia y apuestas deportivas a distancia, y que ha sido objeto de modificación en el mes de junio pasado a través de la Ley n.º 31806.

Asimismo, destacaría que no he encontrado leyes regionales que regulen esta materia, y el único Decreto legislativo relacionado con esta cuestión data de 1996 (el número 812), en el que se precisa que el pago por explotación de casinos de juego constituye un impuesto comprendido en el Sistema Tributario Nacional.

Por lo tanto, se concluye que la estructura normativa es bien distinta. Mientras que en Galicia se procura regular todos los aspectos relacionados con el juego en una misma norma (sin perjuicio de su ulterior desarrollo reglamentario), el legislador peruano ha centrado su atención en casinos y máquinas tragamonedas, y concretamente dos cuestiones: su explotación y las medidas de prevención y tratamiento para tratar la ludopatía.

Comenzando por las modalidades de juego que son objeto de regulación, el legislador peruano se ha centrado en los juegos de casino y las máquinas tragamonedas, definiendo los primeros como «todo juego de mesa en el que se utilice naipes, dados o ruletas y que admita apuestas del público, cuyo resultado dependa del azar, así como otros juegos a los que se les otorgue esta calificación de conformidad con la presente ley», y a las máquinas tragamonedas como «todas las máquinas de juego, electrónicas o electromecánicas, cualquiera que sea su denominación, que permitan al jugador un tiempo de uso a cambio del pago del precio de la jugada en función del azar y, eventualmente, la obtención de un premio de acuerdo con el programa de juego». En ambos casos es necesaria una autorización expresa, en todo caso bajo la modalidad de concurso público.

Las diferencias con la legislación gallega son evidentes. La norma regula las distintas modalidades de juego que se contemplan en el Catálogo de juegos y especialmente las siguientes: juegos de casinos, juegos del bingo, máquinas recreativas o de azar, rifa, tómbola y apuestas.

Comparando los juegos de los casinos, la legislación gallega es más específica al tener la consideración de juegos de casinos las ruletas francesa y americana, la bola, el black Jack, treinta y cuarenta, punto y banca, el bacarrá, los dados, el póquer y aquellos desarrollados mediante las máquinas tipo C. Únicamente en estos casinos se pueden celebrar y organizar torneos de estos juegos.

En cuanto a las máquinas recreativas, que equivalen a las máquinas tragamonedas en la legislación peruana, la legislación gallega hace una clasificación en cuatro grupos: máquinas tipo A especial, máquinas tipo B (también conocidas como recreativas con premio programado), máquinas tipo B especial y máquinas tipo C/azar. La diferencia fundamental entre todas ellas radica en el tipo de premio y dónde se pueden instalar. Las más abundantes son las de tipo B, hasta el punto de que el número de autorizaciones está limitado a 12.000 en toda la Comunidad Autónoma.

Es perfectamente posible homologar las máquinas recreativas concedidas en otra Comunidad Autónoma o en otro país miembro del espacio económico europeo, siempre y cuando las condiciones técnicas de dichas máquinas sean sustancialmente iguales y según el procedimiento que se fije reglamentariamente. También pueden ser objeto de modificación, ya sea sustancial, en la que se alteran los elementos del modelo inscrito afectando de forma directa al precio de la partida, el programa de juego o su plan de ganancias, y requiriendo la autorización previa de la Administración.

Otro punto que merece la pena destacar en cuanto a los locales habilitados para la práctica de los juegos es que la legislación peruana permite la instalación de salas para la explotación de juegos de casino en Hoteles de 4 y 5 estrellas y en restaurantes de 5 tenedores turísticos, previa autorización mediante Resolución Suprema refrendada por el ministro de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales. En dicha resolución, y según el artículo 5 se toman en cuenta factores como la infraestructura turística, razones de salud, de moral y de seguridad pública. Junto con lo anterior hay que tener en cuenta que se prohíbe su ubicación en establecimientos a menos de 150 metros de iglesias, instituciones educativas, cuarteles y hospitales.

Por su parte, las salas para la instalación de juegos de máquinas tragamonedas se pueden llevar a cabo en Hoteles de 4 y 5 estrellas en las provincias de Lima y Callao, en Hoteles de 3 o más estrellas en provincias distintas de las de Lima y Callao, así como en los lugares autorizados para la explotación de juegos de casino.

La legislación gallega hace una clasificación partiendo de otro punto de vista, ya que diferencia, como establecimientos de juego los siguientes: los casinos, las salas de bingo, los salones de juego y las tiendas de apuestas. La nueva norma no determina las condiciones de funcionamiento, las prohibiciones de acceso y las distancias y zonas de influencia, puesto que se hará reglamentariamente, pero sí que establece la prohibición de abrir cualquier establecimiento de juego a una distancia inferior a 300 metros de los centros oficiales que impartan enseñanza reglada a menores de edad y de los centros oficiales de rehabilitación de personas jugadoras patológicas, y a 300 metros de cualquier otro establecimiento de juego ya autorizado o respecto a los cuales esté en tramitación el procedimiento de otorgamiento de la autorización, incluidos los espacios de apuestas en recintos deportivos y feriales. Estas distancias serán medidas radialmente.

Estos límites, en todo caso, no son los únicos que se pueden imponer. Los ayuntamientos pueden establecer de forma proporcionada y justificada otros límites, requisitos o características adicionales en base a sus competencias de organización, dirección y control de la ocupación y utilización del suelo y para velar por la protección del entorno urbano y la calidad de vida y la cohesión social de la población, a través del planeamiento urbanístico y sus ordenanzas. Ello obedecería, en todo caso a evitar la excesiva concentración de establecimientos de juego o garantizar su coexistencia con otras actividades humanas o sociales.

En cuanto a la instalación de casinos en Galicia, y a diferencia de lo establecido en la legislación peruana, únicamente se autorizará la instalación y funcionamiento de un casino en cada provincia de la Comunidad Autónoma de Galicia, que, en todo caso, habrá de contar en un radio de 50 kilómetros desde el lugar de su ubicación con un asentamiento de población superior a los 70.000 habitantes.

Por su parte, el número máximo de salas de bingo autorizadas está limitado a 12 y en ningún caso podrán tener un aforo inferior a 100 personas.

La ley gallega también contempla, para las empresas de juego, determinados requisitos:

- Las titulares de casinos deben estar constituidas bajo la forma de sociedad mercantil y tener un capital social mínimo equivalente al producto resultante de multiplicar la capacidad de la sala principal por la cantidad de 18.000 euros con un límite máximo de 3.000.000 de euros. Habrán de estar en posesión de la correspondiente autorización y estar inscritas en el Registro de empresas de casinos de juego de la Comunidad Autónoma de Galicia.
- Por su parte, las empresas que pretendan la gestión y explotación del juego del bingo deberán estar constituidas bajo la forma de sociedad mercantil y tener un capital social mínimo de 30.000 euros. Habrán de estar inscritas en la sección de empresas del Registro del juego del bingo.
- Además, todas las empresas de juego que desarrollen su actividad en la Comunidad Autónoma de Galicia en relación con el juego de competencia autonómica habrán de disponer de una fianza en la cuantía que se determine reglamentariamente y con el límite máximo de 750.000 euros.

En cuanto al otorgamiento de la autorización, en el caso de la legislación peruana se prevé por un plazo mínimo de 3 años y máximo de 10, pudiendo solicitar su renovación a más tardar con 4 meses de anticipación a la fecha de su vencimiento.

La última cuestión en la que me voy a detener es la relativa a los juegos a distancia, cuestión regulada en la Ley n.º 31557 en el ámbito peruano, o, como se le denomina en la legislación gallega, juego no presencial/a través de medios electrónicos, informáticos, telemáticos, interactivos/de comunicación a distancia. La legislación gallega únicamente se aplica cuando se practique por estos canales y en el ámbito exclusivamente de la Comunidad Autónoma de Galicia. El principal requisito es que la persona usuaria de los juegos pueda practicarlos sin necesidad de acceder a ninguno de los establecimientos y locales a los que hice referencia anteriormente.

La ley peruana únicamente contempla como modalidad de juego cualquier juego de azar que implican la realización de apuestas distintas a las deportivas y que se desarrollan en plataformas tecnológicas mediante el uso de medios electrónicos, telemáticos, informáticos o interactivos y se transmiten a través de redes de comunicación abiertas o restringidas como la televisión, internet, telefonía fija o móvil.

En esta norma se especifica que la autoridad administrativa a nivel nacional que regula, autoriza, revoca, fiscaliza y sanciona la explotación de los juegos a distancia y apuestas deportivas a distancia es el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

La autorización administrativa debe solicitarla tanto las personas jurídicas constituidas en Perú como las Sucursales establecidas en el Perú de personas jurídicas constituidas en el exterior. Se conceden de forma independiente por cada actividad objeto de una autorización de explotación, y tendrán un plazo de vigencia de seis (06) años calendario, renovables por igual período de tiempo y son personalísimas.

8

GOBERNANZA DEL PATRIMONIO CULTURAL. BUEN GOBIERNO Y BUENA ADMINISTRACIÓN PARA GARANTÍA DEL DERECHO

GOVERNANCE OF CULTURAL HERITAGE. GOOD GOVERNMENT AND GOOD ADMINISTRATION TO GUARANTEE THE RIGHT

Ramiro Prieto Aguiar[1]

RESUMEN: El presente trabajo entabla un diálogo entre la literatura política, patrimonial y administrativista para estudiar la gobernanza del patrimonio cultural. A partir de dicho diálogo, puede observarse que la gobernanza participativa, requiere para la gestión de un sitio patrimonial, de la implementación de criterios de buen gobierno y buena administración para la garantía del derecho al patrimonio cultural de la comunidad.

PALABRAS CLAVE: Patrimonio Cultural - Gobernanza Moderna- Gobernanza Participativa- Buen Gobierno- Buena Administración

ABSTRACT: This paper establishes a dialogue between political, heritage and administrative literature to study the governance of cultural heritage. From this dialogue, it can be observed that participatory governance requires, for the management of a heritage site, the implementation of good governance and good administration criteria to guarantee the right to the cultural heritage of the community.

KEYWORDS: Cultural Heritage - Modern Governance - Participatory Governance - Good Government - Good Administration

1. Introducción

El derecho al patrimonio cultural integra el elenco de los derechos económicos, sociales y culturales lo que presupone para el Estado la imposición de obligaciones de dar y hacer (que pueden denominarse «derechos de prestación») cuyo despliegue se producirá por intermedio de políticas culturales. Asimismo, podrá ocurrir que determinados bienes o sitios que integren el patrimonio del Estado cuenten con especial valor y significación patrimonial (producto de declaraciones nacionales o mundiales) lo que acarreará, además, la obligación de instaurar sobre él, una forma de gobierno adecuada, así como realizar una gestión patrimonial acorde a la protección del derecho.

1 Ayudante (Grado 1), contratado, Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UDELAR. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por Facultad de Derecho, UDELAR (Uruguay). Máster en Derecho Administrativo Económico por UM (Uruguay). Maestrando en Ciencia Política por FCS-UDELAR (Uruguay), Profesor Adscripto de Derecho Administrativo por Facultad de Derecho, UDELAR. Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Constitucional por Facultad de Derecho, UDELAR. Correo electrónico: ramiroprietoa@gmail.com.

En esta línea, las publicaciones y normas dictadas en el último tiempo en el marco de la Unión Europea y el Consejo de Europa conciben a la participación en las artes y en la cultura en forma amplia, en tanto se pretende que también alcance a la propia gestión de la cultura y el patrimonio cultural.

La participación de la sociedad civil cooperando con el Estado como forma de gobierno ha sido estudiada por la literatura política bajo la denominación gobernanza moderna. A nivel de la literatura patrimonial (a impulsos de la normativa europea antes referida) dicha forma de gobierno aparece asociada a la denominación gobernanza participativa.

Por su propia naturaleza, la gobernanza participativa, tiene vasos comunicantes con las nociones de buen gobierno y buena administración que particularmente desarrolladas por la literatura administrativista iberoamericana.

En dicho marco, el presente trabajo entabla un diálogo entre las referidas literaturas a partir del siguiente recorrido: en primer lugar, se presenta al patrimonio cultural como derecho humano. Posteriormente, se analizan las nociones de gobernanza moderna considerando el enfoque de la literatura política y de gobernanza participativa a partir de la visión de la literatura patrimonial. Seguidamente, se analiza el instituto del buen gobierno y la buena administración a partir de los desarrollos de la literatura administrativista iberoamericana, para finalmente presentar algunas conclusiones.

2. Patrimonio cultural como derecho humano

A partir de lo dispuesto en diversos instrumentos de derechos humanos internacionales[2] y regionales[3], resulta incuestionable que el derecho al patrimonio cultural integra el elenco de los derechos económicos, sociales y culturales lo que presupone para el Estado la imposición de obligaciones de dar y hacer que pueden denominarse «derechos de prestación». (Prieto Aguiar, 2023: 138).

2 En los instrumentos internacionales de derechos humanos existen variadas referencias (implícitas y explícitas) a los Derechos Culturales pudiendo identificarse entre otros: Derecho a tomar parte (participación, acceso y contribución) en la vida cultural (Resolución N.° 10/23 del Consejo de los Derechos Humanos, art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y párrafo 1a) del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones (art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el párrafo 1 b) del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); Derecho a la protección de los intereses morales y materiales derivados de toda producción científica, literaria o artística de la que sea autor la persona (art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y párrafo 1 c) del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); Derecho a la educación (arts. 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y arts. 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño); Derechos de las Minorías (art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a las minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas); Derechos de los pueblos indígenas (Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y el Convenio N.° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a los pueblos indígenas y tribales en los países independientes de 1989); Derechos de los trabajadores Migrantes y sus familias (Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores Migrantes y sus familias, art. 43 párrafo 1 g) y art. 45 párrafo 1 d) sobre el acceso a la vida cultural y a la participación en ella, y art. 31 referente a la identidad cultural de los trabajadores migrantes); Derecho al descanso y al ocio (art. 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos); Dimensión Cultural de los Derechos Humanos (art. 9 d) de la Declaración de Friburgo), entre otros.

3 A nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se podrían identificar: Derecho a la educación (art. XII.- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 13 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos «Protocolo de San Salvador»); Derecho a los beneficios de la cultura (art. XII.- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 14 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos «Protocolo de San Salvador»); Derecho al descanso y a su aprovechamiento (art. XII.- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre); Desarrollo progresivo (art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos «Pacto de San José»);Derecho a un Medio Ambiente Sano (art. 11 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos «Protocolo de San Salvador»).

En tanto derecho humano, el Estado tiene el deber de respetar, garantizar y promover el patrimonio cultural, a lo que debe añadirse el deber de cooperar con la comunidad internacional para alcanzar dicho fin.

En el ejercicio de sus cometidos (más específicamente por intermedio de la prestación de servicios sociales) el Estado deberá promover políticas culturales que respeten, garanticen y promuevan el derecho al patrimonio cultural.

Sin perjuicio del despliegue de dichas políticas, podrá ocurrir que determinados bienes o sitios que integren el patrimonio del Estado, cuenten con especial valor y significación patrimonial (producto de declaraciones nacionales o mundiales) lo que acarreará, no solamente el cumplimiento de las obligaciones referidas, sino la obligación de instaurar sobre él, una forma de gobierno adecuada, así como realizar una gestión patrimonial acorde a la protección del derecho.

3. Gobernanza moderna. Diálogo y cooperación entre Estado y sociedad civil como forma de gobierno

Cuando el Estado se enfrenta a un sitio con especial significación patrimonial, deberá en primer término definir qué forma de gobierno adoptará sobre él y cuál es la más adecuada para realizar una gestión patrimonial que garantice el derecho al patrimonio cultural de la colectividad.

En este marco, es menester considerar que el art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su primer inciso:

> «Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. (...)» (Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948)[4].

Con referencia a dicha previsión, Sani (2016) expresa que, si bien han transcurrido varios años desde que se consagró el derecho de todo individuo de participar en cualquier forma de vida cultural, las publicaciones y normas dictadas en el último tiempo en el marco de la Unión Europea y el Consejo de Europa[5] conciben a la participación en las artes y en la cultura en forma amplia, en tanto se pretende que también alcance a la propia gestión de la cultura y el patrimonio cultural. (2016: 1).

En este sentido, como expresan Sánchez-Carretero y Jiménez-Esquinas (2016) en el régimen patrimonial (también denominado máquina patrimonial o juego patrimonial) la participación es identificada institucionalmente como buena práctica de gobernanza. (2016: 190)[6].

En la literatura política Mayntz (2001) ha conceptualizado a la gobernanza moderna como una forma de gobernar más cooperativa que se diferencia de un antiguo modelo jerárquico en donde las autoridades estatales ejercían un poder soberano sobre los grupos y ciudadanos que constituían la sociedad civil. En este nuevo enfoque, las instituciones estatales y no estatales, los actores públicos y privados dialogan y cooperan en la formulación y la aplicación de políticas públicas, no desde una perspectiva jerárquica, sino a partir de actores corporativos autónomos (organizaciones formales) y redes entre organizaciones. (2001: 1).

---

4 Disponible en: https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights

5 Al respecto pueden consultarse: Conclusiones del Consejo sobre la gobernanza participativa del patrimonio cultural de 23/12/2014. Disponible en: https://publications.europa.eu/resource/cellar/8821b9a8-8a6c-11e4-b8a5-01aa75ed71a1.0022.03/DOC_1; Conclusiones del Consejo sobre la gobernanza cultural de 26/11/12. Disponible en: https://publications.europa.eu/resource/cellar/7e6ae873-4ace-11e2-9294-01aa75ed71a1.0007.04/DOC_1; Conclusiones del Consejo sobre el patrimonio cultural como recurso estratégico para una Europa sostenible de 21/5/14. Disponible en: https://publications.europa.eu/resource/cellar/60af632b-f38a-11e3-831f-01aa75ed71a1.0022.03/DOC_1; y la Comunicación de la Comisión Europea Hacia un enfoque integrado del patrimonio cultural europeo de 12/6/2015.

6 Sobre el punto las autoras expresan que en muchas ocasiones se realiza un juicio previo a la ejecución valorando que toda participación en patrimonio es buena y reportará beneficios, pero no se realiza una evaluación de los resultados esperados en forma sistemática.

El autor explica que esta forma de cooperación entre Estado y Sociedad Civil para la formulación de políticas públicas puede producirse bajo diferentes modalidades.

En primer término, las autoridades públicas y los actores corporativos pueden colaborar directamente en los procesos de las políticas, lo que puede alcanzarse mediante arreglos neocorporativos (negociaciones institucionalizadas entre el Estado, empresas organizadas y trabajadores organizados sobre temas que por lo general refieren a política macroeconómica).

En segundo término, pueden aparecer bajo la modalidad de redes mixtas de actores públicos y privados (observable en niveles más específicos de sectores de políticas como puede ser la salud, o las telecomunicaciones, entre otras). En esta modalidad, el gobierno deja de ser el centro director de la sociedad, y Estado y Sociedad Civil se acoplan e interactúan en forma flexible, en la búsqueda de un consenso negociado que facilite la formación de una política para que al momento de aplicarse consiga suficientes niveles de aprobación.

En tercer lugar, además de las formas de cooperación entre actores públicos y privados antes mencionadas, pueden encontrarse en la gobernanza moderna modalidades de autorregulación de la sociedad. En dicha hipótesis, los actores corporativos privados ejercen funciones reguladoras (de interés público) que les han sido conferidas (expresa o implícitamente) por el Estado. Dicha modalidad de autorregulación puede asumir una primera variante que son los sistemas de negociación entre los representantes de intereses diferentes u opuestos, siendo otra variante, la de los denominados gobiernos privados, que consisten en organizaciones que imponen a sus miembros normas y criterios que no solamente están al servicio de sus propios intereses, sino de intereses públicos y que por lo general se establecen expresamente por transferencias de competencias que realiza el Estado en las organizaciones y entidades privadas y que están sometidas a su control. Estas modalidades de autorregulación son una forma indirecta de cooperación entre el Estado y la Sociedad Civil, que requieren de un Estado fuerte para que la autorregulación beneficie a los intereses públicos y no exclusivamente a los actores corporativos participantes. (Mayntz, 2001: 3).

Mayntz (2001) explica que las modalidades de gobernanza moderna expuestas, solamente pueden emerger en países con condiciones estructurales e institucionales previas, en los que el poder se encuentre disperso en la sociedad pero no de manera fragmentada e ineficiente, con la presencia de autoridades públicas fuertes (pero no omnipresentes) y cuyo poder sea legitimado democráticamente, de forma que reflejen los intereses reales de los grupos que se atribuyen representar (socioeconómicos, étnicos, religiosos, etc.) y no tiendan al beneficio de una clase dominante o un partido político. Asimismo, dichas autoridades públicas deben contar con recursos suficientes (para ejecutar sus decisiones), ser diversificadas (para responder a diferentes necesidades de regulación) y con especial competencia (en sus campos respectivos), erigiéndose en verdaderos guardianes del interés público.

Por otra parte, en lo que refiere a la Sociedad Civil la gobernanza moderna requiere de una Sociedad Civil fuerte[7]; funcionalmente diferenciada (en subsistemas en las que organizaciones especializadas lleven a cabo las distintas funciones económicas y sociales de importancia como: producción, enseñanza, cuidado, salud, entre otras); bien organizada (con actores corporativos que representan diferentes intereses funcionales y socioeconómicos como: sindicatos, asociaciones empresariales, proveedores de cuidados de salud, institutos científicos, organizaciones representativas de consumidores o valores ecológicos, los que deben gozar de relativa autonomía, esto es sin injerencias desde el Estado) y con identidad común (en donde cada actor corporativo sea eficiente en su propia esfera de actuación, sin ejercer un dominio sobre los demás y sin realizar prácticas hostiles o agresivas para con los otros actores). (2001: 4).

Estas condiciones (alcanzables en mayor o menor medida) pueden producirse a nivel nacional o a nivel de las autoridades locales, siendo en este último caso (por cuestiones de cercanía) en donde la cooperación público-privada tiene mayor tradición que en los niveles políticos más altos.

7 Sobre el punto Mayntz expresa: «La sociedad civil es una comunidad de ciudadanos, de individuos que disfrutan de igualdad ante la ley, así como de un conjunto de derechos fundamentales, y cuya libertad de perseguir sus metas privadas sólo está restringida por el mismo derecho de los demás, y por los derechos de la res pública que derivan de su condición de ciudadanos. Una sociedad civil no puede existir donde hay gran desigualdad social; es incompatible con una estructura de Estado feudal, con la esclavitud y la división de la población en castas» (2001: 3).

Frente a la concepción que entiende que la gobernanza moderna en sus distintas modalidades (negociación entre actores políticos y sociales en redes de políticas mixtas o en estructuras neocorporativas y atribución de funciones reguladoras a organizaciones privadas) implican una pérdida de capacidad política de dirección o una especie de debilitamiento del Estado, el propio Mayntz (2001) expresa que, en realidad, no existe un debilitamiento, sino que el control del Estado se transforma. En este sentido, los actores estatales que participan en las redes políticas mantienen medios de intervención que les permiten jugar un papel privilegiado en la política. Nótese que cuando se delega la toma de decisiones en instituciones de autorregulación social, el Estado puede conservar su capacidad de ratificación legal y de intervención mediante acciones legislativas o ejecutivas ante la posible ineficacia de la autorregulación. En efecto, en la gobernanza moderna, el control jerárquico y la autodeterminación cívica, no son opuestos, sino que son complementarios, pudiendo resultar una combinación más eficaz que las formas «puras». Dicha eficacia, correrá riesgos si se produjeran «cooperaciones antagonistas» que provoquen bloqueos, o «acuerdos mínimos» que impidan resolver los problemas que pretende abordar la política pública en cuestión. En este marco, el problema básico para la gobernanza moderna es evitar los estancamientos y asegurar la solución efectiva de los problemas.

Lo expuesto, pone de manifiesto que como prerrequisitos para la gobernanza moderna (en sus distintos niveles: local, subnacional, nacional, regional e internacional) se requiere una doble situación: por un lado, que los actores públicos y privados que participen de la cooperación cuenten con cierto poder para resolver los problemas, y por otro, que dichos problemas no puedan ser resueltos por cada uno de ellos por sí mismos.

Por lo tanto, la gobernanza implica por definición, la solución colectiva de los problemas por intermedio de formas no jerárquicas, que permiten procesar mayor cantidad de información, tomar en cuenta otros valores y ofrecer mayor flexibilidad y adaptabilidad (Mayntz, 2001: 5).

No obstante, existen problemas cuya solución efectiva, sólo es posible cuando exista congruencia entre tres factores: la estructura causal o genética del problema (acciones que lo producen, actores y cambios que deben realizarse para su solución) su estructura de impacto (actores que padecen las consecuencias negativas del problema y que pretenden encontrar su solución) y la estructura de las personas disponibles para resolverlo (conjunto de actores capaces de encontrar una solución efectiva).

Finalmente, Mayntz (2001) no desconoce, que la efectividad potencial de la gobernanza moderna dentro de un Estado determinado, se ve afectada por los mayores o menores desarrollos producidos a nivel internacional, manifestando que no se trata de priorizar un plano por sobre el otro, puesto que la efectividad política interna y la gobernanza internacional efectiva se encuentran estrechamente vinculadas, al punto de que la condición para el logro de la solución de problemas en el plano internacional, es una gobernanza nacional efectiva. (Mayntz, 2001: 6).

4. Gobernanza participativa en el ámbito del patrimonio cultural

En la órbita patrimonial, a impulso de las publicaciones y normas dictadas en el marco de la Unión Europea y el Consejo de Europa antes referidas, la noción de gobernanza moderna analizada aparece asociada a la denominación gobernanza participativa.

La gobernanza participativa, hace hincapié en la participación democrática mediante prácticas deliberativas. Acorde a sus preceptos, la población (principalmente aquella con más desventajas) puede contribuir a la formulación de políticas, diseño de alternativas y opciones de inversión, gestión y monitoreo del desarrollo de intervenciones en las comunidades. (Molina, 2018: 204).

Sobre la noción de participación en el sector cultural, Sani (2016) refiere a que Nina Simon (Simon, 2000) ha clasificado a las prácticas participativas en cuatro categorías que son útiles para diversos contextos patrimoniales: proyectos contributivos (visitantes aportan objetos concretos y limitados y acciones e ideas a un proceso controlado institucionalmente); proyectos colaborativos (invitación a los visitantes a actuar como socios activos en la creación de proyectos institucionales impulsados y controlados por una institución); proyectos co-creativos (miembros de una comunidad trabajan desde el comienzo con el personal institucional en la definición de los objetivos de un proyecto y la generación del programa o exposición conforme los intereses de esa comunidad); proyectos alojados (institución cede una parte de sus instalaciones y/o recursos para presentar programas desarrollados y ejecutados por el público. (2016: 3).

La propia autora explica que, en el ámbito del patrimonio cultural, si bien las prácticas participativas responden al deseo de democratizar y ampliar el acceso a los recursos culturales, también son fruto de las restricciones en la financiación pública que sufren los servicios de apoyo al patrimonio cultural, lo que ha obligado a incrementar la participación de la población en su conservación y mantenimiento. (Sani, 2016: 3).

Molina (2018) expresa que la gobernanza participativa, se torna imprescindible en el marco global de una Agenda para el Desarrollo Sostenible[8], en donde la participación emerge como piedra angular hacia la sostenibilidad puesto que permite: conocer las necesidades y motivaciones de los diversos actores; facilitar la distribución equitativa y justa del poder político, los recursos y los beneficios entre los implicados; ofrecer flexibilidad en la resolución de problemas y uso efectivo de recursos (por su mejora en los flujos de comunicación entre los actores y gobierno fomentando las capacidades de la comunidad); reducir las decisiones discrecionales estableciendo una responsabilidad compartida basada en la confianza y en la reciprocidad. (2018: 204).

El empoderamiento de los diversos actores (ciudadanos, profesionales, gestores, empresarios) por intermedio de la participación, requiere de la distribución de la capacidad de decisión, desplazando las estructuras jerarquizadas y centralizadas hacia otras con un enfoque más localizado y colectivo apoyado en las redes locales y actores comunitarios.

En este sentido, Molina (2018) expresa que la necesidad de idear formas que posibiliten que las personas se impliquen en la gobernanza del patrimonio, responde al derecho que tienen para decidir sobre las cuestiones que les afectan, en un contexto en donde si se propugna la sostenibilidad global, ésta debe reflejarse en políticas y programas en todos sus niveles. Sin perjuicio de ello, la gobernanza participativa necesariamente requiere de un análisis previo de las relaciones que existen entre los diversos actores y su contexto para entender la distribución de poder en una comunidad determinada (2018: 205).

Molina (2018) explica que la literatura actual sobre gestión patrimonial se ha expresado en el sentido de que el entendimiento «holístico» del patrimonio, está determinado por una participación diversa en la gestión. Sin perjuicio de ello, dicha situación ha sido particularmente dificultosa en Ciudades Históricas, por su desacople a los principios de gobernanza participativa y sostenibilidad (por razones socioculturales, políticas, económicas y medioambientales), lo que a la postre perjudica su gestión patrimonial y por ende la gobernanza de aquellos sitios declarados Patrimonio Mundial[9]. Por lo tanto, la clave para la gestión de las Ciudades Históricas Patrimonio Mundial en el marco de la planificación sostenible, no se encuentra en incluir a los diversos actores en el diseño de los objetivos, implementación de resultados y medidas correctivas, sino en hacerlo bajo las circunstancias reales de cada caso y en cada contexto. (2018: 206).

En definitiva, tal cual expresa Sani (2016) la gobernanza participativa se trata de un proceso mediante el cual el Estado cede parte de su poder para adoptar un nuevo modelo de gestión, de forma que la responsabilidad pase a ser compartida y las decisiones sean tomadas por las colectividades y no por individuos. Asimismo, expresa que no es necesario definirla como de tipo «ascendente» o «descendente» puesto que conjuga ambas, siendo independiente de su surgimiento como una iniciativa de base social o institucional en tanto se requiere de ambas para garantizar el éxito del proyecto y su sostenibilidad. (2016: 5).

5. Gestión patrimonial. Buen gobierno y buena administración para garantía del derecho al patrimonio cultural

Por su propia naturaleza, la gobernanza participativa como forma de gobierno en el ámbito del patrimonio cultural, tiene vasos comunicantes con los institutos de buen gobierno y buena administración desarrollados por la literatura administrativista iberoamericana.

8 Al respecto puede consultarse: https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/

9 La autora menciona que el principal problema para la gestión participativa de las Ciudades Históricas Patrimonio Mundial, ha sido la falta de experiencia y posibilidades de ejecución de los planes de manejo (por la dificultad de integración con otros instrumentos legislativos y de gestión existentes y por la complejidad que implica la cantidad de actores que participan de su diseño y ejecución, a lo que debe añadirse factores como: la estabilidad política, la transparencia, las capacidades técnicas, de financiamiento y de contexto). (2018: 206).

Tal como se explicó, en tanto el derecho al patrimonio cultural integra el elenco de derechos, económicos, sociales y culturales que el Estado debe promover y garantizar, la gobernanza participativa y, por ende, la gestión patrimonial de aquellos sitios declarados de interés patrimonial (a nivel nacional o internacional) requieren particular agudeza en su administración para alcanzar una adecuada garantía del derecho de la comunidad.

En efecto, la aplicación de criterios de buen gobierno y buena administración aparecen como esenciales, por cuanto el Estado participa en el gobierno y la gestión del sitio patrimonial en colaboración con otros actores de la sociedad civil, siendo inherentes a su condición de tal y a su función instrumental para la garantía de los derechos de la comunidad.

En efecto, dicha gestión patrimonial debería ejecutarse con perspectiva de derechos humanos, visión de largo plazo, aplicando criterios de sustentabilidad y considerando la participación de la comunidad.

Además, debería tener como horizonte el interés general (por oposición al interés corporativo de algunos actores involucrados en la gestión patrimonial), así como el respeto y la tutela a derechos fundamentales como la libertad de expresión, el acceso a la información y el derecho al patrimonio cultural, entre otros.

Por lo expuesto, deberían promoverse instancias formales o informales que promuevan la participación y el empoderamiento de la comunidad a partir de planes de gestión patrimonial que fomenten la transparencia y la rendición de cuentas.

Dicha gestión patrimonial debería realizarse en forma eficiente y eficaz para garantizar los derechos antes mencionados, debiendo desarrollarse con coherencia y participación (Villoria Mendieta y Izquierdo Sánchez, 2015: 344).

Por otra parte, los representantes de los diversos actores institucionales involucrados en la gobernanza y los funcionarios dependientes que presten tareas en la gestión diaria del sitio patrimonial deben tener presente la finalidad social de la institución que integran, el objetivo para el cual prestan funciones y los derechos humanos en juego, debiendo ser pasibles de responsabilidad disciplinaria por los daños que se produjeran por su culpa o negligencia.

Por lo expuesto, la rigurosidad, el profesionalismo, la capacitación, el método de trabajo y el debido compromiso con el desarrollo de la tarea se tornan imprescindibles.

En este sentido ha expresado Rodríguez-Arana (2012):

> El buen gobierno y la buena administración tienen mucho que ver con la adecuada preparación de las personas que gobiernan, que dirigen en la administración pública, aquellas que en cada caso hacen cabeza. Deben tener mentalidad abierta, metodología del entendimiento y sensibilidad social. Deben trabajar sobre la realidad, utilizar la razón y contemplar los problemas colectivos desde perspectivas de equilibrio para ser capaces de entender dichos problemas y contemplar la pluralidad de enfoques y dimensiones que encierran. (Rodríguez-Arana et al, 2012 p. 15).

Por lo expuesto, el modelo de gobernanza moderna que pretenda implementarse en un bien con declaración de interés patrimonial (para su conservación o puesta en valor de la comunidad con perspectiva de futuro) deberá contemplar: una estructura interna profesional y técnica, eficiente y con orientación a la garantía de derechos de la comunidad, abierta a la creatividad, ágiles para resolver los problemas a los que se enfrenta la gestión diaria del patrimonio cultural, con perspectiva de conservación y puesta en valor.

En este marco, a la interna organización debería contemplarse la creación de procesos administrativos ágiles, apoyados en las nuevas tecnologías que cuenten con información sistematizada, para la toma de decisiones eficientes y eficaces.

Para alcanzar esto, deberán asignarse recursos económicos suficientes para capacitar a los recursos humanos, mejorar las condiciones de trabajo y coadyuvar al desarrollo profesional y personal de los trabajadores fomentando su adhesión a la causa patrimonial para la cual trabajan.

En lo que refiere a la cultura organizacional deberán incorporarse criterios de transparencia que permitan una ágil rendición de cuentas a la comunidad, en tanto, las decisiones referentes a la gestión de un sitio patrimonial deben tomarse en interés del colectivo y el que debería participar y conocerlas.

El propio Rodríguez-Arana (2012) se ha expresado sobre el punto:

> En el Estado de Derecho es fundamental que gobernantes y administradores de la cosa pública se habitúen a la rendición de cuentas sobre sus decisiones y, sobre todo, a que el poder se ejerza desde la explicación, desde la razón, desde la luz, desde la transparencia, desde la motivación inherente a la posición que se tiene desde arriba. (Rodríguez-Arana et al, 2012 p. 28).

Y continúa:

> Una organización cerrada, vuelta sobre sí misma, no puede pretender captar, representar o servir los intereses propios de la gente, de los vecinos.
>
> La primera condición de esa apertura es una actitud, una disposición, alejada de la suficiencia y de la prepotencia, propia tanto de las formulaciones ideológicas como de las tecnocráticas. Pero las actitudes y las disposiciones necesitan instrumentarse, traducirse en procesos y en instrumentos que las hagan reales. Y la primera instrumentación que exige una disposición abierta es la comunicativa, la comunicación. (Rodríguez-Arana et al, 2012 p. 28).

Finalmente, una gestión patrimonial profesional requiere de la implementación de instancias de evaluación periódicas, a los efectos de que la comunidad por intermedio del Estado (en uso de las facultades de intervención ejecutivas y legislativas que mantiene) ajuste o refuerce el rumbo de la gestión patrimonial si esta no ha seguido el curso mencionado.

Cómo ha podido observarse, la instauración de un modelo de gobernanza participativa no constituye un fin en sí mismo, en tanto la gestión patrimonial posterior deberá realizarse adecuadamente utilizando los criterios de buen gobierno y buena administración antes expuestos.

6. Conclusiones

El presente trabajo ha entablado un diálogo entre la literatura política, patrimonial y administrativista para estudiar la gobernanza del patrimonio cultural.

El recorrido propuesto permite concluir.

En primer lugar, que el derecho al patrimonio cultural integra el elenco de los derechos económicos, sociales y culturales lo que presupone para el Estado la imposición de obligaciones de dar y hacer (que pueden denominarse «derechos de prestación») cuyo despliegue se producirá por intermedio de políticas culturales.

En segundo lugar, que existiendo bienes o sitios que integren el patrimonio del Estado y cuenten con especial valor y significación patrimonial (producto de declaraciones nacionales o mundiales) le acarreará, además, la obligación de instaurar sobre él, una forma de gobierno adecuada, así como realizar una gestión patrimonial acorde a la protección del derecho.

En tercer lugar, que las publicaciones y normas dictadas en el último tiempo en el marco de la Unión Europea y el Consejo de Europa conciben a la participación en las artes y en la cultura en forma amplia, en tanto se pretende que también alcance a la propia gestión de la cultura y el patrimonio cultural.

En cuarto lugar, que la participación de la sociedad civil cooperando con el Estado como forma de gobierno ha sido estudiada por la literatura política bajo la denominación gobernanza moderna, siendo denominada a nivel de la literatura patrimonial como gobernanza participativa, la que tiene vasos comunicantes con las nociones de buen gobierno y buena administración desarrolladas por la literatura administrativista iberoamericana.

En quinto lugar, que a partir del diálogo propuesto puede observarse que la gobernanza participativa, requiere para la gestión de un sitio patrimonial, de la implementación de criterios de buen gobierno y buena administración para la garantía del derecho al patrimonio cultural de la comunidad.

Finalmente, corresponde considerar que los sitios patrimoniales son espacios físicos repletos de connotaciones históricas, sociales, culturales y emocionales por lo que su gestión patrimonial no solamente implica la toma de decisiones administrativas para definir el destino económico o

estético de una infraestructura física, sino que cada acción o decisión, afectará el destino, la historia, la identidad y la memoria afectiva de toda una colectividad.

7. Bibliografía

Mayntz, R. (2001). «El Estado y la sociedad civil en la gobernanza moderna». *Revista del CLAD Reforma y Democracia* 21: 1-8 Disponible en: https://www.lasociedadcivil.org/wp-content/uploads/2015/06/mayntz.pdf

Molina, B. (2018). «La gestión participativa y sostenible del patrimonio mundial a través de los foros híbridos. El caso del centro histórico de Santa Ana de Cuenca». *Revista Espiga*, 17 (36), 176-199. Doi: http://dx.doi.org/10.22458/re.v17i36.2118

Prieto Aguiar, R. (2023) «Derecho al Patrimonio Cultural en la Constitución de la República». *Revista de Derecho Constitucional*, ISSN 2730-5171, N.º 6, págs. 121-140. Montevideo, Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria.

Rodriguez- Arana, J. (2012) *El ciudadano y el Poder Público. El principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*. Madrid, España. Reus.

Sánchez-Carretero, C y **Jiménez-Esquinas, G**. (2016) «Relaciones entre actores patrimoniales: gobernanza patrimonial, modelos neoliberales y procesos participativos». *Revista PH* 90: 190-197. Doi: https://doi.org/10.33349/2016.0.3827

Sani, M. (2016). *La Gobernanza Participativa del Patrimonio Cultural*. Observatorio Social de Fundación «la Caixa». Barcelona, España. Fundación «la Caixa». Disponible en: https://elobservatoriosocial.fundacionlacaixa.org/es/-/la-gobernanza-participativa-del-patrimonio-cultural#

Villoria Mendieta, M e **Izquierdo Sánchez, A**. (2015). *Ética pública y buen gobierno*. Madrid, España, Tecnos.

COLEX

LA EDITORIAL JURÍDICA DE REFERENCIA PARA LOS PROFESIONALES DEL DERECHO **DESDE 1981**

Paso a paso | Códigos comentados | Vademecum

Formularios

Flashes formativos

Colecciones científicas

DESCUBRA NUESTRAS OBRAS EN:

www.colex.es

Editorial Colex SL Tel.: 910 600 164 info@colex.es

CONVENCIONALIDAD, CONSTITUCIONALIDAD, LEGALIDAD Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Esta obra colectiva es el resultado de las aportaciones efectuadas en las XV Jornadas Prof. Meilán Gil de Derecho Administrativo Iberoamericano sobre «Convencionalidad, constitucionalidad, legalidad y Administración pública» organizadas por el grupo de investigación de Derecho Público Global de la Universidade da Coruña y celebradas en el Pazo de Mariñán, propiedad de la Diputación de A Coruña, y en la Facultad de Derecho de la Universidade da Coruña.

Es preciso resaltar la relevancia de los temas analizados, fruto de la labor de prestigiosos especialistas en Derecho Administrativo Iberoamericano, que permitirá ampliar la visión desde la perspectiva comparada de las materias estudiadas.

Se contemplan cuestiones de gran interés e importancia como la Administración Pública y el Derecho; la incidencia de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho Administrativo y en la Administración Pública; Dignidad humana, Administración Pública y Derecho Administrativo; el marco constitucional del Derecho Administrativo; Tutela judicial efectiva y Derecho Administrativo; Mediación y Derecho Administrativo; el principio de legalidad, la Administración Pública y el Derecho Administrativo.

DIRECTOR

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

SUBDIRECTORA

María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo

AUTORES

Enrique Navarro Beltrán, Eddy de la Guerra Zúñiga, Ramón Huidobro Salas, Alejandro Pérez Hualde, Nancy Nelly González Sanmiguel, Armando Rodriguez García, Augusto Durán Martínez, Gabriela Andrea Stortoni Maisterrena, Pablo Schiavi, Adriana Taller, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo, Miriam M. Ivanega, Claudio Moraga Klenner, Luis Eduardo Rey Vázquez, Miguel Alejandro López Olvera, Graciela Ruocco, Fabián Omar Canda, Patricio Marcelo E. Sammartino, Hugo R. Gonzalez Elias, Pablo Daniel Cruz, Renata Fabiana Santos Silva, Cristóbal Dobarro Gómez, Javier Barnes, Itziar Sobrino García, Juan Carlos Morón Urbina, Manuel J. Sarmiento Acosta, Analía Antik, Adrián Diego Campos, Adrián A. Gutiérrez, Alfredo Delgadillo López, Bárbara Fernández Villa, Diego Sebastián Gutiérrez, Gustavo Igarza Funes, Jaime Pensado Sande, Ramiro Prieto Aguiar.

ISBN: 979-13-7011-654-5