

## El principio de la buena Administración <sup>1</sup>

Agustín R. Moscariello <sup>2</sup>

Publicado en “El Derecho” Serie Especial Administrativo de fecha 28/02/2013

### I. Introducción:

El objetivo central de este trabajo es indagar sobre el estado de situación del llamado “principio de la buena administración” y buen gobierno en el derecho argentino, y su vinculación con uno de los capítulos más importantes del derecho administrativo.

Para arribar a una definición o concepto de tal principio en el ordenamiento jurídico argentino, intentaremos reconstruir el mismo en forma dogmática a partir de elementos presentes en el derecho argentino positivo, para luego desarmar dichos preceptos legales, y finalmente rearmarlos a fin de darle un marco conceptual dentro de aquél ordenamiento<sup>3</sup>. Ello sin perjuicio de considerar al derecho a una buena administración, como un principio inherente al sistema jurídico argentino y preexistente a su reconocimiento.

Repasaremos, asimismo, algunos antecedentes del derecho español en América colonial.

### II. El buen gobierno y la buena Administración en el derecho europeo

La buena administración y buen gobierno se encuentran consagrados como derecho humano, según todos sabemos, en el derecho comunitario europeo desde su consagración en el art. 41 de la “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” del 7 de diciembre de 2000.

De tal modo, ha sido reconocido positivamente por el art. 41 de la Carta Europea de Derechos Humanos, la cual establece que:

1- *Toda persona tiene derecho a que las Instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable*

2- *Este derecho incluye en particular:*

- *el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente*

- *el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto a los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial*

- *la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones*

3- *Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.*

4- *Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una constelación en esa misma lengua.*

Por su parte el art. 42 establece el derecho de los particulares al acceso a los documentos; y el art. 43 de dicha carta establece la posibilidad de dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo en los supuestos de “mala administración”<sup>4</sup>.

Ponce Solé sostiene que este “derecho a una buena administración” es sólo aplicable a las relaciones jurídicas con las instituciones comunitarias, no respecto de las autoridades nacionales -aunque reconoce que hay quienes sostienen que dicho derecho sería extendible a las relaciones con éstas últimas cuando aplican normativas comunitarias<sup>5</sup>.

1 Trabajo realizado a partir de la ponencia presentada en las IV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Administrativo, celebradas en el Pazo de Mariñán, La Coruña, Galicia, organizadas por la Universidad de La Coruña, del 30 de mayo al 3 de junio de 2011 .

2 Abogado por la Universidad Católica Argentina (sede Rosario), Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral de Buenos Aires, Docente de Instituciones de Derecho Administrativo y Derecho Administrativo Parte Especial en la Universidad Católica Argentina (sede Rosario).

3 En tal sentido, Zaffaroni manifiesta que “el método dogmático consiste en un análisis de la letra del texto, en su descomposición analítica en elementos (unidades o dogmas), en la reconstrucción en forma coherente de esos elementos, lo que arroja por resultado una construcción o teoría”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, Ediar, Buenos Aires, 1991, pág. 124.

4 MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “De los derechos humanos al derecho a una buena Administración”, en AAVV (Carmen María Ávila Rodríguez y Francisco Gutiérrez Rodríguez coordinadores) El derecho a una buena administración y la ética pública, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pág. 46.

5 PONCE SOLÉ, Juli, “Procedimiento administrativo, globalización y buena administración”, Jurisprudencia Argentina, 2008-IV-1289. De todos modos, la Carta Europea postula su aplicación a las “instituciones, órganos y organismos de la Unión”, así como a los “Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”. Así, Martin-Retortillo Baquer considera que todo el derecho comunitario “traspuesto” es a la vez derecho local y comunitario, y cabría por tanto, invocar esta instituciones en tal situaciones.

Por otro lado, en el derecho constitucional europeo, encontramos a la buena administración presente en el art. 97 de la Constitución Italiana, en tanto dispone que los órganos administrativos deben organizarse según las normas de la ley, de manera de que se garantiza el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración. Asimismo, aparece en el art. 202 de la Constitución de Portugal como “*dover de boa administracao*”. Y en el caso de la Constitución Española, ha quienes lo han considerado implícito en los arts. 9.3, 31.2 y 103<sup>6</sup>.

Bajando ya al ámbito interno europeo, nos encontramos que a nivel autonómico español, el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 dispone en su artículo 30 el “Derecho de acceso a los servicios públicos y a una buena administración”<sup>7</sup>. De igual modo, este derecho está previsto en el Estatuto Autonómico de la Comunidad Valenciana (artículo 9), Andalucía (artículo 30) y Castilla y León (artículo 12)<sup>8</sup>.

Al respecto, el Dr. Rodríguez-Arana Muñoz ha dicho, además, que “la buena administración y el buen gobierno, aspira a colocar en el centro del sistema a la persona y sus derechos fundamentales”<sup>9</sup>. De manera tal que “el gobierno no es un fin en sí mismo, sino una institución al servicio de los ciudadanos que debe acreditar su compromiso para que todos los ciudadanos puedan ejercer en mejores condiciones todos y cada uno de los derechos fundamentales”<sup>10</sup>.

En un sentido coincidente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina ha dicho en numerosos antecedentes que “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente—, su persona es inviolable”<sup>11</sup>. Idea que se vincula, asimismo, con la doctrina de Carlos Cossio de volver a poner a la persona existencial en el centro del sistema jurídico —en contraposición a la teoría de Kelsen que consideraba al hombre simplemente un centro de imputación de normas—.

Además, el llamado derecho al buen gobierno nace a partir de la necesidad de superar el paradigma de Administración tradicional, racional, de cuño weberiano, con un apego desmesurado a la literalidad del principio de legalidad, e intenta reemplazar ese esquema por otro en el cual el ciudadano sea colocado en el centro del sistema. De donde se infiere, que esta nueva buena Administración exige darle satisfacción de forma eficaz a las necesidades de ciudadanos a cuyo servicio tiene que actuar siempre<sup>12</sup>.

Así, como manifestara Miriam Ivanega, el derecho a una buena administración tiene dos efectos: a) es determinante de la calidad de la organización pública; y b) como una suerte de rompiente frente a prácticas administrativas corruptas<sup>13</sup>. En igual sentido, el Dr. Luis Carello asevera que existe un “derecho humano a la no corrupción”<sup>14</sup>.

Igualmente, la Dra. Ivanega ha sostenido que esta nueva noción implica tanto un derecho como un deber: el derecho a una buena administración en cabeza del ciudadano, y el deber en cabeza de la propia Administración<sup>15</sup>.

El mentado derecho se vincula, asimismo, con la idea de la “gobernanza”<sup>16</sup>. Para Barnes Vázquez, dicho término se ve anclado en una *cooperación* (público-privada e interadministrativa) que

---

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “De los derechos humanos al derecho a una buena Administración”, en AAVV (Carmen María Ávila Rodríguez y Francisco Gutiérrez Rodríguez coordinadores) El derecho a una buena administración y la ética pública, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pág. 47.

6 SINDICATURA DE GREUGES DE BARCELONA, El derecho a una buena administración, Pág. 8/10, recuperado en abril de 2011 de la página web [www.bcn.es/.../Informe%20Buena%20Administracion-castellano.pdf](http://www.bcn.es/.../Informe%20Buena%20Administracion-castellano.pdf).

7 Conf. SINDICATURA DE GREUGES DE BARCELONA, El derecho a una buena administración, Pág. 10.

8 Conf. LÓPEZ-MEDEL, Jesus, Derechos humanos frente a la corrupción, EL PAÍS, domingo 23 de agosto de 2009, pág. 19.

9 RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 34

10 RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas, op. cit., pág. 130.

11 CSJN “Bahamondez”, *La Ley* 1993-D, pág. 130 (sobre objeción de conciencia de los Testigos de Jehová y la transfusión de sangre). Considerando 12° del Voto de Barra y Fayt. Luego reiterado en fallos de la CSJN: “Alvarez c. Cencosud” *La Ley* 2011-A, pág.177 (sobre despido discriminatorio de trabajadores privados, en el cual se ordenó la reinstalación del mismo con cita de “Aquino”); “Aquino” del 21/09/2004, *La Ley* 2005-A, 230 (sobre inconstitucionalidad del régimen de ART); “Portal de Belén” 05/03/02, *La Ley* 2002-B, 502; “Arriola” 25/08/2009, *La Ley* 2009-F, pág. 4 (sobre tenencia de estufecientes para consumo personal), “Campodónico de Beviacqua” del 24/10/2000, *La Ley* 2001-C, 32 (amparo de salud).

12 SINDICATURA DE GREUGES DE BARCELONA, El derecho a una buena administración, op cit., pág. 32.

13 IVANEGA, Miriam M., “La Administración pública del Siglo XXI: entre la utopía y la realidad”, Revista jurídica argentina *La Ley*, diario del 2 de marzo de 2011, pág. 1.

14 CARELLO, Luis, “La Convención Interamericana contra la Corrupción y el ‘derecho a la no corrupción’”, en AAVV DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 50 años de Derechos Humanos, Santa Fe, 1998, pág. 25 y ss., citado por GORDILLO, Agustín, “Hacia la unidad del orden jurídico mundial”, en AAVV El Nuevo derecho administrativo global en América Latina, RAP, Buenos Aires, 2009, pág. 99.

15 IVANEGA, Miriam M., Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa, Buenos Aires, RAP, 2010, pág. 12.

16 Conf. IVANEGA, Miriam M., “La Administración...”, op. cit. Y CARNOTA, Walter, “El derecho....” op. cit.

se extiende tanto a la formulación de las políticas públicas como a su desarrollo y aplicación. Teniendo por objeto en la Unión Europea los nuevos modos de gobernanza, la creación de formas más efectivas de participación, la coordinación de múltiples niveles de gobierno, la salvaguarda de la diversidad y la descentralización, el debate público permanente, una mayor flexibilidad y supervisión de los procesos decisorios; la experimentación y la generación de conocimiento<sup>17</sup>.

Finalmente, en cuanto a la vinculación o diferencia entre los conceptos de “buen gobierno” y “buena administración”, Pedro Nevado-Batalla ha sostenido que “la cultura del buen gobierno” se destila en el derecho/deber de una buena administración<sup>18</sup>.

Al tiempo que Ponce Solé, por su parte, enseña que “los principios de buena gobernanza no son iguales a los principios de buena administración, siendo los segundos sólo aplicables a las Administraciones, no a otros actores de la red”. En tal sentido, sostiene que “los principios de buena administración son una condición necesaria pero no suficiente para la buena gobernanza”<sup>19</sup>.

### III. Buena Administración y Buen Gobierno en nuestro derecho

1. Ahora bien, ¿es dable considerar a la "buena administración" un derecho humano o fundamental en nuestro ordenamiento?

Al respecto, a modo de acotación previa, adelanto que personalmente participo de la concepción de que los derechos humanos o fundamentales, en cuanto tales, y desde una perspectiva iusnaturalista, no requirieren de la consagración legislativa positiva para sostener su existencia y virtualidad. Ello por cuanto, al ser derechos subjetivos positivizados, preexisten a su reconocimiento normativo positivo. De tal modo, los derechos humanos existen desde antes de su consagración legislativa y aún en contradicción a la normativa positiva<sup>20</sup>.

Así, el dato normativo no es "*conditio sine qua non*" para la identificación de un derecho humano. Entonces, ¿qué determina la existencia de un derecho humano? Pensamos que, en principio, tienen su fuente en la dignidad del hombre.

Ahora bien, habiendo aclarado ello, repasaremos sin embargo el derecho positivo argentino.

Avocados a ello, vemos que el "derecho" a una buena administración no se encuentra consagrado normativamente en la Argentina; aunque los principios que la inspiran no nos son del todo extraños.

Si buscásemos una consagración implícita del mismo, sería dable sostener que el “derecho a una buena administración” y el “derecho a un buen gobierno”, se podrían encontrar entre los “derechos no enumerados” del art. 33 de la CN. O argumentar su fundamento en la forma republicana de gobierno del art. 1 de la CN.

La doctrina también ha hecho referencia a la manda del art. 42 de la CN, en cuanto exige “calidad y eficiencia de los servicios públicos” como antecedente de este nuevo "derecho"<sup>21</sup>. Al respecto Ismael Mata ha sostenido que el art. 42 es determinante de un nuevo paradigma de la Administración; no aplicable únicamente a los servicios públicos, sino dotado de un efecto expansivo a toda la Administración, ya que con dicho postulado constitucional pasamos de una Administración burocrática a una nueva Administración post-burocrática<sup>22</sup>.

2. Adentrándonos en nuestro ordenamiento positivo, encontramos que el derecho a la “buena administración” puede ser construido doctrinariamente como una reformulación de elementos ya existentes en las leyes administrativas argentinas<sup>23</sup>.

17 BARNES VÁZQUEZ, Javier: “Reforma e innovación del procedimiento administrativo” en AAVV (Director J. Barnez), La transformación del procedimiento administrativo, Global Law Press – Editorial de Derecho Global, Sevilla, 2008, pág. 48.

18 NEVADO-BATALLA, Pedro “Estándares de la OCDE y cultura del buen gobierno: análisis y perspectivas”, pág. 2.

19 PONCE SOLÉ, Juli, “Procedimiento administrativo, globalización y buena administración”, op. cit.

20 En la doctrina argentina, hay quienes han realizado una distinción entre “derechos humanos” y “derechos fundamentales”, sosteniendo que los primeros refieren a “derechos, principios, valores y garantías contenidas en las declaraciones y convenciones internacionales”; en tanto que los segundos, refieren a “aquellos que han sido acogidos positivamente en el ámbito interno”. En tal sentido, hay quienes también asemejan los principios generales del derechos a los derechos fundamentales, “variando sólo la posición que ocupa el sujeto de tutela de ellos”; siendo que cuando nos situamos en la posición del particular administrado se habla de derechos fundamentales, y al tomar como objeto de análisis el ordenamiento normativo, estaríamos ante “principios generales del derecho”. PUIG, Carlos M., El derecho a la vista del expediente en el procedimiento administrativo, Especial referencia a la legislación santafesina, Fas, Rosario, 2000, pág. 11. Considero, sin embargo, como veremos más abajo que no corresponde asimilar el concepto de derechos humanos o fundamentales, con los valores ni con los principios generales del derecho –más allá de la vinculación de los valores con los principios-.

21 CARNOTA, Walter, “El derecho a una buena Administración pública”, Revista jurídica argentina La Ley, 23/10/2009, pág. 3.

22 MATA, Ismael, “Las nuevas tecnologías en la organización administrativa”, en Jornadas sobre Cuestiones de Organización Estatal, Función pública y Dominio público, organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires 18, 19 y 20 de mayo de 2011.

23 De igual modo, el informe del Greuges de Barcelona considera que “como nuevo derecho,..., su novedad

En tal orden de ideas, encontramos presentes en el derecho argentino los elementos o “sub-derechos”<sup>24</sup> que integran o componen el concepto; ora con consagración constitucional, ora en los tratados internacionales con jerarquía constitucional o supra-legal, en decretos del Poder Ejecutivo nacional o como principios que integran el derecho administrativo argentino.

A modo de ejemplo, buceando en el derecho argentino constitucional y legal, observamos los siguientes elementos: el debido proceso adjetivo<sup>25</sup> y debido proceso sustantivo o razonabilidad<sup>26</sup> (garantía innominada de la Constitución Nacional y elaboración doctrinaria-jurisprudencial a partir de los arts. 14, 28 y 33 de la Constitución Nacional argentina), el debido procedimiento previo al dictado del acto administrativo<sup>27</sup>, derecho de defensa (art. 18 de la Constitución Nacional argentina), celeridad y economía (ley de procedimiento administrativo nacional 19.549 art. 1 inc. b), derecho de petionar ante la autoridades (art. 14 Constitución Nacional), responsabilidad del Estado<sup>28</sup>.

Como dijéramos antes, se trata de una relectura de los elementos que componen el derecho a una buena administración, y que se encuentran ya presentes en el derecho argentino, constitucional e infraconstitucional.

Por otro lado, se ha vinculado en doctrina a la buena Administración con el principio de eficacia, muy cercano al de eficiencia, que se encuentra expresamente reconocido en la ley nacional de procedimiento administrativo n° 19.549 art. 1 inc. b). Asimismo, se menciona la “eficacia de la gestión administrativa” en el art. 12 del decreto del PEN n° 1883/91 -de reforma de procedimientos administrativos-, cuando estipula que se deberá automatizar e informatizar el registro, despacho y control de los expedientes administrativos.

En el ámbito municipal de la provincia de Santa Fe, el principio se esboza en materia de contratos administrativos municipales (art. 10 *in fine* ley 2756 modif por ley 10.734 de la prov. de Sta Fe).

A nivel derecho supranacional, encontramos autores como Gordillo que consideran que, por el influjo del derecho internacional, la eficacia y eficiencia son ahora principios rectores del obrar administrativo<sup>29</sup>. Así, la Convención Interamericana Contra la Corrupción, aprobada por ley 24.759, que Gordillo ubica con jerarquía constitucional, en tanto tratado de “derechos humanos” “constitucionalizado” (encuadrándolo dentro de la parte final del art. 75 inc. 22 CN)<sup>30</sup>.

---

radica en el hecho de que logra integrar bajo un nuevo concepto un conjunto de subderechos ya existentes”. SINDICATURA DE GREUGES DE BARCELONA, El derecho a una buena administración, op. cit., pág. 15.

24 TOMAS MALLÉN, Beatriz, El derecho fundamental a una buena administración, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2004, pág. 39.

25 Presente en el art. 1° inc, f) de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo n° 19.549 y que es manifestación en el procedimiento o reglamentación en el procedimiento administrativo de la garantía de defensa en juicio del art. 18 de la Constitución Nacional. Y que consisten esencialmente en el derecho de ser oído, el derecho a ofrecer y producir prueba y el derecho a una resolución fundada. Conf. COMADIRA, Julio Rodolfo, “Función administrativa y principios generales del procedimiento administrativo”, en AAVV 130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires, La Ley, 1994, pág. 94.

26 Conf. GORDILLO, Agustín, Tratado de derecho administrativo, tomo I, 10ma edición, Buenos Aires, F.D.A., pág. VI-31 y ss. De modo similar, considera a la razonabilidad como elemento que hace a la juridicidad del acto (entre otros principios o elementos como la buena fe, la igualdad, la proporcionalidad). IVANEGA, Miriam M, “Los principios constitucionales en el acto administrativo”, en AAVV XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Las bases constitucionales del derecho administrativo, Buenos Aires, RAP, año XXVI n° 309, pág. 155 y ss.

27 Referido en la Ley de Procedimiento Administrativo Nacional 19.549 en el art. 7° inc, d), el cual establece como requisito esencial del acto administrativo, el cumplimiento de los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que surjan implícitos del ordenamiento jurídico, considerando esencial al dictamen de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto puede afectar derechos subjetivos o intereses legítimos. El Dr. Comadira considera que el “debido procedimiento previo al dictado del acto administrativo” es el género y el “debido proceso adjetivo” es una manifestación especial de él. COMADIRA, Julio Rodolfo, “Función administrativa y principios generales del procedimiento administrativo”, en AAVV 130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires, La Ley, 1994, pág. 93/94. De igual modo, CANOSA, Armando, “El procedimiento administrativo como elemento del acto administrativo” en AAVV Acto Administrativo y reglamento, Buenos Aires, de. Ciencias de la Administración, 2002, pág. 55.

28 Principio rector del ordenamiento que se extrae del valor “Estado de Derecho” (Conf. COVIELLO, Pedro J.J., “Los principios y valores como fuentes del derecho administrativo”, en AAVV, Cuestiones de Acto administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo, Buenos Aires, RAP, 2009, pág. 759) no reconocido expresamente a nivel constitucional federal, pero presente en varias Constituciones provinciales (Vid. Constitución de la Provincia de Santa Fe, art. 9 y 18). Al respecto, recordemos la postura del Rafael Bielsa, quien consideraba que la responsabilidad del Estado no podía ser reconocida a menos que surja expresamente de una ley, postura que la doctrina y jurisprudencia no ha seguido.

29 GORDILLO, Agustín, Introducción al derecho, Buenos Aires, La Ley, 2007, pág. 9.

30 GORDILLO, Agustín, “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana contra la Corrupción”, La Ley 1997-E, pág. 1091. Viendo el contenido del instrumento internacional, encontramos que el art. III inciso 5° de la Convención establece el compromiso de los países firmantes de implementar sistemas de contratación de funcionarios públicos y adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de dichos sistemas. Así, esta Convención impone una “obligación de resultado”, esta es, la eficiencia del gasto o inversión pública en la contratación estatal

A su vez, cuando se consolide esta noción de buena administración en nuestro medio como derecho fundamental, habrá que ajustar todo el ordenamiento argentino a la luz del mismo. Lo cual nos remite al llamado neoconstitucionalismo, en tanto enfoque moderno de la Constitución que rige nuestros destinos y que nos acerca a un abordaje de la Constitución comprometido con valores y principios vinculados a los derechos fundamentales del hombre; extensible asimismo a los derechos y valores receptados en convenciones y tratados internacionales<sup>31</sup>.

Acometeremos ahora el análisis en particular de los elementos que componen el "derecho" a una buena administración, y que se encuentran presentes en el derecho argentino. Así encontramos:

1- *Derecho al tratamiento de los asuntos de modo imparcial y equitativo y dentro de un plazo razonable:*

En primer lugar, corresponde recordar que la doctrina argentina ha considerado que la "garantía innominada" de la razonabilidad –o el debido proceso sustantivo- se encuentra implícita en una serie de mandas constitucionales, principalmente el art. 28 de la Constitución Nacional<sup>32</sup>.

Respecto del "plazo razonable" encontramos una alocución similar en la llamada "denuncia de ilegitimidad" regulada por el art. 1º inc. e) apartado 6to. ley 19.549<sup>33</sup>.

Otra pauta que podemos tomar para la determinación, en el derecho argentino, del concepto de "plazo razonable" en el tratamiento de los asuntos administrativos, será la que suministre la justicia en orden a la extensión temporal de los trámites administrativos y judiciales.

Así lo vemos con el fallo "Garavaglia" de la Sala I de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza<sup>34</sup>, donde unos padres interponen una demanda de daños y perjuicios contra la provincia por la excesiva dilación de la causa penal que siguió a la desaparición de su hijo, sin resultado alguno; la Corte decide otorgarle la indemnización a los padres. Jorge Peyrano al hacer el comentario del fallo considera que los patrones que rigen la determinación del alcance de la exigencia del "plazo razonable para resolver" son criterios internacionales, a saber: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades competentes<sup>35</sup>. Considero que estas pautas son plenamente trasladables a las actuaciones administrativas.

A nivel supranacional, encontramos al art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, llamado "Pacto de San José de Costa Rica", aprobado por ley 23.054 y con jerarquía constitucional conforme el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna. Dicho artículo establece que "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un *plazo razonable*, por un tribunal o juez competente, independiente e imparcial". Así estamos en presencia de la "tutela judicial efectiva"<sup>36</sup>. Regulación similar se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos del Hombre<sup>37</sup>.

La doctrina administrativista argentina<sup>38</sup>, así como la CSJN en el caso "Astorga Bracht"<sup>39</sup>

31 PEREZ HUALDE, Alejandro, "Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y derecho administrativo", La Ley 2007-E, pág. 851.

32 LINARES, Juan Francisco, Razonabilidad de las leyes, Buenos Aires, Astrea, 1989.

33 Se trata de una institución que fue creada pretorianamente por la "jurisprudencia" administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación, luego receptada por la ley. Consiste que una vez interpuesto un recurso administrativo fuera de término, la Administración –el órgano que hubiera debido resolver- podrá considerar la petición como "denuncia de ilegitimidad", salvo que se "dispusiere lo contrario por motivos de seguridad jurídica o que, por estar excedidas razonables pautas temporales, se entienda que medió abandono voluntario del derecho". Encuentra su fundamento en el principio de juridicidad, de verdad material y en el resguardo de los derechos de los particulares. Para que proceda –al decir de Julio Comadira- se deben reunir tres requisitos "positivos" de admisión: a) que estemos ante un acto administrativo; b) que haya sido cuestionado por un recurso presentado de modo extemporáneo; y c) que el particular esté legitimado (esgrima un derecho subjetivo o interés legítimo). Y dos requisitos "negativos": a) Inexistencia de razones de seguridad jurídica que justifique su inadmisión; b) y respecto del plazo vencido: que ello no configure un exceso de razonables pautas indicativas de un abandono voluntario del derecho. Según Comadira la razonabilidad del exceso es un "concepto jurídico indeterminado", no un concepto de discrecionalidad. Respecto del "abandono voluntario del derecho" la Procuración del Tesoro de la Nación interpreta que habrá que estar a las consideraciones particulares de cada caso. Comadira considera más apropiado tomar el plazo de 90 días –siendo que éste es el plazo de caducidad que la ley prevé para interponer el recurso contencioso administrativo-. COMADIRA, Julio Rodolfo, "La denuncia de ilegitimidad", en AAVV Procedimiento Administrativo, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, pág. 221/33.

34 "Garavaglia, Oscar y otra v. Provincia de Mendoza", de fecha 19/02/2009, Lexis Nexis On line N° 70051475.

35 PEYRANO, Walter, "Del resarcimiento del daño moral derivado de la violación del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas", S.J.A. 6/5/2009.

36 SAGÜÉS, Néstor Pedro, Elementos de derecho constitucional, tomo 2, Buenos Aires, 1999, Astrea, 3ª edición, página 760.

37 FARRANDO, Ismael, "Los principios de legalidad, tipicidad y transparencia en las sanciones administrativas", en AAV, Cuestiones de Intervención Estatal, Servicios públicos, Poder de policía y Fomento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, RAP, 2011, pág. 553.

38 URRUTIGOITY, Javier, "El principio de tutela administrativa efectiva", S.J.A. De fecha 30/11/2005. Y Muñoz, Ricardo Alberto (h), "La tutela administrativa efectiva", La Ley 29/03/2012, pág. 1, donde el autor considera a la tutela administrativa efectiva tanto un principio general del derecho administrativo como un derecho fundamental, e integrante del Bloque de Constitucionalidad Federal.

39 RAP N° 323, pág. 75 y ss. Se trataba de un amparo interpuesto contra la resolución del COMFER que

consideró que en este mismo artículo (junto con el art. 25 del mismo tratado -que reconoce el derecho a interponer un recurso sencillo y rápido, o a cualquier otro recurso efectivo- y otras normas<sup>40</sup>) se encuentran las bases de la “tutela administrativa efectiva”.

De igual manera, recientemente, la CSJN en la causa "Losicer"<sup>41</sup> invalidó la resolución de un sumario administrativo sancionador que se había extendido por más de 20 años, ello por cuanto la "la irrazonable dilación del procedimiento administrativo resulta incompatible con el derecho al debido proceso amparado por el art. 18 de la CN y por el art. 8" del Pacto de San José de Costa Rica. Así la Corte extendió el criterio de la tutela administrativa efectiva al derecho administrativo sancionador.

Llegados a este punto, resulta ineludible mencionar el reciente fallo en la causa “Clarín”<sup>42</sup>, donde el Alto Tribunal nacional consideró razonable el plazo de 36 meses para poder tramitar normalmente la acción mere declarativa interpuesta<sup>43</sup>.

Por su parte, la Corte Suprema de la provincia de Santa Fe en el caso “Alcacer”<sup>44</sup> -en el marco de un recurso contencioso administrativo con una caducidad de instancia breve y a los fines de acotar el pago de salarios caídos en caso de reincorporación de agentes públicos- consideró razonable el período de dos años para el desarrollo del reclamo administrativo y judicial.

Vemos, pues, que la determinación del “plazo razonable” de un proceso o procedimiento dependerá de las circunstancias de cada caso, así como de las pautas antes mencionadas. Por ello, resulta ciertamente difícil sentar a priori premisas absolutas sobre este tema.

El Dr. Pablo Gutiérrez Colantuono, en las últimas Jornadas de la Universidad Austral de 2011, manifestó que la “tutela judicial y administrativa efectiva” es el nombre latinoamericano de la buena Administración<sup>45</sup>.

Con ello, encontramos que los elementos que integran la buena Administración -en este caso, el derecho a que se traten los asuntos de modo equitativo, imparcial y en un plazo razonable- están presentes en el ordenamiento jurídico argentino gracias al legado supranacional de los derechos humanos, con jerarquía constitucional.

## *2- Derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente:*

Es esta otra materialización del derecho de defensa (art. 18 CN) y del debido proceso adjetivo (este presente de modo implícito en la CN y explícito en el art. 1º inc f de la LPA).

Otro ejemplo de ello, en el derecho público local, lo encontramos en la potestad autoanulatoria amplia que, vía pretoriana, se reconoce en la provincia de Santa Fe. Sistema que, al carecer de una norma como la de los artículos 17 y 18 LPA, permite a la Administración anular el acto viciado, más allá del tiempo transcurrido, debiendo, empero, dar previa audiencia al particular que se verá afectado con dicha anulación (“Peyrano” CSSF).

## *3- Derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto a los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial:*

Nuevamente, se trata de un derecho consagrado en la LPA y su reglamento (para quien tenga un derecho subjetivo o interés legítimo), que configura, a su vez, la aplicación de principios constitucionales. Asimismo, huelga recordar el decreto 1172/03.

## *4- La obligación de la Administración de motivar sus decisiones:*

La obligación de motivar los actos administrativos surge como requisito esencial del art. 7º de la ley de procedimiento administrativo (19.549).

La Corte Suprema Nacional ha resaltado tal deber de motivación en “Oxley”<sup>46</sup>, “Consejo de

---

aprobaba los pliegos de bases y condiciones generales y particulares para la adjudicación de estaciones de radiodifusión, en el cual se exigía que los interesados en participar en la licitación debían desistirse de cualquier recurso administrativo o judicial interpuesto contra el COMFER o la Comisión Nacional de Comunicaciones. La CSJN declara la inconstitucionalidad de la resolución.

40 La CSJN, en el considerando sexto del fallo de marras, lo fundamenta en el art. 18 de la CN -derecho de defensa-, y en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 2º inc. 3 aps. 3 y 4 y 14 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

41 La Ley 29/08/2012, pág. 4. Del considerando 14 del fallo se pueden extraer algunas ideas sobre cómo determinar si estamos en presencia de un plazo razonable o no: a) complejidad del asunto; b) conducta de los sumariados; c) a quién atribuimos la demora.

42 CSJN, de fecha 22/05/2012, La Ley 2012-C, pág. 399.

43 Aquí la CSJN nuevamente mencionó los criterios a tener en cuenta para determinar la razonabilidad del tiempo transcurrido: a) tipo de proceso, b) la complejidad de la materia objeto de la controversia, c) la conducta de las partes en el pleito, d) la importancia de los intereses en juego (considerando 6º de la mayoría).

44 Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, “Alcacer, Miguel Angel c/ Provincia de Santa Fe s/ RCA de plena jurisdicción”, de fecha 3/08/1994, A. y S. tomo 109, pág. 164-197.

45 GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo, “La objeción de conciencia en el agente público”, en Jornadas sobre Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público, Universidad Austral, Facultad de Derecho, 18, 19 y 20 de mayo de 2011, Buenos Aires.

46 Fallos 306:370.

Presidencia<sup>47</sup>”, “Sola”<sup>48</sup>, “Piaggio de Valero”<sup>49</sup> y “Schaiderman”<sup>50</sup>, entre muchos otros.

En el derecho público provincial, nos encontramos con el art. 95 Constitución de la provincia de Santa Fe, que establece el deber de los jueces de fundamentar sus sentencias y autos interlocutorios. La doctrina ha considerado que dicho deber es extensible a la Administración.

5- *Derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros:*

La doctrina ha considerado que el deber del Estado de reparar los daños que su conducta ocasione en los particulares, surge de los artículos 1, 14, 16, 17, 19, 28 de la Constitución Nacional. Asimismo, se ha sostenido que dicho deber surge, además, de los principios generales del Estado de Derecho, la justa distribución de las cargas públicas e igualdad, del principio de legalidad, y los pactos internacionales.

Al respecto, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación argentina es frondosa, efectuando una activa y fecunda labor pretoriana, hasta llegar a la conclusión de que se trata de una responsabilidad directa y objetiva (“Vadell”<sup>51</sup>).

A nivel del derecho público provincial, encontramos las previsiones de los artículos 9 y 18 Constitución de Santa Fe. El primero regula el caso de la indemnización de los daños ocasionados al particular por verificarse su inocencia en un proceso penal cuando prospere el recurso de revisión, y el segundo lo atinente a la responsabilidad del Estado por daños ocasionados por los actos ilícitos de sus agentes en ejercicio de sus funciones.

6- *Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una constelación en esa misma lengua:*

Sobre el particular, la Constitución Nacional en el art. 75 inc. 17, dentro de las atribuciones del Poder Legislativo, prevé: “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el *derecho a una educación bilingüe e intercultural*; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”(el destacado es nuestro).

Como vemos, la Constitución Nacional reconoce a los indígenas argentinos el derecho a una educación bilingüe e intercultural<sup>52</sup>. De todos, considero que difícilmente pueda extraerse de ello el derecho a dirigirse ante el Estado argentino o un estado provincial o municipal en su lengua indoamericana. Máxime si se tiene en cuenta que la reglamentación del procedimiento administrativo nacional (decreto n° 1759/72), dispone en su art. 15 que los escritos serán presentados en “idioma nacional” –esto es, el castellano-. Por su parte el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, expresa en igual sentido que los escritos judiciales serán redactados del mismo modo en “idioma nacional”.

De tal modo, difícilmente pueda argumentarse que los aborígenes argentinos tengan consagrado en el ordenamiento positivo argentino el derecho de dirigirse ante las autoridades nacionales, provinciales o municipales en su lengua nativa –más allá del derecho constitucional de tener una educación *bilingüe*-. Sin duda esta situación los pone en una situación de inferioridad no justificada (o irrazonable).

#### IV. Aplicaciones en la doctrina y la jurisprudencia argentina

##### 1. Referencias al buen gobierno en la doctrina

Respecto del llamado “derecho a un buen gobierno”, encontramos numerosos antecedentes en el derecho argentino, tanto en doctrina como jurisprudencia. Aunque debemos aclarar que se tratan -en general- de referencias inorgánicas al tema de marras.

En doctrina tratan este tema del “buen gobierno” autores como Linares<sup>53</sup> (relacionándolo con la

47 La Ley 1992-E, pág. 101.

48 Digesto Judicial 1998-2, pág. 232 y Fallos 320:250.

49 “Fallos” 331:1206.

50 CSJN, 8 de abril de 2008, publicado en “El Derecho”, diario del 31 de octubre de 2008, pág. 14.

51 La Ley 1985-B, pág. 3.

52 Es de remarcar que este derecho consagrado en la CN se encuentra en la parte “orgánica” de la misma y no en la “dogmática”, donde en teoría tendrían que estar estos derechos. Esta suerte de “contrabando” normativo fue perpetrado por cuanto la manda de la ley que autorizó la última reforma constitucional no habilitaba la modificación de la parte dogmática de la CN, así se introdujeron nuevos derechos constitucionales en la parte orgánica de la CN.

53 Quien lo vincula a la responsabilidad del funcionario público e identifica el concepto con valores como

función pública), Bianchi (con la libertad de expresión)<sup>54</sup>, Petracchi (con los derechos humanos)<sup>55</sup>. Este derecho ha sido vinculado asimismo con el “derecho de acceso a la información pública”<sup>56</sup>, la delegación de potestades legislativas como exigencia del Estado moderno<sup>57</sup>, los decretos de necesidad y urgencia<sup>58</sup>, la responsabilidad del Estado<sup>59</sup>, adjetivando las normas locales (ordenanzas municipales)<sup>60</sup> y respecto de la delegación constitucional de atribuciones en el Jefe de Gabinete<sup>61</sup>.

### 1.1. Buen gobierno en la normativa

A nivel infra constitucional, es de destacarse la resolución 37/2006 de la Sindicatura General de la Nación –organismo de control interno del poder ejecutivo nacional de creación legislativa<sup>62</sup>-. Dicha normativa traspone al derecho público la regulación del buen gobierno de las sociedades privadas que cotizan en bolsa (decreto n° 677/2001).

Considero que la mentada resolución se enmarca dentro de lo que se ha llamado “soft law” o “derecho blando”.

### 1.2. Referencias al buen gobierno en la jurisprudencia

En la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, encontramos menciones del buen gobierno en el voto de Boggiano del leading case “Cocchia”<sup>63</sup> -relacionado con la justificación de la delegación legislativa-, y en “Enrique, Héctor c/ provincia de Santa Fe”<sup>64</sup> –caso de empleo público-.

Considero que las referencias que hace el Alto Tribunal en estos precedentes se relacionan con cuestiones de mérito político –haciendo abstracción del contenido jurídico-.

## 2. Buena Administración en la jurisprudencia argentina.

### 2.1. En la Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe y las Cámaras de lo Contencioso administrativo santafesinas

Por su parte, en el derecho público provincial argentino, hemos encontrado que la Corte Suprema de Santa Fe se ha pronunciado en una serie de fallos acerca de la “buena administración”.

Nuevamente se tratan –en general- de referencias accidentales u obiter dictum al concepto en estudio.

En tal sentido en “Cooperativa Agrícola Ganadera Carlos Pellegrini c. Prov. de Santa Fe”<sup>65</sup> sostuvo que la intimación previa de la Administración resulta compatible con la buena fe y el principio de buena administración (en el caso había un defecto de personería en el actor). Vale decir, aquí la Corte vincula a ambos principios.

En “González Palicio c. Prov. de Santa Fe”<sup>66</sup>, relacionó al procedimiento administrativo con una Administración eficaz e idónea para satisfacer el interés colectivo en general (interés público genérico) y el interés “que es el fundamento del cometido administrativo particular a conseguir en el caso concreto (interés público concreto) que se traduce en el principio de buena administración”. Este concepto de buena administración pareciera acercarse más a un principio propio de las ciencias de la Administración.

Por otro lado, en un conjunto de resoluciones la Corte santafesina ha vinculado la buena Administración con el requisito de la motivación del acto administrativo (“Gurdulic”<sup>67</sup>, “Vanrel”<sup>68</sup> y

---

“dinamismo, eficiencia e imparcialidad”. LINARES, Juan Francisco, “En torno a la responsabilidad civil del funcionario público” La Ley 153-161.

54 Quien manifiesta que “la libertad de expresión es tanto el síntoma como el efecto del buen gobierno” BIANCHI, Alberto B., “Orígenes históricos de la libertad de expresión”, La Ley 1995-C, pág. 901.

55 PETRACCHI, Enrique S., “Jurisdicción constitucional y derechos humanos”, La Ley 2006-A, pág. 905.

56 VERBIC, Francisco y SCATOLINI, Julio Luciano, “El derecho de acceso a los documentos como medio de participación ciudadana y control de la transparencia en el procedimiento administrativo. Algunas notas sobre la experiencia italiana y su relación con la argentina”, La Ley 2008-D, 1121.

57 PERRINO, Pablo, “Potestad reglamentaria y regulación de actividades económicas”, UNLP 2005-36, pág. 103.

58 PIZZOLO, Calogero, “Competencias legislativas del poder ejecutivo en materia de decretos de necesidad y urgencia”, La Ley 2007-E, pág. 1276.

59 ANDRADA, Alejandro, “Aftosa y responsabilidad del Estado”, La Ley 2006-F, pág. 341.

60 DIEZ define a las ordenanzas como “el conjunto de preceptos dictados para el buen gobierno de una ciudad o comunidad”. DIEZ, Manuel María, Derecho administrativo, tomo I, Omeba, Buenos Aires, 1963, pág. 469. También citado por LAMOGLIA, Carlos M., “Las ordenanzas municipales. Su Naturaleza jurídica en la provincia de Buenos Aires”, La Ley Buenos Aires, tomo 2001, pág. 997.

61 CASSAGNE, Juan Carlos, “En torno al Jefe de Gabinete”, La Ley 1994-E, 1267

62 Ello a diferencia de la Auditoría General de la Nación (AGN) consagrada constitucionalmente.

63 Considerando 24 del voto de Boggiano in re “Cocchia”.

64 La Ley 119, pág. 141.

65 De fecha 26/06/1997, Lexis Nexis On line n° 70015444.

66 Jurisprudencia Argentina, tomo 1992-I-, pág. 694.

67 Corte provincial, 19/03/1997, Lexis Nexis On line n° 70015466.

68 Corte provincial, 26/03/2003, Lexis Nexis On line n° 35000481.

“Villar”<sup>69</sup>)<sup>70</sup>.

Finalmente, en el precedente “Cutchet” de fecha 13/03/1996 el Alto Tribunal provincial -demostrando a mi entender la influencia del derecho administrativo italiano- ha dicho que “la Administración, en obsequio al principio de imparcialidad (y en definitiva, de buena administración) debe en la realización de los cometidos que se le asignan por el ordenamiento, respetar la justicia y la equidad, tanto al confrontar los intereses particulares con los suyos propios, como en la evaluación de los intereses de los distintos sujetos extraños a ella, realizando, en cuanto fuere posible, el bien de todos los sujetos, singular o colectivamente considerados, sobre los que recae la acción administrativa, cuidando de no perjudicarlos innecesariamente, a fin de conseguir la mayor utilidad pública con el menor sacrificio de los intereses particulares”<sup>71</sup>.

Vemos en éste último fallo, como la Corte Provincial vincula -al igual que la Constitución italiana- los principios de imparcialidad y la buena Administración. Y utiliza a dichos principios como parámetro o estándar inteligible para confrontar (o hacer un “*balancing*”) entre los intereses particulares y los generales, así como al ponderar dos intereses particulares.

Además, aquello de “conseguir la mayor utilidad pública con el menor sacrificio de los intereses particulares” trae a colación el principio de necesidad<sup>72</sup> -subsidiario del principio de proporcionalidad-, que los Tribunales argentinos, en especial la CSJN, han sido muy remisos a admitir, siendo uno de los sub-principios que más polémicas ha generado<sup>73</sup>.

Tal es así, que la CSJN en numerosas ocasiones se ha manifestado contraria a la aplicación de este principio de necesidad<sup>74</sup>, por considerarlo ajeno a su cometido constitucional, al inmiscuirse en la órbita de otros poderes del estado<sup>75</sup>. Sin embargo un estudio más detenido ha mostrado que la Corte Federal argentina –más allá de las declamaciones abstractas y el nomen iures- ha hecho aplicación de este principio de necesidad en algunas ocasiones<sup>76</sup>.

Así en el fallo “Cine Callao” en el voto de la mayoría se menciona una vez más que no es misión de la CSJN enjuiciar acerca de si debieron elegirse otros medios<sup>77</sup>. Sin embargo, en la minoría (Boffi Boggero) donde encontramos una mención interesante: “*el art. 1 de la ley 14.226, ... no ha elegido uno de los numerosos medios razonables con que la Constitución facilita las soluciones sociales*”<sup>78</sup>. Aquí indudablemente realiza el magistrado un análisis –tácito si se quiere- de otras posibles medidas a adoptar. Otro caso en que la Corte Federal parece analizar la eficacia de medidas

69 Corte provincial, 27/12/1990, Lexis Nexis On line nº 18/7880.

70 En tal sentido, ha empleado en estos fallos la siguiente fórmula: “la motivación debe indicar el razonamiento mediante el cual la Administración Pública, teniendo presente los presupuestos de hecho y de derecho, y aplicando las reglas de la buena administración, se ha determinado para dictar el acto y darle un contenido”. Pareciera nuevamente que no se refiere aquí a la buena administración como un principio jurídico “fuerte”, sino como un principio propio de las ciencias de la administración.

71 “Cutchet, Marta Beatriz c/ Provincia de Santa Fe s/ Recurso Contencioso Administrativo”, en A. y S. tomo 125, pág. 45/60.

72 CIANCIARDO, Juan, “Máxima de razonabilidad y respeto de los Derechos Fundamentales”, La Ley tomo 2000-B, pág. 720. Este principio prescribe que el legislador elija entre los medios idóneos para el logro del fin que se procura, aquel que resulte menos restrictivo de los derechos fundamentales involucrados. Vale decir, entre distintos cursos de acción, se debe preferir aquél que con el mismo resultado, sea menos restringente de los derechos en juego.

73 CIANCIARDO, Juan, “El subprincipio de necesidad y el control constitucional de razonabilidad”, El Derecho tomo 185, pág. 901.

74 Conf. LINARES, Juan Francisco, La razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Nacional, 2da Edición, Buenos Aires, Astrea, 1989, pág. 137. También CIANCIARDO, Juan, El Principio de razonabilidad, Buenos Aires, Abaco, 2004, pág. 80. Así se pronunció la CSJN, entre muchos otros casos, en “Jewish Colonization Association c. Prov. de Santa Fe”, “Fallos”, 147:161, “Inchauspe Hnos c. Junta Nacional de Carne” “Fallos”, 199:483 (asimiso en J.A. tomo 1944-III, pág. 793), “Cine Callao” “Fallos”, 247:121.

75 Una teoría similar, aunque no igual, es la doctrina norteamericana de la “revisión severa” (*hard-look doctrine*), por el cual se impone la consideración de las *medidas alternativas* (aunque allí no hay que demostrar que esas medidas alternativas eran menos gravosas que la adoptada). Esta doctrina impone un control de elementos procesales y sustanciales, tales como: análisis de la motivación o explicación de la decisión, el respeto al precedente (causa), la participación de todos los intereses afectados (procedimiento), y la consideración de “las posibles medidas alternativas” (causa), “la omisión de explicar por qué ciertas y aparentemente razonables alternativas no fueron seleccionadas es una base bien conocida para exigir el dictado de una nueva decisión”. BARRA, Rodolfo Carlos, “Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial”, El Derecho tomo 146, pág. 844.

76 LINARES, Juan Francisco, La razonabilidad de las leyes, op., cit., pág. 139. También CIANCIARDO, Juan, El principio de razonabilidad, op. cit., pág. 81. No obstante su auto-restricción, la Corte en numerosas ocasiones, so capa de examinar la proporcionalidad en sentido estricto de la medida, juzgó acerca de la indispensabilidad de la medida.

77 “Cine Callao”, Fallos 136:161 y La Ley Tomo 100, pág. 45. Considerando 13) voto de la mayoría.

78 Consid. 14) de la minoría.

alternativas es en “Fernández Orquín”<sup>79</sup>.

Asimismo, las Cámaras de lo Contencioso Administrativo n° 2 de la provincia de Santa Fe, han hecho también mención al principio de buena administración.

La Cámara n° 2 de Rosario, en autos “Ruiz”<sup>80</sup>, -al anular el traslado de un agente que implicó un cambio de la relación laboral sin suficiente motivación- relacionó al principio de buena administración con el de imparcialidad de la Administración, con cita del Alto Tribunal provincial.

Al tiempo que, en el reciente precedente “Gerlo”<sup>81</sup> el tribunal especializado utilizó el principio de buena administración para descalificar la conducta de la Administración, por la cual mediante un ascenso por mérito extraordinario a un agente policial condecorado públicamente por el gobernador, se le terminó ocasionado un perjuicio al mismo que redundó en una disminución de su haber previsional. La Cámara, asimismo hizo mención a la buena administración como parámetro para compatibilizar el interés público con los intereses particulares, ello en el marco del bien común.

La Cámara n° 2 con asiento en la ciudad de Santa Fe también ha tratado el tema en autos “Ruiz”<sup>82</sup>, con cita del precedente “Cutchet” de la Corte Provincial, donde el tribunal hizo referencia al principio de buena administración (y su vinculación con la imparcialidad) como parámetro de ponderación entre el interés público y privado, en un caso de revisión de una sanción administrativa de suspensión ante la cual el actor sostenía que había existido una desviación de poder -recurso que fue desestimado-.

Vemos así que los tribunales santafesinos han hecho referencia al tema generalmente al tratar casos de empleo público. Es dable esperar en el futuro la aplicación de este principio a casos relacionados con los ciudadanos y casos de servicios públicos en particular.

## 2.2. Precedentes de la Fiscalía de Estado de Santa Fe

El organismo asesor del gobernador provincial también se ha referido, de modo tangencial, al tema.

De tal modo, bajo la alocución “razones de buena administración”, ha hecho mención al mismo en el dictamen n° 01/2011 -aconsejando el dictado de un acto administrativo de insistencia-.

Asimismo, en el dictamen n° 688/2005 al considerar vigente el contrato de concesión con la antigua Aguas Santafesinas S.A. -ante la pretensión de la empresa de considerar unilateralmente rescindido por culpa del concedente- también hace referencia a que “razones de buena administración, orden y desconcentración administrativa” justificaban la competencia del ente regulador (ENRESS) a dictar ciertos actos administrativos.

De tal modo, vemos que estas menciones parecen situarse nuevamente -y a contra mano del criterio judicial santafesino- en un principio extra-jurídico, más cercano al mérito, oportunidad y conveniencia o a las ciencias de la Administración que a la legitimidad del acto administrativo.

## 2.3. En la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires

Encontramos que el Alto Tribunal bonaerense, por su parte, ha hecho mención a un patrón o standard del “buen administrador” en la causa “De Santis”<sup>83</sup>.

En este fallo, que versa acerca de la prescripción de la potestad autoanulatoria de la Administración respecto de un nombramiento nulo, la Corte Provincial menciona que la Administración no solo tiene la facultad sino el deber de actuar con la diligencia y buena fe propias del “buen administrador”.

79 “Fernández Orquín, José M. c. Ripoll, Francisco”, resuelto en fecha 31/05/1966, Fallos 264:417. Donde el actor cuestiona el art. 8° de la ley 14.451, por la cual se congeló el precio de los arrendamientos rurales en casos de colonias de rentas o inmuebles de sociedades anónimas; pretendiendo la actualización de su renta. Tanto la Cámara como la Corte nacional rechazan su pretensión. Aquí la Corte comienza expresando su máxima de auto-restricción en el considerando 1°. No obstante lo cual, pasa luego a analizar el alcance económico-social de la medida. Así en el considerando 2° “parece admisible que la reducción de peonazgo y el aumento de los propietarios rurales y su nivel de vida pueda favorecer el desarrollo económico agropecuario y pueda consolidar otros tipos de industrias vinculadas”, y en pos de ello, considera que en el mismo punto, que “una política agropecuaria adecuada `se considera como medio de resolver un problema de justicia social y un problema de consecuencias más generales””. Manifiesta además en el considerando tercero, que dichas razones son coherentes con otros principios económicos, atinentes al crecimiento de la producción agropecuaria: como la inversión de capital, la asistencia al crédito, el mejoramiento de los métodos de distribución y la incorporación de tecnología (aquí evidentemente está sopesando otros medios, complementarios, a los fines de la norma). En el considerando 11 declara la técnica del congelamiento de las rentas de los fundos rurales puede considerarse constitucional en miras a los fines de la norma (proscripción de formas de explotación rural que conspiran contra la expansión económica y social -fin amplio si los hay-). Finalmente, en el considerando 12 informa la CSJN que métodos semejantes de política legislativa han sido implementados en otras latitudes. Como se aprecia, es evidente aquí la Corte analizó, o al menos previó, otras medidas posibles para alcanzar el mismo fin.

80 “Ruiz, Roberto Osvaldo c. Municipalidad de Rosario”, La Ley Online, AR/JUR/7365/2004.

81 “Gerlo, Séptimo c. Provincia de Santa Fe s/RCA”, de fecha 29/10/2012 auto n° 567, C.C.A. N° 2, en A. y S. T. 35, F° 208.

82 “Ruiz, Silvia A c. Municipalidad de Coronda”, de fecha 17/11/2009, Lexis Nexis On Line n° 70062206.

83 LLBA 2000, pág. 1012.

Vale decir, así como en el derecho privado existen ciertos cartabones tales como el "buen padre de familia" o el "buen hombre de negocios", en el derecho público nos encontramos con la figura del "buen administrador".

Se trataría de un concepto jurídico indeterminado, o al decir del profesor Hernán Martínez, de un standard del procedimiento administrativo<sup>84</sup>.

Tinant, al comentar el caso "De Santis" considera que de este criterio del buen administrador, es dable extraer tanto un deber pasivo -abstenerse de una mala gestión- como un deber activo -hacer o promover una buena gestión- como complementarios e imprescindibles en la actividad de la Administración<sup>85</sup>.

### 3. Buena Administración en la normativa provincial de Santa Fe.

La ley 7893 de conflictos interadministrativos de la prov. de Santa Fe, promulgada en el año 1976, contiene alusiones a la buena Administración.

La misma dispone que si el diferendo interadministrativo -entre entes dotados de personalidad jurídica propia- o interogánico -entre órganos sin personalidad- es de carácter pecuniario será de aplicación esta ley de conflictos interadministrativos, y el entuerto será resuelto por el Gobernador o el Fiscal de Estado según el monto del mismo, sin posibilidad de recurrir a la justicia. Así el art. 1º establece que para reclamaciones económicas de entre \$3.000 y \$500.000 la cuestión será sometida a la decisión definitiva e irrecusable del Fiscal de Estado. Si el monto fuera mayor, será competencia del Gobernador.

El art. 2º establece que "El Poder Ejecutivo puede modificar los importes fijados en el artículo anterior *por razones de buena administración*" (el destacado nos pertenece).

Esta mención temprana en el tiempo (dijimos que la ley data de 1976) refiere, entendemos, a la noción de "buena administración" como sinónimo de razones de oportunidad, mérito y conveniencia.

Entendemos que esta referencia a la "buena administración" tiene relación con un aspecto extrajurídico, más propio de las Ciencias de la Administración que del Derecho Administrativo, y distinto del enfoque que aquí proponemos.

### V. Antecedentes en el derecho hispano indiano

Encontramos en el derecho hispano indiano criollo antecedentes de un proto-derecho a una buena administración y buen gobierno.

Así, vemos en el derecho de Indias los llamados "bandos de buen gobierno" como disposiciones legislativas municipales o locales de carácter especial<sup>86</sup>. También existía la referencia al "buen juez" o al "ministro cabal"<sup>87</sup>; situación que se repite ahora a sí mismo en el derecho administrativo europeo<sup>88</sup>. Tomás Mallén, por su parte, considera al derecho a una buena administración como parte integrante (previa) del "derecho a la buena justicia" (tutela judicial efectiva)<sup>89</sup>. Con lo que vemos que tanto en el pasado como en la actualidad, la noción no era exclusiva de la rama ejecutiva del Estado, sino que es extensible a otros poderes del Estado.

Asimismo en la *Recopilación* de 1680 de Carlos II afirmaba que "la buena administración de justicia es el medio en que consisten la seguridad, quietud y sosiego de todos los estados", idea que fue "traspolada" a la legislación indiana<sup>90</sup>.

De tal modo, podemos vislumbrar cómo la idea del "buen gobierno" y la "buena administración de justicia" presente en el derecho indiano traslucía una noción tipo subjetiva, un cartabón ideal al cual

84 MARTINEZ, Hernán: "El recurso contencioso administrativo en la provincia de Santa Fe. Ley 11.330", 2da edición actualizada, Zeus, Rosario, 2012, pág. 315.

85 TINANT, Eduardo Luis, "Tiempo biográfico y buen administrador. Ejes de un criterio que asoma en la Corte bonaerense", La Ley Buenos Aires tomo 2000, pág. 1009.

86 TAU ANZOATEGUI, Victor, La Ley en América Hispánica. Del descubrimiento a la Emancipación, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1992, pág. 351 y ss. Los "bandos" coloniales se referían a la forma de anunciar públicamente una medida determinada y por extensión se utilizaba el término para referirse al mandato legal mismo. Y por "buen gobierno" se entendía en un sentido amplio, para referirse al gobierno de la Monarquía o del reino. Y en un sentido restringido, "hacía consistir al buen gobierno en un conjunto de reglas determinadas". Por su parte, Botassi considera que los llamados "bandos de buen gobierno" (en el período 1552 a 1776) consistían en la resolución de conflictos y por tanto, significaban el ejercicio de funciones jurisdiccionales. BOTASSI, Carlos, "Breve historia del derecho público bonaerense", UNLP 2009-2010, pág. 63.

87 TAU ANZOATEGUI, Victor, Casuismo y Sistema, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1992, pág. 487.

88 CARNOTA, Walter, "El derecho a una buena Administración Pública", op. cit., pág. 3, nota 11. El autor comenta que en el derecho europeo se habla también del derecho a una "buena justicia" o una "buena administración de justicia".

89 TOMÁS MALLÉN, Beatriz, op cit, pág. 43.

90 ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, La organización judicial argentina en el período hispánico, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1981, pág. 7/9.

debía acercarse, en la medida de lo posible, el actuar del gobernante o el juez de Indias. Este parámetro subjetivo se asemeja a otros presentes en el derecho privado actual como el “buen padre de familia” o “el buen hombre de negocios” -como dijéramos más arriba-.

Y vemos, por otro lado, que la noción actual del derecho administrativo europeo del “derecho al buen gobierno y la buena Administración” es un concepto más objetivado que el Colonial. Se trata de un derecho con un contenido más objetivo, reglado, configurando un concepto más cerrado y menos abierto a la interpretación.

Considero que es lícito trazar una analogía entre la “buena Administración” y la “buena administración de justicia”.

Respecto de la justicia, hoy en día encontramos una nueva concepción de la actividad judicial, antes dominada enteramente por la idea del silogismo lógico de subsunción<sup>91</sup>; mientras que ahora, se suele postular que en la actividad de impartir justicia, el juez debe propender a buscar la mejor solución posible haciendo un “balancing” o ponderación de los derechos, principios o valores en juego<sup>92</sup>. Algo similar sucede con la buena Administración, donde se postula que ya no basta el mero acatamiento ciego, formal, burocrático, al principio de legalidad, sino que la Administración –para cumplir con sus cometidos públicos- debe buscar siempre la mejor solución posible.

## VI. El Buen Gobierno y la Buena Administración como principio rector del obrar de la Administración.

El derecho administrativo nace de los comentarios que hace la doctrina a las resoluciones del Consejo de Estado francés, con lo que Jaime Rodríguez-Arana Muñoz concluye que el derecho administrativo es una elaboración operada casi exclusivamente a partir de principios generales<sup>93</sup>.

Por lo tanto, los Principios generales del derecho administrativo son los criterios inspiradores del entero sistema normativo de nuestra disciplina.

Además, por la característica de derecho “in fieri” de nuestra disciplina, en constante mutación, campo fértil de legislación contingente y ocasional -pues con ella se pretende satisfacer necesidades públicas que suelen ser de urgencia o novedosas<sup>94</sup>-, sin un núcleo duro de principios generales, capaz de insertar y articular esa normativa cambiante en un sistema operante y fluido, seríamos incapaces de hacer ciencia con esta rama<sup>95</sup>.

Por su parte Ronald Dworkin, habla de “principios” como voz genérica -en sentido amplio- como “todo el conjunto de estándares que no son normas”. Y en un sentido más estricto, distingue al “principio” de las “directriz o directriz política”, donde éstos últimos son estándares que se propone un objetivo a ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, social o político de la comunidad. Mientras que el principio en sentido estricto, se refiere a los estándares que han de ser observados, no porque favorezcan o aseguren la situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia social, la equidad o alguna otra modalidad de la moralidad<sup>96</sup>.

Los principios del derecho han sido clasificados por el Dr. Rodolfo Vigo, en: a) jurídico positivos sectoriales; b) jurídico positivos sistemáticos; y c) iusnaturalistas<sup>97</sup>.

Los primeros informan una rama del derecho en particular, se van descubriendo a partir de un proceso inductivo de generalización. Los segundos, constituyen los pilares, sustento y fundamento iuspositivo a todo el ordenamiento, generalmente están consagrados en la Constitución del Estado de que se trate y el método aconsejable frente a ellos es el deductivo –para extraer de ellos normas o principios menos generales-, tienen una función menos técnica que los anteriores y cuentan con una capacidad generadora de derecho. Están generalmente en el “bill” de derechos de las Constituciones. Finalmente, los principios iusnaturales, son inferidos de la misma naturaleza del hombre y se encuentran en el campo del llamado “derecho o justo natural”. Constituyen el núcleo mismo de lo jurídico inscripto en la naturaleza humana, pero, a su vez, requieren de las normas y principios que

91 NIETO, Alejandro, en NIETO, Alejandro y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, El derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces, 6ta. impresión, Barcelona, Ariel, 2010, pág. 44.

92 Solución propuesta por Masciotra ante la presencia de “casos difíciles” al decir de Dworkin. MASCIOTRA, Mario, “Alcances y límites de la discrecionalidad judicial”, La Ley diario del 15 de noviembre de 2010, pág. 3.

93 RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “El derecho administrativo global: un derecho principal” Revista del Régimen de la Administración Pública, n° 377, sección doctrina, pág. 41. De igual modo COVIELLO, Pedro J.J., “Los principios y valores como fuentes del derecho administrativo”, en AAVV, Cuestiones de Acto administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo, Buenos Aires, RAP, 2009, pág. 733.

94 SARMIENTO GARCÍA, Jorge, Los principios en el derecho administrativo, Mendoza, Ediciones Diké, 2000, pág. 20.

95 Conf. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, “Reflexiones sobre la ley y los principios general del derecho en el derecho administrativo”, en Revista de la Administración Pública, n° 40, enero/abril 1963, estudios, pág. 204.

96 DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, Barcelona, Ariel, 2008, 8va impresión, pág.

97 VIGO, Rodolfo, “Los principios generales del derecho”, Jurisprudencia Argentina, Tomo 1986-III, pág. 862 y ss.

integran el derecho positivo para adaptarse a las circunstancias históricas<sup>98</sup>.

Ahora bien, ¿Cuál es la fuente o razón jurídica de los principios? Según las distintas posturas, surgen del derecho natural, de las concepciones históricas de los pueblos, o por la elaboración de la ciencia jurídica o del propio entramado jurídico<sup>99</sup>. Así frente a este interrogante existen dos grandes tesis: a) para las corrientes positivista: consideran que el fundamento radica en un pretérito derecho o en el propio ordenamiento; b) y para las corrientes extrapositivistas: para quienes el fundamento se encuentra en un ámbito superior al propio ordenamiento jurídico<sup>100</sup> (sea que nos situemos en el realismo jurídico o en la escuela clásica del derecho natural -hoy llamada realismo jurídico clásico-).

Y luego, ¿Cuál es la función de los principios? Son un modo de concretar o cubrir las lagunas jurídicas o de atemperar el alcance de las normas cuya aplicación lleva a soluciones injustas<sup>101</sup>. Así mismo, los principios son “informadores” del ordenamiento jurídico<sup>102</sup>. De tal modo, ellos sirven para integrar el derecho (ante las lagunas), para informar a las normas y para interpretar las normas positivas.

Vigo, por su parte -y refiriéndose a los principios en general-, le atribuye tres funciones: ontológica, preceptiva y gnoseológica. La función ontológica está dada en cuanto el principio es causa primera de algo; la función preceptiva o normativa, en cuanto el principio manda u ordena una conducta orientada a satisfacer un fin; y la función gnoseológica, en cuanto el principio da razón de algo, ayuda o posibilita el conocimiento de lo que interroga<sup>103</sup>.

Una de las funciones fundamentales de los principios generales del derecho administrativo es el de ser standard de control de la discrecionalidad administrativa<sup>104</sup>.

Podemos sostener que el principio de buena administración sería una emanación de los valores “dignidad del hombre” y “Estado de Derecho”. Respecto de la distinción entre principios y valores remitimos al trabajo de Pedro J.J. Coviello<sup>105</sup>.

Ya bajando al derecho positivo argentino, vemos que los “principios generales del derecho” se encuentran mencionados en el art. 16 del Código Civil.

La doctrina civilista -ante la pluralidad de fuentes con la que cuenta el C.C.- postuló de modo indistinto que el art. 16 del CC tenía filiación: a) iusnaturalista clásica católica aristotélica tomista<sup>106</sup>; b) positivista; c) “cientificista”, vale decir, como elaboración de la ciencia jurídica<sup>107</sup>.

Se trata de un artículo del Código Civil que encarna un principio jurídico general afincado en el mismo, pero que irradia sus efectos sobre todo el ordenamiento jurídico. Por tanto, estamos en presencia de una regla jurídica consagrada en el Código Civil pero aplicable a todo el derecho -explicable quizás por el afán decimonónico de intentar regularlo todo y por la vieja concepción de que el derecho por antonomasia es el derecho privado y en particular el civil-.

---

98 VIGO, Rodolfo, “Los principios generales del derecho”, op. cit.

99 COVIELLO, Pedro J.J., “Los principios y valores como fuentes del derecho administrativo”, op. cit., pág. 732.

100COVIELLO, Pedro J.J., “Los principios generales del derecho frente a la ley y el reglamento en el derecho administrativo argentino”, Revista de derecho administrativo, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, año 19, pág. 1088.

101COVIELLO, Pedro J.J., “Los principios y valores como fuentes del derecho administrativo”, op. cit. pág. 732.

102COMADIRA, Julio Rodolfo, “Función administrativa y principios generales del procedimiento administrativo”, en AAVV 130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires, La Ley, 1994, pág. 81.

103 VIGO, Rodolfo, “Los principios generales del derecho”, op. cit.

104Así, el control sobre la actividad administrativa discrecional se efectúa: primero controlando la legitimidad de los elementos reglados del acto; luego controlando la veracidad de los “hechos determinantes” y discriminando la discrecionalidad de los “conceptos jurídicos indeterminados”; y finalmente, sobre el “núcleo duro” de la discrecionalidad, efectuando un control mediante el principio de razonabilidad y los principios generales del derecho. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, La lucha contra las inmunidades del poder, Madrid, Civitas, 2004, pág. 35 y ss. De igual modo, así lo declarado la Corte Suprema de Justicia argentina en la causa “Consejo de Presidencia” (La Ley 1992-E, pág. 101), ha declarado que no existen actos “discrecionales” o “reglados” “en bloque”, sino que los actos son cualitativamente más discrecionales o reglados; y sobre los más “discrecionales” siempre cabe el control sobre los elementos reglados del mismo.

105COVIELLO, Pedro J.J., “Los principios y valores como fuentes del derecho administrativo”, op. cit., pág. 746 y ss. Así los valores no contienen especificaciones sobre los supuestos en los que deben ser aplicados, ni las consecuencias jurídicas que deben seguirse en concreto: son ideas directivas generales; mientras que los principios entrañan un mayor grado de concreción y especificación que los anteriores respecto de las situaciones en que pueden ser aplicadas y sus consecuencias -pero sin ser normas analíticas. Tanto en doctrina como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en ocasiones se utiliza a ambos términos como sinónimos, asimilando ambos conceptos. Conf. GARCIA CANALES, M., “Principios generales y principios constitucionales”, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), nº 64 abril/junio 1989, pág. 150/153.

106BORDA, Guillermo, Tratado de derecho civil argentino, parte general, tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959, 3ª edición actualizada, pág. 92. En modo similar, Llambías presenta al art. 16 del Código Civil como una manifestación del “siempre vivo derecho natural”. LLAMBIAS, Jorge Joaquín, Tratado de derecho civil argentino, parte general, tomo I, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1986, pág. 37/39 y 116/117.

107 COVIELLO, Pedro J.J., “Los principios generales del derecho frente a la ley y el reglamento en el derecho administrativo argentino”, Revista de derecho administrativo, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, año 19, pág. 1090.

Si bien, gran parte de la doctrina ha interpretado que dicha norma reconoce los principios del derecho de raigambre iusnaturalista; en un reciente artículo el Dr. Rodolfo Vigo<sup>108</sup> distingue entre lo que él llama los “Principios del derecho” (propios de un Estado de Derecho Constitucional, que vinculan el derecho con la moral) –siendo estos los principios jurídicos por antonomasia- y los “principios generales del derecho” mencionados en el art. 16 del Código Civil –de raigambre decimonónica, positivista-.

Evidentemente, si tomamos la distinción efectuada por el Dr. Vigo, debemos decir que la “buena administración” califica como Principio en el primer sentido -vale decir, como principio propio del Estado de Derecho Constitucional-.

Y a nivel Constitucional, existe una mención a los “principios” en el art. 28 CN, en tanto dispone que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Se trata de la manda constitucional de no cercenamiento del contenido esencial de los derechos al ser reglamentados por ley –es éste su núcleo duro-.

De tal modo, consideramos que la buena administración opera fundamentalmente -según el grado de evolución todavía embrionario del mismo en el derecho argentino- como principio rector de la actuación de la Administración pública<sup>109</sup>, más que como un derecho subjetivo público de los particulares. Ello por cuanto, a nuestro entender, la existencia del mismo como derecho subjetivo se ve todavía limitado por la escasa posibilidad de lograr la tutela judicial del mismo.

De todos modos, es menester aclarar que con esto no estamos adscribiendo a la teoría kelsiana, en el sentido que si un derecho no tiene posibilidad de tutela judicial el mismo no tiene existencia.

Y tomando la clasificación de Vigo, considero que el derecho a una buena Administración debe operar como un principio iusnaturalista, por cuanto el buen gobierno y su manifestación, la buena administración, hacen a la dignidad de la persona<sup>110</sup>. En otros ordenamientos jurídicos –v.gr. Italia, Portugal y los países de la Unión Europea- podrán considerarlo asimismo un principio fundacional o “constitucional”.

En cuanto principio, se trata de un principio de “contenido plural” y su fuerza expansiva puede imponer una nueva cultura en la actuación de la Administración pública y su vinculación con los particulares<sup>111</sup>.

Se trata, hoy por hoy en el derecho argentino, de un principio programático.

## VII. La Buena Administración y el rol del abogado del Estado

A los fines de anclar el concepto de la buena Administración a la realidad cotidiana de la Administración, vamos a vincular este tema con el la labor del abogado del Estado.

Hasta acá hemos visto que la doctrina y la jurisprudencia ha relacionado este tema principalmente con el procedimiento administrativo, con el deber de motivación del acto administrativo<sup>112</sup> o con el deber de imparcialidad de la Administración. Veamos cómo funciona en su relación con la abogacía del Estado.

Al respecto, se ha sostenido que tanto los órganos consultivos (como los ombudsmen) pueden desarrollar una labor importante para lograr una buena administración, sea desde una perspectiva micro como macro<sup>113</sup>.

Distinguiremos a continuación la situación del llamado abogado “interno” del “externo” del Estado.

### a) El abogado interno y la buena Administración

1. Un primer enunciado nos dice que el abogado debe contribuir para arribar a la mejor solución posible y no solo aquellas que sean meramente “legales”.

En tal sentido, se ha dicho que “una correcta actividad jurídica interna es fuente necesaria para el buen quehacer administrativo”<sup>114</sup>.

2. Además, el abogado del Estado debe cuidar de no hacer del procedimiento administrativo un calvario o una serie de trampas para cercenar o limitar los derechos de los administrados.

En tal sentido, disposiciones como el art. 40 del reglamento de la ley de procedimiento administrativo nacional (decreto 1759/1972) y la ley 12.071 de la provincia de Santa Fe -en cuanto

---

108 VIGO, Rodolfo, “Principios generales del derecho y Principios (Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional, respectivamente)”, La Ley diario del 8 de febrero de 2011, pág. 1 y ss.

109 Conf. SINDICATURA DE GREUGES DE BARCELONA, El derecho a una buena administración, pág. 14.

110 Dignidad eminente de la persona que ha sido expresamente reconocida por la Constitución de la Provincia de Santa Fe en su art. 7.

111 SINDICATURA DE GREUGES DE BARCELONA, El derecho a una buena administración, pág. 16.

112 GARCÍA PÉREZ, Marta, “La motivación de los actos administrativos”, El Derecho Serie Administrativo de fecha 31/10/2012, pág. 1.

113 PONCE SOLE, Juli, “Procedimiento administrativo, globalización y buena administración”, op. cit.

114 FIORINI, tomo 1, pág. 320/323 citado por MURATORIO, “El dictamen jurídico en la Administración Pública Nacional”, Revista de Derecho Administrativo, 2002, pág. 535.

imponen la obligación de la Administración, al notificar un acto administrativo, de comunicar el recurso que cabe contra el mismo, el plazo para interponerlo, y en su caso, si agota o no la vía administrativa- encarnan supuestos de buena Administración<sup>115</sup>. Por ello, se dicho que ahora el agotamiento de la vía deja de ser un problema del administrado, para pasar a serlo de la Administración<sup>116</sup>.

c) Debería propender a respetar el derecho a otorgar la vista del expediente administrativo al particular y el pleno acceso al mismo. Así, el acceso del particular al expediente administrativo configura otro supuesto de buena Administración<sup>117</sup>.

Se deberá dar acceso al expediente a: 1) el interesado –“parte” en el procedimiento administrativo-, sea que esgrima un derecho subjetivo o interés legítimo (art. 3 decreto 1759/72) -quedando todavía por ser desarrollado por la doctrina y jurisprudencia la posibilidad de participar en el procedimiento administrativo de quien esgrime un “derecho de incidencia colectiva”- <sup>118</sup>.

2) De los particulares en general, quienes buscarán el acceso al mismo mediante la normativa prevista por el decreto de acceso a la información pública 1172/03 anexo VII o mediante la ley de presupuestos mínimos de acceso a la información pública ambiental n° 25.831–en su caso-<sup>119</sup>.

En tal sentido, a la luz de la “buena Administración” son muy criticables los procedimientos administrativos tributarios provincial<sup>120</sup> y municipal<sup>121</sup> de la provincia de Santa Fe, por cuanto no permiten la vista del expediente administrativo una vez interpuesto el recurso administrativo que cuestiona una determinación tributaria<sup>122</sup>.

d) De igual modo, considero que a la luz de este principio, se podría volver a visitar la idea de la Abogacía del Estado como custodio de la Constitución Nacional<sup>123</sup>. Vale decir, si bien en nuestro sistema el control de constitucionalidad de las leyes corresponde al poder judicial (arg. arts. 31 y 116 Constitución Nacional)<sup>124</sup>, parte de la doctrina ha entendido que el Poder ejecutivo podría inaplicar normas flagrantemente inconstitucionales -ejerciendo de ese modo una suerte de “control de constitucionalidad”-. Ello entendiendo que el rol del Poder ejecutivo es velar por la aplicación de las leyes y conforme la concepción post-segunda guerra mundial, la ley primera es la Constitución Nacional -y no se trata más de un programa político, sino de una norma ejecutable-.

Sin embargo, es claro que “esa facultad de abstenerse de aplicar la ley, con fundamento en la inconstitucionalidad, sólo podrá ejercerla el Poder Ejecutivo con suma prudencia y en casos extremos en que,...., aparezca la violación constitucional de modo indudable y manifiesto, dado que media también el principio constitucional de la división de poderes, que hace a la esencia de nuestro régimen

---

115 A nivel de la provincia de Santa Fe, existe la ley n° 12.071 de similar redacción, con la diferencia que no prevé sanción específica para su incumplimiento; por lo cual, la jurisprudencia ha interpretado que la sanción a su trasgresión es la nulidad de la notificación.

116 LISA, Federico, “Acto de contenido reglamentario. Agotamiento de la vía administrativa”, RAP n° 381 pág. 121.

117 RIVERO ORTEGA, Ricardo, El expediente administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2da edición, 2008, pág. 118 y ss.

118 NIELSEN, Federico, “El recurso de reconsideración”, en AAVV Cuestiones de Procedimiento administrativo, Buenos Aires, RAP, 2006, pág. 670. Máxime si se tiene en cuenta que la CSJN ha admitido la legitimación de quien esgrime un derecho de tal naturaleza, dándole forma de modo pretoriano al llamado “amparo colectivo” o “class action” in re “Halabi” (LA LEY tomo 2009-B, pág. 157) ya que si éstos pueden cuestionar judicialmente el acto, podrán cuestionarlo antes en sede administrativa (presupuesto procesal de acceso a la vía judicial), además de por aplicación del principio de quien puede lo más, puede lo menos.

119 En este supuesto, la legitimación para el acceso a la información pública está dada a toda persona pública o privada, sin necesidad de esgrimir derecho subjetivo, interés legítimo ni contar con patrocinio letrado. Decreto 1172/03, anexo VII, art. 6. De modo similar, el art. 3° de la ley 25.831 tampoco exige acreditar interés o razón alguna para acceder a la información pública ambiental.

120 Ley provincial 3456.

121 Ley provincial 8173.

122 En igual sentido, PUIG, Carlos M., El derecho a la vista del expediente administrativo, op. cit., pág. 112.

123 Conf. VAQUER, Carlos A., “La Procuración del Tesoro de la Nación custodio de la Constitución Nacional”, en AAVV 130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación. 1863-1993, Buenos Aires, La Ley, 1994, pág. 247. De igual modo, DIAZ, Mariana, La acción declarativa de inconstitucionalidad, Buenos Aires, AAD-hoc, 2003, pág. 46 y DOMINGO, Hugo Luis, “La actividad administrativa y el control de constitucionalidad, con anotaciones referidas al régimen municipal santafesino”, en AAVV Estudios sobre derecho municipal y federalismo, Colección Derecho Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Buenos Aires, El Derecho, 2006, pág. 37 y ss.

124 Ello conforme con la interpretación constitucional que ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “Sojo” (Fallos 32:120) siguiendo a la jurisprudencia de la Corte Suprema Norteamericana, en “Marbury v. Madison”. De tal modo, se ha sostenido que el control judicial de constitucionalidad en el derecho argentino, configura una emanación de los poderes implícitos del Poder Judicial -así como el Poder legislativo tiene poderes implícitos consagrados en el art. 74 inc. 31 CN y la doctrina es conteste en afirmar la existencia de poderes implícitos en la actuación del Poder Ejecutivo. De igual modo, la Constitución de los Estados Unidos de América tampoco prevé expresamente el control *judicial* de constitucionalidad. Conf. LIU, Goodwin, KARLAN, Pamela S. & SCHROEDER, Christopher H., Keeping Faith with the Constitution, New York, Oxford University Press, 2010, pág. 24.

constitucional”<sup>125</sup>.

Sobre ello Comadira ha sostenido que la Administración podría inaplicar una norma por ser ésta contraria a la Constitución Nacional cuando: a) el Poder ejecutivo considere que existe una inconstitucionalidad razonablemente evidente; b) como efecto de una declaración de inconstitucionalidad pronunciada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; c) o cuando dicha inconstitucionalidad surja de una doctrina judicial reiterada y constante emanada de tribunales inferiores<sup>126</sup>.

Y en ese rol de “control constitucional” es vital -por obvias razones de idoneidad técnica- la actividad de la abogacía del Estado.

e) Por otro lado, la labor del abogado interno del Estado es esencial para hacer real este principio de buena administración, por aquello de que “reformar la Administración es tarea una tarea diaria”<sup>127</sup>, logrando desde el rol de la organización pasiva o consultiva el pleno respecto de los derechos de los particulares y conseguir adaptar la organización a la coyuntura en la que ha de desarrollar su actividad<sup>128</sup>.

f) En cuanto al dictamen jurídico (obligatorio cuando se puedan ver afectados derechos subjetivos o intereses legítimos), cuando haya en el expediente administrativa motivación llamada “in aliunde”<sup>129</sup>, generalmente encontraremos dicha motivación en el dictamen jurídico (como acto preparatorio es considerado por la ley como esencial dentro del debido procedimiento previo)<sup>130</sup>. En tal sentido, podemos sostener que la llamada teoría de la “subsanción”<sup>131</sup> supone un caso de “mala administración”.

Respecto del dictamen jurídico se ha dicho que su misión principal es consagrar la juridicidad en el ejercicio de la función administrativa<sup>132</sup>. Siendo que consideramos a la buena administración como integrante del principio de juridicidad.

---

125 DICTÁMENES 159-I-83, citado por VAQUER, Carlos A., “La Procuración del Tesoro de la Nación custodio de la Constitución Nacional”, en AAVV 130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación. 1863-1993, Buenos Aires, La Ley, 1994, pág. 249.

126 COMADIRA, Julio Rodolfo, Derecho administrativo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pág. 409. Surge aquí el interrogante si de las fuerzas policiales y de seguridad podrían “inaplicar” la ley de estupefacientes (ley 23.737), a la luz de los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que ha declarado inconstitucional el delito de tenencia para consumo personal de estupefacientes (por todos CSJN “Arriola, Sebastián” La Ley 2009-E, pág. 468). Consideramos, sin embargo, que tal alternativa no es jurídicamente posible, por cuanto la inaplicación de una norma por su inconstitucionalidad es aceptada por la doctrina sólo cuando es dispuesta por la máxima autoridad, previo dictamen jurídico.

127 Conf. NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro, “Estándares del OCDE y cultura del buen gobierno: análisis y perspectivas”, pág. 2.

128 NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro, “Estándares del OCDE y cultura del buen gobierno: análisis y perspectivas”, op. cit., pág. 12.

129 COMADIRA, Julio Rodolfo, El acto administrativo en la ley nacional de procedimientos administrativos, Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 43.

130 Art. 7 inc. d) Ley 19.549.

131 Así llamada por Linares en LINARES, Juan Francisco, “La garantía de defensa ante la Administración”, La Ley tomo 142 pág. 1137, donde el autor calificada de tal modo a los casos jurisprudenciales donde los tribunales no les interesa la indefensión del particular en sede administrativa, si luego el interesado pudo defenderse en sede judicial. Vale decir, que ante omisiones y vicios en el procedimiento administrativo, cierta jurisprudencia “convalida” la validez del procedimiento si el particular tiene luego posibilidad de defenderse en sede judicial. En tal sentido, “Buján c/ Municipalidad de Tigre” de la Corte Suprema de Justicia de fecha 7/12/1999, publicado en El Derecho diario del 31 de octubre de 2000 (el actor había sido cesanteado del puesto de planta permanente que ocupaba en la municipalidad y contra dicho acto interpuso recurso contencioso administrativo). En contra de la teoría de la subsanción: “American Airlines c/ Secretaría de Comercio”, Cámara Nacional de lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, El Derecho, serie especial Administrativo, del 29-9-00, donde considera que la Ley 19.549 ha elevado a requisito esencial del acto administrativo el dictamen jurídico en los supuestos consagrados en dicha norma. También en contra de la teoría de la subsanción: “Club Estudiantes de La Plata c. Municipalidad de La Plata”, La Ley 2002-F, pág. 956 -donde se consideró que la falta de dictamen jurídico previo comprometió la garantía de defensa en juicio y afectó los derechos de la accionante-. Asimismo CSJN “Adidas”, publicado en El Derecho, serie especial Administrativo, diario del 28/6/2002 -donde se anuló la medida de prórroga de una medida de salvaguarda a la importación de calzado, incumpliendo el procedimiento reglado previo-. De igual modo, CANDA, Fabián, “El incumplimiento de los procedimientos esenciales previos al dictado del acto administrativo y la teoría de la subsanción”, El Derecho, serie especial Administrativo, diario del 31/10/2000, donde el autor considera que la falta o vicio grave de procedimiento determina una nulidad insusceptible de saneamiento, ya que se trata de una nulidad absoluta (conf. arts. 7º inc. B y 14 inc. b. ley 19.549). Armando Canosa, por su parte distingue tres situaciones: a) ante un acto dictado con prescindencia total y absoluta del procedimiento administrativo previo, considera que directamente no existe acto administrativo alguno; b) cuando se haya omitido parcialmente los procedimientos esenciales -violando el debido proceso adjetivo o siguiendo un procedimiento distinto al previsto en la norma- estaremos ante un acto viciado de nulidad absoluta; y c) finalmente, si los vicios son leves, el acto podrá sanearse. CANOSA, Armando, “El procedimiento administrativo como elemento del acto administrativo” en AAVV Acto Administrativo y reglamento, Buenos Aires, de. Ciencias de la Administración, 2002, pág. 62/3.

132 GOROSTEGUI, Beltrán, El dictamen jurídico administrativo, Buenos Aires, El Derecho, 2010, pág.49.

g) También, el asesor letrado de la Administración debe evitar el excesivo ritualismo o un desmesurado apego a los reglamentos –sin caer por el contrario en el exceso de discrecionalidad-. Este “vicio de la Administración” se ve aventado al acudir a los principios del derecho, y efectivamente hace a una buena Administración<sup>133</sup>. En particular, podemos citar el caso donde el apego literal a un reglamento podría despojar la solución a un caso donde está implicado el interés público o la prestación de un servicio.

Por otro lado, retomando el tema de los principios generales del derecho y las lagunas en el derecho administrativo, considero que el abogado interno del Estado en principio no podría invocar una laguna del derecho a los fines de evitar dictaminar sobre una cuestión sometida a su consideración; máxime si en el obrar de la Administración está comprometido el bien común. De tal modo, hará a una buena administración que el letrado del letrado tenga que echar mano a los principios generales del derecho para resolver el entuerto.

h) Un abogado del estado que acerque “soluciones” (y no que sea parte del problema) a la Administración activa, va a contribuir a generar una “buena administración”, lo que generará un “buen gobierno”.

i) Otra idea que sería conveniente estudiar (y que aquí por cuestiones de extensión solo presentaremos) es la cuestión acerca de si existe secreto profesional en las comunicaciones entre el abogado interno y los altos funcionarios políticos<sup>134</sup>, y de cómo juega el deber de todo funcionario público de denunciar ilícitos; ello enmarcado en el principio de buena administración.

j) Concretamente, ¿qué podrá hacer el abogado interno del Estado en pos de la buena administración?

Antes debemos efectuar una acotación, usualmente las quejas por mala administración suelen estar más presentes en los organismos estatales más cercanos al ciudadano. Por tanto, es claro que la “organización consultiva” rara vez será pasiva de una “denuncia por mala administración”<sup>135</sup>.

En primer lugar, en lo relativo a la actividad concreta, diaria, material del letrado del Estado encontramos que estará obligado al momento de dictaminar de proponer la revocación de actos administrativos o procedimientos administrativos dictados en violación de los directrices de la buena administración. Además, postulado de modo positivo, él mismo -al momento de dictaminar- deberá tener presente el principio de buena administración al momento de efectuar el análisis jurídico de la cuestión traída a su conocimiento, y proponer -en su caso- “la mejor solución posible”<sup>136</sup>.

En segundo término, en los procedimientos administrativos recursivos (autotutela de segunda potencia) garantizar al particular el pleno acceso al expediente, abogar por la resolución del mismo en plazos razonables, fundamentalmente mediante el dictamen jurídico previo efectuar una motivación suficiente del acto administrativo posterior -para el caso que luego la administración activa haga propio el acto preparatorio-. Y garantizar mediante su saber técnico jurídico la imparcialidad y trato equitativo de la Administración. Recordemos que el letrado del Estado no es abogado personal de la autoridad administrativa, sino que es garante de la legalidad<sup>137</sup>.

En tercer lugar, con la propuesta de derogación de actos de alcance general donde no se haya respetado los principios de la transparencia, o que no se haya cumplido con el requisito de la audiencia pública -en su caso-.

En cuarto término, proponiendo la revocación -o la no adjudicación- de los contratos administrativos en los cuales el procedimiento administrativo previo no haya respetado los principios de transparencia, honestidad, eficacia en el gasto público.

---

133 En un sentido similar –aunque apuntado no a los principios sino a los valores- Gordillo manifiesta que existe en nuestra cultura jurídica una irrealidad de querer llevarlo todo a una norma escrita, y donde “la clave del buen funcionamiento de un sistema está no tanto en su texto como en los valores con los cuales los ciudadanos efectivamente se comporten”. GORDILLO, Agustín, *La Administración paralela*, Madrid, Civitas, 2001, pág. 27.

134 Al respecto, Laurence Tribe manifiesta que si no garantiza allí el secreto profesional, se podría llegar al absurdo de que el Presidente y su gabinete tengan que contratar asesoría letrada privada a su propio costo para gozar de la protección de la llamada “información privilegiada” al tratar asuntos de gobierno. TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, Volume One, 3er Edition, New York, Foundation Press, 2000, pág. 783.

135 TOMÁS MALLÉN, Beatriz, op. cit., pág. 55.

136 Pedro Coviello propone la siguiente estructura esquemática de los dictámenes jurídicos: asunto, antecedentes de hecho, análisis jurídico, conclusión y eventualmente la o las propuestas. COVIELLO, Pedro J.J. en el prólogo a la obra de GOROSTEGUI, Beltrán, *El dictamen jurídico administrativo*, Buenos Aires, El Derecho, 2010, pág.18.

137 COVIELLO, Pedro J.J. en el prólogo a la obra de GOROSTEGUI, Beltrán, *El dictamen jurídico administrativo*, op. cit., pág. 21. De igual modo, LUQUI, Juan Carlos, “El dictamen jurídico. Algunas consideraciones sobre su forma, contenido y función”, *Jurisprudencia Argentina*, 1954-IV, pág. 44 y ss; donde manifiesta que el letrado del Estado no debe ser como el abogado de un particular que se identifica con su cliente. Sino que se debe posicionar en una situación intermedia: actúa en parte como abogado y en parte como funcionario público. “No le es permitido defender otra cosa que la regular aplicación del derecho, ni tampoco pensar que por ser abogado de la Administración deba constituirse en enemigo del particular”.

## b) El abogado “externo” y la buena administración

Respecto de los abogados “externos” del Estado -aquellos que hacen la defensa en juicio del mismo- la doctrina ha dicho que las explicaciones dadas a posteriori por los abogados del Estado, deben ser consideradas, en principio, de forma escépticas, puesto que pueden configurar racionalizaciones post facto, preparadas para maquillar la ausencia de consideración de los elementos del caso. De igual modo, puede suceder que la explicación aportada durante el juicio suponga una motivación ex novo sin fundamento alguno en el expediente<sup>138</sup>.

Recordemos al respecto, que el derecho de defensa es tal antiguo como el mundo<sup>139</sup>. Además, Ivanega sostiene que el procedimiento administrativo debe reconocer y admitir la garantía del debido proceso legal, no sólo por ser aplicación de preceptos constitucionales, “sino también como exigencia de una mejor administración”, reconociendo así el rol del administrado como coadyuvante de la Administración para lograr una actividad administrativa legítima y eficaz<sup>140</sup>.

De tal modo, los letrados encargados de la defensa en juicio del Estado también pueden contribuir a una buena Administración. Ello coordinando su acción con el rol de control de los abogados internos del Estado; evitando ejercer defensas irrazonables o descabelladas que intenten justificar una actuación administrativa injustificable. También contribuirán a una buena administración mediante el “feed back” con los integrantes de la organización activa y pasiva respecto de lo resuelto en sede judicial (especialmente respecto aquellos casos en que la instancia judicial revisora haya censurado la actuación administrativa por configurar una mala administración).

Otra expresión de la buena Administración estará dada por letrados del Estado que respeten el ejercicio leal de la actividad procesal, ello sin perjuicio de poder sacar legítimas ventajas a las prerrogativas procesales con que cuenta el Estado como gestor del bien común<sup>141</sup>. Pero siempre, sin perder el norte del “deber ético de hacer justicia, por lo cual es su obligación analizar si las reclamaciones de los particulares, en lo sustancial, se ciñen a derecho y son justas”<sup>142</sup>.

Esto es así porque el abogado del Estado no es un letrado que defiende o representa a un cliente más, sino que representa al Estado, garante del bien común y gestor de los intereses generales.

De tal modo, resulta claro que el abogado del Estado no podría negar en pleito aquello que se encuentra suficiente y debidamente probado en un expediente administrativo, ya que ello contraría los principios de moralidad en el obrar del Estado, además de contradecir al principio de la buena fe. Además, el abogado del Estado no debe olvidar el principio según el cual la Administración no debe mentir<sup>143</sup>, máxima que se aplicará asimismo al Estado en juicio.

## VIII. Quid: La posibilidad de lograr tutela judicial suficiente respecto del principio de buena Administración.

Llegados a este punto, considero que el llamado “enforcement” se podría lograr, por ejemplo, mediante una acción de daños cuando haya ocurrido una lesión antijurídica resultante de la violación del deber de buena administración<sup>144</sup>. O cuando ante un sistema de revisión judicial de tipo de “juicio al acto administrativo” -incorporado en varias provincias argentinas- se anula un acto por violación del “debido procedimiento previo” con violación las reglas de la buena administración.

Haciendo una revisión de la jurisprudencia argentina, encontramos que los llamados derechos de segunda generación han tenido una suerte dispar en los tribunales de justicia<sup>145</sup>. Al tiempo que los derechos de tercera generación (medio ambiente, defensa de la competencia, derechos de consumidores y usuarios) han encontrado resortes de tutela judicial más efectivos con figuras tales como el amparo, amparo colectivo, amparo ambiental y las acciones de recomposición del medio ambiente.

138PONCE SOLE, Juli, “Procedimiento administrativo, globalización y buena administración”, op. cit.

139En tal sentido, Pedro J.J. Coviello cita a la defensa que Nicodemo realiza de Jesús en el Evangelio de San Juan: “¿Permite nuestra Ley condenar a alguien antes de haberlo oído y de haber conocido sus hechos?”. COVIELLO, Pedro J. J.: “El debido procedimiento adjetivo y el procedimiento administrativo” en AAVV, Cuestiones de Procedimiento Administrativo, Buenos Aires, RAP, 2005, págs. 588, 596. De igual modo, “Hasta Dios mismo no sentenció a Adán antes de llamarlo a hacer su defensa”. Conf. GORDILLO, Agustín, Tratado de derecho administrativo, tomo 2do, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, pág. IX-13.

140 IVANEGA, Miriam M, “El derecho de defensa en el procedimiento disciplinario” en AAVV Cuestiones de procedimiento administrativo, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, RAP, 2006, pág. 951.

141 MAIORANO, Jorge Luis, “La defensa del estado en juicio y la Procuración del Tesoro”, en AAVV 130 años de la Procuración del Tesoro, Buenos Aires, La Ley, 1994, pág. 216.

142 Dictámenes 103:120 citado por MAIORANO, Jorge Luis, “La defensa del estado en juicio y la Procuración del Tesoro”, en AAVV 130 años de la Procuración del Tesoro, Buenos Aires, La Ley, 1994, pág. 216.

143RIVERO, Jean, “Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporáneo”, op. cit., pág. 295.

144 PONCE SOLE, Juli, “Procedimiento administrativo, globalización y buena administración”, op. cit.

145 Aquí encontramos pequeñas grandes salvedades, como el caso del derecho a la salud -como emanación del derecho a la vida-, que ha tenido un desarrollo jurisdiccional fenomenal en la Argentina.

#### IX. Quid II: Ley 10.000 santafesina (recurso contencioso administrativo sumario)

A nivel derecho público provincial, encontramos por ejemplo, en la provincia de Santa Fe la ley 10.000 que regula un recurso contencioso administrativo sumario de tutela de intereses difusos.

El recurso previsto en la norma será procedente cuando se den los siguientes supuestos: “a) que se cuestione una decisión, acto u omisión de una autoridad administrativa provincial, municipal o comunal o de entidades personales privadas en ejercicio de funciones públicas; b) que se impute la violación de disposiciones del orden administrativo local (quedando de suyo excluidas las eventuales violaciones de otras disposiciones); y c) que se denuncie la lesión de intereses simples o difusos de los habitantes de la Provincia”<sup>146</sup>.

Se trata, en principio, de un recurso que controla únicamente la legalidad<sup>147</sup> o legitimidad<sup>148</sup> del obrar administrativo. Sin embargo, la doctrina ha relativizado dicha característica, ya que para determinar si el obrar administrativo ha “violado disposiciones del orden administrativo” local, “es necesario auscultar (en alguna medida, al menos) el acierto, oportunidad y conveniencia”<sup>149</sup>.

Surge en esta instancia el interrogante ¿podría interponerse un recurso contencioso administrativo sumario esgrimiendo que el derecho o interés difuso violado es la “buena administración” de modo directo?

Al respecto, Sagüés y Serra consideran que sería una exageración sostener que todo habitante que se encuentre interesado en una adecuada prestación del “servicio de justicia” esgrima dicho “interés difuso” para lograr la tutela con este remedio judicial<sup>150</sup>. Trasladado a la buena administración, creemos que la solución es la misma.

De igual modo, se ha planteado el caso de un habitante de la ciudad de Rosario que interpuso un recurso de la ley 10.000 contra la provincia de Santa Fe invocando que como ciudadano pagaba sus impuestos y se sentía “altamente preocupado, afectado y atemorizado por su seguridad e integridad personal y patrimonial, situación que se habría agravado por la muerte en acto de servicio de un policía provincial 'aparentemente por falta de chaleco antibala y haberse trabado su pistola reglamentaria’”<sup>151</sup>.

De tal modo, el particular interpuso el recurso de la ley 10.000, pretendiendo se “ordenara a la Provincia de Santa Fe que brinde mayor seguridad a la población de la ciudad de Rosario, incrementando la presencia de patrullaje del personal policial en la vía pública para una mejor y efectiva prevención y combate del delito; aumentando de ser necesario el número de efectivos de la Unidad Regional II; y, equipando adecuadamente a los mismos para el desempeño de dicha tarea dentro de un cronograma progresivo que no exceda de diciembre de 2005”. A tal efecto, invocó los derechos a la vida, al honor, a la integridad, a la salud y a la seguridad consagrados en la Constitución nacional y provincial.

El recurso prosperó tanto en primera instancia como ante la Cámara de Apelaciones, siendo luego revocado por la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fe. El más Alto Tribunal provincial consideró que con el proceso se pretendía traer a juzgamiento políticas públicas que competen a otros poderes del Estado<sup>152</sup>, violando por tanto la división de poderes, al tratarse de “materia propia, exclusiva y excluyente” de otro de los poderes del Estado. Así mismo, consideró que la sentencia del tribunal inferior no hizo referencia a la normativa legal violada por la inacción administrativa.

Por todo ello, considero que, en líneas generales, no sería viable que un particular invoque de modo directo la “buena administración” como interés difuso e intente interponer un recurso regulado por la ley 10.000 con dicho objetivo. Estaríamos en dicho supuesto ante un “acción popular” o de “defensa de la mera legalidad” no aceptado por nuestra Constitución Nacional, ante la ausencia del requisito del “caso” o “controversia” para el acceso a la tutela judicial. Ello al menos, con el grado de

146 Conf. “Peralta, Hugo D. c. Gobierno de la Provincia de Santa Fe”, Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fe, La Ley Litoral 2008 (diciembre), pág. 1206.

147 Conf. “Olivierim Daniel M. c. Municipalidad de Rosario”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala II, Jurisprudencia Argentina 2004-III-302.

148 Conf. “Chiappini, Julio c. Provincia de Santa Fe”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala III La Ley Litoral 2007 (diciembre), pág. 1224.

149 SAGÜÉS, Néstor Pedro y SERRA, María Mercedes, Derecho procesal constitucional de la provincia de Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998, pág. 293. De todos modos, más allá del diferendo acerca del alcance del control judicial que se puede ejercer con este remedio, nosotros postulamos que la buena administración integra el bloque de juridicidad.

150 SAGÜÉS, Néstor Pedro y SERRA, María Mercedes, Derecho procesal constitucional de la provincia de Santa Fe, op. cit., pág. 298.

151 “Peralta, Hugo D. c. Gobierno de la Provincia de Santa Fe”, Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fe, La Ley Litoral 2008 (diciembre), pág. 1206. Al respecto, es válido recordar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que “el servicio de seguridad no está legalmente definido de modo expreso y determinado, y muchos menos se identifica con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros”, al resolver una acción de daños contra una provincia. CSJN “Mosca c. Prov. de Buenos Aires”, considerando 6to. del voto de la mayoría. LA LEY 2007-B, 261.

152 Ello en violación del art. 72 inc. 17 de la Const. Provincial (conf. considerando 2 del voto de la Dra. Gastaldi).

evolución de este principio en nuestro derecho.

De todos modos, estimo que sería viable esta vía si el particular esgrimiese otro interés difuso y manifestase la violación de la buena administración como modo adjetivar -negativamente, las más de las veces- el obrar administrativo. Vale decir, el particular para poder accionar deberá esgrimir la lesión a un derecho (o interés difuso en el caso de la ley 10.000) concreto.

Finalmente, pienso que el hecho de que se trate de un recurso de “legalidad” no excluye in limine de la posibilidad de utilizar este remedio legal para controlar la “buena administración”, pues consideramos que este principio integra el principio de juridicidad al cual debe amoldarse el obrar de la Administración.

Siguiendo a Julio Comadira preferimos sostener que la Administración debe respetar el principio de juridicidad, antes que el de legalidad, ya que el primero es un concepto más abarcativo que incluye no solo la mera legalidad, sino también a la Constitución Nacional, los tratados internacionales, los principios del derecho -incluimos aquí a la buena administración-, la jurisprudencia, la costumbre, doctrina y hasta el precedente administrativo.

## X. Conclusiones.

El derecho administrativo tradicional -al decir de Barnes Vázquez- ha estado al servicio del Estado de Derecho y la protección de las libertades. Operando como garantía de acierto e imparcialidad en las decisiones y como tutela de derechos individuales, predominando la función *negativa* (o de limitación o defensa).

Hoy en día, el derecho ha asumido funciones *positivas*, no ya como mecanismo para asegurar la legalidad, sino como instrumento que permita un ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración más responsable y eficaz, capaz de ponderar todos los intereses en presencia, de involucrar a todas las Administraciones afectadas, de generar consenso, y de hallar la solución más eficaz<sup>153</sup>.

En tal sentido, uno de los desafíos de los administrativistas y operadores del derecho frente a esta nueva institución será dotarla de un contenido específico propio y que no quede solamente como retórica vacía de contenido, estableciendo objetivos concretos y reales para que “los políticos y los técnicos se propongan comenzar a buscar una *buena* administración”<sup>154</sup>.

Será también fundamental para una “buena Administración” el factor humano, ya que sin buenos funcionarios no habrá -ni será posible- una buena Administración. Recordemos al respecto, que la Constitución Nacional exige la “idoneidad” como condición para la admisión en el empleo público.

Para quienes consideren a la buena Administración como derecho fundamental, su construcción podría efectuarse a partir de los derechos no enumerados del art. 33 CN. Asimismo podría ser construido, a partir del art. 1 CN -forma republicana de gobierno- y la mención a la calidad y eficiencia en los servicios públicos del art. 42 CN, el cual tiene -al decir del Dr. Ismael Mata- un efecto expansivo a toda la Administración.

Luego, vimos que los elementos o sub-derechos que componen la buena Administración ya se encuentran presentes y reconocidos en el derecho argentino. Sea por consagración en la Constitución Nacional, en instrumentos internacionales, en leyes y reglamentos, o a partir de la creación pretoriana de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o Altos Tribunales provinciales. Sin embargo, muchos de ellos no tienen jerarquía constitucional. “Constitucionalizar” a los “sub-derechos” permitirá darle mayor fuerza normativa -o en su caso, clarificar dicha fuerza-.

Otra idea a tener en cuenta -para quienes postulan que se trata de un derecho- es que como vimos más arriba, se suele mencionar a la buena administración tanto como un derecho del particular, como un deber de la Administración. Será cuestión de indagar, así mismo, en la dimensión del “deber del ciudadano” de ser un “buen administrado”<sup>155</sup>. Quedará para el futuro, estudiar que deberes tiene -o debiera tener- el ciudadano hacia la Administración -en su carácter de colaborador- para hacer posible la “buena Administración”.

Hemos visto, asimismo, como los antecedentes indianos de la buena Administración traslucían conceptos cargados de subjetivismo; en tanto, que la noción actual tiende a objetivarse.

Repasamos, también, la acción que le corresponde al abogado del Estado (tanto interno como externo) en la prosecución de la buena Administración. Quedará para futuras investigaciones el rol que le cabe a los Defensores del Pueblo (nacional y provinciales) en el contralor de la misma.

153BARNES, Javier, “La colaboración interadministrativa a través del procedimiento administrativo nacional” en AAVV (director J. Barnes) La transformación del procedimiento administrativo, Global Law Press – Editorial de Derecho Global, Sevilla, 2008, pág. 266.

154IVANEGA, Miriam M., “La Administración pública del Siglo XXI: entre la utopía y la realidad”, Revista jurídica La Ley, diario del 2 de marzo de 2011, pág. 6. En un sentido similar, DÍEZ SASTRE, Silvia, El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante, Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 217.

155 Sobre el tema de los deberes de los particulares, remitimos a LISA, Federico, “Las situaciones jurídicas subjetivas y el derecho supranacional. Con particular referencia a la figura del deber”, en II, III y IV Jornadas Rosarinas de Derecho Administrativo “Dr. Antonio Pedro Chede”, RAP n°381, pág. 313.

En el plano de las ideologías, huelga recordar que hay quienes han apuntado que el concepto “governance” o “buen gobierno” como un concepto teñido u orientado hacia “el capitalismo”<sup>156</sup>, buscando con ello desacreditar los esfuerzos de su sistematización y conceptualización. Sin embargo, al decir del Dr. Rodríguez-Arana Muñoz los conceptos de buen gobierno y buena administración no responden a una ideología determinada alguna, sino que remiten a métodos nuevos que trascienden la disyuntiva izquierda-derecha<sup>157</sup> y las nuevas políticas que ponen en marcha no pueden depender de una ideología en la conformación de su proyecto<sup>158</sup>.

Así, es dable observar que toda esta construcción del buen gobierno y la buena Administración, impone el deber de la Administración de volver sobre la realidad de las cosas, para solucionar problemas reales de los ciudadanos.

En cuanto a su naturaleza jurídica actual, tuvimos ocasión de puntualizar que la doctrina, jurisprudencia y legislación lo han tratado tanto como un derecho fundamental, con un principio extrajurídico, un standard de interpretación, un concepto jurídico indeterminado o como un principio.

Por mi parte, considero que la “buena administración” es, en la realidad jurídica argentina, un principio y no un “derecho” de los particulares.

Ello sin perjuicio de aclarar que, según mi postura iusfilosófica, no sería “*conditio sine quanon*” la consagración normativa positiva de un derecho para sostener su existencia -como sucede con la buena Administración-. Vale decir, estimo que los derechos fundamentales preexisten a la consagración normativa -nacional o internacional- de los mismos. Ni siquiera es obstáculo para reconocer la existencia de un derecho la falta de sanción jurídica a su incumplimiento.

Simplemente, pienso que la buena Administración no puede ser considerada un derecho fundamental o humano -al menos dada la evolución del mismo en el derecho argentino-. Y sobre ello, resulta claro que se ha hecho uso y abuso de la categoría “derecho”<sup>159</sup>, atribuyendo tal calificación a situaciones diversas que no configuran necesariamente un derecho subjetivo.

Aclarado ello, ante el interrogante de si se trata de un principio de ciencias de la Administración o un principio jurídico vinculante, me inclino por la segunda opción.

La buena administración aparece entonces como un principio jurídico, en tanto “mandato de optimización”, al decir de Robert Alexy<sup>160</sup> o como “derecho concentrado”<sup>161</sup>, ya que brinda la posibilidad de obtener las respuestas jurídicas que se necesitan para los casos en cuestión<sup>162</sup>.

Este mandato de optimización ordenará a la Administración a actuar del mejor modo posible.

Por otro lado, la “normativización” de la buena Administración se logra al incluirlo dentro del principio de juridicidad.

Entonces, como dijimos más arriba, la “buena Administración” constituye una relectura de elementos ya existentes en el derecho argentino. Pero una vez consolidada, nos va a permitir revitalizar las viejas instituciones del derecho administrativo y aggionarlas a las exigencias modernas de un Estado de Derecho<sup>163</sup>.

Finalmente, ¿por qué hablar de buena Administración? Máxime si se tiene en cuenta que los conceptos jurídicos deben ser funcionales; y recordando que en un plano teórico, la buena Administración se identifica con los objetivos mismos del Estado<sup>164</sup>. Vale decir, que toda Administración se supone que por definición debería funcionar bien, o al menos ha sido creada para funcionar bien.

Pareciera entonces que si hablamos tanto de una “buena Administración” debe ser porque evidentemente los ciudadanos y los juristas perciben en la realidad cotidiana la presencia de una “mala Administración”. De ser así, ojalá el presente trabajo contribuya a cambiar esa percepción.-

---

156 Conf. GUIBOURG, Ricardo A., “Definiciones, ficciones, deformaciones”, La Ley diario del 3 de mayo de 2011, pág. 1. Del mismo modo, aunque con matices distintos, DELLA CANANEA, Giacinto, “Gobernanza y derecho administrativo global”, RAP 380, pág. 16 (sección doctrina).

157 RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, El buen gobierno y la buena Administración, op. cit., pág.68.

158 RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, El buen gobierno y la buena Administración, op. cit., pág. 39.

159 PEGORARO, Lucio, “¿Existe un derecho a una buena Administración? (Algunas consideraciones sobre el ab(uso) de la palabra “derecho””, en AAVV (Carmen María Ávila Rodríguez y Francisco Gutiérrez Rodríguez coordinadores) El derecho a una buena administración y la ética pública, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pág. 29.

160 ALEXY, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Palestra Editores, Lima, 2007, pág. 458.

161 VIGO, Rodolfo, “Principios generales del derecho y Principios (Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional, respectivamente)”, op. cit., pág. 1 y ss.

162 VIGO, Rodolfo, “Principios generales del derecho y Principios (Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional, respectivamente)”, op. cit., pág. 1 y ss.

163 En un modo similar Juárez Freitas propone una reformulación del derecho administrativo brasileño, “como incidencia actual, directa o inmediata, del derecho fundamental a la buena administración pública”, JUAREZ FREITAS, “Derecho fundamental a la buena Administración pública: concepto transformador del Derecho Administrativo Brasileiro”, Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, nº 7, pág. 10.

164 PEGORARO, Lucio, “¿Existe un derecho a una buena Administración? (Algunas consideraciones sobre el ab(uso) de la palabra “derecho””, op. cit., pág. 40.