

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y ACTO ADMINISTRATIVO. Proyecciones de las reglas actuales de control de constitucionalidad sobre el acto y el procedimiento administrativo.

Por Patricio M. E. SAMMARTINO

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

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*
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*
12. *Control de oficio y acto administrativo*
13. **CONCLUSIONES**

Introducción

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 vinculante¹ de la Constitución Nacional convencionalizada² sobre el derecho administrativo, nos exhorta a explorar sus posibles relaciones.

En este trabajo nos proponemos examinar si algunas reglas actuales de control constitucional se proyectan, de manera directa, 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.

(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 Nacional³ 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 exhibe algunas singularidades⁴.

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° Esp. fascículo n. 2, Pág. 53.

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 -2021-) la jurisprudencia le reconoce validez constitucional a la atribución de competencias jurisdiccionales 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

(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 norteamericano⁵.

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 administrativo⁶. Su origen -y finalidad- es bien diferente al del control de constitucionalidad⁷.

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. 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.

control judicial amplio en virtud del cual los litigantes tengan el derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios toda vez que los tribunales administrativos no pueden contar con la potestad de dictar resoluciones finales.

Por otro lado, la PTN, en Dictámenes 309:253, de 28 de junio de 2019, 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 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 defraudadas 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^o edición traducida, 2017, Universidad Externado, Bogotá, p. 26)⁷. 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.

En definitiva: el sistema de control de constitucionalidad mediante el cual los jueces ejercen lo que se ha denominado la potestad contralegislativa, en la Argentina, es tributario del modelo estadounidense (denominado puro u originario⁸). 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, Vanossi¹⁰, 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 dictado de una disposición reglamentaria omitida¹¹); en otros, en cambio, se ordena la efectiva realización de una prestación material¹².

Naturalmente, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad (de una norma o de una omisión) opera dentro del *caso*.

La causa (art. 116, CN), caso (art. 2º, Ley 27) o controversia es el presupuesto de intervención del poder judicial (art. 116 CN). En tal sentido el art. 2º de la Ley 27 establece que la justicia nacional “solo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte”.

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, 4º 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 Jesus c/ PEN-PLN y Maxima AFIP s/amparo” 30/12/2014).

A la vez, para que exista una causa o caso que deba ser resuelto por los tribunales nacionales debe estar presente una precondition: la *legitimación*. La Corte federal reiteradamente puntualiza que la existencia de "*caso*" presupone la de "*parte*", esto es, la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso. 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 "substantial"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 leyes¹⁴.

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 que tiene atribuida la función administrativa- en el marco vinculante del principio de legitimidad o juridicidad.

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

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).

debe ejercer cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y de incompatibilidad inconciliable¹⁶.

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 normas¹⁷. Los pronunciamientos del alto Tribunal puntualizan que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad¹⁸. 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”¹⁹.

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 particulares²⁰.

(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 con la Constitución de la tarea realizada u omitida por otros poderes del Estado*.

El acto administrativo, en cambio, es el producto de potestades administrativas (otorgadas por el art. 99, incisos 1º, 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).

¹⁶ Fallos 340:1185.

¹⁷ Fallos 340:1185; 335:2333 y sus citas.

¹⁸ Fallos 335:2333.

¹⁹ Fallos: 343:264, “C., J.C. c/ EN-Mº de Defensa” de 30.4.2020 y sus citas, Fallos 312:2315 y 316:779, entre otros.

²⁰ 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

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”²¹ o “Antinori”²², 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*²³.

Mediante el acto administrativo, en cambio, la función administrativa está llamada a servir, de manera concreta e inmediata, a los intereses generales en el marco vinculante del principio de legitimidad (constituida por la legalidad y razonabilidad, conforme lo subraya a CSJN en “Solá”²⁴).

(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”²⁵ en 1941, treinta años antes de que se dictara el Dto.-Ley 19.549/72, 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 nulidades²⁶..

²¹ Fallos 190:142.

²² Fallos 321:2288.

²³ Fallos 333:1023 (Thomas).

²⁴ Fallos 320:2509

²⁵ Fallos 190:142.

²⁶ 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.

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 Mayer²⁷ 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”²⁸ 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”²⁹. 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 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 ilegitimidad³⁰.

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.

²⁷ Mayer, Otto, Derecho Administrativo Alemán, tomo I, parte general, Depalma, Buenos Aires, 1949, p.75.

²⁸ Fallos 190:142.

²⁹ Fallos 175:368 (1936).

³⁰ Sammartino, Patricio M.E., “La estabilidad del acto administrativo”, Revista Derecho Administrativo, RDA 2019-125, 07/10/2019, 883.

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 negocio jurídico del derecho privado) enunciaremos las bases o criterios rectores que gobiernan el acto administrativo en el régimen legal-jurisprudencial.

3.1. De inicio 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 manera 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 directos³¹.

(iv) Tales efectos deben tener alcance particular, singular o individual³²; 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 El dictamen jurídico, los informes previos o la declaración de lesividad, en tanto no producen efectos jurídicos directos, no son actos administrativos.

³² En Fallos 296:672 (“Metalmecánica”, 1976), la CSJN, influida por el pensamiento de 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 esenciales (art. 7º) o elementos esenciales (art.15).

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 LNPA y la jurisprudencia labrada en torno a ella considera que el acto administrativo que *cumple condiciones esenciales de validez* es un acto administrativo regular. Si el acto regular hubiere dado nacimiento a derechos subjetivos y está notificado goza, como principio, de *estabilidad*. 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*. La estabilidad, cabe recordar, es una cualidad de algunos actos administrativos favorables. Ella, por un lado, opera como *límite* a la potestad anulatoria. Por otro, actúa como *garantía* a favor del particular puesto que está llamada a proteger la situación jurídica activa creada por el propio acto administrativo, tornándola intangible en sede administrativa. 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 aqueja³³.

3.6. Si el acto administrativo *carece* o le *falta* alguna de las piezas indispensables, o si se presenta 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, el problema capital, en esta materia, no reside en el deber de remoción

³³ Fallos 321:169 (“Almagro”).

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.

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. En el régimen legal-jurisprudencial el acto administrativo irregular tiene 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 impugnan de tal acto debe 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 jurisprudencia labrada en “Ganadera Los Lagos”³⁴ - 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 no puede ser anulado de oficio por el juez

3.8. Los actos tienen diferentes cualidades, propiedades, 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, lícito 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

³⁴ Fallos 190:142.

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 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 incurriría en un supuesto de vías de hecho administrativas, contempladas en el art. 9º, 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. Como conclusión preliminar se debe señalar que, el régimen jurídico del 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, 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 por Néstor P. Sagüés hace más de una década, se está subrayando la idea de una Constitución depurada y a la vez reciclada 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 de sus trabajos³⁵. 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.

³⁵ Sagüés, Néstor P., “De la Constitución Nacional a la Constitución “convencionalizada””, JA 2013-IV, Nº Esp. fascículo n. 2, Pág. 53.

Ahora bien: los institutos que influyeron en la configuración y 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” 19549, 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 legal³⁶ - estuvo regido por el Código Civil de 1871, de características básicamente individualistas, ligeramente atemperadas por la reforma introducida por el Decreto-Ley N° 17.711/68.

Sin embargo, hace apenas unos años, en 2014, el Congreso de la Nación sancionó la ley 26.994. Esta ley aprobó el Código Civil y Comercial (CCC) que comenzó a regir en 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 mientras el art. 1° 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° prescribe que “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, 279³⁷ del CCC, realzan el sentido prescriptivo del *derecho a la dignidad humana*, como valor rector y supremo del derecho. Ello revela un cambio profundo, sustancial, de paradigma en relación con el Código Civil de Vélez.

³⁶ 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 19.549” (“S.A. Organización Coordinadora Argentina c/ Secretaría de Inteligencia de Estado”, cons. 5°, de 17 de febrero de 1998).

³⁷ El art. 279 CCC regula el objeto del acto jurídico, sustituyendo así al célebre art. 953 del Código de Vélez-

5.- *Proyecciones de la reforma constitucional de 1994 sobre las reglas de control constitucional*³⁸

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 ³⁹- 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 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 predicen que el control constitucional exhibe las siguientes características⁴⁰:

- (i) Es *difuso* o *desconcentrado*, en línea con el modelo norteamericano; de consiguiente, cualquier juez está facultado para la declarar la inconstitucionalidad de una norma y, en consecuencia, sentenciar sin aplicarla.
- (ii) Asume como presupuesto la preexistencia de una *causa* o *caso* contencioso, una controversia o conflicto entre derechos o intereses;
- (iii) 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.
- (iv) 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 Constitución⁴¹.
- (v) Requiere la presencia de un *gravamen actual*, originado en una previsión normativa.
- (vi) Es un control *parcial*, puesto que únicamente opera sobre *normas* jurídicas;
- (vii) Se realiza sobre normas que gozan de *presunción de constitucionalidad*;

³⁸ Para ampliar: Sammartino, Patricio M.E., *Amparo y Administración en el Estado constitucional social de derecho*, Tomo I, Buenos Aires, 2012, pp. 428/517.

³⁹ Fallos 340:1185, entre muchos otros.

⁴⁰ Sammartino, Patricio M.E. *Amparo y Administración en el Estado constitucional social de derecho*, tomo I, Buenos Aires, 2012, p.427 y ss.

⁴¹ Este criterio pervive en la actualidad (Conf. Fallos 343:264)..

- (viii) 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*;
- (ix) por ende, *no procede el control de oficio*;
- (x) es un control esencialmente *reparatorio*, correctivo;
- (xi) 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);
- (xii) los efectos de la decisión -inaplicación de la norma declarada inconstitucional- se proyectan *inter partes*.
- (xiii) Ciertamente, en tanto no medie declaración de inconstitucionalidad, la norma resulta obligatoria.
- (xiv) 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)⁴² presenta, en su configuración actual, una *textura abierta* que

⁴² 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° 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°).

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).

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*⁴³ –activas, y también 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*⁴⁴, 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*⁴⁵. Las *omisiones inconstitucionales*, ha dicho la CSJN en “P, S. M”⁴⁶, *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 omisiones*.

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 *sobrevino 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”⁴⁷ -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”⁴⁸, aplicada tiempo después en “Patti”⁴⁹.

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.

⁴³ 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 — provinciales o municipales— para interponer acciones judiciales en defensa de derechos de esta naturaleza (conf. Fallos 344:575, “Grindetti” de 2021).

⁴⁴ Fallos 328:1146; 329:2316.

⁴⁵ Fallos 337:1564 (“Villarreal”, de 2014); 344:3011 (“Etcheverry”, de 2021).

⁴⁶ Fallos 342:2389 (2019).

⁴⁷ Fallos 344:809 (2021).

⁴⁸ Fallos 330:3160 (2007).

⁴⁹ Fallos 331:549 (2008).

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 “Hooff” (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 Ortega2), esto es, a un “*escrutinio riguroso*” (“Zartarian”). En tales supuestos, sostiene la doctrina jurisprudencial, se *invierte la 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 otras⁵⁰.

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 *finés trascendentes, sustanciales* - no meramente convenientes- en tanto hacen al ejercicio de *funciones básicas del Estado*; (ii) que el *medio* utilizado *efectivamente promueve esos finés* 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.

5.6. 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. 8º 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)⁵¹.

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

⁵⁰ Conf. Fallos 340:1795 (“Castillo, Carina Viviana y otros c. Provincia de Salta”, considerando 19, voto de la mayoría, de 12.12.2017).

⁵¹ 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.

Pereyra⁵² la CSJN abandona la doctrina de “Ganadera Los Lagos”⁵³ 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”⁵⁴, “Lapadú”⁵⁵, “Rodríguez Pereyra”⁵⁶, “Mansilla”⁵⁷ y, en fecha más reciente, “B., J. M.”⁵⁸.

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 fin⁵⁹.

La doctrina labrada por la Corte federal en “Mazzeo” (2007) sigue los lineamientos de la célebre sentencia de la Corte IDH 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 convencionalidad⁶⁰. Con arreglo a esta jurisprudencia es dable inferir que mediante el control judicial de convencionalidad

⁵² Fallos 324:3219 (2001).

⁵³ Fallos 142:190 (1941).

⁵⁴ Fallos: 327:3117 (2004).

⁵⁵ 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 2º, énfasis agregado).

⁵⁶ Fallos 335:2333

⁵⁷ 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”.

⁵⁸ Fallos 343:345. El juez Rosatti, en su voto, puntualizó que el núcleo neurálgico de la doctrina que se desprende 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”.

⁵⁹ Fallos 330:3248, “Mazzeo”, 2007.

⁶⁰ Fallos 335:2333, “Rodríguez Pereyra”, 2012

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 parte⁶¹.

La CorteIDH señala que la CADH no impone ningún modelo específico para realizar un control de convencionalidad⁶².

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 officio* 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 correspondientes⁶³

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.

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 la prelación jerárquica, el control de convencionalidad, como bien puntualiza P. Gutiérrez Colantuono⁶⁴, 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 convencionales* frente a normas locales de menor rango⁶⁵.

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 todos los órganos del Estado, incluido los jueces.

En sentencias posteriores la CorteIDH refuerza este criterio.

⁶¹ CorteIDH, Caso “Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala” sentencia de 20.11.12

⁶² CorteIDH, Caso “Liakat Ali Alibux Vs. Suriname” de 30.1. 2014.

⁶³ 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.

⁶⁴ Gutiérrez Colantuono, Pablo, *Control de convencionalidad en la Administración Pública*, Astrea, Buenos Aires, 2022, p. 144 y ss.

⁶⁵ Fallos 335:2333, considerandos 11 y 12, *in fine*.

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 officio*” 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 officio* 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 constitucional⁶⁶

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 de la norma para el caso⁶⁷. Concretamente, la consecuencia del control de constitucionalidad se limita a la *inaplicación de la norma declarada inconstitucional dentro del caso*.

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*”⁶⁸

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.

5.10. Una mención especial merece la sentencia, relativamente reciente, que dispuso la *reviviscencia* de una ley⁶⁹.

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*

⁶⁶ Ver: PTN Dictámenes 309:253, de 28.6.2019.

⁶⁷ Fallos 344:3458 (“Chukwudi, Anthoni”,2021); 343:140 (“Bernardes”, 2020); 335:2333(2012), considerando 14, entre muchos otros.

⁶⁸ Idem nota anterior.

⁶⁹ Fallos 344:3636 (2021).

democrático. En efecto. El voto de la mayoría no se limitó a declarar la inconstitucionalidad de una ley (en la especie, la N° 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 1º, 75 y 114, Constitución Nacional).

5.2.10. Finalmente, es dable comprobar que, sin desconocer que resulta necesario preservar al poder judicial de la *sobrejudicialización* de los procesos de gobierno⁷⁰, en los últimos lustros se produjo una saludable *reducción del elenco de cuestiones políticas no justiciables*⁷¹.

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 brinda fundamento suficiente para desestimar cualquier tipo de interacción entre el acto administrativo y el control de constitucionalidad.

6.2. Sin embargo, desde otro miraje, la respuesta puede variar de manera sustancial.

⁷⁰ Fallos 330:3109 (2005); 328:3573 (2005), entre otros.

⁷¹ V.gr. Fallos 321:3487 (“Nobleza Piccardo”; Fallos 345:1269 (“Juez, L. s/amparo” de 2022⁷¹, Fallos 338:284 (“Aparicio”, de 2015). En este pronunciamiento se examinó la validez del decreto que nombró conjuces de la CSJN. En su pronunciamiento el alto Tribunal entendió que correspondía declarar la nulidad de la designación de conjuces 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. 4º, primer párrafo, de la Constitución Nacional).

En efecto: si aceptamos que la Constitución Nacional, convencionalizada en la reforma de 1994, es norma jurídica suprema, dotada de fuerza normativa⁷²; si asumimos que los derechos fundamentales que conforman el bloque de constitucionalidad no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad⁷³; 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 contemporáneo⁷⁴- es un deber jurídico fundamental que concierne a *todas* las autoridades públicas, cualesquiera sea la función que ellas desarrollen⁷⁵; si suscribimos que las decisiones recogidas en la Constitución (convencionalizada) deben tener reflejo en la Administración y el Derecho Administrativo⁷⁶; 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

⁷² Fallos 344:3011; 342:509, entre otros

⁷³ Fallos 335:452; 327:3677, considerando 8°.

⁷⁴ Fallos 340:1236; 330:1989; 333:405, entre otros.

⁷⁵ Conf. art. 75 inciso 22, CN.

⁷⁶ 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).

recordar que, en el ámbito judicial, la doctrina de la arbitrariedad está llamada a resguardar el derecho de defensa y el debido proceso.

6.3. Sin embargo, la proyección dogmática y práctica de las reglas actuales de control de constitucionalidad tendentes 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.- Los hontanares 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° 19.549, de 1972⁷⁷); en la *jurisprudencia* labrada en torno a ellas durante las últimas cinco décadas⁷⁸; en las

⁷⁷ Este cuerpo normativo regula sistemáticamente las parcelas estructurales básicas del acto administrativo: requisitos de legitimidad (artículos 7° y 8°) y eficacia (art. 11); caracteres (artículo 12); nulidades (artículos 14 y 15); y modos formales de extinción (artículos 17, 18 y 21).

⁷⁸ (i) Cabe subrayar que, en algunos casos, los precedentes judiciales *colman lagunas legales* tal como ocurre, v.gr., en “Almagro” (Fallos 321:169)⁷⁸; 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°-; 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°- “Kek”-; 327:5356, consid. 3° -“Pradera del Sol”-; 316:3157, consid. 8°- 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).

disposiciones legales particulares que, por fuera de la susodicha “Ley” de Procedimientos Administrativos, condicionan, en materias específicas, su legitimidad⁷⁹;

(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.

⁷⁹ V.gr., artículos 6º, 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.

en los principios generales del derecho⁸⁰⁸¹ que reconoce la Constitución; en las condiciones específicas de validez establecidas por algunas sentencias estimatorias de

⁸⁰ 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 permisón 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° ed., 1° 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°

pretensiones declarativas de inconstitucionalidad dictadas por la CSJN⁸²; en la jurisprudencia de la CorteIDH, como intérprete último de la CADH⁸³; 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 del Estado⁸⁴; en las elaboraciones de la doctrina científica cuyas posiciones adquieren carácter pre-jurisprudencial.

7.2. 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,

ed. Lima-Perú, 2018, p.243). Con sustento en la doctrina contemporánea, este autor señala que los principios presentan dos características: *son 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°ed., Zela, Perú, 2019, traducción de la obra italiana *Lezioni di teoría del diritto e dello stato*, 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° 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° ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p.134).

⁸¹ En los últimos lustros el alto Tribunal acudió al principio de confianza legítima para amparar situaciones jurídicas activas por existir, en el caso, “*legítimas expectativas*” merecedoras de protección (Fallos 333:311 -“Ramos”- y 327:5356 -“Kek”, 2015-).

⁸² 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.

⁸³ 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).

⁸⁴ 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)

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 a 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 simultaneidad o coexistencia de hontanares que responden a opciones valorativas diferentes; no hablamos de sucesión o evolución de modelos de derecho 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 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”⁸⁵, “Duperial”⁸⁶, “Universidad Bartolomé Mitre”⁸⁷, 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.

⁸⁵ Fallos 304: 904.

⁸⁶ Fallos 301:953.

⁸⁷ Fallos 273:134.

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 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 formas⁸⁸. Es un modelo básicamente

⁸⁸ 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. 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-.

formal. Se afina en la 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.⁸⁹

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 jusadministrativa. 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.

En el texto utilizamos la locución forma en sentido amplio, comprensivo del procedimiento y la motivación.

⁸⁹ Una evidente manifestación de esta situación la exhibe el art. 9, inciso p, de la ley 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 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 26.944, de responsabilidad del Estado).

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.

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 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 del 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 preestatales 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, cualesquiera 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 *dignidad de la persona humana*, los *derechos humanos* y el *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 de 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 derechos 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 discriminados⁹⁰.

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 preestatal 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

⁹⁰ CorteIDH, “Caso Furlan y Familiares vs. Argentina”, párr. 267, de 31.8.2012.

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 CorteIDH⁹¹; 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) En definitiva: la 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 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, otras, en cambio, lo *condicionan*.

(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*⁹². 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.

⁹¹ “Gelman” -2011 y 2013-, “García Ibarra”-2015-, “Petro Urrego” -2020-, “Urrutia Laubreaux” -2020-, OC/28-21, entre otros.

⁹² Fallos 335:2333 (considerando 14º, 2012)

(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 entre *normas con presunción de constitucionalidad*, por un lado, y *normas portadoras de presunción de inconstitucionalidad*, por el otro. Al respecto, algún precedente del alto Tribunal alude a *presunción de invalidez*⁹³ (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*”⁹⁴ 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.

⁹³ Fallos 340:1795 (“Castillo, Carina Viviana y otros c. Provincia de Salta”, considerando 19, voto de la mayoría, de 12.12.2017).

⁹⁴ El prof. Juan C. Cassagne (*El acto administrativo*, 4º 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, 2ª ed., p. 160).

Ahora bien, el deber de sujeción de la Administración a las disposiciones normativas vigentes (leyes o reglamentos, esto es, *reglas*⁹⁵), coloca a la Administración frente a:

- (i) previsiones normativas con presunción de constitucionalidad;
- (ii) 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;
- (iii) 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);
- (iv) previsiones normativas vigentes portadoras de *presunción de inconstitucionalidad* (nos apresuramos a señalar que, además la 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. 2º 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:

- (i) norma *declarada* inconstitucional por la Corte federal en un proceso individual. Los efectos de ese pronunciamiento ¿se extienden a otras situaciones?

⁹⁵ 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).

- (ii) 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?;
- (iii) 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.

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 el 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 ley⁹⁶.

La Procuración del Tesoro sostenía entonces que el Poder Ejecutivo está obligado a ejecutar y cumplir las leyes (conforme artículos 1º, 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

⁹⁶ Dictámenes 72:137.

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. 1º, 30, 31, 86 inc. 10 y correlativos, CN)”⁹⁷.

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. 1º y 31, CN).

(2) La doctrina precedente sufre decisivas alteraciones en el célebre asesoramiento producido en Dictámenes 84:102⁹⁸, de 1963.

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 Poder Judicial, aquél está habilitado para abstenerse de aplicar esa norma cuando la juzgue inconstitucional.

⁹⁷ Dictámenes 72:137.

⁹⁸ 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. 7º de la ley 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 Contabilidad, cuyas disposiciones han de ceder frente a los textos y principios de la Constitución”.

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*⁹⁹.

En los ochenta, 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”¹⁰⁰.

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 19.797¹⁰¹ 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 239:285¹⁰², de 2001, la PTN reiteró la doctrina de Dictámenes 84:102 al afirmar que “no corresponde al Poder Ejecutivo declarar la inconstitucionalidad

⁹⁹ Dictámenes 84:102. Textualmente el dictamen 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 hiciera transgrediría el orden jerárquico normativo establecido en el art. 31 de la Const. Nacional”.

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ En lo que aquí interesa, la Ley N° 19.767 establecía que las sumas percibidas por los agentes de Lotería originadas en las denominadas “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.

¹⁰² En el caso la recurrente cuestionaba la validez constitucional del marco regulatorio del Agua (Decreto N° 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

de leyes nacionales, 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 evacuada 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 Poder 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 legal¹⁰³.

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 revestir 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

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°, 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.

¹⁰³ Según los antecedentes relatados en el dictamen, la recurrente cuestionó, a través de sus actos de aplicación, la legitimidad del Decreto N° 67/96 y de las Decisiones Administrativas (JGM) N° 55/00 y 46/01. Sin embargo, la procedencia de la petición –que se devuelvan la sumas de dinero pagadas en concepto de tasa anual de sociedades por acciones establecidos por aludido Decreto 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° 25.237, que ratificó la vigencia de los Decretos 360/95 y 67/96.

Justicia de la Nación haya declarado la inconstitucionalidad de las mismas (v. art. 185, Ley N° 11.683 y modificatorias, t.o. Decreto N° 821/98, BO 20-7-98)¹⁰⁴.

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. Respaldo 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 poderes¹⁰⁵, el órgano asesor regresa a la doctrina de Dictámenes 84:102.

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° de la Ley 26743 -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.

¹⁰⁴ Dictámenes 262:186.

¹⁰⁵ 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 competencial 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.

Una segunda etapa se inicia con 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, una facultad del P.E. Se concluye entonces que el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no ejecutar una ley que *juzgue* inconstitucional. Si así no lo hiciera, transgrediría el orden jerárquico normativo establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional¹⁰⁶

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 P.E. inaplicara una disposición legal cuando ella ha recibido *reiterados pronunciamientos judiciales de inconstitucionalidad*¹⁰⁷ o cuando se ha producido *un fallo de la Corte Suprema declaratorio de la inconstitucionalidad de la norma*¹⁰⁸.

En un momento posterior la PTN, reafirmando en el principio de separación de poderes y la competencia exclusiva del Poder Judicial, enfatizó que al PE 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 PE y los órganos que lo secundan “pueden”, en observancia del mantenimiento de la juridicidad, ejercer la atribución de abstenerse de aplicar una ley inconstitucional (ora, por resultar manifiestamente contraria a nuestra Constitución, ora 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 poder judicial en un caso; por otro, se alude a la norma que la propia Administración *juzga* inconstitucional 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 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 acarrea la ampliación de potestades del Poder Ejecutivo- se lo

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ PTN, Dictamen recaído en Expte 376.369/88 del 30-9-88.

¹⁰⁸ Dictámenes 186:140, del 9-6-89.

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”¹⁰⁹

(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 3643 (modificatoria de la Ley 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 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 3643, 3540 y del Dec. Ley 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°).

¹⁰⁹ Fallos 269:243.

- La facultad de declarar inconstitucionales las leyes y de anular actos en su consecuencia, es potestad exclusiva de los tribunales de justicia (considerando 10°).

(2) La doctrina de “Bruno, Raúl Osvaldo s/ amparo”¹¹⁰ y de “Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Alimentación c/ Ministerio de Trabajo”¹¹¹.

En “Bruno” la CSJN reafirma dos principios que conciernen a nuestro tema. Así 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° 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. Marienhoff¹¹² 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 citado 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 reciente¹¹³ 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

¹¹⁰ Fallos 311:411

¹¹¹ Fallos 319:1420.

¹¹² Marienhoff, Miguel, en “La evolución del derecho y la Procuración del Tesoro”, conferencia pronunciada el 6 de junio de 1990.

¹¹³ PTN, Dictámenes 309:253, de 28 de junio de 2019.

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 doctrina¹¹⁴ 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, quien además debería remitir al Poder 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, cuando la ley inconstitucional ponga en riesgo la libertad y la dignidad humanas. 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° 19. 549; y art. 31 C.N.- siendo este un supuesto de auto-control¹¹⁵.

(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, resuelva 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 que, como *excepción*, si la inconstitucionalidad de una ley es grosera y obvia, el Poder Ejecutivo debe reputarla contraria a la Ley Suprema e inaplicarla¹¹⁶.

(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 administrativos¹¹⁷.

(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

¹¹⁴ Comadira, Julio R., *Derecho Administrativo*, 2003, págs. 745/746.

¹¹⁵ Alvarez Alvarez, Fernando D., "La cuestión del control de constitucionalidad por la administración pública", en www.eldial.com, derecho administrativo.

¹¹⁶ Sagüés, Néstor P., *Recurso extraordinario*, T. I, cuarta edición, Buenos Aires, 2002, pp. 238/241.

¹¹⁷ Sola, Juan V., *Control de constitucionalidad*, segunda edición actualizada, Buenos Aires, 2006, pág. 510.

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 11.683 (t. o. 1998)¹¹⁸.

(6) Para Agustín Gordillo si 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 Poder Judicial o promover su derogación ante el Congreso de la Nación¹¹⁹.

(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)¹²⁰.

(8) Sobre esta cuestión, la Prof. Dra. Laura M. Monti publicó un sugerente y profundo trabajo de doctrina científica¹²¹ replicado recientemente en la revista RDA N° 148, en el que se exhiben los 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 párrafo, 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

¹¹⁸ Bianchi, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, T. 1, segunda edición, Buenos Aires, 2002, pág. 268.

¹¹⁹ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T.1, cuarta edición, Buenos Aires, 1997, VII-30/31.

¹²⁰ Linares, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1986, p. 142.

¹²¹ Monti, Laura M., “La administración pública frente a la ley inconstitucional e inconvencional. Reflexiones”. Interrogantes, *Boletín Jurídico N° 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° 148, Abeledo-Perrot, junio-agosto 2023, pp. 13/19.

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 Corte IDH, 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 inconventionales, 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 inconventional) 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 inconventional 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 inconventionalidad 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°?

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, 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 destaca que la Corte internacional señala que el control que deben realizar los órganos internos de cada país será en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. De este modo, enfatiza, queda demostrado 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:

- (i) una *norma declarada inconstitucional* por la Corte federal en un proceso individual;
- (ii) 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;
- (iii) 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 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 tendentes (i') a lograr la ampliación de potestades que la Administración que supuesta 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”¹²²; 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.

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 ámbito de protección de los derechos (ora creando una situación activa; ora 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 judiciales¹²³. De consiguiente, 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 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

¹²² Fallos 269:243.

¹²³ 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).

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 abasteca 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 similares¹²⁴;

(ii) esa misma doctrina en cuanto considera, además, que los pronunciamientos que se apartan injustificadamente de los precedentes del alto Tribunal, *carecen de fundamentación*¹²⁵;

(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 del Estado) se atengan a los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de aplicación e interpretación del Derecho¹²⁶. La doctrina de la PTN predica que los dictámenes de ese organismo se deben atener a la orientación establecida en las sentencias de la CSJN¹²⁷. 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 definitivo y último de sus sentencias respecto de la interpretación y aplicación del derecho*¹²⁸.

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 4º, 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

¹²⁴ 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).

¹²⁵ Fallos 340:2001 (2017).

¹²⁶ Dictámenes 265:183; Dictámenes 264:37, entre otros.

¹²⁷ Dictámenes 262:465, entre otros.

¹²⁸ Dictámenes 241: 427 y sus citas, Dictámenes 233:278; 237:438.

*definitivas*¹²⁹ dictada por el *intérprete final o supremo*¹³⁰ de la Constitución, la Corte Suprema¹³¹ 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 Legislativo¹³².

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 tésis 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 ostenta la inaplicación de una norma legal, sino también a los fines de establecer doctrina administrativa uniforme¹³³ (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.

¹²⁹ Fallos 345:1387 (2022); 343:42 (2020); 342:584 (2019).

¹³⁰ Fallos 342:584.

¹³¹ 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.

¹³² 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

¹³³ 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).

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. 2º, 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 inconstitucional¹³⁴. 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"*¹³⁵ (énfasis agregado) es un **ex abrupto 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 interamericana¹³⁶ 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. 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

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 interamericana¹³⁷ 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

¹³⁴ Sagüés, Néstor P., *Recurso extraordinario*, T. II, cuarta edición, Buenos Aires, 2002, p.185.

¹³⁵ Dictámenes 84:102. Textualmente el dictamen 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 hiciera transgrediría el orden jerárquico normativo establecido en el art. 31 de la Const. Nacional".

¹³⁶ CorteIDH, "Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador", párrafos 256 y ss, sentencia de 1º de septiembre de 2015.

¹³⁷ Idem nota anterior.

si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada¹³⁸.

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 carácter¹³⁹.

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 otras¹⁴⁰.

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 *procedimiento 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 *finés 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 quien resulta favorecido por la distinción- probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el *medio menos restrictivo* para cumplir un fin sustancial¹⁴¹.

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 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?

¹³⁸ Fallos 329:2986 (“Gottschau”, cons. 5º, 2006).

¹³⁹ CorteIDH, “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, párr. 256.

¹⁴⁰ Fallos 340:1795 (“Castillo”, 2017).

¹⁴¹ Fallos 340:1795, (“Castillo”, 2017).

11.4.3.3. Desde esta atalaya se presentan problemas de diversa índole:

- (i) 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?
- (ii) 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. 1º, de la ley 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. 7º, inciso c, y 14, inciso b, LNPA)?
- (iii) 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)?
- (iv) El acto administrativo, sustentado en un antecedente de derecho presuntamente inconstitucional (o inconvenional), 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?
- (v) Si se advirtiera que el antecedente de derecho es una norma portadora de presunción de invalidez por inconvenional ¿qué alternativas de actuación se le presenta a la Administración?
- (vi) En los supuestos en que la relación jusadministrativa 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 Pastor¹⁴² 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 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"¹⁴³, 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 prestrascripta 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 legalidad¹⁴⁴.

¹⁴² Santamaría Pastor, Juan A., *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. I, Madrid, 1998, pp. 300/301.

¹⁴³ Fallos: 312:1394.

¹⁴⁴ García de Enterría-Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 4º edición, pp. 192/195.

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 el 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 normativo¹⁴⁵.

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.

(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

¹⁴⁵ Comadira, Julio Rodolfo, *La licitación pública*, segunda edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 161/163.

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. 894/17¹⁴⁶); 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 quien debe dictar el acto no es la autoridad competente para decidir su derogación, aquélla podrá disponer la suspensión del procedimiento e impulsar los trámites tendentes a la derogación o modificación de la susodicha 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 **tendentes a la brindar efectiva protección a derechos fundamentales de la persona humana**.

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*

¹⁴⁶ 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.

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*¹⁴⁷.

En efecto. La *connatural 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 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 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).

¹⁴⁷ 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.

Cuando la Administración examina concretamente el antecedente de derecho aplicable (art. 7° 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° inc. b) de la LNPA, es producto de la establecido por la Constitución Nacional convencionalizada, los principios preestatales 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.

De consiguiente, 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 esta atalaya 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 humanos¹⁴⁸, 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.

¹⁴⁸ 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 espiritualmente y alcanzar la felicidad'” (Fallos 336:672, “Asociación de Trabajadores del Estado s/Acción de inconstitucionalidad”, cons. 11, 2013).

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*.

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 *finés 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 inconventionalidad. 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 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, *control de convencionalidad*.

Por cierto, el control *administrativo* de convencionalidad al que nos referimos en párrafo anterior no se limita al *veto* presidencial a una ley inconventional. 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 tendente a la derogación, por inconventionalidad, 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?
- Desde otra atalaya ¿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 Ramírez¹⁴⁹ 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

¹⁴⁹ 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.

consecuencias jurídicas: la convalidación o invalidación del acto jurídico doméstico inconsecuente con el orden internacional¹⁵⁰.

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*¹⁵¹.

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*¹⁵². Mediante el susodicho dispositivo, sostiene el tribunal interamericano, se controla que los derechos humanos de las personas sean respetados y garantizados¹⁵³

(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 Estado¹⁵⁴.

La jurisprudencia del tribunal interamericano de los 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*¹⁵⁵. El fundamento de este control reside en el carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías¹⁵⁶.

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”¹⁵⁷. En particular, atañe al segundo momento, esto es, el *derecho a obtener una decisión fundada* en derecho dentro de un procedimiento administrativo conducido en legal forma.

¹⁵⁰ García Ramirez, “El control...”, *op cit.*, p. 770.

¹⁵¹ CorteIDH, Sentencia “Petro Urrego” párr. 107.

¹⁵² CorteIDH “Gelman” 2011, párr. 193; Almonacid Arellano, párr. 124.

¹⁵³ CorteIDH, “Petro Urrego” párr.107 y sus citas.

¹⁵⁴ CorteIDH, “Caso Petro Urrego”, 2020, párr. 107; “Casa Nina”, párr.139; “Rodriguez Revolorio”, 2019, párr. 58; “Caso García Ibarra”, 2015, párr.88; “Gelman”, 2011, párr. 193, entre otros.

¹⁵⁵ CorteIDH, “Gelman” (2011), párr. 239; “Petro Urrego” (2020), párr. 103.

¹⁵⁶ CorteIDH, “García Ibarra”, párr. 88.

¹⁵⁷ Fallos 327:4185.

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° 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°, CADH, establece que los Estados Partes se comprometen a ***respetar*** los derechos y libertades reconocidos en la CADH y a ***garantizar*** su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.

El art. 2° de la CADH prescribe que 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”.

Cabe puntualizar que la expresión “o de otro carácter” contenida en el art. 2° 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 reconocidos¹⁵⁸

Sergio García Ramírez¹⁵⁹ puntualiza que el *deber de garantía* establecido en los artículos 1° y 2° de la CADH es del Estado hacia sí mismo y del Estado hacia la sociedad.

El ***deber de garantía*** tendente 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° y 2° de la Convención, incluye:

- (i) la adopción de ***medidas para suprimir las normas y prácticas*** de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la

¹⁵⁸ 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;

¹⁵⁹ *Op.cit.*

Convención¹⁶⁰ ya sea porque desconozcan esos derechos o libertades u obstaculicen su ejercicio¹⁶¹;

- (ii) la **expedición de normas** conducentes a la observancia de los derechos y libertades consagrados en la CADH¹⁶²;
- (iii) el **desarrollo de prácticas** tendentes a efectivizar tales derechos y garantías¹⁶³;
- (iv) el deber de efectuar **interpretaciones** (judiciales y “administrativas”) adecuadas a los principios establecidos en la jurisprudencia de la CorteIDH¹⁶⁴.

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 garantías¹⁶⁵

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 internacional¹⁶⁶

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. 2º 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, tendentes a cumplir el susodicho deber de adecuación.

De consiguiente la facultad para desarrollar el control *administrativo* de convencionalidad adquiere fundamento normativo en el pretranscrito art. 2º, 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 dudas 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. 2º CADH*- se puede realizar a través diferentes cauces: (i) *mediante la interpretación* del bloque interno de legitimidad administrativa *con*

¹⁶⁰ CorteIDH, “*Yatama*”, 2005, párrafo 170; “Caso “*Durand Ugarte Vs. Perú*”, de 16.8.2000, párrafo 137.

¹⁶¹ CorteIDH, “*Casa Nina*”, 2020, párr. 100.

¹⁶² CorteIDH, *Casa Nina*, párr. 100.

¹⁶³ CorteIDH, *Casa Nina*, párr. 100 in fine

¹⁶⁴ CorteIDH, “*Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile*” de 24.2.2012, párr. 284.

¹⁶⁵ CorteIDH, “*Caso Almonacid Arellano*”, sentencia de 26.9.2006, párr. 118; “*Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*” sentencia de 6.5.2008, párr. 122.

¹⁶⁶ Ferrer Mc Gregor, Eduardo- Pelayo Moller, Carlos M., comentario al art. 2º de la CADH en AAVV, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Konrad Adenauer-Eudeba, Buenos Aires, 2014, p. 98

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 CADH¹⁶⁷; (iii) por conducto de la derogación de disposiciones reglamentarias (ora generales, ora 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*

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, en puridad, 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 convencional¹⁶⁸- 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. 2º 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. 2º, CCC).

¹⁶⁷ 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, estableciera un régimen jurídico específico de recursos para cuestiones que pongan en juego de manera directa derechos humano. 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

¹⁶⁸A 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.

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*.

(9) En suma:

- Según lo sostiene reiteradamente la Corte IDH 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 humanos¹⁶⁹. Por otro, acarrea el deber de "*solucionar*" las violaciones a los derechos humanos cuando "ya hayan ocurrido", tomando en consideración las interpretaciones de la Corte IDH¹⁷⁰.
- 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 -conf. CorteIDH, "Gelman" (2011), "García Ibarra" (2015), "Petro Urrego" (2020), "Urrutia Laubreaux" (2020), "Atala Riffo"(2012) entre otros-, tendente 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**

¹⁶⁹ CorteIDH, "Urrutia Laubreaux", de 27/08/2020, párr. 93

¹⁷⁰ Ídem nota anterior.

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 tendentes a *prevenir del ilícito convencional* constituye una *competencia expresamente implícita* de la Administración que es dable extraer del art. 2° de la CADH cuyo ejercicio se respalda en los artículos 99, inciso 1° y 2°; 100, inciso 1°, y 75.22 – artículos 1° 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 officio* (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 mas 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 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:

- (i) actos administrativos irregulares que incurren en una infracción estructural genética u originaria *formal directa* de la Constitución Nacional convencionalizada (v.gr. caso “Aparicio”¹⁷¹, de 2015);
- (ii) actos administrativos irregulares afectados por una infracción estructural genética u originaria *material directa* de la Constitución convencionalizada (v.gr., CorteIDH, “Ivcher Bronstein”¹⁷²) y
- (iii) 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 inconventionalidad, frente a las cuales no existen razones sustanciales que las justifiquen, v.gr.: (“Mantecón Valdés”¹⁷³ - “Gottschau”¹⁷⁴, 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.

¹⁷¹ Fallos 338:284 (2015). En este pronunciamiento se examinó la validez del decreto que nombró conjuces de la CSJN. En su pronunciamiento el alto Tribunal entendió que correspondía declarar la nulidad de la designación de conjuces 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°, primer párrafo, de la Constitución Nacional.

¹⁷² CorteIDH, *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001.

¹⁷³ Fallos: 331:1715

¹⁷⁴ Fallos 329:2986.

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.

Sin embargo, un examen detenido 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 sobre algunas parcelas del régimen jurídico del acto administrativo.

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*.

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.

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, en cambio, 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.