

LA DOBLE GARANTÍA DE FUNDAMENTACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: DERECHO A UNA DECISIÓN FUNDADA Y MOTIVACIÓN. SU IMPACTO EN LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

ANA SALVATELLI

Profesora de la Facultad de Derecho, Coordinadora del
Posgrado en Derecho Administrativo y Administración
Pública, Universidad de Buenos Aires;
Titular de la Oficina de Actuaciones Colegiadas
de la Auditoría General de la Nación.

SUMARIO: 1. Doble garantía de fundamentación: decisión fundada y motivación. 1.1. Derecho a una *decisión fundada* como parte de la tutela administrativa efectiva. 1.2. Apuntes sobre la motivación. 1.3. La doble garantía de fundamentación. 2. Impacto en la discrecionalidad administrativa. 3. Ley de Bases: lo que se ve y lo que no se ve. 4. Una inquietud final.*

Es ciertamente positiva la incorporación del principio de la *tutela administrativa efectiva* dentro del elenco de principios fundamentales del procedimiento administrativo, como resultado de la modificación que introdujo la Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos¹ (en adelante, Ley de Bases), a través del artículo 1 *bis*, en la Ley 19.549 (en adelante, LNPA).

Se trata ni más ni menos que de la *constitucionalización* de dicho procedimiento, que muy tardíamente acusa el impacto de la incorporación de los tratados de derechos humanos a nuestra Constitución Nacional en el año 1994 (artículo 75,

* Adaptación de lo expuesto en el Seminario “Bases para la Libertad en el procedimiento administrativo argentino”, organizado por la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho UBA, que tuvo lugar el 27 de agosto de 2024. Agradezco muy especialmente al Dr. Enrique Alonso Regueira y al Dr. Leandro Martínez, por la invitación.

1 BO N° 44030/24 (08/07/2024).

inciso 22 CN). Este letargo venía siendo señalado por la doctrina² y la jurisprudencia³ mucho antes de la modificación que abordamos ahora, lo que justificó la reinterpretación del principio del “debido proceso adjetivo” otrora establecido en el artículo 1º inciso f) de la LNPA, a la luz de esta tutela convencionalizada.

En efecto, ante la expresa incorporación en la Ley de Bases, se señala ahora que “el principio de “tutela administrativa efectiva” es el nuevo nombre de la garantía del “debido proceso adjetivo” que contenía el texto original de la LPA. Él hace pendant con la recalificación de la tradicional garantía constitucional de la defensa en juicio como “tutela judicial efectiva”, establecida por la Convención Americana de Derechos Humanos que fuera incorporada en la Carta Magna (a nuestro juicio con no menor extensión que la garantía tradicional) en la reforma constitucional de 1994”⁴.

Ahora bien, en lo que importa a estas reflexiones, nos interesa destacar que, además de ser establecida como principio fundamental del procedimiento administrativo, la tutela administrativa efectiva fue también expresamente receptada como requisito esencial del acto administrativo, al incorporarse en el artículo 7 inciso d) LNPA (conf. Ley 27.742) con el siguiente alcance (parte pertinente): “d) Antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan las normas especiales, se incluyen en estos últimos: 1) el respeto a la tutela administrativa efectiva de quienes pueden verse afectados por el acto de alcance particular en sus derechos o intereses jurídicamente tutelados (...)”.

Es cierto, esto no representa una novedad bajo la interpretación que arriba apuntamos, porque desde mucho tiempo atrás se sostenía que aunque no fuera mencionado por la LNPA, el debido proceso adjetivo como reglamentación procesal administrativa de la garantía de defensa consagrada por el artículo 18 de la CN, resultaba una suerte de procedimiento insoslayable cuando los derechos de un particular pudieren resultar afectados, y así, el “debido procedimiento previo”

2 Ver CANOSA, Armando, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, Tomo 1, 3ra ed. Astrea-Ediciones Rap, Buenos Aires, 2017, p. 86 y sig. Se ha sostenido, con este alcance, que los tratados internacionales de derechos humanos han complementado el sistema de protección de los derechos individuales y sociales que prescribían los distintos ordenamientos constitucionales latinoamericanos, obligando a la aplicación de sus principios, los que se proyectan a todas las instituciones del Derecho Público (CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho Público (constitucional y Administrativo)*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2021, p. 623).

3 CANOSA, Armando, “Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva”, en comentario al fallo CSJN “Astorga Bracht, Sergio y otro c/COMFER -decr. 310/98 amparo ley 16.986”, 14/10/04, publicado en RAP N° 323, p. 78.

4 MAIRAL, Héctor A. - VERAMENDI, Enrique V., “La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos”, La Ley 12/7/2024, 1 (TR La Ley AR/DOC/1777/2024).

como requisito esencial de los actos administrativos, se identificaba con la garantía de la tutela administrativa efectiva⁵.

Pero sí lo que advertimos, es que ahora se consagró legalmente una *doble garantía* de fundamentación en el dictado de los actos administrativos porque, siempre sobre la base del carácter supranacional de la tutela administrativa efectiva y su expresa incorporación a la Constitución Nacional a través del artículo 75 inciso 22, arriba indicado, el requisito de *motivación* de los actos administrativos (artículo 7 inciso *e*) LNPA) también aparecía conectado con la misma garantía⁶, por el derecho de las personas de obtener una decisión fundada⁷.

Consecuentemente, y más allá de advertir que no podemos extendernos aquí sobre cada uno de estos tópicos con la profundidad que requeriría, si pretendemos reflexionar sobre los alcances de la vinculación que existe entre el *derecho a una decisión fundada* –como parte de la tutela administrativa efectiva exigida como debido procedimiento previo–, y la motivación (artículo 7 incisos *d*) y *e*) LNPA conf. Ley 27.742) de los actos administrativos, particularmente cuando se ponen en juego facultades discrecionales.

A ello nos referimos en los párrafos siguientes.

I. DOBLE GARANTÍA DE FUNDAMENTACIÓN: DECISIÓN FUNDADA Y MOTIVACIÓN

1.1. *Derecho a una decisión fundada como parte de la tutela administrativa efectiva*

La *tutela administrativa efectiva*, además de ser definida como “garantía”, en el sentido que la titulariza el particular que se vincula con la Administración y ello implica como contrapartida que esta última es el “sujeto obligado” a su cumplimiento, fue señalada, desde un punto de vista práctico, como *informadora y estructurante*⁸ del procedimiento administrativo como tal.

Nos importa esto último porque permite comprender, gráficamente, que ella pone de manifiesto el recorrido (*íter*) propio, o etapas, de cualquier trámite que se plantea ante la Administración, de cara al dictado del acto administrativo decisor.

5 COMADIRA, Julio Pablo, “El acto administrativo. Introducción y noción. Su regulación en la LNPA”, AAVV *Derecho Administrativo. Legislación usual comentada*, Cicero, Karina (Directora) Tomo I. Procedimientos Administrativos. Thomson Reuters, 2015, Buenos Aires, p. 122.

6 CSJN, 14/10/2004, “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986”, Fallos 327: 4185

7 Como preveía artículo 1º inciso *f*), apartado 3) de la LNPA: “Que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso”.

8 CANOSA, Armando, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, Tomo 1, 3ra ed. Astrea-Ediciones Rap, Buenos Aires, 2017, p. 86 y ss.

En efecto, en primer lugar, el derecho a ser oído como derecho de acceso (inicio del procedimiento), y clara manifestación del derecho constitucional de peticionar ante las autoridades (artículo 14), con proyecciones sobre otros institutos tales como la legitimación, la vista, publicidad de los actos y transparencia, notificaciones y plazos, recursos; en segundo lugar, el *durante* –o sustanciación– del procedimiento, mediante la posibilidad de ofrecer y producir pruebas de los hechos en los que se sustenta la pretensión, con el correlativo deber de la Administración de producir la prueba necesaria para el esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva. Finalmente, el derecho del particular de obtener una decisión fundada, en tiempo útil, como culminación del procedimiento como tal.

Respecto de esto último, y justamente por tratarse del dictado del acto que resuelve el trámite y apunta a la conclusión del procedimiento, es que el apartado 3) del inciso a) del nuevo artículo 1bis de la LNPA, establece: “(...) 3) *Derecho a una decisión fundada: que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, entre ellas la prueba producida, en tanto fueren conducentes a la solución del caso*”.

Se advierte así que el derecho a una decisión fundada, tiene un doble aspecto⁹.

Primero en cuanto *derecho a una decisión*, que implica la obligación de resolver como contracara del derecho de peticionar, y se vincula con el carácter de obligatoriedad de la competencia atribuida a los órganos administrativos¹⁰. Con tal alcance, el particular tiene derecho de obtener una decisión como resultado de un procedimiento llevado en legal forma, una decisión que debe contemplar todas las peticiones y alegaciones.

Como se dijo, el derecho de petición se explica por sí mismo, porque supone en el que peticiona la convicción de que la autoridad a quien se dirige tiene plena facultad para acordar o negar lo solicitado, y por lo mismo, que asiste un derecho subjetivo del administrado para obligar a la administración a dictar resolución expresa¹¹.

En efecto, este derecho incluye el de presentar solicitudes de todo tipo ante los poderes del estado, los denominados órganos extrapoderes, los organismos descentralizados y desconcentrados de la administración pública y los prestatarios de servicios públicos y si bien no implica el derecho de obtener lo peticionado, sí una respuesta –aunque sea negativa– de aquélla¹². Así está previsto

9 Seguimos aquí a CANOSA, Armando, *Procedimiento administrativos: recursos y reclamos*, Astrea-Ediciones Rap, 2014, p. 165 y sig.

10 Ver COMADIRA, Julio R. *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, anotada y comentada, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 157.

11 GRECCO, Carlos M. “Sobre el silencio de la Administración”, *Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 259, 261 y 262.

12 GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 6ta ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2022, p. 171.

en el artículo XXIV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que dispone “toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y de obtener una pronta respuesta”.

De esta forma, esta primera parte de la fórmula “decisión fundada” nos habla del dictado del acto decisor en sí, que hay que decirlo, intenta conjurar la generalización del silencio¹³ como práctica habitual tanto para las peticiones en general como para la resolución de recursos administrativos en particular.

El segundo aspecto es que esa decisión ha de ser fundada: no alcanza con invocar una norma, la facultad que me da esa norma, sino que debo motivar, explicitar los motivos por los cuales decido lo que decido. “Expresa consideración”, dice la ley, que abarca lo que se pidió, o que se probó y cómo y porqué resuelvo en uno u otro sentido. De esta forma, la motivación se enraíza en el derecho inviolable de defensa que asegura la Constitución nacional y las constituciones provinciales¹⁴, como veremos en el punto que sigue.

1.2. *Apuntes sobre la motivación*

Se ha dicho que en todo acto administrativo existe un elemento que tiende a identificarse con lo formal y que no siempre se advierte su real importancia a primera vista: la fundamentación o motivación del acto no es sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos, una garantía elemental del derecho de defensa incluida en el haz de facultades que comprende el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a obtener una resolución fundada en derecho¹⁵.

La LNPA (conf. Ley de Bases) establece en el artículo 7º inciso e) que el acto administrativo “Deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) (Causa: sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable) del presente artículo”.

Esta redacción no es novedosa y nos remite a un tema de profundo interés doctrinario y jurisprudencial, cuyo abordaje excede estas breves reflexiones, por lo que vamos a limitarnos a apuntar lo que consideramos más importante para poder avanzar en nuestro análisis.

13 Anticipaba el mismo autor que la aplicación de esta garantía convencional al procedimiento administrativo importaba un cambio sustancial, entre otros, en el instituto del silencio administrativo al acotar su aplicación, al menos en su versión negativa, y también en materia de recursos, por el deber de expedirse (CANOSA Armando, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, Tomo 1, 3ra ed. Astrea-Ediciones Rap, Buenos Aires, 2017, p. 100).

14 CANOSA, Armando, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, Tomo 1, 3ra ed. Astrea-Ediciones Rap, Buenos Aires, 2017, p. 99.

15 ALONSO REGUEIRA, Enrique, *Discrecionalidad, convencionalidad y administradxs*, Lajouane, Buenos Aires, 2024, p. 38.

(i) *¿Qué es motivar?*

La acción de motivar se refiere al juicio que forma la autoridad al apreciar el motivo –antecedente que provoca el acto, una situación legal o de hecho prevista por la ley como presupuesto necesario de la actuación administrativa– y ligarlo con la disposición de la ley aplicable, es decir, es la expresión de las razones que fundan y justifican el acto de la autoridad¹⁶.

(ii) *¿Por qué motivar?*

El fundamento de la motivación se vincula con la forma republicana de gobierno que consagra nuestra Constitución Nacional en su artículo 1º, porque implica la publicidad de los actos de gobierno, que permite que los habitantes del país conozcan no solo la acción que lleva a cabo el Estado, sino también por qué así actúa¹⁷. En efecto, desde el punto de vista constitucional la motivación es una exigencia sustentada en el régimen republicano y en los valores que inspiraran al constituyente. El dar cuenta de las razones por las que se decide no significa sino manifestación del principio republicano de publicidad de los actos de gobierno, esto es, de darlos a conocer, oportuna e íntegramente¹⁸.

En sentido coincidente, se dijo que en un régimen republicano representativo de gobierno, los actos de aplicación de la ley se tienen que motivar, aun cuando no exista una norma específica que lo establezca como deber, pues los funcionarios tienen que justificar las decisiones que adoptan respecto de la *res publica*, como principio general¹⁹.

(iii) *¿Para qué motivar?*

Se ha sostenido²⁰ que la motivación tiene tres finalidades: que la Administración dé cuenta de sus decisiones; que éstas puedan ser controladas tanto en sede administrativa como judicial y que el particular pueda ejercer su

16 TAWIL, Guido S. – Monti, Laura M., *La motivación del acto administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 2.

17 COVIELLO, Pedro, La motivación del acto administrativo como medio de control judicial del ejercicio de las facultades discrecionales, en AAVV *El Control de la Actividad Estatal I, Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial*, ALONSO REGUEIRA, Enrique (Director) Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, Buenos Aires, 2016, p. 130.

18 SACRISTÁN, Estela, “La motivación como requisito esencial del acto administrativo”, en AA.VV., *Acto Administrativo y Reglamento, Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2002, p. 65 y ss.

19 FERNÁNDEZ, Sergio G. *Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Ciudad Argentina- Hispania Libros, Buenos Aires - Madrid, p. 117.

20 IVANEGA, Miriam “El acto administrativo en el régimen nacional argentino: las bases constitucionales de sus requisitos esenciales”, ED, Suplemento de Derecho Administrativo, 13/5/2013, p. 7.

derecho de defensa, siendo este elemento exigencia de buena administración dentro de la vigencia del Estado constitucional de Derecho.

(iv) *¿Alcanza a todos los actos?*

De la lectura de la LNPA se extrae la imperatividad de que todos los actos administrativos, de manera que los actos administrativos de alcance individual como los de alcance general y reglamentos, deben estar necesariamente motivados²¹. Como agudamente señala este mismo autor, esto se refuerza en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Silva Tamayo”²², donde se señala expresamente que la exigencia de la motivación es para *todos* los actos administrativos.

(v) *¿De quién es la carga?*

Se ha dicho que es la Administración la que debe justificar que la decisión administrativa se ha adoptado conforme criterios que se encuentran en el expediente. Si no consta expresamente que, a lo largo del procedimiento, la decisión administrativa se ha ido concretando conforme a razones y criterios convincentes, esta simple circunstancia es suficiente para que la decisión se declare inválida y se devuelva a la Administración²³.

(vi) *¿Cuándo se motiva?*

No es admisible que la Administración pretenda aportar por primera vez en el proceso judicial una motivación con la que no se trabajó en el expediente, ni le corresponde a la autoridad judicial reconstruir una decisión administrativa descubriendo en el proceso criterios de motivación que la Administración no explicitó en el procedimiento. Por lo mismo, se sostiene que permitir que la motivación *a posteriori* cure la ausencia total de motivación anterior al dictado del acto, viola

21 COVIELLO, Pedro, La motivación del acto administrativo como medio de control judicial del ejercicio de las facultades discrecionales, en AAVV *El Control de la Actividad Estatal I, Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial*, Alonso Regueira, Enrique (Director) Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, Buenos Aires, 2016, p. 140 y 148, con sus citas. A diferencia de lo así previsto, el mismo autor refiere que, por ejemplo, en Costa Rica, delimita los actos que requieren motivación: los que impongan obligaciones o que limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos; los que resuelven recursos; los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos; los de suspensión de actos que hayan sido objeto del recurso; los reglamentos y actos discrecionales en general y los que deban serlo en virtud de ley.

22 CSJN, Fallos: 334:1909 “Silva Tamayo, Gustavo E. c/ EN- SIGEN Resol. 58/03 459/03 s/Empleo Público”, 27/12/2011

23 RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José M. “Normas de conducta y normas de control. Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial”, Barcelona, In Dret, 1/2015, citado por Alonso Regueira, Enrique, *Discrecionalidad, convencionalidad y administradxs*, Lajouane, Buenos Aires, 2024, p. 42, cita 39.

el propósito de la LNPA que procura que las potencialidades intelectuales de la administración se apliquen a la decisión de las cuestiones planteadas, y no a la justificación de las decisiones ya tomadas²⁴.

Sobre esto último es útil referir la decisión reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaída en el caso “Reta”²⁵, en el que la demandada, recién en la instancia judicial, intentaba justificar la decisión por la cual dispuso el cese del interinato del actor, un director que había sido designado interinamente años atrás. Señala que dicho acto *“debía contener la motivación exigida por las normas aplicables para ser considerado válido, sin que esa conclusión se vea modificada por la invocación de las razones que la demandada intenta hacer valer tardíamente en este proceso relativas a la situación de crisis económica y social que habrían dado origen al dictado de una serie de medidas de emergencia, pero que no fueron expresadas en la oportunidad pertinente.*

(vii) *¿Es susceptible de grados?*

La doctrina ha destacado que cuanto mayor es la discrecionalidad, mayor es también el deber que tiene la Administración de motivar el acto, pues está obligada a expresar claramente las causas que la llevaron a adoptar esa decisión y el razonamiento seguido²⁶.

Por lo mismo, los actos primordialmente reglados pueden estar motivados en forma mínima, incluso con la sola cita de la norma en la que se sustentan²⁷.

En definitiva entonces, decrece en su exigencia este requisito frente a determinados actos administrativos y acrece cuando aparecen actos de sustancia discrecional o que niegan o son ablatorios de derechos, entre otros²⁸.

(viii) *¿Tiene formas rígidas?*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que, si bien no existen formas rígidas para el cumplimiento de la exigencia de motivación explícita del acto administrativo, ella debe adecuarse, en cuando a la modalidad de su

24 MAIRAL, Héctor A., Control judicial de la Administración Pública, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2021, p. 729.

25 CSJN Fallos: 347:737, “Reta, Miguel Ángel c/ Universidad Nacional de San Juan s/ civil y comercial –varios”, 02/07/2024

26 FERNÁNDEZ, Sergio G. *Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Ciudad Argentina- Hispania Libros, Buenos Aires - Madrid, p. 114.

27 TAWIL, Guido S. – MONTI, Laura M., *La motivación del acto administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 61.

28 COVIELLO, Pedro, La motivación del acto administrativo como medio de control judicial del ejercicio de las facultades discrecionales, en AAVV *El Control de la Actividad Estatal I, Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial*, ALONSO REGUEIRA, Enrique (Director) Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, Buenos Aires, 2016, p. 148.

configuración, a la índole particular de cada acto administrativo, por lo que no cabe la admisión de fórmulas carentes de contenido, de expresiones de manifiesta generalidad o, en su caso, circunscribirla a la mención de citas legales, que contemplan sólo una potestad genérica no justificada en los actos concretos²⁹.

El motivo debe ser real y adaptado a cada caso discutido, no pudiendo limitarse a utilizar frases típicas o fórmulas prefabricadas. En general se admite que la motivación pueda ser breve, pero a condición de que resulte concreta y precisa³⁰.

Suele presentarse en los llamados “considerandos” o “vistos y considerandos” que el acto tiene, pero nada impide que el acto remita a informes o dictámenes previos que encunan por qué –de hecho y de derecho– del acto, siempre que los informes y dictámenes de que se trate sean a su vez notificados al interesado³¹. En otras latitudes, a modo de ejemplo, se ha establecido legalmente que la motivación puede satisfacerse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto³².

Al respecto, es interesante el análisis de este punto con perspectiva convencional, en el sentido que la falta de motivación como vicio del acto administrativo podría ser subsanado a posteriori, salvo que haya generado un impacto de tal envergadura que impida un reexamen en profundidad de las argumentaciones o evidencias relacionadas con la decisión³³.

(ix) ¿Cuándo es suficiente?

La motivación del acto administrativo debe, para ser considerada suficiente, referirse ineludiblemente –en forma clara– a los hechos y fundamentos de derecho tenidos en cuenta para adoptarlo y la expresión del razonamiento que, a partir

29 CSJN “Lema, Gustavo A. c/Estado Nacional –Ministerio de Justicia de la Nación s/ juicios de conocimiento en general”, 14/6/2001, del dictamen del Procurador General al que se remite la Corte, considerando V, y sus citas.

30 TAWIL, Guido S. –MONTI, Laura M., *La motivación del acto administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 61 y 62.

31 GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Parte General, 10ed., FDA, Buenos Aires, 2009, T. I, X-28.

32 COVIELLO, Pedro, “La motivación del acto administrativo como medio de control judicial del ejercicio de las facultades discrecionales”, en AAVV *El Control de la Actividad Estatal I, Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial*, Alonso Regueira, Enrique (Director) Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, Buenos Aires, 2016, en remisión a la legislación peruana, p. 136.

33 Ver ALONSO REGUEIRA, Enrique, *Discrecionalidad, convencionalidad y administradxs*, Lajouane, Buenos Aires, 2024, p. 116-119 y sus citas.

de aquéllos, se ha seguido para adoptar la decisión³⁴. La redacción debe ser precisa, razonada y clara; cualquier argumentación no es suficiente, como tampoco lo es la mera transcripción de los antecedentes³⁵.

A modo de ejemplo, se ha establecido expresamente en las leyes de procedimiento administrativo de otros países que no son admisibles fórmulas generales de fundamentación, sino que debe hacerse una relación directa y concreta de los hechos del caso específico en resolución, exponiéndose además las razones que con referencia a él en particular justifican la decisión adoptada³⁶. O también que, deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

También se sostuvo que no puede pretenderse que la administración escriba un artículo de doctrina y una relación pormenorizada de los hechos propia de una demanda judicial como considerandos de cada una de sus decisiones; una enumeración sucinta de los motivos, con mención de los principales hechos y argumentos relevantes en que se funda el acto que escape de las fórmulas abstractas y remanidas (“consideraciones de interés público”) y contestando los principales argumentos del particular en lugar de rechazarlos con el latiguillo de que ellos “no conmueven” la posición del Fisco, debe ser suficiente para considerar cumplido el recaudo³⁷.

1.3. *La doble garantía de fundamentación*

Por lo expuesto hasta aquí, la modificación introducida por la Ley de Bases en el procedimiento administrativo se traduce en una regla expresa de doble garantía de fundamentación de los actos administrativos. De un lado, el derecho a una decisión fundada que forma parte de la tutela administrativa efectiva agenciada como debido procedimiento previo para todos los actos administrativos, y del otro, la clásica motivación como requisito esencial de estos últimos (conf. Artículo 7º, incisos d) y e), LNPA).

Justamente la garantía del derecho a una “decisión fundada” que integra la tutela administrativa efectiva, impacta de lleno en los alcances que debe tener

34 TAWIL, Guido S. – MONTI, Laura M., *La motivación del acto administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 8

35 FERNÁNDEZ, Sergio G. *Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Ciudad Argentina- Hispania Libros, Buenos Aires.

36 COVIELLO, Pedro, “La motivación del acto administrativo como medio de control judicial del ejercicio de las facultades discrecionales”, en AAVV *El Control de la Actividad Estatal I, Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial*, Alonso Regueira, Enrique (Director) Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, Buenos Aires, 2016, ver especialmente las referencias de Uruguay (p. 135) y Perú (p. 136).

37 MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2021, p. 729.

motivación del acto a partir de lo actuado a lo largo de todo el trámite; más aún, viene a explicitar los alcances que ha de tener para resultar válida: todas las peticiones, lo propuesto, las defensas y alegaciones, las pruebas ofrecidas y rendidas, su mérito, todo ello en el contexto del marco jurídico concretamente aplicable.

En efecto, el acto se dicta como colofón del procedimiento y guarda con éste un vínculo, por eso su motivación ha de ser *relacional*, en el sentido de que su coherencia interna y racionalidad exige que ponga de manifiesto esa vinculación, con una justificación completa y fiel de lo sucedido en el procedimiento, de la información en la que se basa, con una argumentación racional³⁸.

A su vez, no deben perderse de vista los restantes principios fundamentales del procedimiento que han sido incorporados en el actual artículo 1bis de la LNPA, con directo impacto en la garantía que venimos analizando, estos son, los principios de juridicidad, razonabilidad y proporcionalidad, buena administración, buena fe y confianza legítima.

En línea con ello, recordemos que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales ha permitido introducir una marcada dimensión individual en el derecho administrativo, cuyos intereses son considerados como “intereses tutelados por los derechos fundamentales” y que ello se pone de manifiesto en el principio de prohibición de exceso, en particular por medio del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, y de los criterios de adecuación y exigibilidad, así como los principios de igualdad y de protección de la confianza legítima³⁹.

De esta forma, la relación que finalmente se establece entre los distintos elementos esenciales del acto administrativo aparece reforzada, y nos brinda el marco de la garantía en toda su extensión, en favor de las personas que se vinculen con la Administración pública.

Finalmente es un deber (jurídicamente exigible) de las Administraciones públicas asegurar en todas sus actuaciones la posibilidad real, concreta y sin excepciones del goce efectivo de los derechos fundamentales de la persona en un plazo razonable, en el que se garantice el derecho a ser oído en un sentido amplio para luego emitir una decisión suficiente y razonablemente fundada⁴⁰.

38 IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 32 a 34.

39 SCHMIDT- ASMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 89.

40 GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo, *Control de convencionalidad en la Administración pública*, Astrea, 2022, p. 160 con cita de precedentes convencionales.

2. IMPACTO EN LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Como sabemos, a pesar del gran desarrollo de los estudios doctrinarios sobre la discrecionalidad administrativa, tanto en nuestro país⁴¹ como en otras latitudes⁴², no parece agotarse la búsqueda del sentido de sus alcances y del control que ha de recaer en su ejercicio, destacándose especialmente una renovada e interesante mirada crítica sobre su “ocaso”, ante la pérdida del atributo o funcionalidad original, que estaba orientado a definir qué podía ser controlado judicialmente⁴³.

Sin pretender extendernos aquí sobre un tema de tanta trascendencia, sí nos importa destacar algunas variables vinculadas al impacto de esta doble garantía de “decisión fundada” y “motivación”, sobre el ejercicio de aquella.

Porque recordemos, la motivación del acto administrativo adquiere especial relevancia en el caso de los actos dictados en ejercicio de facultades preponderantemente discrecionales, pues en éstos la Administración debe explicar, más que en cualquier otros, por qué (causa) y para qué (fin) lo emite, explicitando,

41 ALONSO REGUEIRA, Enrique, *Discrecionalidad, convencionalidad y administradxs*, Lajouane, Buenos Aires, 2024, y del mismo autor, “Discrecionalidad: muerte y resurrección”, AA.VV., *El control de la Actividad Estatal I*, Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, CABA, 2016; BALBÍN, Carlos F. *Tratado de Derecho Administrativo*, 2da ed. Tomo I, pp. 869 y sig.; SESÍN, Domingo, *Administración Pública, actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial. Análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, 1994, y del mismo autor, *Control judicial de los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad técnica*, Cátedra jurídica, CABA, 2023; CASSAGNE, Juan Carlos – FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Temas de Derecho Público. Legalidad, discrecionalidad, sistema y control judicial*, IBDeF, Montevideo, 2017; FERNÁNDEZ, Sergio G. *Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Ciudad Argentina- Hispania Libros, Buenos Aires - Madrid, 202; Tawil, Guido S. *Administración y Justicia*, Depalma, 1993, p. 371/372; MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2021; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, p. 411; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Parte General, T. 1, 10ed., FDA, Buenos Aires, 2009, X-11 y s.; COMADIRA, Julio R. *Derecho Administrativo*, 2da ed., LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 500 y .ig. Nos remitimos también a nuestros trabajos “Discrecionalidad y después. Estándares de control de la PTN, CSJN y CIDH”, *Revista de Derecho Público*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2020, p. 153 y “Apuntes sobre la discrecionalidad técnica y su control judicial”, *Revista Temas de Derecho Administrativo*, Carlos F. BALBÍN (Dir.). ERREIUS, 6/9/2024.

42 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Discrecionalidad administrativa y control judicial”, ed. Tecnos, 1994, Madrid; GARCÍA DE ENTERRÍA – FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Ira ed., Thomson Civitas – La Ley, Buenos Aires, 2006; Laguna de Paz, Carlos “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”, *Revista española de Derecho Administrativo (REDA)* 186 (julio-septiembre 2017), 2017; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón “La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece”, *Revista de la Administración Pública* N° 196, Madrid, enero-abril 2015; TRABAGLIA, Juan I. *Discrecionalidad administrativa: permisión, racionalidad arbitraria y teoría de la decisión*, ed. Olejnik, Chile, 2020.

43 Ver ALONSO REGUEIRA, Enrique, *Discrecionalidad, convencionalidad y administradxs*, Lajouane, Buenos Aires, 2024, p. 69 y sig.

además, su razonabilidad, esto es, la adecuada proporcionalidad que debe mediar entre el qué del acto (objeto) y su fin (para qué)⁴⁴. En efecto, aun cuando la motivación tiene importancia en el caso de los actos dictados en ejercicio de facultades regladas, porque permite determinar la corrección del encuadre fáctico normativo de la decisión, su estricta configuración es, sin embargo, particularmente exigible, cuando aquél es dictado en el marco de facultades discrecionales, pues éstas deben hallar en aquélla el cauce formal convincentemente demostrativo de la razonabilidad de su ejercicio. En la motivación de los actos discrecionales, la autoridad se justifica ante el administrado y se justifica también ante sí misma⁴⁵.

Se ha dicho también que en las decisiones o elementos discrecionales de los actos que dicta la Administración la obligatoriedad de la motivación obedece a dos razones fundamentales: primero, deslindar la discrecionalidad de la arbitrariedad, ya que sin motivación, el acto aparece como un producto de la sola y exclusiva voluntad del órgano que lo dicta, lo que es incompatible con el Estado de Derecho, y segundo, por la tutela judicial efectiva o garantía de defensa, pues si el acto no se encuentra motivado, el particular se halla impedido de ejercer las facultades que integran el llamado debido proceso adjetivo que incluye el derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada, según lo expresa el artículo 1º inc. f) de la LNPA (en su anterior redacción)⁴⁶.

Además de la doctrina, la exigencia de motivación aparece calificada también respecto de estos actos por la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, con sustento en los principios republicanos que imponen a la administración dar cuenta de sus actos, los recaudos exigidos para permitir que éstos puedan ser impugnados por quienes ven afectados sus derechos y la necesidad de que los jueces cuenten con los datos indispensables para ejercer la revisión de su legitimidad y razonabilidad⁴⁷.

Como sabemos, esta es la posición ya inveterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, iniciada con el recordado precedente “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los

44 COMADIRA, Julio Pablo, “El acto administrativo. Introducción y noción. Su regulación en la LNPA”, AAVV *Derecho Administrativo. Legislación usual comentada*, Cicero, Karina (Directora) Tomo I. Procedimientos Administrativos. Thomson Reuters, 2015, Buenos Aires, p. 124.

45 COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo*, 2da ed., LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 510.

46 FERNÁNDEZ, Sergio G. *Control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Ciudad Argentina- Hispania Libros, Buenos Aires - Madrid, p. 241.

47 C. Nac. Cont. Adm. Fed, sala 3º, “Hughes Fool Company S.A. v. Estado Nacional”, 11/9/1984, publicado en JA 1985-II, síntesis (Lexis Nexis Nº 2/38044). Ver la exhaustiva reseña que formula Coviello, Pedro, ob. citada, p. 141 y sig.

Derechos Humanos”⁴⁸, en el que, partiendo de la “naturaleza discrecional del acto impugnado”⁴⁹, sostuvo el Máximo Tribunal que debía darse por superada la antigua identificación entre discrecionalidad y falta de norma determinante o laguna legal –por considerarse que la libertad frente a la norma colisionaría con el principio de legalidad–, admitiéndose que la estimación subjetiva o discrecional por parte de los entes administrativos sólo podía resultar consecuencia de haber sido llamada expresamente por la ley que ha configurado una potestad y la ha atribuido a la administración con ese carácter, presentándose así en toda ocasión como libertad de apropiación legal, jamás extralegal o autónoma.

Por eso agrega que, ya se ha abandonado la idea del acto administrativo reglado o discrecional en bloque, con el consecuente reconocimiento de la existencia de elementos reglados en todo acto administrativo y la fiscalización de aquellos considerados anteriormente como discrecionales mediante el examen de sus elementos reglados. No existen actos reglados ni discrecionales cualitativamente diferenciables dice la Corte Suprema, sin únicamente actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación y a la inversa, por lo que no se puede hablar –como decíamos al inicio de este trabajo–, de dos sectores autónomos y opuestos sino más bien, de una cuestión de grados.

La doctrina del caso indica, consecuentemente, que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión, entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto, se traduce así en un típico control de legitimidad ajeno a los motivos de oportunidad, mérito o conveniencia.

Como advertimos, se corre el velo de aquella reserva de ejercicio de facultad discrecional por el órgano estatal, para dar paso a una fiscalización desde el acto discrecional como tal, que en sus elementos reglados, contiene, necesariamente, una evaluación sobre la legitimidad o juridicidad del accionar estatal en el supuesto de que se trate.

Esta doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se consolidó a lo largo de los años en precedentes tales como “Lema”⁵⁰, “Scarpa”⁵¹, y

48 CSJN, Fallos 315:1361 (23/6/1992).

49 El caso se trata de una acción de amparo por la que la actora perseguía la reposición de un espacio de radio que el Director de la emisora (LRA 13 Radio Nacional Bahía Blanca) levantó sin expresión de causa, bajo la sola invocación de “razones de programación”.

50 CSJN Fallos: 324:1860, “Lema, Gustavo A. c/Estado Nacional –Ministerio de Justicia de la Nación s/juicios de conocimiento en general”, 14/6/2001

51 CSJN Fallos 342:1393 “Scarpa, Raquel Adriana Teresa c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos s/ amparo ley 16.986”, 22/08/2019.

especialmente “Schneidermann”⁵² –todos casos vinculados a empleo público–, entre los que también se destaca “Silva Tamayo”⁵³.

Más recientemente nos interesa destacar el caso “Reta”⁵⁴, que como anticipamos, trata sobre la decisión adoptada por una Universidad nacional a través de la cual se dispuso el cese del interinato del actor, un director que había sido designado interinamente años atrás. Y no hay dudas, dice el dictamen de la Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema –a cuyos fundamentos se remite la mayoría del Máximo Tribunal–, que dicho acto debía cumplir con el requisito de motivación, y que no podía sostenerse válidamente que el ejercicio de facultades discrecionales por parte de un órgano administrativo para remover a una persona del cargo para el cual había sido designada, aun con carácter transitorio o precario, lo exima de cumplir los recaudos que para todo acto administrativo exige el art. 7º de la ley 19.549. Señala que dicho acto “debía contener la motivación exigida por las normas aplicables para ser considerado válido (...). Tal omisión torna ilegítimo el acto, sin que quepa dispensar la ausencia de las razones que lo justifiquen por el hecho de haberse ejercido facultades discrecionales, las que, por el contrario, imponen una observancia mayor de la debida motivación”.

Así las cosas, se ha sostenido que el reconocimiento expreso por parte de nuestros tribunales –y en especial de la Corte Suprema– de que existen actos mixtos, con elementos reglados y aspectos de carácter discrecional, es un gran avance para posibilitar su control judicial, a la vez que, la admisión de que el ejercicio de las potestades discrecionales comienza con el examen de los aspectos reglados de los actos administrativos, no sólo contribuye a mejorar aquél control sino que también asegura el derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares que garantiza la Constitución Nacional⁵⁵.

52 CSJN, Fallos 331:735, 8/4/2008. Ver asimismo “Micheli, Julieta E. c/ Estado nacional – Mº de Justicia DDHH –Resol. 313/00 s/empleo público”, 15/12/2009; “Arzúa, Horacio Ricardo c/Estado nacional – Administración de Parques Nacionales –resol. 11/2000” (en este caso la Corte Suprema dispuso el incumplimiento de las pautas formales de la Acordada 4/2007, anticipando la vinculación del caso a lo resuelto, nuevamente, en el precedente reseñado más arriba) 11/3/2011; “Granillo Fernández, Alejandro José c/ Min. de Justicia y Derechos Humanos - PEN s/ restitución”, 14/8/2012. Fallos: 331:735, criterio reiterado en la causa CSJ 342/2012 (48-V)/CS1 “Villar, Lisandro Nelson c/ COMFER s/ contencioso administrativo”, resuelta el 16 de junio de 2015.

53 CSJN, Fallos: 334:1909 “Silva Tamayo, Gustavo E. c/ EN- SIGEN Resol. 58/03 459/03 s/Empleo Público”, 27/12/2011.

54 CSJN Fallos: 347:737, “Reta, Miguel Ángel c/ Universidad Nacional de San Juan s/ civil y comercial –varios”, 02/07/2024; Fallos: 346:1471, “Poggio, María Marta c/Procuración Gral. de la Nación y otro s/Varios”, 07/12/2023; Fallos: 346:854, “Alaguibe, Ana María c/ AFIP s/ Contencioso” 17/08/2023, entre otros.

55 VINCENTI, Rogelio W. “El control judicial de la discrecionalidad administrativa. El caso de los elementos reglados del acto”, AAVV *El Control de la Actividad Estatal I, Discrecionalidad*,

A ello le sumamos ahora, producto de la modificación que introduce la Ley de Bases en el procedimiento administrativo, que la tutela administrativa efectiva debe garantizarse no sólo desde la motivación del acto, sino desde el derecho a una decisión fundada como parte del debido procedimiento previo a su dictado, operando ambas como doble garantía para blindar los actos discrecionales de una adecuada fundamentación, dado que su alcance y contenido debe resguardar los estándares que aquella garantía impone.

3. LEY DE BASES: LO QUE SE VE Y LO QUE NO SE VE

Con lo dicho hasta aquí, y volviendo nuevamente sobre la Ley de Bases, nos preguntamos si ella menciona el término “discrecionalidad” y en su caso, en qué contexto, como para entender la eventual aplicación de la doble fundamentación exigida por la norma.

La respuesta es afirmativa, ya que en el artículo 177, bajo el título que regula el RIGI (Régimen de Incentivo para las Grandes Inversiones), con relación a la presentación de una solicitud de adhesión y el plan de inversión por parte del VPU (vehículo de proyecto único), establece (parte pertinente): “(...) La decisión sobre la aprobación o el rechazo por parte de la autoridad de aplicación se basará en la información incluida en la solicitud de adhesión, en el plan de inversión y de la evaluación que la autoridad de aplicación realice en los términos previstos en la presente ley. La decisión al respecto no será discrecional, y respetará la garantía de igualdad ante la ley de todos los solicitantes, respetándose uniformidad y coherencia en los criterios de otorgamiento”. Luego agrega que en los casos que medie rechazo, “(...) el acto administrativo deberá incluir de manera expresa y clara las razones en virtud de las cuales se funda dicho rechazo”, y seguidamente, fija el estándar de esa motivación en concreto, enunciando las variables que *únicamente* puede invocar la autoridad para fundar el acto⁵⁶.

División de Poderes y Control Extrajudicial, ALONSO REGUEIRA, Enrique (Director) Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, Buenos Aires, 2016, p. 331.

56 Detalla la norma a continuación: “(...) a) El incumplimiento de alguno de los requisitos previstos en la presente ley; b) No alcanzar el monto de inversión mínima requerido; c) Un excesivo e injustificado plazo propuesto como fecha límite para cumplir con el monto de inversión mínima en activos computables; d) Un monto de inversión en activos computables inferior al requerido como inversión mínima durante el primer y segundo año posteriores a la fecha de notificación del acto administrativo de aprobación del plan de la adhesión al RIGI y del plan de inversión; e) La falta de información adecuada o esencial en el plan de inversión; f) La ausencia de permisos relevantes o esenciales para la ejecución del plan de inversión y/o la incertidumbre o largo plazo para su obtención que pudieran hacer peligrar la factibilidad del proyecto en los tiempos propuestos; g) Una clara y evidente imposibilidad de dar cumplimiento al plan de inversión de la manera planteada por el VPU a criterio de la autoridad de aplicación, sea en términos de factibilidad técnica, económica y/o financiera; y/o h) La determinación por parte de la Autoridad de Aplicación de que el ingreso al RIGI por parte del VPU solicitante generaría una distorsión en el mercado local. El rechazo de

Vemos así que la ley delimita exhaustivamente los contornos de la motivación que debe portar el respectivo acto, limitando el ejercicio de la discrecionalidad. De esta forma, la norma, sin reglar el objeto del acto ni por ende transformar esta facultad en una de tipo reglado, predetermina un marco de alternativas para que la autoridad opte, limitando su ejercicio en función de los intereses públicos y privados que están en juego ya que, en definitiva, el eventual rechazo del proyecto presentado incide negativamente en el derecho del particular⁵⁷. El titular de este último, por lo mismo, goza de una expresa tutela legal en cuanto a los alcances de los fundamentos que el acto ha de expresar a tales fines.

En dicho contexto, parece tomar sentido la idea de discrecionalidad administrativa como “facultad específica de concreción jurídica para la consecución de un fin predeterminado”, en el sentido de interpretarla no desde la perspectiva del control, sino desde la perspectiva de actuación, en el que la administración debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actuación –objetivos y fines deducibles de la programación contenida en la ley; derechos fundamentales de la Constitución, principio de proporcionalidad e igualdad, y evaluación de oportunidad, eficacia económica o rentabilidad–, ponderándolos autónomamente en el marco de la habilitación actuada⁵⁸.

Ahora bien, por fuera de esta intersección expresa entre discrecionalidad y alcances de la garantía de fundamentación, que en línea con la tutela administrativa efectiva, exige la flamante Ley de Bases en el caso indicado, nada aparece en su texto que permita vincular la misma garantía a la protección en concreto de los derechos humanos de las personas. De hecho, la ley engloba la referencia a estas últimas bajo el término “administrados”⁵⁹.

Por eso no podemos dejar de señalar en esta oportunidad, bajo la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, consolidada a lo largo de estos años, que también hay una *frontera* para el ejercicio de la discrecionalidad estatal, en el debido resguardo de los derechos humanos de las personas. En los antecedentes que citaremos a continuación aparece un límite enfocado en los sujetos vulnerables amparados por la convencionalidad, porque los entiende como los más expuestos a la arbitrariedad de los órganos administrativos.

la solicitud de adhesión al RIGI no podrá ser recurrido. Sin embargo, el VPU tendrá derecho a presentar un nuevo plan de inversión respecto del mismo proyecto y someterlo nuevamente a consideración de la autoridad de aplicación hasta dos (2) veces más dentro del mismo año calendario”.

57 Ver MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2021, p. 711.

58 SCHMIDT-ASMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 220 y sig.

59 Ver artículos 1 *bis* incisos a) y c) *in fine*, 11, 12, 17, 23, 24 y 31.

Al respecto, vale referir, en primer término, la Opinión Consultiva N° 4/85⁶⁰ de la CIDH, motivada en una consulta sobre una modificación de la Constitución de Costa Rica que restringía las condiciones de acceso a la nacionalidad en dicho país, en la que se expresa, en lo que aquí importa, que: “El derecho internacional de los Estados impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de protección integral de los derechos humanos”.

Con respecto a este mismo derecho a la nacionalidad, sostuvo el mismo Tribunal⁶¹ que: “La determinación de quienes son nacionales sigue siendo competencia interna de los Estados. Sin embargo, su discrecionalidad en esa materia sufre un constante proceso de restricción conforme a la evolución del derecho internacional, con vistas a una mayor protección de la persona frente a la arbitrariedad de los Estados. Así que en la actual etapa de desarrollo del derecho internacional de los derechos humano, dicha facultad de los Estados está limitada, por un lado, por su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación y, por otro lado, por su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia”.

En materia de aplicación de sanciones a los agentes estatales, sostuvo la Corte IDH⁶²: “...En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados”.

Por otro lado, con relación a los derechos económicos sociales y culturales, la Corte IDH ha indicado⁶³ que “estos son, sin duda, los derechos más expuestos a la arbitrariedad de los órganos administrativos, pues suele ser mayor el margen de discrecionalidad del Estado para la fijación de muchas de las prestaciones que constituyen su objeto. Ante esta situación, a través de diversas decisiones,

60 Corte IDH Opinión Consultiva OC-4/84 (19/1/1984) s/Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf).

61 Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

62 Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, doctrina reiterada en Caso Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.

63 Ver documento “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4, 7 de septiembre 2007.

el SIDH se ha pronunciado a favor de la necesidad de limitar y condicionar la llamada discrecionalidad estatal”. Y que en razón de ello, el SIDH ha subrayado la necesidad de regular y restringir la discrecionalidad estatal, teniendo siempre en cuenta el respeto de los derechos humanos en casos que involucran a sectores especialmente vulnerables, en los que la Corte IDH ha identificado la necesidad de trazar vínculos entre los alcances del debido proceso legal administrativo y la efectiva vigencia de la prohibición de discriminación.

Un ejemplo de la aplicación de esta doctrina a nivel local es el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído en el caso “Q. C., S. Y.”⁶⁴, en el que la actora, por derecho propio y en representación de su hijo menor discapacitado, demandó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin que, en resguardo de sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad y la vivienda, reconocidos en la Constitución local, en la Constitución Nacional y en diversos tratados incorporados a esta última, le proporcionara alternativas para salir de la “situación de calle” en la que se encontraba junto a su hijo, y le permitiera acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, preservando su integridad familiar. El Máximo Tribunal, tras referir el marco normativo constitucional y convencional aplicable al caso, sostuvo que existía una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos, que en el caso se configuraba por la amenaza grave para la existencia misma de la persona (niño discapacitado, con una madre en situación de calle). De allí que la razonabilidad imponía, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, que los poderes atiendan las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. Según la Corte Suprema, esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces. Concluye así entonces que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial, lo que significa que sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad.

64 La Ley 28/5/2012, 10 con nota de Gil Domínguez, Andrés, “Estado constitucional de derecho, políticas públicas y derecho de acceso a una vivienda digna”, en Sup. Adm. 2012 (junio) 45, DJ 8/8/2012; CARNOTA, Walter “El difícil camino hacia la vivienda digna (Opciones entre la discapacidad y el presupuesto)”, y en DJ 2013-6-12, 16, CLARO AHARGO, Ana “Derecho a la salud y discapacidad. La protección de los más vulnerables”.

4. UNA INQUIETUD FINAL

El dictado de la Ley de Bases conmueve a la disciplina, y nos obliga a ahondar en sus institutos e intentar forjar nuevos estándares para su adecuada interpretación. Como se ha dicho, en el campo del Derecho se llevan a cabo, cada tanto, transformaciones que modifican instituciones caducas y dan vida a nuevos principios creando reglas jurídicas compatibles con los fines que persigue la adaptación o cambio del sistema jurídico⁶⁵.

Es positivo que el procedimiento administrativo se constitucionalice y recepcione principios que, como la tutela administrativa efectiva, gozaban de un reconocimiento amplio jurisprudencial y doctrinario, pero sin anclaje legal.

Al mismo tiempo, no se debe perder de vista que una modificación como esta es estrictamente a favor de las personas que se vinculan con la administración, que no es otro que el origen del procedimiento como tal, como continente de límites que se imponen en el obrar administrativo. En este sentido, detectamos que la modificación en la ley brinda una garantía doble de fundamentación para el dictado de los actos administrativos, a partir de la expresa vinculación que se establece entre el derecho a una decisión fundada y la motivación, como requisitos esenciales de aquéllos.

Lo que queda por ver, a medida que se instale el paradigma que la ley representa en su conjunto, es si la libertad a la que se refiere es la de los que siempre fueron fuertes ante la administración, o si también efectivamente incluye a los que están en desigualdad de armas⁶⁶. ¿Porta la Ley de Bases una suerte de contra reforma a la reforma constitucional del 1994, en algunos de sus aspectos? ¿Está realmente llamada a brindar garantías más extensas, convencionalizadas, a favor de las personas humanas?

Es lo que nos queda transitar, dejo planteada la inquietud.

ANA SALVATELLI

Es Abogada y doctoranda por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Abogacía del Estado por la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Profesora Adjunta de grado en la Universidad de Buenos Aires y de posgrado en la Procuración del Tesoro de la Nación; en las Universidades Nacionales de Rosario; de Tres de Febrero y del Comahue; en la Escuela de Formación en Abogacía Pública de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la Universidad Católica de Salta.

65 CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho Público (constitucional y Administrativo)*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2021, p. 621.

66 Ver con relación a este principio MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2021, p. 162 y sig.

Coordinadora de la Carrera de Especialización y de la Maestría en Derecho Administrativo y Administración Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Titular de la Oficina de Actuaciones Colegiadas de la Auditoría General de la Nación. Autora de numerosas publicaciones sobre la especialidad, la más reciente, el libro *El Estado Responsable*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2024.

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Celeste

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

LEANDRO VERGARA

**MAQUEDA - ALONSO REGUEIRA - CIMINELLI - DIANA - FERNÁNDEZ
GELLI - LÓPEZ - MONTI - REJTMAN FARAH - RODRÍGUEZ - SAGGESE
TREACY - WÜST - BUTELER - CASARINI - LÓPEZ CASTIÑEIRA
CERTOMA - GALLEGOS FEDRIANI - HEILAND - MACIEL BO - RUBIO
STUPENENGO - VINCENTI - YLARRI - BARRA - BRANDAN - CORMICK
ERBIN - LOSA - SACRISTÁN - SALVATELLI - STORTONI**



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
Asociación de Juristas y Estudios Positivos del
Derecho Argentino



**ASOCIACIÓN
DE DOCENTES**

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



**FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL**

1ª Edición: Diciembre de 2024

Bases para la Libertad en el Derecho Administrativo Argentino - Tomo Celeste / Enrique Alonso Regueira ... [et.al.] 1a. edición - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2024.

548 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-1-6

1. Bases de Datos. I. Alonso Regueira, Enrique.
CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina

COMISIÓN ACADÉMICA EDITORIAL

Luisella Abelleyro	Edgardo Tobías Acuña
Santiago Paredes Adra	Federico Martín Amoedo
Andrés Ascárate	Tomás Brandan
Ignacio Bence Pieres	Paula Brunetti
Mario Cámpora	Luis Casarini
María Ceruli	Dominique Ekstrom
Rosario Elbey	Hernán Gerding
Federico Giacoia	Lorena González Rodríguez
Nazareth Azul Imperiale	Ángeles Lausi
Facundo Maciel Bo	Milagros Marra
Lucía Martín	Lucía Flavia Ojeda
Gimena Olmos Sonntag	Lautaro Pittier
Matías Posdeley	Marina Prada
Gerardo Ruggieri	Juan Ignacio Stampalija
Juan Ignacio Sueldo	Maximiliano Werner

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Blanco

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

MARCELO DANIEL DUFFY



**LORENZETTI - ALONSO REGUEIRA - AMESTOY - COVIELLO
FREEDMAN - VILLENA - KODELIA - NIELSEN ENEMARK - SCHAFRIK
SEIJAS - SPOTA - BOTO ÁLVAREZ - CASARINI - DURAND - FACIO
GERDING - PERRINO - SALTZER CHAVEZ - ABERASTURY - CILURZO
DUBINSKI - LISTE - MORTIER - OTERO BARBA - PÉREZ
SILVA TAMAYO - THOMAS - TOIA - VEGA - ZICAVO**



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
Asociación de Juristas y Académicos de la
Facultad de Derecho



**ASOCIACIÓN
DE DOCENTES**

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



**FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL**

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

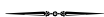
Tomo Amarillo

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

JORGE EDUARDO MORÁN



**ROSENKRANTZ - ALONSO REGUEIRA - CANDA - CAPPONI - CICERO
DAMSKY - FIGUEREDO - GUSMAN - GUTIÉRREZ COLANTUONO - HUBEÑAK
LARA CORREA - RAMOS - SCHEIBLER - ABERASTURY - AMOEDO
PITTIER - CONDE - ENRICI - GARCÍA MORITÁN - GARCÍA PULLÉS
ISABELLA - MARRA - MARRA GIMÉNEZ - SAMMARTINO - SANTANGELO
ALVAREZ TAGLIABUE - CARRILLO - MONOD NÚÑEZ - COMADIRA
FOLCO - KODELIA - THEA - MARCHETTI - MARTÍNEZ - OLMOS SONNTAG**



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
Asociación de Juristas y Académicos de la
República Argentina



**ASOCIACIÓN
DE DOCENTES**

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



**FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL**