

105
MAYO/JUNIO 2016

DERECHO ADMINISTRATIVO

Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica

DERECHO ADMINISTRATIVO

Director

Juan Carlos Cassagne

Subdirectores

Pablo Esteban Perrino - David Andrés Halperin - Estela B. Sacristán

Consejo de Redacción

Pedro Aberastury (h) - Carlos A. Andreucci - Alberto B. Bianchi - Alberto Biglieri - Carlos Botassi - Pedro J. J. Coviello - Beltrán Gambier - Agustín Gordillo - Daniel M. Nallar - María Jeanneret de Pérez Cortés - Jorge H. Sarmiento García - Domingo J. Sesin - Daniel F. Soria - Guido S. Tawil

Secretarios de Redacción

Juan Cruz Azzarri - Denise L. Bloch - Ariel Cardaci Méndez - Ezequiel Cassagne - Santiago Castro Videla - Analía Conde - Juan Gustavo Corvalán - Julio C. Durand - Ana Patricia Guglielminetti - Fernando E. Juan Lima - Jorge I. Muratorio - Mariano Palacios - Marisa L. Panetta - Gustavo E. Silva Tamayo - Maximiliano Toricelli - María Susana Villarruel

Coordinadora

María Eugenia Zacagnino

Consejo Consultivo Internacional

Una publicación de
AbeledoPerrot S.A.
Tucumán 1471
(C1050AAC)
Buenos Aires
Argentina

ISSN 1851-0590
RNPI 5074816

Hermann-Josef Blanke (Alemania)	Santiago Muñoz Machado (España)
Christian Pielow (Alemania)	Luis Martín Rebollo (España)
Karl-Peter Sommermann (Alemania)	Franck Moderne (Francia)
Odete Medauar (Brasil)	Pierre Subra de Bieusses (Francia)
Fabio Medina Osorio (Brasil)	Carlo Marzuoli (Italia)
Romeu Felipe Bacellar Filho (Brasil)	Domenico Sorace (Italia)
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Brasil)	Aldo Travi (Italia)
Vitor Rhein Schirato (Brasil)	Luciano Vandelli (Italia)
Felipe de Vivero (Colombia)	Luis José Bejar Rivera (México)
Jorge Enrique Ibáñez Najar (Colombia)	Jorge Danós Ordóñez (Perú)
Libardo Rodríguez Rodríguez (Colombia)	Richard Martin Tirado (Perú)
Consuelo Sarria (Colombia)	Lino Torgal (Portugal)
Alejandro Vergara Blanco (Chile)	Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)
Tomás Ramón Fernández (España)	Víctor Hernández Mendible (Venezuela)
José Luis Martínez López-Muñiz (España)	

DIRECTOR **JUAN CARLOS CASSAGNE**

105
MAYO/JUNIO 2016

DERECHO ADMINISTRATIVO

Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-0590
RNPI: 5074816

Todos los derechos reservados
© ABELEDOPERROT S.A.

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471
Tel.: 0810 222 5253

Ventas

Talcahuano 494 – Tel.: (54-11) 5235-0030
Figuroa Alcorta 2263 –Facultad de Derecho (UBA)– Tel.: (54-11) 4803-2468
Junín 747 – Tel.: (54-11) 4373-4409 / 4372-5572
tr.serviciosalcliente@thomsonreuters.com
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

SUMARIO

TEMA SELECCIONADO: LA MODERNIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Diez propuestas para la modernización del procedimiento administrativo en la Argentina Por Armando N. Canosa	499
La transformación del procedimiento administrativo Por Isaac A. Damsky	521
La suspensión por la Administración Pública nacional de los efectos del acto administrativo Por Jorge I. Muratorio	537
La modernización del procedimiento administrativo Por Juan Carlos Cassagne	553

ESTUDIOS

Derecho público y derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho Por José Luis Martínez López-Muñiz	565
El poder de policía y policía de la actividad vitivinícola Por Marcela S. Molina	613
Hábeas corpus colectivo correctivo: facultades de la Administración <i>versus</i> tutela judicial efectiva Por Jorge O. Viltes Monier	641
El <i>mobbing</i> dentro de la relación de empleo público. Su necesaria inclusión como enfermedad profesional Por Vanina L. Kruger	649

LEGISLACIÓN ANOTADA

Acerca de la Ley de Ministerios. El decreto 13/2015 Por David Andrés Halperin	673
---	-----

La protección del patrimonio cultural en la ley 27.103 Por Juan Carlos Cassagne y Milagros Ibarzábal	677
--	-----

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía Por Estela B. Sacristán y María Eugenia Zacagnino	685
--	-----

Índice de colaboradores.....	IX
Índice de materias.....	XI
Índice de partes.....	XIV
Índice de tribunales.....	XIV

ÍNDICE DE COLABORADORES * y **

Aguirre, Juan Ignacio

- Derecho al acceso a la información pública. La confidencialidad del acuerdo entre las petroleras YPF SA y Chevron, ReDA 104-300 (JA)

Alfonso, María Laura

- La participación societaria del Estado en las empresas públicas, ReDA 103-281 (LA)

Bolaños, Marcelo

- La exclusión de la responsabilidad del Estado del Código Civil y Comercial. A propósito del alcance de la doctrina “Barreto” y la técnica de reenvíos al derecho público local, ReDA 103-25 (TS)

Canosa, Armando N.

- Diez propuestas para la modernización del procedimiento administrativo en la Argentina, ReDA 105-499 (TS)

Cassagne, Juan Carlos

- La modernización del procedimiento administrativo, ReDA 105-553 (TS)

Cassagne, Juan Carlos y Ibarzábal, Milagros

- La protección del patrimonio cultural en la ley 27.103, ReDA 105-677 (LA)

Castello, Juan David

- El derecho intrafederal en la reciente doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ReDA 104-371 (JA)

Conde, Analía

- Del derecho humano a buscar y recibir información, disposiciones normativas especiales y control democrático, ReDA 104-305 (JA)

Correa, José Luis

- Responsabilidad del Estado en la provincia de Mendoza. Otorgamiento de competencias, ReDA 103-1 (TS)

Damsky, Isaac A.

- La transformación del procedimiento administrativo, ReDA 105-521 (TS)

Delfín, Alejandra

- Responsabilidad del Estado y servicios públicos: una comparación entre la ley 26.944 y el ordenamiento francés, ReDA 103-31 (TS)

Demartino, Julieta y Yolis, Lisandro

- 2015: ¿qué nos dejó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia tributaria?, ReDA 104-377 (JA)

Durán Martínez, Augusto

- Legitimación en el proceso de inconstitucionalidad de actos legislativos, ReDA 103-93 (E)

Falcone, Luciana S.

- Los límites de la potestad disciplinaria, ReDA 104-320 (JA)

Fonrouge, Julio C.

- Derecho ambiental y residuos peligrosos, ReDA 104-462 (JA)

Gesta Leal, Rogério y Granato, Leonardo

- Corrupción y Administración Pública: medidas preventivas convergentes en América Latina, ReDA 103-111 (E)

* Las letras (AJ) identifican a Actualidades Jurisprudenciales, (B) Bibliografía, (DA) Dictámenes Anotados, (DC) Dictámenes Comentados, (E) a Estudios, (FE) a Fe de Erratas, (IM) a *In Memoriam*, (JA) a Jurisprudencia Anotada, (LA) a Legislación Anotada, (SJ) a Síntesis Jurisprudencial, (TS) a Tema Seleccionado.

** Incluye el contenido de los números 103. 104 y del presente.

Granato, Leonardo y Gesta Leal, Rogério

- Corrupción y Administración Pública: medidas preventivas convergentes en América Latina, ReDA 103-111 (E)

Guglielminetti, Ana Patricia e Ibarzábal, Milagros

- Legitimación, dominio público y dominio privado del puerto de Buenos Aires (un fallo singular, en una época singular), ReDA 104-487 (JA)

Gusman, Alfredo S.

- La acción declarativa de inconstitucionalidad en la Ciudad de Buenos Aires ante el argumento contramayoritario del Poder Judicial, ReDA 103-233 (E)

Halperin, David Andrés

- Acerca de la Ley de Ministerios. El decreto 13/2015, ReDA 105-673 (LA)
- La responsabilidad del Estado por el obrar de sus entidades descentralizadas y la ley 26.944, ReDA 103-41 (TS)
- Un dictamen con contenido preocupante, ReDA 104-497 (DA)

Ibarzábal, Milagros y Cassagne, Juan Carlos

- La protección del patrimonio cultural en la ley 27.103, ReDA 105-677 (LA)

Ibarzábal, Milagros y Guglielminetti, Ana Patricia

- Legitimación, dominio público y dominio privado del puerto de Buenos Aires (un fallo singular, en una época singular), ReDA 104-487 (JA)

Kruger, Vanina L.

- El *mobbing* dentro de la relación de empleo público. Su necesaria inclusión como enfermedad profesional, ReDA 105-649 (E)

Leiva Poveda, Jorge

- Tratamiento sustantivo de las costas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ReDA 103-195 (E)

Luján, Mabel E.

- Un fallo que plantea pretéritos y nuevos problemas de la Ley de Defensa del Consumidor, a la luz del Código Civil y Comercial, ReDA 104-329 (JA)

Martínez López-Muñiz, José Luis

- Derecho público y derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho, ReDA 105-565 (E)

Meilán Gil, José Luis

- Un *meeting point* de los ordenamientos jurídicos sobre contratación pública, ReDA 103-55 (E)

Molina, Marcela S.

- El poder de policía y policía de la actividad vitivinícola, ReDA 105-613 (E)
- Las designaciones de origen geográfico como medio de fomento del desarrollo rural sustentable en el derecho argentino, ReDA 103-259 (E)

Moretti, Silvia R.

- La potestad sancionadora de los entes reguladores. El caso de transporte público de pasajeros, ReDA 103-239 (E)

Muratorio, Jorge I.

- La suspensión por la Administración Pública nacional de los efectos del acto administrativo, ReDA 105-537 (TS)

Paolantonio, Martín E.

- La ley 27.207 y los principios básicos de los procesos de reestructuración de la deuda soberana, ReDA 103-275 (LA)

Perlingeiro, Ricardo

- Perspectiva histórica de la jurisdicción administrativa en América Latina: tradición europea continental *versus* influencia estadounidense, ReDA 103-141 (E)

Pintos Santiago, Jaime

- ¿Por qué le llaman convenios administrativos cuando quieren decir contratos públicos y viceversa? Distinción entre estas figuras y otras afines, ReDA 103-175 (E)

Sacristán, Estela B. y Zacagnino, María Eugenia

- Bibliografía, ReDA 103-287 (B)
- Bibliografía, ReDA 105-685 (B)

Siseles, Osvaldo E.

- Acceso a la información (especial referencia a las sociedades con participación estatal), ReDA 103-211 (E)

Vergara Blanco, Alejandro

- Derecho administrativo y método jurídico. El rol de la doctrina, ReDA 103-77 (E)

Viltes Monier, Jorge O.

- Hábeas corpus colectivo correctivo: facultades de la Administración *versus* tutela judicial efectiva, ReDA 105-641 (E)

Ylarri, Juan Santiago

- ¿Corresponde la reparación del lucro cesante en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita? La evolución de la jurisprudencia, la opinión de la doctrina y su regulación en el Código Civil y Comercial y en la Ley de Responsabilidad del Estado, ReDA 103-7 (TS)

Yolis, Lisandro y Demartino, Julieta

- 2015: ¿qué nos dejó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia tributaria?, ReDA 104-377 (JA)

Zacagnino, María Eugenia y Sacristán, Estela B.

- Bibliografía, ReDA 103-287 (B)
- Bibliografía, ReDA 105-685 (B)

ÍNDICE DE MATERIAS * y **

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Doctrina

Ciudad de Buenos Aires

- La acción declarativa de inconstitucionalidad en la Ciudad de Buenos Aires ante el argumento contramayoritario del Poder Judicial, por Alfredo S. Gusman, ReDA 103-233 (E)

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Doctrina

Funciones de la Administración - Fomento - Generalidades

- Las designaciones de origen geográfico como medio de fomento del desarrollo rural sustentable en el derecho argentino, por Marcela S. Molina, ReDA 103-259 (E)

Generalidades

- Bibliografía, por Estela B. Sacristán y María Eugenia Zacagnino, ReDA 103-287 (B)
- Corrupción y Administración Pública: medidas preventivas convergentes en América Latina, por Rogério Gesta Leal y Leonardo Granato, ReDA 103-111 (E)
- Un dictamen con contenido preocupante, por David Andrés Halperin, ReDA 104-497 (DA)

Otras formas jurídicas - Generalidades

- La participación societaria del Estado en las empresas públicas, por María Laura Alfonso, ReDA 103-281 (LA)

Otras formas jurídicas - Sociedad del Estado

- Acceso a la información (especial referencia a las sociedades con participación estatal), por Osvaldo E. Siseles, ReDA 103-211 (E)

ACTO ADMINISTRATIVO

Doctrina

Suspensión

- La suspensión por la Administración Pública nacional de los efectos del acto administrativo, por Jorge I. Muratorio, ReDA 105-537 (TS)

BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO

Jurisprudencia

- Dársena del Puerto de Buenos Aires – Titularidad – Impugnación del decreto por el que se pretendió adquirir el dominio del bien, ReDA 104-471

COMPETENCIA (En particular)

Doctrina

Derecho administrativo - Administración Pública

- Perspectiva histórica de la jurisdicción administrativa en América Latina: tradición europea continental versus influencia estadounidense, por Ricardo Perlingeiro, ReDA 103-141 (E)

CONSTITUCIÓN

Doctrina

Control de constitucionalidad (Nacional) - Generalidades

- Legitimación en el proceso de inconstitucionalidad de actos legislativos, por Augusto Durán Martínez, ReDA 103-93 (E)

CONTRATO ADMINISTRATIVO (En general)

Doctrina

Generalidades

- ¿Por qué le llaman convenios administrativos cuando quieren decir contratos públicos y viceversa? Distin-

* Las letras (AJ) identifican a Actualidades Jurisprudenciales, (B) Bibliografía, (DA) Dictámenes Anotados, (DC) Dictámenes Comentados, (E) a Estudios, (FE) a Fe de Erratas, (IM) a *In Memoriam*, (JA) a Jurisprudencia Anotada, (LA) a Legislación Anotada, (SJ) a Síntesis Jurisprudencial, (TS) a Tema Seleccionado.

** Incluye el contenido de los números 103. 104 y del presente.

ción entre estas figuras y otras afines, por Jaime Pintos Santiago, ReDA 103-175 (E)

- Un *meeting point* de los ordenamientos jurídicos sobre contratación pública, por José Luis Meilán Gil, ReDA 103-55 (E)

Jurisprudencia

- Procedimiento de contratación – Licitación privada – Validez del rechazo de una oferta – Fundamentos – Informe técnico que no fue desvirtuado, ReDA 104-493

CONTRATO ADMINISTRATIVO

(En particular)

Doctrina

Concesión de servicio público - Control

- La potestad sancionadora de los entes reguladores. El caso de transporte público de pasajeros, por Silvia R. Moretti, ReDA 103-239 (E)

Empleo público - Generalidades

- El *mobbing* dentro de la relación de empleo público. Su necesaria inclusión como enfermedad profesional, por Vanina L. Kruger, ReDA 105-649 (E)
- Los límites de la potestad disciplinaria, por Luciana S. Falcone, ReDA 103-320 (JA)

DAÑOS Y PERJUICIOS

Doctrina

Responsabilidad del Estado - Generalidades

- La exclusión de la responsabilidad del Estado del Código Civil y Comercial. A propósito del alcance de la doctrina “Barreto” y la técnica de reenvíos al derecho público local, por Marcelo Bolaños, ReDA 103-25 (TS)
- La responsabilidad del Estado por el obrar de sus entidades descentralizadas y la ley 26.944, por David Andrés Halperin, ReDA 103-41 (TS)
- Responsabilidad del Estado y servicios públicos: una comparación entre la ley 26.944 y el ordenamiento francés, por Alejandra Delfín, ReDA 103-31 (TS)

Responsabilidad del Estado - Responsabilidad de las provincias

- Responsabilidad del Estado en la provincia de Mendoza. Otorgamiento de competencias, por José Luis Correa, ReDA 103-1 (TS)

Responsabilidad del Estado - Responsabilidad por actos lícitos en general

- ¿Corresponde la reparación del lucro cesante en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita? La evolución de la jurisprudencia, la opinión de la doctrina y su regulación en el Código Civil y Comercial y en la Ley de Responsabilidad del Estado, por Juan Santiago Ylarri, ReDA 103-7 (TS)

DERECHO

Doctrina

Ramas del derecho - Derecho Público - Generalidades

- Derecho público y derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho, por José Luis Martínez López-Muñiz, ReDA 105-565 (E)

DERECHO ADMINISTRATIVO

Doctrina

Generalidades

- Bibliografía, por Estela B. Sacristán y María Eugenia Zacagnino, ReDA 105-685 (B)
- Derecho administrativo y método jurídico. El rol de la doctrina, por Alejandro Vergara Blanco, ReDA 103-77 (E)

DERECHO AMBIENTAL

Doctrina

Regímenes especiales - Patrimonio cultural

- La protección del patrimonio cultural en la ley 27.103, por Juan Carlos Cassagne y Milagros Ibarzábal, ReDA 105-677 (LA)

Regímenes especiales - Residuos peligrosos

- Derecho ambiental y residuos peligrosos, por Julio C. Fonrouge, ReDA 104-462 (JA)

Jurisprudencia

- Regímenes especiales – Residuos peligrosos – Contaminación ambiental – Fumigación realizada con plaguicidas no prohibidos – Prohibición en relación a un centro poblacional declarado en emergencia sanitaria, ReDA 104-415

DERECHO DEL CONSUMO

Doctrina

Prestación de servicios

- Un fallo que plantea pretéritos y nuevos problemas de la Ley de Defensa del Consumidor, a la luz del Código Civil y Comercial, por Mabel E. Luján, ReDA 104-329 (JA)

Jurisprudencia

- Etapa contractual – Prestación de servicios – Transporte ferroviario – Accidente – Responsabilidad de la empresa ferroviaria por prestación de servicios defectuosa – Prueba del hecho y daño – Obligaciones de la empresa – Efectos del proceso civil sobre las actuaciones administrativas – Monto de la sanción, ReDA 104-323

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Doctrina

Sujetos del Derecho Internacional Público - Responsabilidad internacional de los Estados

- Tratamiento sustantivo de las costas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por Jorge Leiva Poveda, ReDA 103-195 (E)

DERECHO TRIBUTARIO (En general)

Jurisprudencia

- Régimen constitucional - Unificación y coparticipación - Coparticipación federal de impuestos - Inconstitucionalidad de los arts. 1º, inc. a) y 4º del decreto 1399/2001 - Detracción de recursos coparticipables dispuesta por el Poder Ejecutivo - Falta de acuerdo o adhesión por parte de la provincia - Prohibición constitucional de legislar al Poder Ejecutivo - Restitución de importes retenidos - Plazo de prescripción aplicable conforme al art. 2537 del Código Civil y Comercial de la Nación - Federalismo de concertación, ReDA 104-335
- Régimen constitucional - Unificación y coparticipación - Reducción de fondos coparticipables - Financiamiento de la ANSeS - Federalismo de concertación - Alcance - Prórroga de la reducción cuestionada de manera unilateral - Inconstitucionalidad del art. 76 de la ley 26.078 - Restitución de recursos coparticipables detraídos ilegítimamente - Necesidad de la sanción de la ley-convenio en los términos del art. 75 de la Constitución Nacional - Exhortación al Poder Ejecutivo Nacional y Congreso de la Nación, ReDA 104-355

DEUDA PÚBLICA

Doctrina

Generalidades

- La ley 27.207 y los principios básicos de los procesos de reestructuración de la deuda soberana, por Martín E. Paolantonio, ReDA 103-275 (LA)

DOMINIO DEL ESTADO

Doctrina

Dominio público - Generalidades

- Legitimación, dominio público y dominio privado del puerto de Buenos Aires (un fallo singular, en una época singular), por Milagros Ibarzábal y Ana Patricia Guglielminetti, ReDA 104-487 (JA)

ESTADO

Doctrina

Formas del Estado - Federalismo - Generalidades

- El derecho intrafederal en la reciente doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por Juan David Castello, ReDA 104-371

Gobierno - Actos institucionales

- Del derecho humano a buscar y recibir información, disposiciones normativas especiales y control democrático, por Analía Conde, ReDA 104-305 (JA)
- Derecho al acceso a la información pública. La confidencialidad del acuerdo entre las petroleras YPF SA y Chevron, por Juan Ignacio Aguirre, ReDA 104-300 (JA)

Jurisprudencia

- Gobierno - Actos institucionales - Sociedades que se encuentran bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional - Interés público en la actividad desarrollada - Explotación de hidrocarburos - Pautas para denegar la información - Participación de terceros en el proceso - Disidencia - Nulidad de lo actuado sin el tercero interesado, ReDA 104-293

HÁBEAS CORPUS

Doctrina

Correctivo

- Hábeas corpus colectivo correctivo: facultades de la Administración versus tutela judicial efectiva, por Jorge O. Viltés Monier, ReDA 105-641 (E)

MEDIDAS PRECAUTORIAS

Jurisprudencia

- Procedencia - Cesantía - Derecho de defensa, ReDA 104-317

PODER DE POLICÍA

Doctrina

Cuestiones generales - Generalidades

- El poder de policía y policía de la actividad vitivinícola, por Marcela S. Molina, ReDA 105-613 (E)

PODER EJECUTIVO

Doctrina

Órganos dependientes - Ministerios

- Acerca de la Ley de Ministerios. El decreto 13/2015, por David Andrés Halperin, ReDA 105-673 (LA)

PODER JUDICIAL

Doctrina

Corte Suprema de Justicia - Sentencias y resoluciones

- 2015: ¿Qué nos dejó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia tributaria?, por Julieta Demartino y Lisandro Yolis, ReDA 104-377 (JA)

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**Doctrina****Generalidades**

- Diez propuestas para la modernización del procedimiento administrativo en la Argentina, por Armando N. Canosa, ReDA 105-499 (TS)

- La modernización del procedimiento administrativo, por Juan Carlos Cassagne, ReDA 105-553 (TS)
- La transformación del procedimiento administrativo, por Isaac A. Damsky, ReDA 105-521 (TS)

ÍNDICE DE PARTES

- Álvarez, Mónica Susana -inc. med.- v. E.N. CSJN [expte. 3807/03] s/empleo público, ReDA 104-317
- Dictamen 293:21, ReDA 104-493
- E.N. CSJN [expte. 3807/03] s/empleo público por Álvarez, Mónica Susana -inc. med.-, ReDA 104-317
- EN - M° de Planificación s/proceso de conocimiento por GCBA - Procuración, ReDA 104-471
- Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad [causa 538/2009 - 45-S] por Provincia de Santa Fe, ReDA 104-335
- Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad [causa 539/2009 - 45-S] por Provincia de Santa Fe, ReDA 104-355
- G., J. A. y otros p.ss.aa. s/ infracción ley 24.051 - recurso de casación, ReDA 104-415
- GCBA - Procuración v. EN - M° de Planificación s/proceso de conocimiento, ReDA 104-471
- Giustiniani, Rubén Héctor v. Y.P.F. S.A. s/ amparo por mora, ReDA 104-293
- Provincia de Santa Fe v. Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad [causa 538/2009 - 45-S], ReDA 104-335
- Provincia de Santa Fe v. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad [causa 539/2009 - 45-S], ReDA 104-355
- Unidad de Gestión Operativa Ferroviaria de Emergencia SA y otros v. DNCI s/recurso directo ley 24.240 - art. 45, ReDA 104-323
- Y.P.F. S.A. s/ amparo por mora por Giustiniani, Rubén Héctor, ReDA 104-293

ÍNDICE DE TRIBUNALES**Corte Suprema de Justicia de la Nación**

- 24/11/2015 – Provincia de Santa Fe v. Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad [causa 538/2009 - 45-S], ReDA 104-335
- 24/11/2015 – Provincia de Santa Fe v. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad [causa 539/2009 - 45-S], ReDA 104-355
- 10/11/2015 – Giustiniani, Rubén Héctor v. Y.P.F. S.A. s/ amparo por mora, ReDA 104-293

- 16/7/2015, sala 3ª – GCBA - Procuración v. EN - M° de Planificación s/proceso de conocimiento, ReDA 104-471
- 7/4/2009, sala 1ª – Álvarez, Mónica Susana -inc. med.- v. E.N. CSJN [expte. 3807/03] s/empleo público, ReDA 104-317

Procuración del Tesoro de la Nación

- 7/4/2015 – Dictamen 293:21, ReDA 104-493

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal

- 24/9/2015, sala 5ª – Unidad de Gestión Operativa Ferroviaria de Emergencia SA y otros v. DNCI s/recurso directo ley 24.240 - art. 45, ReDA 104-323

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba

- 17/9/2015, sala Penal – G., J. A. y otros p.ss.aa. s/ infracción ley 24.051 - recurso de casación, ReDA 104-415

DIEZ PROPUESTAS PARA LA MODERNIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA ARGENTINA

Por ARMANDO N. CANOSA

I. LA CUESTIÓN GENERAL. MODIFICACIÓN DE LA MATRIZ DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En los tiempos en que vivimos, y teniendo en cuenta la antigüedad de las normas procedimentales en el ámbito nacional, no pueden caber dudas de que surge la necesidad de proponer aunque sea larvalmente las bases de un nuevo procedimiento administrativo, teniendo en cuenta además que el que se encuentra vigente en el orden nacional responde a los requerimientos de otro tipo de administración que ha visto modificados sustancialmente los fines que debe perseguir.

La modernidad ha invadido todos los aspectos de la vida en sociedad y el procedimiento administrativo, como sustento formal de la relación entre los ciudadanos y la Administración —como parte viva del Estado— no puede estar ajena a ello. La matriz de estos procedimientos, nacidos ya hace más de cuarenta años y replicados en casi todos los países de Latinoamérica (aunque en algunos de ellos puede advertirse que ha llegado al menos en parte esta mentada modernidad), ha quedado superada por el tiempo, lo que queda demostrado con los avances de la tecnología y sobre todo por los nuevos requerimientos de los ciudadanos que moldean la estructuración de una nueva Administración, más ágil y que no sea ajena o mera espectadora de las relaciones de los hombres en sociedad.

El procedimiento administrativo deberá ser la herramienta para que todos podamos sentirnos partícipes de la actividad administrativa, y a su vez, para que la propia Administración esté presente, en su justa medida, en el quehacer diario de esta compleja sociedad, abriendo sus puertas para la participación de todos las que la formamos. El procedimiento administrativo deberá ser el instrumento idóneo para que los particulares concurremos a la sede administrativa en procura no sólo de la tutela de nuestros derechos individuales, sino también para la protección de los derechos colectivos, dentro de los cuales también estamos inmersos.

Las nuevas normas constitucionales y sobre todo la incorporación de los tratados sobre derechos humanos al texto constitucional, hicieron que nuestras normas procedimentales comunes y generales se transformen en una enumeración de principios normativos que debemos interpretarlos y estirarlos al extremo para poder sostener mínimamente que están recogidos aquellos principios protectores de estos nuevos derechos humanos. Los procedimientos administrativos especiales y también la labor de nuestros tribunales -sobre todo la Corte Suprema de Justicia de la Nación- van a la vanguardia en este camino renovador a recorrer y el producto que surge de ello tiñe aún más con un color anacrónico a la LNPA y al RNPA.

En primer término debemos coincidir en que la matriz de la LNPA se estructura sobre la base de una fuerte conexión entre el procedimiento y el proceso administrativo, y la prueba de ello

LA TRANSFORMACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Por ISAAC A. DAMSKY*

I. REFLEXIONES INICIALES

Fruto de la flor y nata de la tradición jurídica argentina, la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos constituye uno de los hitos de mayor trascendencia jurídica e institucional de nuestro Derecho Público pues, como se ha enseñado, supuso un antes y un después en la protección de los derechos por intermedio de la consolidación del principio de legalidad de la actuación administrativa, al tiempo que ha sido un campo propicio para la recepción y desarrollo de los principios generales del derecho¹.

De allí que, en mi opinión, los principales núcleos de transformación² del procedimiento administrativo debieran orientarse a intensificar la mayor apertura de los efectores de poder de

* Agradezco el honor de la invitación cursada por la distinguida profesora Estela Sacristán a exponer mis aportaciones en torno a la modernización del procedimiento administrativo, en tan reconocido medio jurídico especializado de nuestro país. Agradezco la colaboración de la Abog. Amparo Casabellas Alconada en la revisión del presente trabajo.

¹ Ver CASSAGNE, Juan Carlos, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2009, ps. 1, 4, 5 y ss. En su obra nos explica: “La LNPA cerró un ciclo y abrió otro. Así, el cierre de la etapa caracterizada por la primacía de un derecho doctrinario en formación, con la consecuente falta de unidad en los planteos y soluciones, marcó el comienzo de un ciclo distinto, signado por la certeza que siempre proporciona una codificación, aunque sea parcial, de principios y técnicas que hasta ese momento presentaban una gran movilidad jurídica. Lo que podía entonces ser imprevisible para los distintos protagonistas del fenómeno administrativo comenzó, a partir de la LNPA, a tener un grado aceptable de previsibilidad y de consenso por parte de la comunidad jurídica”.

² Se verifica una labor muy fecunda en los organismos internacionales en torno a los medios para dotar de mayor eficiencia a la Administración Pública con singular impacto sobre el procedimiento administrativo. Un hito, entre otros, lo situamos en los trabajos de la CLAD y la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico -México, 2005- y en la labor de ONU exteriorizada en el Informe del Secretario General A/60/114 del 12 de junio del mismo año 2005 sobre Administración Pública y desarrollo. Se encaró seriamente allí la problemática de la denominada “revitalización” de los sistemas de la Administración Pública orientados a “convertir las organizaciones de la Administración Pública en sistemas de prestación de servicios abiertos, participativos, innovadores con intercambio de información y orientados a la obtención de resultados”. Sin duda, toda reflexión en torno a ésta materia no puede prescindir de la valoración de tales aportaciones y de la corriente universal que impregna a las discusiones que vienen sosteniéndose durante la última década que, en gran medida, han concurrido a modelar las nociones emergentes o el “derecho emergente” a la buena Administración Pública, no sin reparos y cuestionamientos al sesgo efficientista. Desde esta óptica sugiero ampliar en la perspectiva propuesta por el profesor mexicano Daniel Márquez Gómez. Ver: MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel, “El nuevo paradigma en Administración Pública: El derecho humano a la buena Administración Pública”, en FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (coord.), *Estudios jurídicos sobre Administración Pública*, UNAM, México DF, 2012, ps. 84 y ss. El autor nos advierte en estos términos: “La idea de revitalización en la Administración Pública debe analizarse con cautela, sobre todo por el peligro de imponer una manera de

cara a la sociedad civil en la consecución del interés público mediante una mayor intermediación y convergencia concreta en tiempo real. Revitalizar al procedimiento administrativo es convertirlo en una institución útil para fortalecer la legitimidad de los procesos de toma de decisión y de diseño e implementación de políticas públicas. Optimizar sus potencialidades como instrumento de gobernabilidad. Pero también, se trata de actualizar sus técnicas orientadas a la efectividad de los derechos y la interdicción de la arbitrariedad³ para seguir posibilitando su real utilidad como instancia de acercamiento, negociación y resolución en tiempo real de los conflictos individuales en pos de una disminución de la litigiosidad⁴.

El procedimiento administrativo hoy no encuentra obstáculo para dejar de ser aquel ritualismo inútil de forzosas retahílas y sempiternas ignominias y convertirse en una instancia de consenso y tutela efectiva.

El exponencial desarrollo de la tecnología de la información aplicada a la modernización de los trámites revela el éxito obtenido por las reingenierías de procesos acometidas en nuestra Administración Pública. La despapelización, el expediente y la notificación electrónica, la firma digital y los actuales atributos de *e-government* junto con los sitios de Internet gubernamental interactivos forman ya parte de nuestro presente. Dotan de condiciones de operatividad necesarias para implementar procedimientos individuales y colectivos con fortalecimiento de la vinculabilidad de las posiciones y los atributos de sencillez de las presentaciones, fortalecer la publicidad y transparencia de los hitos de trámite, posibilitar una mayor intermediación entre particular y Administración mediante los mecanismos informáticos de interacción instantánea entre las partes, que dejan en el pasado a los tradicionales instrumentos de intercambio epistolar y hacen posible actualmente el desarrollo de técnicas como las del *diálogo competitivo* -modernizando al *data room*- para procedimientos administrativos selectivos.

Sin duda, los avances apuntados dan marco para lograr una mayor transparencia y publicidad de los institutos e instancias troncales de las decisiones administrativas orientada a una aceptable *accountability* y, con ello, obtener un adecuado nivel aceptable de integración de la sociedad civil en el diseño de las políticas públicas. La tecnología ha removido obstáculos y ahora posibilita el desarrollo de mecanismos efectivos de participación e intervención directa de particulares tanto en las instancias generales de diseño de políticas públicas y su reflejo en los procedimientos de dictado de normas reglamentarias, cuanto en los específicos procedimientos de formación de la voluntad estatal que se traduzcan en actos administrativos concretos.

pensar que, por funcional que se crea, no necesariamente lleva a la construcción de paradigmas sustentados en el ciudadano o administrado, en nuestra opinión el nuevo paradigma debe descansar en un enfoque de derechos”.

³ Ver CASSAGNE, Juan Carlos, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos...*, cit., p. 7, cuando al explicar la labor de la Comisión Redactora de la LNPA nos enseña: “En primer término, cabe puntualizar que el dictado de la ley significó el abandono del puro subjetivismo y de la arbitrariedad que caracterizaban a la Administración Pública en la anterior etapa, a través de una actuación cargada de vicios y absolutamente discrecional. La implantación de principios jurídicos para regir los procedimientos administrativos, junto a una serie de reglas sobre el acto administrativo implicó, asimismo, a partir de entonces, la construcción de un adecuado cauce procedimental tanto para la realización del interés público como para las garantías de los particulares. Y, finalmente, aun cuando incompletas y pese a que algunas de las normas resultan hoy día incompatibles con el principio de la tutela judicial efectiva merece destacarse el avance legislativo que importó la regulación procesal relativa a la impugnación judicial de los reglamentos, efectuada, por primera vez, en el orden nacional”.

⁴ Ver GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, 2015, Buenos Aires, p. 665, al decir: “No podremos dejar de advertir que en la realidad diaria ese procedimiento ha sido subvertido para convertirse en una telaraña destinada a oscurecer la publicidad de la actividad administrativa en procura de realizar el derecho y desgastar al ciudadano, haciéndolo desistir -cuando no hurtándole- sus derechos e intereses. La Administración y, particularmente, los funcionarios no llegan a comprender hasta qué punto esta corruptela genera daños irreparables a los intereses fiscales que ellos creen proteger, y cuantos más irrogan a los intereses públicos que deberían privilegiar”.

También, el rol del abogado se encuentra alcanzado y contenido dentro de este marco de transformación. La superación de la deslegitimada percepción del procedimiento administrativo como *ritualismo inútil* y su reconfiguración en *instancia efectiva* encuentra en el Abogado a un actor central de un sistema que -para lograr su finalidad de comunión de intereses- va a reclamarle dejar atrás aquella concepción “adversarial” del conflicto acompasada del tinte “beligerante” del abogado que “enfrenta” y “derrota”. En cambio, siempre que sea posible, se le requerirá obrar conforme a la “concepción dialógica” de gestión de los intereses públicos -de sesgo negocial- como atributo de los mecanismos deliberativos y participativos propios de estos tiempos.

Todo ello dentro de un marco de tolerancia⁵ entendida como “actitud activa de reconocimiento de los derechos humanos universales y las libertades fundamentales de los demás”.

II. APROXIMACIÓN A TRES EJES DE ANÁLISIS

Se trata de invitar a pensar una reforma normativa posible que brinde el marco legal adecuado para optimizar el diálogo, la celeridad y eficacia orientadas a coronar la tantas veces declamada tutela administrativa efectiva. Para tal propósito, he pensado en el abordaje de tres ejes principales dentro de los cuales entiendo discurre hoy la transformación del procedimiento administrativo.

El primero trata sobre la necesidad de abordar desde ratios de eficiencia en tutela de los derechos humanos el “principio de colaboración”⁶ mediante la transformación cultural del rol del abogado como una herramienta de acercamiento entre partes.

Mi punto de partida se afinsa en la constatación de una nueva Administración Pública inscripta dentro de una nueva lógica relacional de lo público y lo privado, acorde a nuevas finalidades y retos⁷. No es más la “estadocentrista”, “vicaria exclusiva del interés público” sino una operado-

⁵ Si bien excede en mucho a los fines de este trabajo una reflexión más abarcativa sobre la importancia de la tolerancia en la concepción dialógica que sustenta a los institutos de la forma democrática participativa y su impacto sobre el rol del abogado de derecho público, creo al menos necesario recrear la Declaración de Principios sobre la Tolerancia formulada por UNESCO el 16 de noviembre de 1995. Así, su art. 1.1 establece: “La tolerancia consiste en el respeto, la aceptación y el aprecio de la rica diversidad de las culturas de nuestro mundo, de nuestras formas de expresión y medios de ser humanos. La fomentan el conocimiento, la actitud de apertura, la comunicación y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. La tolerancia consiste en la armonía en la diferencia. No sólo es un deber moral, sino además una exigencia política y jurídica. La tolerancia, la virtud que hace posible la paz, contribuye a sustituir la cultura de guerra por la cultura de paz”. Tengo para mí que en ella ha de enmarcarse el rol del abogado.

⁶ Ampliar en: TAWIL, Guido S., “El principio de colaboración y su importancia en el procedimiento administrativo”, LA LEY, 1985-E, 952. También, en: PETRELLA, Alejandra, en POZO GOWLAND, Héctor - HALPERIN, David - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando (dirs.), Procedimiento administrativo. Procedimientos administrativos en las provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Legislación. Comentarios, t. V, La Ley, Buenos Aires, 2012, cap. VI, “Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, ps. 247 y ss., especialmente en p. 278.

⁷ Siguiendo el pensamiento de Javier Barnes, el profesor mexicano Daniel Márquez Gómez grafica el fenómeno con su claridad característica al decir: “En el siglo XXI la Administración Pública parece no ser la misma que conoció Adolfo Merkl, la privatización; la desregulación o la autorregulación regulada (a lo cual en Argentina podríamos agregar la reasunción de cometidos públicos por formas privadas con fuga del derecho público), la conversión del Estado prestador en Estado Garante en determinados sectores y la consiguiente aparición de una administración de garantía; de nuevas formas de colaboración público-privado y de reparto de responsabilidades entre la Administración y la sociedad... son las señas de identidad de un proyecto político que recorre el mundo occidental” (cfr. MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel, “El nuevo paradigma en Administración Pública...”, cit., p. 79, siguiendo a BARNES, Javier, “Innovación y reforma en el Derecho Administrativo”, Global Law Press, Sevilla, 2006, p. 13).

ra -a veces con mayor preponderancia- de una acaso “mercadocentrista”, “arena pública”⁸, fuertemente impactada por los fenómenos de internacionalización, globalización y mundialización⁹.

La Administración Pública enfrenta nuevos desafíos y reviste nuevos contenidos que deben traducirse en la búsqueda de las prácticas más apropiadas de actuación. En ello se encuentra trastocado -lo veamos o no- el procedimiento administrativo y sus principales técnicas de actuación¹⁰.

De allí que pueda postularse la necesidad de propiciar un cambio cultural que permita superar el tradicional cuño beligerante y adversarial que ha teñido el procedimiento administrativo, para pasar a una concepción más negocial y de articulación a través de la cual se pueda conformar, en tiempo oportuno, un marco de real acercamiento entre la Administración, la Sociedad Civil y los sectores económicos para así evitar, por otra parte, uno de los grandes males actuales del procedimiento administrativo -y del proceso judicial-, como lo son las demoras excesivas en las tramitaciones, la dificultad para arribar a decisiones afincadas en los hechos determinantes y, en todo ello, la sempiterna búsqueda de la anhelada transparencia¹¹.

⁸ Siguiendo el pensamiento del genial jurista italiano Sabino Cassese me remito a las ideas que, bajo su luz, desde larga data vengo exponiendo en algunos antiguos trabajos míos entre los cuales destaco: “La internacionalización del ordenamiento jurídico argentino a través del sistema interamericano de derechos humanos”, en *Diritti interni diritto, comunitario e principi sovranazionali - profili amministrativistici*, a cura di Vera Parasio, Giuffrè, Roma, 2009, p. 151; “Aproximación a la crisis del sistema de control público a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos”, ED, Suplemento de Derecho Administrativo, año XLVII, nro. 12.307, del 31/7/2009; EDA 2009-546; “El control público en la internacionalización de los ordenamientos jurídicos. Los nuevos horizontes del Defensor del Pueblo”, en CISNEROS FARÍAS, Germán - FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge - LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (coords.), *Ombudsman local. Memoria del Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México DF, 2007, ps. 151 a 177; “El control público en la internacionalización de los ordenamientos jurídicos. Aproximación a la crisis y transformación del control”, *Control de la Administración Pública. Memoria del Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México DF, 2007, ps. 141 a 173; “Variaciones y contrapuntos en los nuevos sistemas de contratación de actividades económicas públicas en Argentina. Crisis del Estado, cronycapitalism y alteración de la gobernabilidad económica”, *Revista de Derecho Administrativo & Constitucional A&C*, nro. 27, enero-marzo 2007, Belo Horizonte, 2007, ps. 11 a 42.

⁹ Ampliar en: CASSESE, Sabino, “El Derecho Global. Justicia y democracia más allá del Estado” y “Los Tribunales ante la construcción de un sistema jurídico global”, y MEILÁN GIL, José Luis, “Una aproximación al derecho administrativo global”, todos ellos en *Global Law Press*, Sevilla, 2013.

¹⁰ Reflejo de ello se verifica en la discusión por el “paradigma posburocrático y la idea de buen gobierno inscripto en las nuevas e impostergables finalidades de mantener con todo cuidado el medio ambiente, proteger la naturaleza, preservar y mejorar la ecología del entorno para que las presentes y futuras generaciones, lejos de encontrar el ocaso y la destrucción puedan disfrutar de una naturaleza intacta; todo lo cual nos lleva al denominado ‘entorno holístico’ que se debe considerar en la transformación de la administración pública: el que toca al individuo y a la naturaleza. Recientemente se han impulsado modelos administrativos como la Nueva Gestión Pública, la Reinención del Gobierno y la Administración de Calidad Total” (cfr. MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel, “El nuevo paradigma en Administración Pública...”, cit., p. 79, con cita a PICHARDO PAGAZA, Ignacio, *Modernización Administrativa. Propuesta para una reforma inaplazable*, El Colegio Mexiquense y Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, México DF, 2004, ps. 371 y 372).

¹¹ Con relación a las intersecciones entre transparencia y procedimiento administrativo sugiero ampliar en: IVANEGA, Miriam, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, 2ª ed. actualizada, RAP, Buenos Aires, 2013, ps. 117 y ss. y 197 y ss. Merecen muy especial consideración las reflexiones de la profesora Ivanega en torno al impacto de la ética pública y los instrumentos de lucha contra la corrupción sobre las normas troncales del Derecho Administrativo contemporáneo. En gran medida el núcleo de mi trabajo, al propiciar la efectividad de los postulados democrático-deliberativo-participativos, procura inscribirse dentro del pensamiento de la autora, quien nos enseña: “La transparencia pública, a nuestro entender, refleja el valor de la verdad y, por ello, frente al despilfarro y al nepotismo debe ser exigible tanto a los funcionarios públicos como a los individuos que desde el ámbito privado interactúen con ella. Ese principio ha de ser impuesto tanto en la determinación de las políticas públicas, como en la gestión y en el control, éste

La necesidad de bregar por el paso del cariz adversarial a uno más negocial, mediante la re-vivificación del principio de colaboración es un factor de acercamiento que brinda el marco para el desarrollo de escenarios superadores de conflictos, de fortalecimiento y estrechamiento de vínculos. Quiero remarcar desde el inicio que la efectivización de este núcleo conlleva, sin duda, un profundo cambio cultural porque nuestro cuño procesal latino y nuestra práctica profesional se encuentran fuertemente estructurados bajo un sesgo claramente litigioso, adversarial y, por ende, antagónico a los postulados del principio de colaboración¹².

En segundo término, es necesario profundizar en la implementación de las Tecnologías de la Información al Procedimiento Administrativo¹³, todo lo cual -al centrarse en el primer objetivo de “despapelizar”- también conlleva un profundo cambio cultural porque trastoca los inveterados usos forenses y las principales instituciones procesales, desde siempre pensadas para y desde el hoy llamado “soporte papel”. Sin duda, abandonar el papel implica también una profunda innovación a la que deberemos acostumbrarnos, nosotros, los abogados. No se me escapa que este aspecto concreto se inscribe dentro de una problemática mayor de larga data como lo es la atinencia al gobierno electrónico y la búsqueda de estrategias más eficientes acordes a los tiempos¹⁴.

Y, en tercer lugar, la necesidad de determinar las transformaciones que debieran seguir operándose sobre el procedimiento, a partir del impacto en el plano constitucional de los postulados de la forma de gobierno democrático deliberativa y participativa. Adviértase que algunas de sus técnicas fueron especificadas en determinadas cláusulas constitucionales en la reforma de 1994.

Es que tal como enseña la Prof. Estela Sacristán, “la evidencia emergente de los resultados textuales de la reforma de 1994, plasmados en el texto constitucional, muestra que fue intención del constituyente lograr una mayor participación. Así, pareció reflejarse la esperanza o expectativa de todos, en especial -entendiendo- ante el regreso de la democracia que se había operado en 1983. Parecía un paso posterior necesario en el plano institucional”¹⁵.

Pero, principalmente, estos postulados contenidos en la apuntada forma de gobierno abierta se inscriben en un plano, acaso, superior: en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos

en todas sus versiones” (IVANEGA, Miriam, Cuestiones de potestad..., cit., p. 79). En parejo orden, para una visión omnicompreensiva de la cuestión y su reflejo en las instituciones del derecho procesal administrativo, sugiero ampliar en: GARCÍA PULLÉS, Fernando, Tratado de lo Contencioso Administrativo, t. I, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 16 a 18, 93 a 102, y especialmente en ps. 329 y ss.

¹² Ampliar en CAIVANO, Roque - GOBBI, Marcelo - PADILLA, Roberto, Negociación y mediación, instrumentos apropiados para la abogacía moderna, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

¹³ El citado informe del Secretario General de Naciones Unidas A/60/114 resalta la importancia de desarrollar mecanismos que posibiliten optimizar la aplicación de las tecnologías de la información y las comunicaciones a la gestión interna y a los procesos externos de prestación de servicios, a los que considera “elementos predominantes en los sistemas de administración pública bien establecidos”. Precisamente, es útil remarcar, que en los términos del documento la revitalización entraña sencillamente la reorientación de los procesos internos hacia las demandas externas. En su numeral 24 se expone como una de las razones para revitalizar los sistemas administrativos: “b) Aplicar las tecnologías de la información y las comunicaciones para mejorar los procesos de gestión interna y los sistemas de prestación de servicios externos, así como promover la automatización de la Administración Pública (especialmente en el caso de sistemas de administrativos sólidos y en situación de cambio rápido)”.

¹⁴ Al respecto, abundan numerosos documentos, testimonios y acciones promovidas por organismos y redes inter y transnacionales desarrolladas durante la última década. A título meramente indicativo y sirviendo a la finalidad de este trabajo creo importante remitirme a los contenidos de la “Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico” de la CLAD, aprobada por la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado (<http://www.mecon.gov.ar/concursos/biblio/CARTA%20IBEROAMERICANA%20DE%20GOBIERNO%20ELECTRONICO.pdf>).

¹⁵ SACRISTÁN, Estela B., “Participación en el procedimiento administrativo: audiencias públicas”, en AA.VV., Procedimiento Administrativo. A 20 años de la Reforma Constitucional, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2015, p. 25.

que reconocen, como una exteriorización actual y palpable, el desarrollo de mecanismos procedimentales de participación de la sociedad civil y los distintos sectores involucrados en la toma de decisiones, las categorías de legitimación abiertas y el reconocimiento de la multilateralización de las cuestiones abordables en distintas clases de procedimientos¹⁶.

Claramente, el cambio o el paso del histórico paradigma democrático representativo -que alumbró al constitucionalismo tradicional- al nuevo constitucionalismo humanitario de sesgo democrático participativo, va impactando progresivamente a las principales instituciones troncales del procedimiento administrativo, trastocándolas y perfilando -casi imperceptiblemente- una singular cantidad de contenidos normativos a reformar, que quiero invitar a discutir *de lege ferenda* en orden a todas estas nuevas racionalidades a las que entiendo se orienta el nuevo procedimiento administrativo del siglo XXI.

En todo ello se permite vislumbrar con mayor o menor perceptibilidad, dependiendo los contextos, que acaso el procedimiento administrativo esté hoy superando el cuño procesal-judicial-privatista originario de carácter bilateral asentado sobre la dialéctica relación adjetiva actor-demandado, tributaria de la relación jurídica sustancial acreedor-deudor de fuerte sesgo litigioso y, acaso, adversarial. Vemos, en cambio, que el procedimiento del siglo XXI viene perfilándose no ya como bilateral sino progresivamente multilateral, siendo que las antiguas herramientas litigiosas van abriendo paso cada vez más a una dinámica más negocial en busca de consensos y articulaciones entre todas las partes involucradas. Ello es en la creencia cada vez más enraizada de que todas las partes convergen en la determinación de un interés público que ya no reconoce a la Administración Pública como su vicaria exclusiva. De esta manera, cada vez más, los procesos de formulación de políticas públicas, toma de decisión e incluso en los de revisión, nos encuentran dentro de procedimientos administrativos más abiertos, más democráticos y participativos.

III. RECUPERAR EL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN

En mi opinión, hay una debilidad que aqueja por igual al proceso judicial y al procedimiento administrativo, determinada por un déficit propio de nuestra cultura jurídica afincada en el sesgo claramente adversarial o controversial que atraviesa a las principales instituciones de nuestro derecho procesal en América Latina¹⁷.

Claramente nuestro sistema procesal -y nuestra cultura jurídica- es marcadamente litigiosa y muy escasamente negocial. Identifico al proceso y al procedimiento administrativo precisamente porque este último fue estructurado bajo las mismas técnicas de defensa y contradicción propias del proceso judicial¹⁸ -las que adoptó casi sin cortapisas-, no obstante declamarse su distinción por un objeto y finalidad afincados en la inveterada postulación de que, mientras éste procura aunar los intereses particulares con el interés público mediante la puesta en acto del principio de colaboración¹⁹, aquél presupone una contienda con pretensiones delimitadas por partes debidamente apersonadas ante un tercero imparcial.

¹⁶ Me remito a mis ideas expuestas en: "Derechos Humanos y mecanismos de interdicción de la morosidad administrativa: una nueva legitimidad", en AA.VV., *El Derecho Administrativo hoy. 16 años después*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, ps. 527/550.

¹⁷ Ampliar en CAIVANO, Roque - GOBBI, Marcelo - PADILLA, Roberto, *Negociación y mediación, instrumentos apropiados para la abogacía moderna*, cit., ps. 69 a 72, num. 1.7, "Los abogados y el cambio de perfil profesional".

¹⁸ Ver PETRELLA, Alejandra, en POZO GOWLAND, Héctor - HALPERIN, David - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando (dirs.), *Procedimiento administrativo*, cit., p. 257. Explica la autora que el procedimiento administrativo resultó desde siempre construido sobre la base de los principios propios del proceso judicial -entre ellos el principio de contradicción y de defensa en juicio-, por lo que, en estos términos, los derechos de raigambre constitucional requieren ser incorporados y garantizados en términos ciertos y efectivos.

¹⁹ Vale la pena señalar que los fundamentos de la norma de procedimientos administrativos de la Ciudad de Buenos Aires, de arquitectura muy similar a la nacional, ilustran respecto de que el régimen local

Esta identidad es tan marcada que encontramos pocas distinciones trascendentes entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial, de suerte que la más significativa finque en el criterio de unidad de vista que impera en el procedimiento, postulando que, desde su inicio hasta la decisión administrativa, se cumpla un único hito procesal, a diferencia del proceso jurisdiccional estructurado por etapas preclusivas. Pero aun así, inclusive esta diferencia no hace más que demostrar identificación en su sesgo litigioso controversial y la escasa presencia de incentivos institucionales de naturaleza conciliatoria y negocial. Se agrega que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos mediante la jurisprudencia de la Corte Interamericana -muy positivamente- reforzó la apuntada identidad al promover la vigencia del derecho a las garantías del proceso judicial, consagrado en los art. 8º y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al procedimiento administrativo²⁰.

Tengo para mí que la extrapolación de las principales técnicas del proceso judicial al procedimiento administrativo ha proyectado en él la misma percepción adversarial que se rigidiza aún más a partir de la sempiterna y contradictoria rigidez del derecho público tradicional -ínsita en nuestra cultura jurídica- que aún hoy -si bien bajo mínimas modulaciones- sigue aferrándose a la declamada indisponibilidad de unos intereses públicos cuya interpretación sólo la Administración está facultada a ser vicaria exclusiva y único efector por intermedio de las también inveteradas técnicas de la *potestas* y el *imperium* que, provenientes del derecho romano²¹, se cristalizaron en la *Lex Vespasiani* del 69 d. C., y habiendo sido objeto de una matizada evolución milenaria que hunde sus raíces en la construcción medieval²², han contribuido a blindar al sistema de poder, atravesando al período revolucionario²³ y terminando de consolidar en el último siglo esa robusta coraza -digamos cultural jurídico-normativa, doctrinaria y jurisprudencial- sobre la presunción de legitimidad y ejecutoriedad propia de actos administrativos, aún enmarcados dentro de

de procedimientos administrativos tiene por finalidad “llevar por fin la posibilidad de que la administración revea sus decisiones con la colaboración del particular evitando, de ser posible, una confrontación en sede judicial”.

²⁰ Ver DAMSKY, Isaac A., “Derechos Humanos y mecanismos de interdicción de la morosidad administrativa...”, ps. 527 y ss.

²¹ Ampliar en: GIANNINI, Massimo S., Derecho Administrativo, MAP, Madrid, 1991, ps. 42 y ss., y Gaius, Institutas, texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, Librería Jurídica, La Plata, 1967, ps. 8 y 9. Si bien excede en mucho a este trabajo, la piedra fundamental de lo expuesto en este punto puede encontrarse en la letra de las Institutas, que luce exquisita al explicitar: “En cuanto a las normas jurídicas del pueblo romano, las mismas surgen de las leyes, de los plebiscitos, de los senadoconsultos, de las constituciones imperiales... (constitutio principis) es lo que el Emperador establece por decreto, edicto o rescripto (epistula). Jamás se ha dudado que estas decisiones tengan fuerza de ley, puesto que el poder (imperium) mismo del Emperador le es conferido por ley. Ulpiano ratifica lo mismo... pero dando la razón jurídica: ‘Aquello que es voluntad del príncipe tiene vigor de ley, ya que por la *lex regía* llamada también de imperio, el pueblo le ha concedido todo imperio y toda potestad’. Esta *lex* era la que ratificaba los poderes que tenía el Emperador al momento de asumir el cargo y precisamente por tener la suma de ese poder era que podía determinar la vida legislativa de sus súbditos...” (cfr. Institutas, cit., ps. 6, 8 y 9).

²² Ampliar en SANTAMARÍA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo-I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, en especial ps. 71 y ss., al explicitar: “La elección del punto de partida o fase histórica de la que debe arrancar la investigación ha sido objeto, en nuestra doctrina, de una polémica de trasfondo político, que ha enfrentado a los autores que pensaban que el estudio histórico del Derecho administrativo sólo puede partir de la Revolución Francesa... a aquellos otros que propugnaban partir de etapas más alejadas en el tiempo por entender que es en ellas y no en la Revolución cuando se gestan las técnicas propias del Derecho Administrativo... nuestro análisis debe partir de épocas más remotas: concretamente, del período tradicionalmente conocido como Alta Edad Media... Ésta sería la situación en Europa subsiguiente a la caída del Imperio Romano. A partir de ese momento se inicia un estadio de reconstrucción en el que el poder político va trabajosamente afirmándose y enriqueciéndose...”.

²³ Ampliar en SANTAMARÍA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo-I, cit., en especial su Capítulo Segundo, ps. 72 a 188.

una cultura jurídica mayoritaria de justiciabilidad revisora de carácter restrictivo y sólo minoritaria, esporádica, circunstancial y espasmódicamente amplificada por las ratios de la demandabilidad plena a fuer de tutela efectiva.

Me pregunto, en este marco de estructuración jurídica tradicional aún fuertemente enraizado en nuestra cultura jurídica: ¿qué lugar efectivo le cabe al principio de colaboración? ¿Qué posibilidad de convergencia existe o cabe entre el Estado vicario del interés público y las necesidades e intereses de la sociedad civil y de la iniciativa privada empresaria? ¿Qué incentivos institucionales reales existen para alentar la articulación, el consenso, la negociación entre los intereses individuales, sectoriales, sociales y económicos con los del Estado?

A pesar de que un análisis en profundidad del tema excede en mucho el presente trabajo, y aun a fuerza de repetición o insistencia, conviene decir que no es difícil advertir que perviven contradicciones originarias dentro del sistema procedimental administrativo. Si bien desde siempre se lo pensó como un mecanismo de acercamiento y revisión orientado a la articulación de los intereses, enmarcado en la pretensa abstracción superadora del interés público, lo cierto es que se lo plasma, afina y articula casi exclusivamente desde las técnicas propias de contradicción y defensa del proceso judicial tradicional.

Es un dato de la realidad que los regímenes de procedimientos administrativos no prevén prácticamente ninguna técnica o instancias de acercamiento real que permitan especificar y traducir dentro del articulado a los grandes principios cardinales en los que se apoyan las finalidades del sistema. Sin especificación concreta de técnicas apropiadas, la colaboración, la eficacia y eficiencia, la buena fe y con ella hasta incluso la confianza legítima y la seguridad jurídica²⁴, quedan a las claras reducidas a una piadosa declamación de buenas intenciones, fuera del contexto, de la estructura de la norma de procedimiento y de la racionalidad procesal que las inspira y, con todo ello, carentes de fuerza legal.

Algo similar acontece con los erráticos intentos de desarrollar mecanismos alternativos negociales de solución amistosa de controversias. Tampoco se nos escapa que estos incentivos institucionales negativos acentúan la disfunción apuntada. Por ello creo percibir una debilidad determinada por la histórica contradicción -de la cual el régimen local es tributaria- entre las técnicas procesales de estructuración del procedimiento administrativo bajo un sesgo confrontativo *vis à vis*, sus declamados fines de convergencia y síntesis de los intereses públicos y privados, a partir de un marco facilitador que reconozca al particular como “colaborador” de la Administración y al procedimiento como una instancia facilitadora de un real acercamiento.

Esta concepción latina del conflicto bajo un tinte litigioso-beligerante, en cuyo seno se ha erigido -y aún pervive- el mito del abogado “agresivo” como perfil ideal, en alguna medida ha desconocido, desalentado y, por ende, no ha sabido articular, el desarrollo de instrumentos concretos que promuevan algún nivel de efectividad a las técnicas de negociación, transacción, mediación administrativa y demás mecanismos alternativos de resolución de controversias, a los que sólo acudimos cuando la oprobiosa cotidianidad nos abruma con una miríada de causas a tratar en

²⁴ Sugiero ampliar en BREWER CARIAS, Allan R., “Algunos principios generales del derecho administrativo en Venezuela. En particular, sobre el procedimiento administrativo y los efectos del silencio administrativo”, en FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (coord.), Estudios Jurídicos sobre Administración Pública, UNAM, México DF, 2012, ps. 13/44. En especial al establecer las siguientes conexiones: “De particular importancia es el principio de la buena fe, al cual se vincula el principio de la confianza legítima y que ha sido reconocido como uno de los que rigen la actividad administrativa, en el sentido de que cuando en las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración y los administrados, se ha creado expectativas de actuación legítimas, las mismas deben respetar tales expectativas. Los principios de buena fe y de la confianza legítima, por otra parte, están conectados con el de seguridad jurídica que debe también regir la actividad de la administración del Estado, protegiendo las relaciones entre el Estado y los administrados... La base de este principio recae en la confianza que el comportamiento de la Administración Pública genera en el ciudadano, comportamiento que debe seguir el marco legal y estar orientado a la protección del interés público” (BREWER CARIAS, Allan R., “Algunos principios generales del derecho administrativo...”, cit., ps. 16 y 17).

expedientes sobreacumulados²⁵. Es un hecho notorio que la demanda de justicia supera geométricamente a la capacidad resolutoria del aparato estatal y judicial²⁶. En todo ello hay sin duda un sinnúmero de cuestiones atinentes a la necesidad de propiciar una revitalización, asimismo, del rol del abogado en tanto administrador de conflictos de interés público.

De allí la importancia de comenzar a tematizar de manera integrada las técnicas de actuación del procedimiento administrativo y los mecanismos alternativos de resolución de controversias, dado que -aun en su estado normativo actual- el régimen de procedimiento contempla instituciones que posibilitan la inserción de los métodos alternos *de lege lata*, pero requiere una profunda transformación cultural y una resignificación de los términos dentro de los cuales ha de inscribirse una discusión actual del conflicto, el rol del abogado y la negociación como instrumento.

La superación y capitalización del conflicto es uno de los grandes desafíos del derecho. Lo percibamos o no, la concepción tradicional procedimental es insuficiente porque la preeminencia de la concepción adversarial y su reflejo en los incentivos institucionales negativos es en gran medida la razón -entre otras- que explica -por caso- la pérdida de legitimidad del procedimiento administrativo como real marco de confluencia y colaboración entre la autoridad y el particular -individuo o empresa- porque precisamente es percibido como una oportunidad procesal inútil.

Por esto es que coincido con quienes postulan la necesidad de reformular la teoría procesal y repensar al conflicto, al rol del abogado y a una de sus técnicas principales de optimización resolutoria: la negociación.

Debemos resignificarlo como una instancia que posibilite, mediante un adecuado abordaje negociador, una oportunidad de desarrollo de mayor entendimiento y sinergia. Negociar es algo más que intentar lograr una solución acordada, presupone una *búsqueda de acuerdos posibles* orientadas al *mejor resultado posible*, entendiendo que no presupone una victoria sobre el adversario mediante el ejercicio de un poder de imposición. Éste es sólo útil en el corto plazo y absolutamente inútil en relaciones a largo plazo, tales como la ejecución de contratos administrativos de prolongado alcance. Imponer el poder sólo genera ánimo de revancha, se corona mediante estilos confrontativos y opera como catalizador de nuevas divergencias siempre de mayor intensidad²⁷.

Sin embargo, resignificar todos estos elementos para reconfigurar al principio de colaboración requiere, ante todo, de un profundo cambio cultural. Porque, insisto, nuestra realidad administrativa posee un muy cargado y marcado sesgo adversarial, con lo cual el reclamo, el recurso y la acción contencioso administrativa, lejos de disolver las tensiones del conflicto o de erigirse en una instancia de acercamiento, articulación y fortalecimiento de vínculos, posee el serio riesgo de acentuar la escalada de beligerancia y generar nuevos conflictos de mayor intensidad que ahonden más la brecha y distancia entre las partes, las cuales, por tal motivo, perderán la oportunidad de afianzar vínculos de colaboración con el consecuente incremento de costos litigiosos

²⁵ Respecto de la necesidad de resignificar al conflicto y reconfigurar el rol latino tradicional del abogado dentro de métodos alternativos de resolución eficazmente estructurados, sugiero ampliar en las enseñanzas vertidas en la ya célebre obra *Negociación y mediación* del Prof. Roque Caivano, para quien “el conflicto no siempre tiene una connotación negativa: por el contrario, generalmente es positivo y puede servir para fortalecer relaciones... Si logramos comprender lo que realmente significa el conflicto, despojándolo de las culturalmente tradicionales connotaciones negativas, servirá para crecer en nuestras relaciones tanto interpersonales como inter e intra institucionales” (CAIVANO, Roque - GOBBI, Marcelo - PADILLA, Roberto, *Negociación y mediación. Instrumentos apropiados para la abogacía moderna*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997, ps. 116/117).

²⁶ Ampliar en: MUÑOZ, Guillermo, *Silencio de la Administración y plazos de caducidad*, Astrea, Ensayos 27, Buenos Aires, 1982, ps. 69 y ss.; “Inmunidad del Poder: La inactividad administrativa”, LA LEY, 1990-B, 891, y reeditado en MUÑOZ, Guillermo - GRECCO, Carlos Manuel, *Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, ps. 675 y ss.

²⁷ Ampliar en CAIVANO, Roque - GOBBI, Marcelo - PADILLA, Roberto, *Negociación y mediación. Instrumentos apropiados para la abogacía moderna*, cit., ps. 117 y ss.

y desperdicios de energías productivas. Ningún cliente empresario -en su sano juicio- quiere un pleito. Prefiere ceder ante el omnímodo poder de imposición estatal, huir a otros escenarios de negocios más promisorios. Reconocerá su error estratégico de invertir de una plaza determinada pero, eso sí, no cometerá dos veces el mismo error.

IV. TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Un aspecto necesario de transformación del procedimiento administrativo y la Administración Pública reside en la necesidad de extender y profundizar la implementación de las Tecnologías de la Información en el ámbito del Procedimiento Administrativo. Como se explica²⁸, cada vez más, numerosas actuaciones y tramitaciones administrativas van desarrollándose progresivamente en soporte digital. Muchos trámites se realizan por Internet y numerosas notificaciones llegan válidamente por la misma vía y, en muchos casos, nuestras reclamaciones particulares se enderezan de igual modo. Vamos despapelizándonos, tal como nos advirtió a los argentinos el presidente de nuestra Corte Suprema federal.

No obstante, todo el diseño de nuestro procedimiento administrativo, al igual que el proceso judicial, fue pensado desde el soporte papel y, del mismo modo, los principales institutos procesales, sus técnicas y sus racionalidades se inscriben dentro del paradigma de la escritura en papel. Podremos reconocer que en las últimas décadas se comenzó a discutir e implementar la oralidad en materia judicial general y procesal administrativa en el caso puntual de algunas latitudes sudamericanas, pero el caso es que, aun en el mejor escenario, seguimos discutiendo al procedimiento administrativo dentro del marco de la escritura en papel. Creo que llegó el momento de reformularlo y seguir pensándolo desde y para el soporte digital, lo cual comporta un desafío no tanto por el trastocamiento de algunas cuantas reglas e institutos procesales sino, principalmente, por el cambio que producirá sobre los “usos forenses” de nosotros, los antiguos, quienes inveteradamente hemos sido acuñados a fuerza de papel y tinta e “iniciados” -quienes pasamos las cuatro décadas- en el arte de la máquina de escribir.

Y aquí quizá existe el primer inconveniente, el de la resistencia al cambio. Coincido en que la historia de la Administración Pública en el tema es la misma que la nuestra a nivel individual o social, reaccionando tardíamente ante los impulsos que le vienen del mundo externo y a veces experimentando por adelantado pero con nuestras limitaciones propias. Venimos todos siguiendo de atrás, en la distancia, lo que la tecnología ofrece en cada momento del mercado. De allí que el proceso de modernización informática es, primero, nuestro y lo será luego de la Administración Pública cuando nosotros lo hayamos internalizado. Pero hay un dato especial que no se nos debe escapar en materia de innovación informática: la necesidad de modernizarse es constante. Los avances tecnológicos son muy veloces, por lo que todo intento de implementación no puede hacerse desde las muy lentas métricas licitatorias tradicionales. Todo ello insu-me un tiempo muy extenso, tiempo en que la tecnología licitada deviene obsoleta y no se puede concluir razonablemente el negocio sobre las bases originarias, so pena de hacer mal empleo de los recursos públicos.

En este punto sigo la proposición de Gordillo, en orden a propiciar el fortalecimiento administrativo de las oficinas técnicas mediante su reconversión en organismos imparciales e independientes para resolver colegiadamente el aspecto técnico, tanto del *software* como en *hardware*, de todo el proceso de digitalización de la actividad estatal y la uniformidad de las tecnologías de la información en general. Es decir, orientarnos a fortalecer las oficinas técnicas para resolver con fuerza vinculante todo lo atinente a la aplicación de tecnologías de la información.

Por eso, la Administración y los abogados deberemos dejar de confiar en los expedientes físicos de papel como principal soporte probatorio y documental y pasar al soporte, foliatura y cuer-

²⁸ Ampliar en GORDILLO, Agustín, “IT y la modernización de la Administración Pública”, en FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (coord.), Estudios Jurídicos sobre Administración Pública, UNAM, México DF, 2012, ps. 1 a 12.

pos digitales. Los expedientes físicos son sólo convenientes por un tiempo, pero luego están destinados a desaparecer. La Administración ya no los tiene siquiera cuando pasan diez años y no está en condiciones de defender un pleito con documentación antigua que no conoce ni puede encontrarla. Coincido con Gordillo cuando dice que, tal como progresivamente viene desarrollándose, la Administración deberá aplicar sus esfuerzos de modernización en el desarrollo de su propia *cloud computing* para los expedientes o tercerizar este servicio.

Es un valor compartido que -por igual- la Administración Pública y la administración de justicia tienen un problema de gran dimensión como lo es el de focalización del trabajo en “soporte papel”, su reflejo en las normas procesales ordenatorias de los procedimientos más las previsiones en materia de tramitación probatoria y documental, administración y conservación de documentos escritos, con sus consecuentes externalidades afincadas en la sobreacumulación de papel e imposibilidad de contención y resguardo adecuado de los depósitos de almacenamiento. Además, por una limitación física, la información en mero soporte papel perece con éste.

Estamos ya en el camino irreversible de una primera fase determinada por la progresiva expansión de un “primer nivel o primer grado” de “despapelización”. Un buen ejemplo lo constituyen los desarrollos alcanzados en materia de firma digital y la digitalización de expedientes administrativos, junto a la correlativa exigibilidad -que viene imponiéndose en algunos ámbitos- respecto de la obligatoriedad de la digitalización de presentaciones y peticiones de particulares y recurrentes junto con su prueba documental, más los desarrollos -embrionarios- en materia de expediente electrónico y notificación electrónica, con más los mecanismos de difusión electrónica -en muchos sitios de Internet de las reparticiones públicas- tanto de normas, reglamentos y actos generales e individuales de llamados a licitaciones, concursos o demás procedimientos selectivos. Transitada esta primera fase o el primer tramo del camino de la simple “difusión” normativa electrónica vamos, probablemente, rumbo a su jerarquización como “publicidad” administrativa electrónica, la cual seguramente será exigible en las futuras modernizaciones normativas²⁹.

Ésta es una primera fase “empírica” de progresiva implementación de la tecnología en el procedimiento administrativo, que fue puesta en marcha por intermedio de una considerable cantidad de reglamentaciones administrativas *ad-hoc*. Seguramente sería deseable que, en un futuro no lejano, logremos la jerarquización de estas técnicas dentro de la propia norma madre de un régimen jurídico de procedimiento administrativo, al cual también aspiramos encontrarlo armonizado y jerarquizado en el marco de un procedimiento administrativo acaso comunitario que efectivice un umbral mínimo de simetría en orden a los inveterados siete órdenes de protección que los derechos humanos proveen a los ordenamientos internos de procedimientos administrativos.

V. PENSANDO EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO A TRAVÉS DE LOS POSTULADOS DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y PARTICIPATIVA

Avancemos hacia el tercer núcleo: el impacto que debieran tener sobre el procedimiento administrativo los postulados de la Democracia Participativa Deliberativa reconocidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y reflejados en algunas especificaciones contenidas en el articulado de la Constitución Nacional reformada en 1994³⁰.

²⁹ Cfr. GORDILLO, Agustín, “IT y la modernización de la Administración Pública”, cit., p. 9.

³⁰ Ampliar en SACRISTÁN, Estela, “Participación en el procedimiento administrativo: audiencias públicas”, cit., p. 25. La autora explica: “La mayor participación perseguida. En apretada síntesis, se plasmó, en la Constitución de 1994: la iniciativa popular (art. 39); la consulta popular (art. 40); la participación de asociaciones de usuarios y consumidores y de las provincias interesadas en los llamados organismos de control (art. 42)... la participación de los pueblos indígenas en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten, con posible concurrencia de las provincias (art. 75, inc. 17); la participación de la familia y la sociedad asegurada en las leyes de organización y de base de la educación (art. 75, inc. 19); la elección directa del Presidente de la Nación (art. 94); la sesión pública para el nombra-

Sobre estas cuestiones se viene discutiendo abundantemente en los últimos tiempos porque solemos reconocer, como debilidad estructural del procedimiento administrativo vigente, su inadecuación a estas racionalidades acaso inspiradas en el ideario de John Rawls³¹, Jürgen Habermas³², Carlos Nino³³ y otros autores³⁴.

Claramente, nuestra cultura jurídica en materia de procedimiento administrativo fue acuñada a la luz de la tradicional forma de gobierno democrático representativa consagrada en nuestra Constitución originaria. La cuestión no es semántica ni fortuita porque -como sabemos- las distintas improntas constitucionales deberían impactar y modular en uno u otro sentido el contenido de una norma de procedimiento administrativo.

Así tenemos que en la democracia representativa, de carácter *estadocentrista*, el poder de decisión se centra en el efector de poder. El procedimiento administrativo es el cauce exclusivo de expresión de una voluntad estatal cuya legitimidad se encuentra asegurada en la legalidad de las formas; por caso, la legitimidad de un contrato administrativo casi exclusivamente se sustenta en la estricta observancia de formas esenciales de corte licitatorio, pero desvinculado de las ratios de su contenido.

La Administración Pública luce tradicionalmente como vicaria exclusiva de los intereses generales. El órgano y el ente administrativo disponen de amplias facultades y potestades concentradas en una intensa prerrogativa dotada de una ejecutoriedad robusta y un hábito de discrecionalidad muy amplio y cimentado -aun con las cortapisas actuales- que reduce al particular a muy limitadas capacidades de intervención sólo necesaria y siempre subsanables, de escasas garantías operables en tiempo real, encorsetadas dentro de ambiguas situaciones jurídicas subjetivas de interpretación restrictiva y a esporádicas convocatorias a ejercer una participación no vinculante, secundaria y siempre bajo limitados parámetros de control administrativo y judicial de corte exclusivamente revisor, enmarcado dentro de muy limitadas pretensiones procesales condicionadas todas por innumerables vallados formales.

En cambio, la situación es sensiblemente distinta en la forma de gobierno democracia deliberativa participativa que trastoca a la forma representativa. En esta forma, de alguna manera presente en algunos mecanismos contemplados en la reforma constitucional de 1994, los representados tienen mecanismos directos y regulares de inexcusable intervención previa y vinculante estipulados dentro de los respectivos procedimientos administrativos, lo cual implica la integración de los particulares y de la sociedad civil al proceso de toma de decisión, ya que se trata de la legitimación del procedimiento y no de la legitimación a través del procedimiento.

miento de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los jueces federales inferiores (art. 99, inc. 4°); el dictado del reglamento interior por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 113) que permite, entre otras, las audiencias públicas ante dicho tribunal; las audiencias públicas del Consejo de la Magistratura de la Nación (art. 114); la participación en la elaboración del estatuto organizativo de la ciudad de Buenos Aires (art. 129)".

³¹ Ver RAWLS, John, La justicia como equidad. Una reformulación, Paidós, serie: Estado y Sociedad, Barcelona, 2002.

³² Ver HABERMAS, Jürgen, Facticidad y validez, Trotta, Madrid, 1998; Aclaraciones a la ética del discurso, Trotta, Madrid, 2000; Verdad y justificación, Trotta, serie Ensayos filosóficos, Madrid, 2002, para quien "la democracia no es un mero agregado de intereses o preferencias sino un complejo mecanismo deliberativo para definir que preferencias, qué instituciones, qué políticas públicas están o deben ser justificadas".

³³ Ver NINO, Carlos S., La constitución de la democracia deliberativa, Gedisa, Barcelona, 1997, entre otros, para quien la democracia se legitima en la discusión, debate, apertura y participación.

³⁴ Ver, entre otros principales, los siguientes trabajos y obras: HABERLE, Peter, Pluralismo y constitución, Tecnos, Madrid, 2002; PETTIT, Philip, Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno, Paidós, serie: Estado y Sociedad, Barcelona, 1999; FEARON, James, "La deliberación como discusión", en ELSTER, Jon, La democracia deliberativa, Gedisa, Barcelona, 2001; PORRAS NADALES, Antonio, "Representación y democracia avanzada", Cuadernos y Debates, nro. 50, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

Así esta forma de gobierno ve en la Constitución un proceso abierto, una tarea que debe ir realizándose y que coincide con el principio de que la democracia es un proceso que garantiza la configuración de múltiples alternativas a favor de los diversos grupos de la sociedad. Se moldea de este modo un sistema más horizontal y dinámico que posibilita la inserción del particular y de la sociedad civil de carácter integral y sistemático en las decisiones públicas, respecto del cual los mecanismos de participación ciudadana conforman una exteriorización del componente expuesto³⁵.

Se parte de una premisa: la regla de la mayoría no garantiza necesariamente la imparcialidad de la decisión. Ésta debe contemplar las posiciones de todos los interesados e involucrados en el conflicto a fin de evitar deslegitimaciones provenientes de su tacha de parcialidad.

De allí que se propicie la llamada colegiación de las decisiones orientada a fortalecer el componente de imparcialidad de una decisión pública a la que se aspira como producto de una participación inclusiva³⁶. También amplía las categorías de legitimación procesal junto con los derechos, las facultades y las garantías procesales de los particulares; reconfigura a las tradicionales formas de *participación* no vinculante -actualmente más cercanas al desahogo que a la efectividad- y las jerarquiza elevándolas al carácter de *intervención* previa y vinculante, al tiempo que reduce considerablemente los condicionantes formales de articulación de peticiones, pretensiones y ejercicio del control administrativo y judicial, ya no reducido a los estrechos parámetros revisores. Por caso, ensambla dentro del régimen general del procedimiento como instancia estructurada, previa y vinculante, a las reglas de participación ciudadana, instituciones propias del corte deliberativo participativo, como por ejemplo las normas de acceso a la información y audiencias públicas.

Esto último es importante porque el modelo deliberativo participativo entiende que la democracia es una cuestión de procedimientos y resultados, y que ambos deben ser públicos, pues, para comprender el resultado, es necesario entender el procedimiento y cómo éste se gesta³⁷.

³⁵ Ampliar en: IVANEGA, Miriam, Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa, cit., especialmente en su cap. VI, "El procedimiento administrativo general", punto 9, "La participación ciudadana", ps. 142 y ss. La autora nos enseña que "este principio se ha convertido en el paradigma del funcionamiento democrático de las últimas décadas y se instaló en diversas dimensiones del vínculo entre los gobiernos y los ciudadanos. La participación forma parte del proceso denominado 'gobernanza', que marcó cambios en las sociedades y en los poderes públicos. Con ese término se identifica un modelo de gobierno que, en sus fines y relaciones políticas, sociales y económicas, se articula con la sociedad civil y el mercado. Como el protagonismo de los poderes públicos cede frente a la integración de la sociedad a los asuntos estatales, este proceso de participación de los particulares, los grupos sociales y las instituciones coadyuva en la formulación de la acción política. En consecuencia, la actuación política se engarza con los múltiples actores públicos y privados en una dinámica de interacción e interdependencia. Se supera la exclusividad de la gestión de los asuntos públicos por parte de los poderes públicos dotados de potestades exorbitantes y de una capacidad coercitiva sobre la sociedad y se reconoce la pluralidad de agentes sociales que participan y cooperan en la toma de decisiones, en la gestión, en la evaluación y en las responsabilidades".

³⁶ Ver CÁRDENAS GRACIA, Jaime, "El modelo participativo deliberativo", en Cuestiones Constitucionales, nro. 11, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, México, julio-diciembre 2004, p. 59 para quien "la estructuración del modelo participativo deliberativo centrado en la 'Colegiación de las Decisiones' presupone: 1º) la necesidad -para un proceso de toma de decisión pública- del conocimiento de los intereses y necesidades de otros, recabándose consecuentemente la necesaria inclusión de todos los sectores de la sociedad en la deliberación pública con el propósito de que los individuos tengan oportunidad de tomar decisiones que les ayuden a dar un orden de preferencia en sus intereses; 2º) la subsecuente necesidad de presentar los intereses, necesidades y preferencias dentro de un marco de argumentación y justificación amplia; 3º) la necesidad de desarrollar atributos de consenso y no de negociación entendida en términos de meros intercambios no representativos de las reales aspiraciones de los sectores involucrados". Asimismo ampliar en NINO, Carlos S., La constitución de la democracia deliberativa, Gedisa, serie: Filosofía del Derecho, Barcelona, 1997, ps. 154 a 198.

³⁷ Cfr. CÁRDENAS GRACIA, Jaime, "El modelo participativo deliberativo", cit., p. 75. Como explica el autor: "Lo importante es que las decisiones públicas sean cuestionadas, mientras más, mejor. De acuerdo con este modelo, un gobierno será democrático, un gobierno representará una forma de poder controlado

Necesita entonces de la publicidad y de la transparencia porque esas características favorecen el control por los particulares y la sociedad civil y la rendición de cuentas, al tiempo que promueven las condiciones para que los distintos sectores se involucren desde sus inicios en la formulación de las políticas públicas.

De esta manera puede afirmarse que en el plano constitucional se encuentra a los ciudadanos y a la sociedad civil integrados a un poder público, ya no más sujeto titular exclusivo de la formulación e implementación de las políticas públicas -operando un deseable y consecuente empoderamiento de la sociedad civil-, al posibilitar a los particulares y a los actores de la sociedad civil un nivel superior de intervención efectiva que los prefigure como *sujetos activos con capacidad de intervención en la toma de decisión* y no meros *sujetos pasivos destinatarios de las decisiones con capacidad de limitada revisión*³⁸. Sería entonces deseable que en el plano normativo, la norma concreta de procedimientos administrativos logre especificar estos contenidos y aspiraciones en el marco de un régimen de procedimientos concreto y posible.

Es que tal como enseñó la Prof. Estela Sacristán en oportunidad de analizar el procedimiento administrativo de audiencia pública: “En última instancia, se trata de lograr que se ‘democratice’ la decisión del funcionario no votado o, tal vez, que se logre ‘legitimar’ la decisión de una cuenta o fondo no subjetivable. Tal democratización o legitimización -si se permite el neologismo- no hace sino colocar, a las personas comprendidas en los efectos de la medida de alcance general, en un plano de tratamiento digno. Hacemos votos porque, en el futuro, se hallen nuevos fundamentos para que se logre el mentado fundamento”³⁹.

VI. PROSPECTIVA

A la luz de los tres órdenes de cuestiones brevemente trazados, identifico las siguientes necesidades de desarrollo del procedimiento administrativo:

Primero, transparentar los ciclos de diseño e implementación de políticas públicas, reglamentos y actos individuales desde su formulación, comprendiendo su fase previa e inicial y sus actos preparatorios, traducido ello en la necesidad de extender y especificar las previsiones normativas sobre mecanismos de publicidad para facilitar la toma de conocimiento y el acceso a la información efectivo. Hoy, la tecnología de la información hace posible transparentar todos los ciclos de gestión, desburocratizándolos y es, por otra parte, inestimable vehículo de canalización de las peticiones individuales y la participación.

Segundo, efectivizar las categorías de legitimación procesal de carácter colectivo mediante el desarrollo de previsiones que les brinden tratamiento especial, preestablezcan sus alcances y distingan los supuestos ordinarios de participación que carecen de vinculatoriedad respecto de otros que sí la poseen y que, por tal motivo, no traducen participación sino intervención dada su virtualidad, trascendencia y aptitud para engendrar derecho a decisión fundada.

Tercero, en orden al afianzamiento del cardinal derecho humano a la buena administración, se debe propiciar la reformulación de la teoría del acto administrativo principalmente extendiendo la fuerza expansiva de su normación a todos los actos de gobierno que revistan interés jurídi-

por el pueblo, en la medida en que el pueblo, individual o colectivamente, disfrute de la permanente posibilidad de disputar o deliberar las decisiones de los órganos del Estado” (cit., p. 65).

³⁸ Tal como explica el Prof. Daniel Márquez Gómez: “Se deben desechar las estructuras verticales de corte autoritario y avanzar hacia estructuras horizontales más democráticas, con la presencia de cuatro grandes rubros administrativos: el humano, el científico técnico, el de conciliación y el de control, sin que la clasificación implique disociación entre ellos... Al rubro de conciliación le correspondería la gestión de la gobernabilidad, la búsqueda de los consensos entre los individuos y el arbitraje de sus diferencias con esquemas ético-políticos, apoyados en técnicas de resolución de conflictos de orden normativo” (MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel, “El nuevo paradigma en Administración Pública...”, cit., p. 92).

³⁹ SACRISTÁN, Estela B., “Participación en el procedimiento administrativo: audiencias públicas”, cit., p. 35.

co, con derogación de toda rémora perviviente de cuestiones no justiciables y de zonas de reserva, resignificando la discrecionalidad y especificando las concretas técnicas que posibiliten su control efectivo. En parejo orden se determina la necesidad de reconfigurar los elementos esenciales de validez del acto mediante el fortalecimiento del deber de motivación circunstanciado, para procurar aventar las tautológicas desinterpretaciones de la discrecionalidad. También, preestableciendo cuáles clases de actos se encuentran al amparo de la presunción de legitimidad y su ejecutoriedad propia, especificando los requisitos de configuración con limitación de su alcance según pautas de trascendencia, entre muchos otros aspectos a revisar.

Cuarto, integrar los distintos regímenes en materia de audiencias públicas, acceso a la información y elaboración participada de normas -entre otros- dentro de la norma de procedimientos administrativos, bajo un cariz dialógico para optimizar su interdependencia, indivisibilidad y progresividad en tanto mecanismo promotor de la efectividad del sistema de Derecho, enmarcados en una democracia sustancial.

Quinto, fortalecer normativamente al principio de colaboración mediante la especificación de sus contenidos y técnicas de acercamiento concreto que sirvan de base a la apertura de instancias contenedoras del desarrollo de mecanismos efectivos de negociación, incluso en fases preparatorias para fingir como auténticos medios preventivos de conflictos.

VII. INVOCACIÓN FINAL

Creo que a esta altura de los tiempos, promediando la segunda década del siglo XXI, nos debemos un debate abierto que nos permita fortalecer las actuales bases de legitimidad de nuestro procedimiento administrativo. Transformarlo, en mi opinión, requiere ante todo una reflexión crítica y previa. Presupone reconocer que muchas veces hablamos de los derechos pero los pensamos desde el poder; ponderamos la tutela efectiva pero al mismo tiempo hemos justificado las cortapisas procesales; hemos repelido la corrupción pero olvidando que muchas veces la interpretación de nuestro derecho público la promueve; hemos bregado por el imperio de las formas esenciales pero postergamos la discusión de los contenidos y las sustancias, y finalmente propiciamos el cambio y la modernización de nuestros sistemas pero seguimos olvidando la originalidad de nuestro derecho público⁴⁰.

Para concluir les diré que como me resisto a creer y a sentir que ese anhelo de democracia, participación y deliberación que debieran iluminar nuestro paso *ex umbra in lux* al nuevo derecho público del siglo XXI quede reducido a un arrumbado catálogo de piadosas intenciones, es que remataré mis palabras con algunos versos del “Elogio de la dialéctica” y del “Elogio del estudio” de Bertolt Brecht. Junto con él proferiremos la siguiente provocación: *No temas preguntar, amigo mío! / Ni tampoco te dejes convencer; / Compruébalo todo por tú mismo, / porque lo que no sabes por ti, / no lo sabes; / Repasa la cuenta, / porque tú tienes que pagarla. / Y apunta con tu dedo a cada cosa / para preguntar: ¿Y esto por qué? [...] Por eso quien aún esté vivo que no diga nunca “jamás”; / Porque lo firme no es firme / y porque todo no seguirá igual. Que así sea.*

⁴⁰ Creo justo y necesario concluir las últimas líneas de mi trabajo recreando las palabras de homenaje que el Prof. Juan Carlos Cassagne -al evocar la época en que fue sancionada la Ley de Procedimiento Administrativo y su sentido histórico- dedicó a los Padres Fundadores de nuestro derecho público argentino, al decir: “Si el tiempo de una ley incluye captar lo ocurrido antes de su sanción porque, en cierto sentido, refleja el proceso de formación de sus elementos fundamentales, no puede ignorarse la influencia que han tenido en dicho proceso... alguno de los artífices del derecho administrativo argentino -como fueron Lucio V. López, Rodolfo Bullrich, Rafael Bielsa, Félix Sarría, Benjamín Villegas Basavilbaso, Manuel María Diez, Bartolomé Fiorini y Jorge Tristán Bosch-. A ellos y, sobre todo a Juan Bautista Alberdi, les debemos muchas de las construcciones más estables de nuestro derecho público” (CASSAGNE, Juan Carlos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos..., cit., p. 3).

Se terminó de imprimir en la 1ra. quincena de junio de 2016,
en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I.,
Bernardino Rivadavia 130 - Avellaneda
Provincia de Buenos Aires - República Argentina