

**Título:** Sobre el principialismo y el neoconstitucionalismo

**Autor:** Cassagne, Juan Carlos

**Publicado en:** LA LEY 25/10/2021, 25/10/2021, 1

**Cita:** TR LALEY AR/DOC/2971/2021

**Sumario:** I. El principialismo.— II. El Estado de derecho constitucional y los distintos neoconstitucionalismos.— III. La llamada constitucionalización del ordenamiento.— IV. Hacia el Estado subsidiario.— V. Conclusiones.

(\*)

### I. El principialismo(1)

El campo de la dogmática del derecho público, así como el de la filosofía del derecho, exhibe cuestiones en las que los juristas y los iusfilósofos no terminan de ponerse de acuerdo. Muchas de esas cuestiones subyacen también, en forma implícita, en las capas más recónditas del pensamiento jurídico.

En esta ocasión, haremos el abordaje de dos tendencias. La primera es la referida al llamado principialismo, una orientación moderna que congrega un arco bastante amplio de concepciones que van desde el positivismo incluyente o iusmoralista hasta las diversas facetas que representa el iusnaturalismo.

Los puntos de unión de las concepciones principialistas pasan por tres ejes fundamentales, a saber: a) el reconocimiento de que el derecho constituye una práctica que se dirige a lo que "es bueno hacer, tener, obtener y ser" (2); b) consecuentemente, la consideración de la moral como la razón práctica del derecho (3); y, e) la prevalencia de los principios generales sobre las normas.

Existe la creencia que considera que el movimiento principialista tiene origen en las cartas constitucionales que se sancionaron en Europa tras la finalización de la segunda guerra mundial.

Sin embargo, aunque el hecho no se encuentra suficientemente reconocido por otras disciplinas, lo cierto es que el derecho administrativo muestra otro origen. En efecto, este derecho se construyó sobre la base de la prevalencia de los principios generales del derecho sobre las normas desde sus mismos orígenes (Laferrière) y es sabido que, finalmente, el Consejo de Estado Francés reconoció su primacía (4), provocando uno de los cambios más grandes en la comprensión y operatividad de los principios generales del derecho público, considerados como mandatos vinculantes carentes de supuestos de hecho (5).

Su significación fue advertida en Francia por Jean Rivero, en uno de los trabajos pioneros sobre la materia (6), donde puso de relieve una jurisprudencia que terminó proyectándose al derecho administrativo público europeo. Se produjo de ese modo un cambio radical en las fuentes del derecho con base en las teorías fundamentales formuladas en el derecho francés (7) y la jurisprudencia de su Consejo de Estado. Buena parte de los publicistas y filósofos del Derecho de su época se hallaban enrolados en el iusnaturalismo, al igual que algunos autores alemanes del siglo anterior (Otto Mayer), en los que se advierte la adhesión a las verdades del derecho natural (8).

Una resuelta postura acerca de la trascendencia que revisten los principios generales del Derecho, en la configuración del Derecho Administrativo moderno, se advierte en toda la obra del maestro García de Enterría, quien, al culminar sus primeras investigaciones sobre el tema, no pudo reprimir su asombro de que en Francia, patria del legalismo, se hubiera construido un derecho administrativo en el que los principios prevalecían sobre las leyes escritas (9).

A la inversa de lo que piensa el positivismo excluyente de la moral, el principialismo no ha venido a suplantarse la legalidad positiva, sino a reforzar su validez a través de una dimensión racional-moral de justicia, que convive con la dimensión formal, proveniente de la autoridad de las fuentes sociales del derecho (10).

En esta dimensión de validez racional-normativa es donde, precisamente, se alojan los principios generales del derecho que resultan "descubiertos y funcionalizados por los juristas" y "recogidos y desenvueltos por la jurisprudencia o por la legislación" (11).

En tal contexto veamos, a grandes rasgos, lo que ha ocurrido en el campo de algunos sectores del positivismo (el llamado incluyente) y en el de la jurisprudencia analítica.

Así, es fácil comprobar que, mientras la cantidad de concepciones filosóficas aumentó de un modo exponencial, dificultando la comprensión de la ciencia jurídica y de sus métodos interpretativos, se produjo el abandono de algunas de las premisas centrales del positivismo legalista por parte de destacados filósofos del derecho que fueron calificados como positivistas incluyentes (iusmoralistas) o iusnaturalistas (Dworkin, Alexy y Nino).

El hecho de ser bendecidos con la calificación de iusnaturalistas [una paradoja retórica desarrollada por una brillante pluma filosófica (12)] supone que todos aquellos que sustentan una visión moral del derecho y no admitan una tajante separación conceptual entre ambos conceptos son iusnaturalistas. Más aun, para desdicha de los positivistas puros, irrumpió en la escena filosófica un profesor de la Universidad de Oxford (John Finnis), formado en la escuela analítica de Hart, quien se adhirió al iusnaturalismo de raíz aristotélica-tomista, dentro del modelo analítico (13), logrando que esta concepción fuera más comprensible por los pensadores anglosajones (14). Es la llamada Nueva Escuela del Derecho Natural (NEDN).

El enfoque iusnaturalista de Finnis si bien rompe la separación conceptual entre moral y derecho, no deja de atribuirle al derecho positivo, emanado de las fuentes fácticas y sociales, una jerarquía relevante en la medida en que no se produzcan situaciones susceptibles de afectar en forma grave y extrema la justicia (15), conformada por los principios generales del derecho y bienes básicos, concebidos conforme a una visión que atribuye un papel central al derecho producido por la autoridad de las fuentes formales.

Debe advertirse que estas fuentes no se limitan a la ley, sino que comprenden también la jurisprudencia, los principios generales y la costumbre, lo que hace posible que los jueces cumplan una función creativa de cara a completar las lagunas jurídicas o tener que interpretar los conceptos ambiguos que caracterizan el lenguaje natural (que carece de la precisión característica del que es propio de las ciencias exactas).

En resumidas cuentas, el principialismo constituye la tendencia especulativa que asigna predominio a los principios sobre las normas, en la inteligencia que ambas categorías constituyen reglas jurídicas vinculantes y fuentes del derecho.

Se discute si el carácter autoritativo constituye uno de los rasgos característicos del Estado de Derecho Constitucional (16), pero, en cualquier caso, debe ser siempre un Estado de poderes tasados y limitados, en el que sus órganos (llamados también poderes) actúan con independencia recíproca y armonía, sometidos al principio de legalidad —(cuya máxima expresión es el bloque de constitucionalidad)—, a los principios de la justicia (la fórmula constitucional alemana y española se refiere a la ley y al derecho) y, por último, al control judicial de constitucionalidad.

En cambio, la tesis básica del positivismo legalista considera que la norma positiva constituye el centro del derecho y del sistema jurídico, postulando que toda norma emanada conforme al procedimiento estatal predeterminado es válida con independencia de que sea justa e injusta, moral o inmoral. La matriz de esta concepción sostiene que los valores de la justicia son subjetivos e irracionales y hasta metafísicos, que una teoría del derecho debe ser pura y limitarse al material positivizado y, consecuentemente, que la moral debe separarse del derecho. Como lo ha expresado Bobbio, con sinceridad, el positivismo jurídico es una doctrina "que reduce la justicia a la validez" (17), a lo que cabe adicionar, además, una separación estricta entre moral y derecho.

Así, mientras, las concepciones del iusnaturalismo giran en torno de lo que es justo y moralmente bueno para las personas y el bien común, concibiendo al derecho como el objeto de la justicia, el positivismo legalista o puro sostiene exactamente lo inverso: que la justicia consiste en la validez del derecho o, en otros términos, que el objeto de la justicia no es el derecho real (lo justo) sino su validez formal, acusando al iusnaturalismo de introducir elementos metafísicos en la teoría del derecho, cuya pureza pretendía fuera un dogma irrefutable. En ese contexto, apoyados en la falacia naturalista de Hume, los positivistas llegaron a decir que, si la naturaleza era el orden del ser, resultaba falso sostener que de la naturaleza humana pudieran derivarse prescripciones normativas (el orden moral o el deber ser).

Lo cierto es que, como lo ha demostrado Finnis, la falacia naturalista no existió en el pensamiento aristotélico-tomista, que nunca llegó a sostener que las prescripciones normativas derivaran directamente del ser (la naturaleza humana), sino que el conocimiento normativo de la ley natural, lejos de derivar del conocimiento

previo de la naturaleza humana, "parte de unos principios primeros conocidos por evidencia y que se desenvuelven racionalmente —con razón práctica—, ya sea a través de inferencias conclusivas, ya sea a través de la determinación circunstanciada de lo que en los principios se encuentra indeterminado" (18).

En ese escenario, en el que disputan su supremacía las más variadas corrientes del positivismo (tanto el incluyente como el excluyente) y del iusnaturalismo clásico, sin analizar otras concepciones inaplicables en los sistemas continentales europeos o de Iberoamérica, como el realismo norteamericano o algunas que han perdido actualidad doctrinaria (vgr. el estructuralismo) (19) se ha desarrollado la tendencia principialista, sin llegar a configurar una concepción integral de la filosofía jurídica.

En la nueva versión de la obra del Profesor Yacobucci sobre el sentido de los principios penales (20) se expone una construcción susceptible de ser proyectada a todo el derecho y de adaptarse, particularmente, a los derechos constitucional y administrativo. En pocas palabras, se trata de la jerarquía y dimensión de peso conforme a una bien decantada visión filosófica personalista, especulativa y práctica.

Allí, distingue cuatro categorías:

a. Principios configuradores o materiales que constituyen presupuestos ontológicos del ordenamiento. Los considera principios nucleares y son dos: 1. El bien común político y 2. La dignidad humana;

b. Principios fundamentales. A nuestro juicio son los que hacen a la esencia del Estado de Derecho (v.gr. separación de poderes, legalidad, independencia e inamovilidad de los jueces, interdicción de arbitrariedad, inalterabilidad del contenido sustancial de los derechos por leyes o reglamentos, tutela judicial efectiva, razonabilidad (21), seguridad jurídica y subsidiariedad);

c. Principios derivados: proporcionalidad, buena fe, confianza legítima y buena administración;

d. Estándares y directivas no vinculantes que cumplen la función de orientar la actividad de la Administración Pública y de los particulares.

Quedan desde luego otras cuestiones en las que se advierten significativas discrepancias entre determinados sectores del positivismo incluyente y del iusnaturalismo tales como: 1) el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico positivo y el de que el derecho positivo regula su propia creación; 2) el significado conceptual de derecho y justicia; 3) la función de la analogía; 4) la distinción entre normas y principios y su condición, en ambos casos, de reglas vinculantes; 5) si la fuente de un principio puede ser extralegal o constitucional y no hallarse, en consecuencia, necesariamente positivizado; 6) la cuestión del ser deber ser en el sistema jurídico; 7) el carácter vinculante o meramente óptimo de un principio; y, 8) los métodos de interpretación, la teoría de la argumentación y justificación racional de las decisiones judiciales y administrativas (22).

De algunas de esas cuestiones nos hemos ocupado en ensayos anteriores (23), pero su análisis requiere una obra de mayor alcance que nos resulta imposible abordar en esta ocasión, en la que, no obstante, nos ha parecido necesario reseñar las líneas generales que exhibe el escenario especulativo.

En definitiva, tal como ha apuntado Aragón Reyes, aun en el sistema europeo resulta difícil negar, en la actualidad, que "el Derecho de la Constitución es un derecho por principios" (según la terminología que emplea Zagrebelsky), así como no se puede desconocer, en el caso de España, la clara configuración de una Constitución Principialista (24).

## II. El Estado de derecho constitucional y los distintos neoconstitucionalismos

La segunda de las grandes tendencias está conformada por el fenómeno del neoconstitucionalismo o nuevo constitucionalismo donde las cosas se complican por una serie de razones que pasamos a exponer a continuación.

Se habla de la inercia que supone la admisión a los cambios, máxime cuando ellos se gestan tras el extraordinario desarrollo dogmático efectuado por los grandes constitucionalistas que construyeron el edificio del Estado de Derecho, sobre todo cuando los cambios están en proceso de realización (25). Los criterios focales que se utilizan varían en función de la orientación que les marca la filosofía del derecho (26), por un lado, y la dogmática constitucional, por el otro, y dentro de cada postura se han desarrollado distintas concepciones.

A su vez, resulta evidente que el paso de la concepción histórica del Estado de Derecho Legal hacia el Estado

de Derecho Constitucional ha sido un proceso evolutivo en el que se fueron superponiendo, como lo ha advertido la doctrina alemana, una serie de capas geológicas que no llegan a suplantar los principios clásicos del Estado de Derecho (27). En realidad, hay un contenido básico y común que se adapta a las nuevas realidades políticas, económicas y sociales, pero su configuración mantiene siempre como objetivos la defensa de las libertades (28), la seguridad (29) individual y colectiva, la paz interior y exterior (30), y la protección de la propiedad, junto al reconocimiento de los demás derechos fundamentales o humanos, como fines del ordenamiento constitucional.

A continuación, abordaremos uno de los caminos abiertos por la dogmática constitucional, en el que aparecen dos modalidades principales que se nutren de diferentes fundamentos.

El primero, configura el llamado Estado de Derecho Constitucional y no es otra cosa que la regulación de la democracia por la Constitución, cuyas "... líneas maestras se mantienen inmovibles: la Constitución como forma de limitación del poder en beneficio de la libertad de los ciudadanos, de la igualdad de todos en esa libertad", la separación de poderes, la supremacía constitucional, el reconocimiento de los derechos fundamentales o humanos, la periodicidad en el ejercicio de los poderes ejecutivo y legislativo, la independencia del poder judicial y el control de constitucionalidad por parte de los jueces (31).

Aun cuando esta clase de nuevo constitucionalismo potencia el poder de los jueces en el control de constitucionalidad, esa circunstancia no los autoriza a salirse de la Constitución ni a convertirse en legisladores o administradores de la cosa pública, pues el principio de separación de poderes, rectamente interpretado, no admite tales excesos o desviaciones de poder (32), susceptibles de corregirse siempre a través del control judicial.

El segundo de los neoconstitucionalismos implica la deformación del Estado de Derecho y de la Constitución, en un sentido tanto formal como material, en cuanto "...hace prevalecer el poder sobre el control, la unidad de acción estatal sobre la división de poderes, el entendimiento "político" de la democracia sobre su entendimiento "jurídico", la democracia directa "plebiscitaria", sobre la indirecta representativa, la voluntad política sobre las leyes, y en fin, el Estado decisionista sobre el Estado de Derecho" (33). Es, por tanto, un falso constitucionalismo (34) o "anticonstitucionalismo", que poco tiene que ver con el verdadero y auténtico constitucionalismo (35), cuyos riesgos para la democracia han sido denunciados por autorizada doctrina (36).

Por cierto, que, con abstracción del origen europeo o americano, en el campo de los partidarios de la distinción, que adhieren a la verdadera concepción del Estado de Derecho Constitucional (37), se ubican tanto algunos positivistas incluyentes (que admiten la moral como ingrediente del derecho) como los iusnaturalistas (ya sean los clásicos o los modernos de la Nueva Escuela del Derecho Natural) (38).

Desde esta visión, el aspecto relevante que corresponde remarcar, como condición central del Estado de Derecho Constitucional, es el principio de supremacía proveniente del modelo de Estado de Derecho adoptado por la Constitución de los Estados Unidos de América. Este principio, adoptado en todo el continente americano (39) y trasladado más tarde al derecho continental europeo, contribuyó de un modo decisivo al abandono del legiscentrismo, es decir, de la concepción histórica de la ley fundada, entre otras cosas, en la omnipotencia y supremacía del legislador. Por ese motivo, cuando se habla del paso del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional hay que tener presente que, en los comienzos del desarrollo del derecho público comparado, coexistían dos concepciones distintas y que en el continente americano nunca dejó de regir la supremacía constitucional, no obstante la tendencia que consideraba que ciertos preceptos constitucionales y los derechos y principios declarados en los Preámbulos constitucionales poseían naturaleza programática y no operativa.

Entre las concepciones modernas acerca del Estado de Derecho Constitucional se ha sostenido que, mientras su dimensión objetiva apunta a mantener un modelo estatal vinculado principalmente a la observancia de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, su dimensión subjetiva impregna por entero al Derecho Administrativo en cuanto predica que todos los poderes públicos se hallan vinculados con los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución (40).

Se ha dicho que "esta es la característica más destacada de la evolución del Estado de Derecho bajo la vigencia de la Constitución", en cuanto "...responde a las exigencias más elementales del ser humano, como son las necesidades de nacionalidad, respecto y certidumbre" y que "...lo hace de la mano de los principios derivados de

los derechos fundamentales de proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica" (41). Se opera, de ese modo, una conjugación entre el principialismo y los derechos fundamentales en la realidad del Estado de Derecho Constitucional. Tal es el sentido auténtico que debe orientar al nuevo constitucionalismo basado siempre en la legalidad democrática.

Como consecuencia de ese proceso histórico-político las Constituciones sancionadas en Europa a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, así como su doctrina y jurisprudencia, reconocieron, en forma expresa o implícita, el carácter de norma suprema que revestía la Constitución y, consecuentemente, el carácter operativo (en ocasiones con operatividad derivada y limitada a las posibilidades financieras de los Estados) de sus prescripciones, lo que terminó unificando los sistemas comparados de los países de América y Europa, pasando la Constitución a ser la "suma regla" (42), en forma generalizada.

### III. La llamada constitucionalización del ordenamiento

Con la expresión constitucionalización del ordenamiento no parece ayudarse a nada realmente nuevo. En tal sentido, siempre se sostuvo, en el plano de la dogmática constitucional, la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento público o privado. Pero, nada se opone tampoco a su moderna utilización. En realidad, al menos en el derecho administrativo argentino clásico (43), la mayoría de la doctrina comenzó remarcando la tesis de que encabezamiento de los capítulos del derecho administrativo se encontraba en la Constitución, de conformidad con el pensamiento expuesto por Alberdi, al difundir la conocida frase de Pellegrino Rossi.

De esa manera, la consagración del Estado de Derecho Constitucional ha generado una serie de efectos que se proyectan al control judicial de constitucionalidad, entre los que se destacan:

1. La efectividad que asume la supremacía de la Constitución como técnica jurídica ideada para asegurar que las autoridades cumplan la Ley Fundamental y no excedan sus límites (44), cuyas normas, principios y derechos dejan de considerarse programáticas para ser operativas o con operatividad derivada en algunos casos;

2. El surgimiento de los principios generales que, según buena parte de la doctrina, tienen prevalencia sobre las leyes, informando, al menos, al ordenamiento jurídico;

3. La potenciación del papel del juez en la aplicación de esos principios generales, a raíz de que deben aplicar mandatos vinculantes carentes de supuestos de hecho y de consecuencias jurídicas. En este plano, si bien, los jueces no se hallan habilitados a sustituir la ley ni tampoco a transformarse en legisladores, se encuentran obligados a fallar en los supuestos de carencias o lagunas regulatorias. A tal fin, se impone la técnica de la analogía junto al juicio de proporcionalidad impuesto por la necesidad de justificar racionalmente la decisión.

Esto no implica una objeción hacia el legislador civil cuando, por ejemplo, acrecienta la inserción en el Código Civil y Comercial del principio general de la buena fe (45), en la medida que la tarea interpretativa de los jueces se lleve a cabo con arreglo al meta principio constitucional de razonabilidad — comprensivo de la proporcionalidad — que, excluye toda arbitrariedad o abuso interpretativo. En muchos casos, los jueces, al aplicar los principios generales para resolver las carencias regulatorias, acuden a la técnica de la ponderación, en lugar de la subsunción que, ante la ausencia o ambigüedad de la norma, se convierte en un callejón sin salida. Esto ocurre porque aun siendo los principios reglas del derecho — al igual que las normas — los principios "requieren de la técnica racional de la ponderación" (46).

Esa práctica es precisamente la que acontece en el escenario jurisdiccional, producto de la pandemia de la COVID-19 que padecemos, en el que se torna imperioso armonizar las restricciones justificadas por el Estado de Necesidad con el principio de proporcionalidad, que exige ponderar la adecuación o idoneidad (47), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (48), conforme a la conocida concepción de Alexy aplicable, tanto por tribunales europeos como argentinos (49), a través del control judicial de constitucionalidad.

### IV. Hacia el Estado subsidiario

En el plano de la teoría política, con sus avances y retrocesos, el contenido del Estado de Derecho se ha ensanchado con los aportes provenientes de sucesivas tipologías: Estado Social y Democrático, Estado de Bienestar y, actualmente, Estado Regulador y Garante (50), que representa la recepción del principio de subsidiariedad (51) en este modelo de Estado que propicia la doctrina europea actual.

Desde hace tiempo venimos sustentando esta última concepción bajo el nombre de Estado Subsidiario, cuyas raíces se encuentran en la Doctrina Social de la Iglesia (52), sin perjuicio de la interpretación que se apoya en textos de nuestra Carta Magna, como los artículos 14, 19 y 28 de la CN (53).

En esta concepción, el principio de subsidiariedad se erige como regla central de la actuación del Estado, en cuanto permite la plena concreción de los esfuerzos y capacidades de las personas y grupos intermedios de la sociedad, cuyas iniciativas resultan ser las más adecuadas y eficientes para la satisfacción de las necesidades humanas, tanto individuales como colectivas (54).

Este principio ha sido recogido recientemente en el Protocolo 15 del Convenio Europeo, si bien con una regulación que circunscribe la subsidiariedad a las relaciones con los Estados integrantes de la Unión Europea, es decir, a la llamada subsidiariedad territorial y no horizontal (55).

Como es sabido, la subsidiariedad tiene dos perfiles. Uno fundamental (la faz pasiva) que veda la injerencia del Estado en todas aquellas actividades que puedan llevar a cabo las personas privadas o las comunidades menores (privadas o públicas) y otro, que hace a la función de suplencia que debe cumplir el Estado de cara a la insuficiencia de la actividad privada o de las comunidades públicas menores al Estado, especialmente en el ámbito territorial, porque, como indica la razón de ser de la descentralización, se administra mejor cerca de los ciudadanos y empresas.

La vigencia y aplicación de la regla de la subsidiariedad reviste una condición fundamental y necesaria en el combate contra la pandemia (tal como ha ocurrido y está ocurriendo en los Estados Unidos de Norteamérica). De lo contrario, si todas las acciones de protección de la salud se dejan en manos exclusivas del Estado crecerá seguramente la ineficiencia, generándose un ambiente propicio a la politización y, en algunos casos, a corruptelas entre gobernantes y empresarios.

En prieta síntesis, el axioma que representa el principio de subsidiariedad puede expresarse de este modo: tanta libertad como sea posible y tanto Estado como sea necesario (56). Hay pues, una equivalencia de fines entre el Estado Regulador y Garante y Estado Subsidiario.

## V. Conclusiones

El derecho no constituye una realidad estática sino dinámica y adaptable a las circunstancias históricas, sociales y económicas, pero ello no justifica alterar la esencia ni los fines, normas y principios de la Constitución. En ese escenario, el Estado de Derecho Constitucional constituye un freno legítimo y opuesto al denominado falso neoconstitucionalismo, que sustituye la voluntad del constituyente por las convicciones ideológicas de los jueces y el decisionismo de los legisladores.

El fenómeno jurídico no es como lo quisiéramos ver, sino como realmente es; y no se puede ignorar que la evolución ha terminado por reconocer que los principios generales del derecho y, sobre todo, los principios incorporados positivamente a la Constitución prevalecen en los ordenamientos público y privado (57).

La supremacía constitucional (58), la separación e independencia de los poderes y los principios que integran el bloque de legitimidad del Estado de Derecho y, especialmente, el principio de subsidiariedad, que anida en el Estado Regulador y Garante, constituyen principios que son algo así como la clave de bóveda del edificio de la democracia representativa arts. 1º y 22 CN (59), que resulta imprescindible preservar para mantener la dignidad de todos los integrantes de la comunidad, cualquiera fuera su condición política, económica o social.

Ese Estado Subsidiario tiene por finalidad perseguir el bien común mediante los mecanismos que ponen en funcionamiento la asignación de las competencias establecidas en la Constitución. No está de más reiterar que este modelo de Estado debe orientarse a procurar la realización de sus fines, preservando incólumes la libertad, la igualdad y la propiedad de las personas, verdaderos objetivos centrales del derecho, principalmente de los derechos Constitucional y Administrativo, pero también aplicables al derecho privado, junto a la realización armónica de los nuevos derechos sociales y colectivos en el marco de una justicia social sustentable y regida por el principio de subsidiariedad.

(\*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Académico Correspondiente de la

Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid.

- (1) La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 22 de julio de 2021, realizada por la plataforma Zoom.
- (2) FINNIS, John, "Aquinas: Moral, Political and Legal Theory", Oxford University Press, Oxford, 1993, p. 41, cit. por Massini Correas, Carlos Ignacio en *Jurisprudencia analítica y derecho natural. Análisis del pensamiento filosófico jurídico de John Finnis*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2018, p. 31; vid, asimismo, LEGARRE, Santiago, "Ensayos de Derecho Natural", Abaco, Buenos Aires, 2014, p. 509 y ss.
- (3) VIGO, Rodolfo Luis, "Derecho y moral (razón práctica): conexiones en tiempos del Estado de Derecho Constitucional", *El Derecho*, diario del 21/7/2021, p. 1 y ss.
- (4) Véase: COVIELLO, Pedro J. J., "Raíces históricas del derecho administrativo y su actualidad. Apuntes para su estudio", *El Derecho*, Revista de Derecho Administrativo, N° 8, Buenos Aires, 2020, Cita Digital ED-CMXXV-521, p. 7 y ss.
- (5) Ampliar en nuestro libro "Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)", 2ª edición actualizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2021, p. 71 y ss.
- (6) RIVERO, Jean, "Los principios generales del derecho administrativo en el derecho francés contemporáneo", *RAP* N° 6, Madrid, 1951, p. 289 y ss., y, JEANNEAU, Benoît, "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative", Sirey, Paris, 1954.
- (7) HAURIOU, Maurice, "Derecho Público Constitucional", trad. del francés de Carlos Ruiz del Castillo, supervisada por el propio autor que lo prologa, Reuss, Madrid, 1927, p. 290 y ss.
- (8) Vid, en tal sentido: GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho", Civitas, Madrid, 1984, ps. 43-44.
- (9) *Ibidem*, ps. 44-45, apunta que en el derecho francés "la idea de los principios no ha hecho más que dañar terreno".
- (10) Aspecto muy bien explicado en MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, "Jurisprudencia analítica...", ob. cit., p. 40.
- (11) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Reflexiones...", ob. cit., p. 43.
- (12) GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "El iusmoralismo de Carlos Santiago Nino. Una crítica, en el libro *Iusmoralismo (s) Dworkin/Alexy/Nino*, Cevallos Editora jurídica, Quito, 2015.
- (13) También se ha calificado a la concepción de Finnis como un iusnaturalismo positivista (Cfr. LEGARRE, Santiago, "Ensayos...", cit., p. 529), con lo que no estamos de acuerdo dado que, si bien existe una revalorización del derecho positivo, hay aspectos de la teoría que se oponen a la concepción positivista, incluso la del llamado positivismo incluyente (v.gr. el sentido y la fuerza de la razonabilidad práctica y especialmente la armonía con Dios como bien humano básico; véase: FINNIS, John, "Ley Natural y Derechos Naturales", trad. del inglés de Cristóbal Orrego S., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 427 y ss.)
- (14) Véase: MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, "Jurisprudencia analítica...", cit., p. 21 y ss.
- (15) VIGO, Rodolfo Luis, "El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis", Distribuciones Fontamara, México, 2003, p. 131, nota 177.
- (16) FERREYRA, Raúl Gustavo, "Fundamentos Constitucionales", Ediar, Buenos Aires, 2019, p. 344, sostiene que el Estado Constitucional, a más de los elementos naturales que congrega (territorio y población) alberga dos elementos constituyentes no naturales (poder y constitución), poniendo énfasis en que la Constitución configura el artificio fundamental, la suma regla del orden estatal y añadiendo que "en el Estado Constitucional todo derecho del Estado debe ser genuinamente autorizado por la norma positiva fundamental de su orden coactivo".
- (17) BOBBIO, Norberto, "Teoría General del Derecho", trad. del título original italiano *Teoria della norma giuridica y Teoria dell'ordenamento giuridico*, Temis, Torino, 1958 y 1960, respectivamente, 2ª ed., p. 30 y ss.

# PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Jornadas Organizadas  
por la Universidad Austral  
Facultad de Derecho



Editorial Ciencias de la Administración  
División Estudios Administrativos



# EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN CÓRDOBA

POR DOMINGO SESIN

*Es abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, egresado de la Universidad Nacional de Córdoba; especialista en Derecho Administrativo por la Universidad de Roma. Recibió el premio Córdoba. En el ámbito académico, es profesor y subdirector del curso de especialización en Derecho Público de la Universidad Nacional de Córdoba. Es autor de numerosas publicaciones en la especialidad.*

*Fue Juez de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de 1ra. nominación del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Actualmente es Vocal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.*

## 1. Medios de contralor jurídicos

Los medios de contralor, en sentido jurídico estricto, son los que dependen de la iniciativa de los administrados a quienes el ordenamiento vigente les otorga el instrumento idóneo para ponerlo en movimiento, tanto en sede administrativa como en sede judicial.

Este conjunto de garantías que tiene el administrado, para asegurar la juridicidad administrativa y el respeto por sus derechos e intereses, forma parte de lo que en el derecho administrativo europeo se llama "justicia administrativa", que no sólo se refiere al estudio de lo que los autores franceses llaman contencioso administrativo; tampoco se refiere a los recursos incoados en sede administrativa; sino que, como dice Raneletti,<sup>1</sup> el concepto de justicia administrativa es más extenso, comprendiendo el análisis sistemático, orgánico y procedimental de todas las garantías que tiene el administrado para la correcta y justa aplicación de la legalidad administrativa. Esta amplia noción conceptual comprende tanto los remedios del procedimiento administrativo como los que se interponen en sede judicial.

En nuestro país, este conjunto de remedios jurídicos a cargo del administrado se encuentra desdoblado; en el procedimiento administrativo (reclamos, recursos y denuncia), por una parte; y en el proceso administrativo —también llamado contencioso administrativo— (acciones judiciales), por la otra.

## 2. Procedimiento administrativo. Relevancia

Así como el "proceso" tiene como objeto fundamental: dirimir una controversia entre partes por una autoridad imparcial e independiente, aplicando el derecho correspondiente; el procedimiento en cambio, tiene la finalidad de aplicar no sólo el orden jurídico garantizando los derechos e intereses de los administrados, sino que esencialmente pretende salvaguardar el interés público. Con razón la anterior Ley de Procedimiento Administrativo española de

<sup>1</sup>Raneletti, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, 5ª ed. Milano, 1937, p. 34 y ss.).

1958, sostiene que el procedimiento administrativo constituye un "cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la consecución de un fin que permita dar satisfacción a las necesidades públicas sin olvidar las garantías debidas al administrado".

Con buen criterio, la Ley de Procedimiento Administrativo austríaca, dice en su Art. 37 que el fin del procedimiento administrativo es determinar los hechos relevantes para la resolución de una cuestión administrativa y dar a las partes oportunidad para hacer valer sus derechos e intereses. Tiene una doble finalidad: garantizar los derechos e intereses individuales y colectivos, como satisfacer el interés público en juego.

En consecuencia, se denomina procedimiento administrativo: la serie o secuencia de actos, a través de los cuales se desenvuelve la actividad de los órganos administrativos. Comprende asimismo, la actividad de la Justicia, del Congreso y de cualquier otro órgano público o privado, en la medida en que específicamente ejerzan la función administrativa. Este amplio y moderno alcance es el que recepta la Ley de Procedimiento de Córdoba N° 5.350, reformada por la Ley N° 7.204, como se explicará oportunamente.

### 3. Principios esenciales del procedimiento administrativo en Córdoba

#### a) Juridicidad

Las reformas introducidas por el sistema constitucional comparado, como la Ley Fundamental de Bonn (Art. 20, ap. 3°), la Constitución italiana de 1948 (Art. 97) y la Constitución española (Arts. 9.2 y 103.1); expresan que la actuación de la Administración Pública hoy, no sólo se sujeta a la ley sino también al derecho. Lo mismo ocurre con la reforma constitucional argentina y las modernas constituciones provinciales que, como la de Córdoba en el Art. 174, subordinan la Administración al "orden jurídico".

Su efecto práctico es que se otorga significativa importancia a los principios generales del derecho; los cuales, junto a la ley, pasan a constituir el marco de juridicidad que sirve como fuente de la actividad administrativa.<sup>2</sup>

Actuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público, no es lo mismo que aplicar automática o ciegamente el contenido de la norma, por cuanto debe tenerse presente el ordenamiento entero en el cual se inserta y adquiere su verdadero sentido.

Por ello, en lugar de requisitos de legitimidad del acto administrativo, debemos hablar de requisitos de juridicidad; y consecuentemente, de control de juridicidad. Su razón es que en la terminología actualmente en uso, "legitimidad" o "legalidad" podría entenderse *prima facie* demasiado apegada a la ley, olvidando de tal forma que la administración moderna debe someterse a un contexto mucho más amplio. De tal manera también son elementos que hacen a la juridicidad del acto la buena fe, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, el precedente; y sus vicios, la desviación de poder, la falsedad en los hechos, la ilogicidad manifiesta, el error manifiesto de apreciación, la arbitrariedad, la irrazonabilidad, entre otros.<sup>3</sup>

<sup>2</sup>En el mismo sentido, Comadira, Julio, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Bs. As. 1996, p. 126; Cassagne, Juan C., *Los principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, Bs. As. 1988, p. 29; Coviello, Pedro, "La denominada zona de reserva de la administración y el principio de legalidad administrativa", *Rev. de Der. Adm. Depalma*, enero/diciembre 1966, p. 109; Canosa, Armando, *Los recursos administrativos*, Ábaco, Bs. As. p. 120; Tawil, Guido, *Administración y Justicia*, Depalma, Bs. As. 1993, p. 31 y ss; Farrando, Ismael y otros, *Manual de Derecho Administrativo*, Depalma, p. 591.

<sup>3</sup>Sesin, Domingo Juan, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*, Depalma, Bs. As. 1994, p. 20 y ss.

En consecuencia, con el control de juridicidad, la estrategia o metodología judicial no debe construir su silogismo lógico jurídico sobre la base sólo de la ley, sino revisar el acto con un criterio amplio de adecuación a la unicidad del orden jurídico.

#### **b) Determinación de la verdad jurídica objetiva**

El Art. 176 de la Constitución de Córdoba regula expresamente este principio. Implica, como es sabido, que el órgano debe ajustarse a la verdad real, analizando tanto las pruebas presentadas por las partes como las que oficiosamente recibe la Administración.

En este sentido, el Art. 47 de la LPAProv. dispone que los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba. En este marco, nada impide que el contenido del acto administrativo resuelva incluso cuestiones no propuestas por las partes, que se ajusten a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y sean adecuadas a los fines de aquél (Art. 93 LPAProv.).

#### **c) Oficialidad**

El Art. 176 de la Constitución de Córdoba recepta este principio, que se encuentra a su vez explicitado en el Art. 7° de la LPAProv. Esta última normativa dice que "el procedimiento será impulsado e instruido de oficio, sin perjuicio de la participación de los interesados cuando corresponda, y de la caducidad del procedimiento cuando la tramitación fuere sólo en interés del administrado".

El procedimiento puede ser iniciado de oficio o a petición del interesado; empero, la impulsión e instrucción pertinente le corresponde a la Administración cuando, conjuntamente con el interés privado, esté en tela de juicio el interés público. Ello no ocurre, cuando sólo esté en juego el interés privado del administrado, pues recae sobre él la carga de impulsarlo hasta su conclusión final.

En este último caso, la inactividad del particular por el término de tres meses puede generar la caducidad del trámite, en virtud de lo dispuesto por el Art. 113 de la LPAProv., conforme los efectos allí dispuestos, que en general concuerdan con los establecidos en otros regímenes nacional y provincial. No obstante, por suerte, este poco simpático instituto es poco utilizado en la realidad Cordobesa.

#### **d) Formalismo moderado**

El Art. 176 de la Constitución Provincial establece este principio de informalismo, o mejor dicho, formalismo moderado, como lo ha sustentado la doctrina.<sup>4</sup> A su vez, el Art. 9 de la LPAProv., con el mismo texto que su par nacional (Art. 1° Inc. 9 Ley N° 19.549), dispone que se "excusará la inobservancia por los administrados de exigencias formales no esenciales, que puedan ser cumplidas posteriormente".

Ello implica que el cauce formal, o formalidades inherentes al procedimiento respectivo, pueden atenuarse en beneficio directo de los administrados. Su fundamento, no otro que el de considerar al administrado como un verdadero colaborador de la juridicidad y eficiencia administrativa.

Sin embargo, este principio no es aplicable al procedimiento administrativo recursivo cuya esencia es eminentemente formalista, salvo norma expresa o razonablemente implícita que lo autorice.

<sup>4</sup>Escola, Héctor, *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, p. 132.

En el marco de lo dispuesto por los Arts. 65 y 79 de la LPAProv., la jurisprudencia administrativa y judicial han consagrado, al igual que lo que sucede a nivel nacional, la morigeración del formalismo en la instancia recursiva en los siguientes casos:

1. No es necesario que se nominen los recursos, en este caso deberá imprimirse el cauce correspondiente.
2. Si se nombra erróneamente el recurso, deberá dársele el camino pertinente.
3. Deben ser interpretados según la intención del recurrente, aún cuando la letra sea confusa.
4. Si la Administración no puede acreditar la fecha de notificación del acto, o la misma no es clara, debe entenderse que ha sido interpuesto dentro del término legal establecido por la norma.
5. Respecto del órgano a quien le compete resolver el recurso, se ha interpretado que al menos que sea un error grosero, debe aplicarse el principio del informalismo en favor del administrado.

Este principio no es aplicable cuando hubieren vencido los plazos que tiene el administrado para recurrir, ya que conforme lo dispone el Art. 64 de la LPAProv., dicha circunstancia "hace decaer el derecho a efectuar las presentaciones del caso con posterioridad".

En el ámbito Provincial, la denuncia de ilegitimidad prevista por el Art. 1° Inc. e) ap. 6 de la LPANac., no ha sido incorporada normativamente. No obstante, nada impide a la Administración que, frente a una nulidad grave, ponga en marcha el procedimiento vigente para la revocación de oficio del acto administrativo antijurídico.

La preclusividad de los plazos impugnatorios no responde sólo al principio de seguridad jurídica o la protección de terceros, sino también a la idea de eficacia de la Administración (la cual debe conocer el período de tiempo en que sus actos son impugnables y las consecuencias que de ello pudieran derivarse).

Los Tribunales contencioso administrativos de Córdoba han manifestado, reiteradamente, que "La doctrina y jurisprudencia ha señalado la trascendencia del estricto cumplimiento de los plazos de los recursos administrativos, puesto que ello permite al órgano administrativo la tempestiva autocorrección y la decisión de la oportunidad de la actividad administrativa ejecutoria de los efectos de los actos impugnados".<sup>5</sup>

Uno de los sistemas jurídicos más avanzados en materia de revisión administrativa y judicial de los actos, como el alemán, aplican rigurosamente este principio. El Tribunal Constitucional Federal admite que los actos administrativos no impugnados en tiempo y forma son inatacables. El incumplimiento de la carga de impugnar y la seguridad jurídica que justifica los plazos del recurso administrativo, constituyen los fundamentos de la jurisprudencia reciente que subraya el interés constitucional por la firmeza del acto administrativo.<sup>6</sup> En el mismo sentido se ha pronunciado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación.<sup>7</sup>

<sup>5</sup>Cámara Primera en lo Contencioso Administrativo de Córdoba en "Herrera Allende c/ Prov. de Cba-Cont. Adm", Semanario Jurídico LII-J-283.

<sup>6</sup>Cfr. BVerfGE 58, 300 (324); BVerfGE 60, 253 (270); Badura P., "Allgemeines Verwaltungsrecht", en Erichsen, P. 410 y ss.).

<sup>7</sup>CSJN 26/10/96, "Serra, Fernando v. Municip. de Bs. As.", La Ley 1995-A-397; CSJN 5/4/95, "Gipobras S.A. v. Estado Nacional".

**El debido procedimiento previo**

El debido proceso adjetivo se encuentra expresamente previsto en el Art. 8° de la LPAProv., cuando expresa: "queda garantizado a los interesados el derecho al debido proceso adjetivo, que comprende: derecho a ser oído, derecho a ofrecer y producir prueba, y derecho a una decisión fundada". El Art. 93, de la misma ley, dispone que los actos administrativos respetarán el procedimiento que en su caso estuviere establecido.

Como bien lo enseña Comadira,<sup>8</sup> este principio no debe identificarse con la garantía de defensa del Art. 18 de la Constitución Nacional, pues es mucho más que eso; abarca el "debido procedimiento previo a todo acto administrativo" dentro del cual el "debido proceso adjetivo", comporta una derivación específica de aquél.

El incumplimiento a este principio genera en Córdoba la nulidad absoluta del acto conforme lo dispone el Art. 104 de la LPAProv.

Al igual que la LPANac. el "derecho a ser oído" presupone:

- I. La publicidad del procedimiento, el real conocimiento de las actuaciones (vistas, traslados, etc.). El Art. 14 de la LPAProv. dice que "la parte interesada, su apoderado o letrado patrocinante tendrán acceso al expediente en todo su trámite".
- II. La oportunidad de manifestar sus razones antes y después del dictado del acto.
- III. Derecho de hacerse patrocinar y representar profesionalmente. Ello se complementa con lo dispuesto por la ley de aranceles de abogados.

A su vez, el "derecho a ofrecer y producir prueba", comprende:

- I. El derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida.
- II. Que la producción de la prueba sea efectuada antes que se adopte la decisión.
- III. Derecho a controlar la prueba sustanciada por la Administración.

El "derecho a una decisión fundada" se vincula con la motivación del acto administrativo y la obligación de resolver expresamente las peticiones.

La jurisprudencia de los Tribunales Cordobeses ha reiterado, respecto del derecho de defensa durante el procedimiento sancionador, que la omisión del mismo no se salva con el recurso posterior; pues "el ejercicio de la potestad disciplinaria supone el respeto inexcusable del principio axiológico fundamental del debido proceso adjetivo en "forma previa" a la aplicación de la sanción, el cual se materializa a través del procedimiento sumarial en una acepción amplia, comprensiva no sólo del mero "descargo" sino también del "sumario" en sentido estricto, según las singularidades de la falta imputada.

También se ha señalado que cualquier sanción, aunque sea mínima —por ejemplo el apercibimiento escrito—, debe respetar el debido proceso. En tal supuesto, basta el descargo pertinente que le otorgue la posibilidad de ejercer su derecho de defensa en forma previa a la aplicación de la sanción.

No hay sanciones irrecurribles; por cuanto es inconcebible que en el actual estado de derecho, que garantiza el acceso a la tutela judicial efectiva, existan reductos que impiden el control judicial del ejercicio de la potestad sancionatoria, aún cuando la sanción sea la menor. En el caso "Maguini, Nicolás c/Tribunal de Disciplina de Abogados", sostuvo en relación al Art. 87 de la Ley N° 5.805, el cual, en forma expresa, señala la irrecurribilidad de la

<sup>8</sup>Ob. cit., p. 135.

sanción de apercibimiento público, que "...atento el actual desarrollo del Estado de derecho y la plena vigencia del 'derecho a la tutela jurisdiccional' (Art. 19 Inc. 9 Constitución Provincial y Arts. 18 y 95 de la Constitución Nacional) es inconcebible la existencia de normas que consagren la irrevisibilidad judicial de actos administrativos susceptibles de agravar la situación jurídica de los administrados".<sup>9</sup> En definitiva, se declaró inaplicable el citado precepto y se revisó judicialmente la sanción aplicada.

#### f) Procedimiento público

Este principio se encuentra previsto expresamente por los Arts. 174 y 176 de la Constitución Provincial. Ello se corresponde con la reforma introducida por la Ley N° 7.204 del año 1986, que dejó sin efecto las disposiciones existentes en el texto originario de la Ley N° 5.350, respecto del contenido reservado que podía asignársele a determinadas actuaciones administrativas.

La publicidad de los actos de gobierno, que preceptúa el Art. 15 de la Constitución Provincial, tiene vigencia operativa a través de los Boletines Oficiales, la participación de los interesados en el procedimiento administrativo (Arts. 14 y ss. Ley N° 5.350) y el nuevo remedio constitucional del *habeas data*, entre otros. En dicho marco encuentran su verdadera tutela debidamente asegurada.

#### g) Celeridad, economía, sencillez, eficacia, y plazos máximos

Estos principios también se encuentran previstos por los Arts. 174 y 176 de la Constitución Provincial, y reglamentados en el Art. 7 de la LPAProv.

La celeridad consiste en el rápido cumplimiento de los actos del procedimiento, respetando siempre el "precio de la legalidad" (licitación pública, debido proceso, etc.).

Los procedimientos deben ser simples, sencillos y directos, sin complicaciones innecesarias y demoras absurdas. Sin embargo, la realidad nos muestra la lentitud de los trámites, el pase del expediente "a sus efectos" que se remiten muchas veces a órganos que nada tienen que opinar, la incorporación de documentos innecesarios, etc. Ello comporta la estructura informal de la Administración que ha menester modificar.

Lo sustentado por la Constitución respecto de la existencia de plazos máximos para expedirse, coadyuva con la celeridad de los trámites administrativos. En este sentido, el Capítulo XIII de la LPAProv. regula los diversos plazos para la emisión de los actos de trámite, como de los que resuelven el fondo de la cuestión. Ello a su vez se relaciona con lo dispuesto por el Art. 19 Inc. 9 de la Constitución Provincial, que acuerda el derecho de petición ante las autoridades y de obtener respuesta. Este principio se encuentra también garantizado mediante el amparo por mora, preceptuado en el Art. 52 de la Constitución Provincial, que frente a una situación objetiva de demora obliga a la Administración a resolver expresamente.

La moderna Constitución de Córdoba exige que el gobernante no sólo deba ser respetuoso de la ley y del derecho; sino también que, conforme a su deber inexcusable e impostergable, actúe con eficiencia y eficacia, dando satisfacción en forma rápida, económica y oportuna al tan preciado interés público.

Estos nuevos principios obligan al abogado, que forma parte del engranaje administrativo, a desempeñar el nuevo rol de dictaminar para el caso concreto, pero también, conjunta o separadamente recomendar para la reforma del Estado. Es que, cuando le llega el caso práctico a sus manos, debe pensar que su deber no es sólo analizar el pasado para resolver

<sup>9</sup>A.I. 103 del 14 de junio de 1991, de la Cámara 1ª en lo Contencioso Administrativo de Córdoba.

al presente; debe además prever la corrección del futuro, induciendo de ese supuesto específico una conclusión general.

Así por ejemplo, si se pronuncia sobre una irregularidad administrativa, no sólo podrá aconsejar la nulidad del acto, hacer lugar al recurso o sugerir la aplicación de una sanción (todo ello para resolver el caso concreto); sino que, así mismo, debería hacer un control de gestión de todo el expediente administrativo y de las normas que lo rigen, y efectuar las recomendaciones que considere convenientes, tales como:

1. Elaborar nuevas estrategias genéricas que tiendan a evitar en el futuro desvíos similares al detectado.
2. Proponer el perfeccionamiento del orden jurídico mediante la abrogación, derogación, etc. de las normas vigentes que no se adecuen al nuevo diseño organizativo o la moderna jurisdicción.
3. Correlativamente con lo anterior, podrá proponer la reducción de la selva de reglamentarismos, que muchas veces automatiza y paraliza la imaginación creativa de los funcionarios.
4. Controlar los tiempos de la Administración Pública que son de tres a cuatro veces más largos que los de la administración privada. Ello mediante el análisis de los pasos que siguió el expediente para llegar a su resolución final, confrontándolos con los plazos máximos preestablecidos y organigramas respectivos.
5. Realizar, entre otras cosas, un exhaustivo control de legalidad en sede administrativa, resguardando la fundamentación razonada de los actos administrativos. De tal forma, se evitaría el doble desgaste del aparato estatal al obligar al administrado a acudir a la Justicia ante resoluciones muchas veces visiblemente infundadas.

Se debe profundizar la justicia "en la Administración", evitando que el procedimiento recursivo se convierta en un trámite tortuoso, largo e inútil para el administrado, y excesivamente caro, pesado y rutinario para la Administración. Esto último, con mayor razón, cuando a la postre recae un pronunciamiento judicial adverso, con el consiguiente perjuicio patrimonial para el Estado.

El jurista defensor del particular no debe permanecer al margen de este proceso de cambio puesto que también le incumbe, en su carácter de colaborador de la Administración, hacer las recomendaciones enunciadas a través de las múltiples nuevas formas de participación que prevén los recientes ordenamientos constitucionales y legales.

#### **h) Igualdad. Imparcialidad**

Este principio también se encuentra regulado en el Art. 174 y concordantes de la Constitución Provincial. En la *praxis* se aplica, esencialmente, frente a intereses contrapuestos de los interesados en el marco de un procedimiento administrativo determinado (licitación, concurso, selección, franquicias, etc.). Este adquiere el carácter de contradictorio y la Administración está obligada a dar participación imparcial a los interesados. Su incumplimiento es causal de nulidad absoluta conforme lo dispone el Art. 104 de la LPAProv.

#### **4. Relevancia del agotamiento de la vía administrativa**

Como es sabido, la posibilidad de cuestionar los actos en sede administrativa constituye un principio universal. Así lo postulan la Constitución austríaca en su Art. 132, la Constitución italiana en el Art. 113, la Ley Fundamental de Bonn en su Art. 19 párr. IV. En el sistema de