

Autor/es: Por Canda, Fabián O.. EDA, 2012-689 [Publicado en 2012]

1

Introducción

El que resuelve sin oír a la otra parte, aunque lo que decretó fuera justo, no deja de ser injusto(1).

Desde tiempos antiguos se ha entendido consustancial a la idea de justicia que, antes de emitirse una resolución contra una persona, ésta debe tener la oportunidad de defenderse, de ser escuchada(2).

Desde el derecho anglosajón, Wade(3) ha sostenido que la regla que exige una audiencia es de validez casi universal y que puede ser extendida sin incompatibilidad desde su nativo suelo judicial a cualquier parte de la Administración.

En nuestra Constitución histórica (art. 18) se proclama que nadie puede ser penado sin juicio previo ni obligado a declarar contra sí mismo, siendo inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.

La inviolabilidad de la defensa involucra al menos la garantía de ser oído y de hacer valer los medios de protección que se estimen conducentes.

Según la doctrina, ha sido la Constitución argentina la primera en institucionalizar en su art. 18 la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio de modo expreso y orgánico en el derecho occidental de Europa y América(4).

2

Base constitucional. Alcance de la defensa

en juicio en la jurisprudencia de la Corte Suprema

El art. 18 de la CN consagra la garantía de “defensa en juicio” de la persona y de los derechos. Del texto legal se desprende que dicha garantía opera en el marco del proceso judicial, pues se alude al “juicio”, en el sentido de proceso seguido ante los tribunales judiciales, sin contemplarse, al menos expresamente, los procedimientos administrativos(5).

La Corte Suprema ha dicho en el caso “Feliciano Silva y Colman”, de 1918, que la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio significa que el litigante debe ser oído y encontrarse en condiciones de ejercitar sus derechos en la forma y con las solemnidades establecidas por las leyes de procedimientos(6), aunque es preciso aclarar que la alusión al concepto “procedimientos” no tiene –en el citado precedente– sentido técnico, pues se trataba de un proceso judicial.

Sin embargo, ya en la causa “Adolfo E. Parry”, de 1942, la Corte extendió la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio a los *procedimientos llevados adelante por tribunales administrativos en ejercicio de facultades materialmente jurisdiccionales*(7).

La garantía ha sido asimismo extendida a cierto tipo de procedimientos administrativos tramitados ante la administración activa. Así, el máximo tribunal ha sostenido que las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio son de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones, inclusive en los procedimientos administrativos de *naturaleza disciplinaria* –haya o no suma-rio–, de modo que el imputado pueda tener oportunidad de ser oído y de probar de algún modo los hechos que creyere conducentes a su descargo(8).

En otro precedente, en el que se discutía la legitimidad de la exclusión de una persona que había ganado un concurso docente por la existencia de un informe secreto negativo de los organismos de seguridad(9), respecto del cual no había tenido acceso ni posibilidades de defenderse, la Corte sostuvo que los agravios se vinculaban con el art. 18 de la CN, “que lleva implícita la garantía en virtud de la cual a quien se le atribuye una conducta ilícita debe contar, al menos, con la oportunidad de ejercer su derecho de defensa”(10).

Adviéntase que en la especie se *trataba del derecho a ser oído en el marco de un concurso docente*, es decir, dentro de un procedimiento administrativo especial de naturaleza no sancionatoria, aunque el informe negativo que se hacía valer para no ofrecer el cargo concursado atribuía, supuestamente, conductas ilícitas al actor.

Es que la garantía del debido proceso si bien tiene su campo de acción fundamental en la órbita del derecho penal –en razón del derecho de libertad en juego(11)– resulta de aplicación asimismo en todo tipo de proceso y procedimiento, incluso el administrativo(12).

De modo tal que cada vez que se está frente a la Administración en un procedimiento del cual pueden derivarse consecuencias para la esfera de derechos e intereses de los particulares, estos gozan de la garantía constitucional de defensa.

Tal garantía constitucional se “concreta”–en el procedimiento administrativo– a través del principio del “debido proceso adjetivo”, cuyo triple contenido surge del art. 1º, inc. f), de la ley 19.549 (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos; de aquí en más, LNPA) y que se integra con el derecho a ser oído, ofrecer y producir prueba y el derecho a una decisión fundada(13).

El procedimiento debe garantizar, pues, una tutela administrativa efectiva. Dicha tutela se esfuma si en el trámite administrativo no se respetan las reglas del debido proceso adjetivo.

La Corte lo ha sostenido enfáticamente hace apenas unos años, al señalar que vulneraba el *derecho de defensa* y la *tutela administrativa efectiva* una disposición según la cual para poder participar en un concurso los interesados debían, previamente, desistir de todas las acciones judiciales o impugnaciones administrativas que se hubieren interpuesto contra actos del organismo estatal con-vocante(14).

Seguidamente nos ocuparemos del primer aspecto del debido proceso adjetivo, esto es, el derecho a ser oído en el marco del procedimiento administrativo.

3

Derecho a ser oído. Contenido

El derecho a ser oído comprende el *derecho de los interesados de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a los derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente* (art. 1º, inc. f), apart. 1º, LNPA).

Un análisis de la previsión legal permite hallar los siguientes elementos constitutivos del derecho a ser oído:

- a) Elemento subjetivo: responde a la pregunta acerca de quiénes pueden hacerlo valer;
- b) Elemento material: ante qué conductas administrativas surge el derecho;
- c) Elemento formal o instrumental: de qué manera se efectiviza el derecho.
- d) Elemento temporal: en qué momento el particular debe ser oído.

a) *Elemento subjetivo: quiénes pueden hacer valer el derecho a ser oídos*

Tienen derecho a ser oídos los “interesados” en un procedimiento administrativo, es decir, aquellos en cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos habrá de incidir el acto administrativo que, como regla, coronará el procedimiento (art. 1º, inc. f), apart. 1º, LNPA).

Recuérdese que, tal como lo precisa el reglamento de la ley, son “parte interesada” para dar inicio al procedimiento administrativo o para presentar recursos aquellos en cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos el acto administrativo a dictarse incida o pueda incidir (arts. 3 y 74 del decreto 1759/72, Reglamento de la LNPA; de aquí en más, RLNPA)(15).

Esto no quiere significar, empero, que quienes carezcan de la calidad de “parte interesada” no puedan efectuar presentaciones ante la autoridad administrativa en ejercicio del derecho a “peticionar a las autoridades” que asegura el art. 14 de la CN. Sólo implica que no lo harán en calidad de “parte” del procedimiento, sino en su condición de titulares de un interés simple en que se cumpla con la legalidad, con lo cual su intervención en el trámite resultará acotada a la petición y al derecho de que esta se resuelva, más no a otros derechos que derivan de la condición de interesados, tales como el de que se produzca la prueba que se ofrece o el de impugnar administrativa o judicialmente el acto que se dicte en definitiva.

Por lo demás, luego de la reforma constitucional de 1994 debemos incluir entre los sujetos que pueden ser parte en un procedimiento a aquellos que ostenten un “derecho de incidencia colectiva” de los comprendidos en los arts. 41 a 43 del texto supremo, pues sería absurdo negarles en sede administrativa legitimación para actuar cuando ésta es reconocida en sede judicial a los efectos de la tutela de tal categoría de derechos.

En este orden de ideas, cabe recordar que en el precedente “Halabi”(16) la Corte sostuvo que luego de la reforma, además de los derechos subjetivos típicos gozan de reconocimiento constitucional los derechos de incidencia colectiva, en su doble vertiente de derechos de incidencia colectiva que recaen sobre bienes colectivos (indivisibles: v.gr. el ambiente) y derechos de incidencia colectiva que recaen sobre intereses individuales homogéneos(17).

Los derechos de incidencia colectiva deben encontrar su quicio procedural, hoy inexistente, en un procedimiento diseñado para la adecuada tutela de éstos, que atienda a la relevancia de los bienes en juego y a la -muchas veces compleja determinación sobre su posible afección.

Mientras tanto, ciertamente, no podría negársele “tutela administrativa efectiva” por el hecho de carecerse de un procedimiento especial que los contemple. De ahí que postulemos que los titulares de tales derechos gozan de la calidad de “parte” prevista en el art. 1º de la LNPA que nos viene ocupando, más allá de que la categoría no encuadre –al menos nominalmente– dentro de las de “derecho subjetivo” (típico) e “interés legítimo” que contemplan la ley y su reglamentación.

b) *Elemento material*

El modo normal de terminación del procedimiento administrativo es mediante el dictado de un acto “definitivo”, es decir, aquél que pone fin a la cuestión de fondo.

La ley preceptúa que el particular tiene derecho a ser oído antes de la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

No todos los actos producidos por la administración exigen que el administrado sea oído antes de su emisión, pues no todos ellos inciden *directamente* sobre los derechos o intereses de los particulares. Así, los dictados en el proceso de formación de la voluntad administrativa (tales como los informes, dictámenes y medidas preparatorias aludidos en el art. 81, RLNPA) no exigen que previamente se escuche al administrado.

En verdad, los “actos” a los que alude la ley son en sentido técnico los “actos administrativos”, pues sólo estos producen efectos jurídicos directos sobre la esfera vital de intereses de los particulares.

En esta categoría ingresan tanto los “definitivos” (antes aludidos) como los “asimilables a definitivos”, pues aunque no resuelven la cuestión de fondo impiden la prosecución del procedimiento y, de tal modo, inciden sobre los derechos e intereses de quienes participan del trámite (v.gr. declaración de caducidad, declaración de falta de legitimación, archivo u otros modos de terminación anormal del procedimiento).

Es interesante analizar la locución “que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos”, pues el legislador eligió una redacción amplia, que abarca algo más que los actos de gravamen. No es necesario que haya una afección o lesión de derechos e intereses, sino que basta con que el acto “se refiera” a éstos para que nazca el derecho a ser oído(18).

De tal modo, un acto que haga lugar sustancialmente a una pretensión o defensa (pero que en algún aspecto parcialmente la deniegue) exige que con carácter previo se escuche a aquel a quien irá dirigido.

La redacción legal da pábulo para sostener, inclusive, que previo al dictado de un acto ampliatorio de derechos debe oírse al administrado, en tanto dicho acto “se refiere” a los derechos subjetivos e intereses legítimos de aquél.

c) *Elemento formal o instrumental*

¿De qué manera se vehiculiza el derecho a ser oído?

Según surge de la ley, el derecho a ser oído se instrumenta mediante la exposición de las *pretensiones y defensas*.

La distinción legal entre *pretensiones* y *defensas* del particular viene a corroborar que, en su rol de colaborador de la Administración, el particular no sólo se defiende ante ella sino que –en muchos supuestos– plantea sus pretensiones respecto de un derecho o interés que considera le asiste(19).

Así, es común que en los procedimientos de primer grado(20) iniciados por impulsión del administrado éste exponga sus *pretensiones* vinculadas con un interés particular(21); mientras que normalmente habrá de exponer sus *defensas* en aquellos procedimientos que puedan concluir con un acto de gravamen para sus derechos o intereses (v.gr. los procedimientos sancionatorios).

Dentro de la categoría de pretensiones cabe incluir tanto a las “simples pretensiones” del art. 10 de la LNPA (que son aquellas que se formulan cuando nada negativo se le imputa a la administración: v.gr. se le solicita por primera vez una autorización para construir) como a los “reclamos administrativos” de los arts. 30 a 32 de la LNPA, que proceden ante hechos ilegítimos o inconvenientes y frente a omisiones antijurídicas.

También constituye una pretensión el recurso administrativo, que aparece expresamente contemplado en la disposición legal bajo estudio, cuando se menciona como contenido del derecho a ser oído el de “interponer recursos”.

Se trata, pues, de la facultad de impugnar administrativamente actos administrativos, a través de los recursos que contempla el Título VIII del RLNPA. Entre ellos, descuella por su carácter necesario para agotar la vía administrativa el recurso jerárquico (art. 89 y sigs., RLNPA). La vía recursiva administrativa da nacimiento así a los denominados “procedimientos de segundo grado”, en los cuales la pretensión del particular será la de obtener la revocación, modificación o sustitución del acto administrativo originario por razones de ilegitimidad o de inoportunidad, carencia de mérito o inconveniencia (arts. 17 y 18, LNPA).

Por último, el derecho a ser oído se complementa con el de “hacerse patrocinar y representar

profesionalmente". Aclara el legislador que cuando una norma expresa permita que la representación en sede administrativa se ejerza por quienes no son abogados, "el patrocinio letrado será obligatorio en los casos en que planteen o debatan cuestiones jurídicas" (art. 1º, inc. f], apart. 1º, parte final).

En el procedimiento administrativo –y como consecuencia de los principios generales de gratuidad, informalismo y del administrado como colaborador– no es necesario como regla el patrocinio letrado; no obstante lo cual y como un aspecto de la aquí analizada garantía de defensa, quien desee asistirse profesionalmente tiene derecho a hacerlo. La asistencia letrada es obligatoria, excepcionalmente, cuando el particular decida concurrir al procedimiento mediante un representante no letrado y se planteen o debatan cuestiones jurídicas(22).

d) Elemento temporal: la oportunidad de las pretensiones y defensas vs. la teoría de la subsanación

Las aludidas pretensiones y defensas, para resultar útiles, deben poderse esgrimir en el momento oportuno; esto es antes de la emisión del acto, pues en caso contrario éste será emitido sin conocer ni valorar las razones del particular, sin haberlo escuchado.

Ciertamente, en el caso de un procedimiento iniciado a partir de una iniciativa del particular, la pretensión siempre se habrá de formular antes del dictado del acto (en rigor, en estos casos si no hay pretensión no hay procedimiento ni acto). Pero similar exigencia prevé la ley para aquellos supuestos en los cuales el procedimiento sea iniciado por la Administración y pueda concluir con un acto de gravamen para los interesados. Estos deben ser oídos antes del dictado del acto, único modo de garantizar el derecho de defensa de manera oportuna.

No obstante la claridad de la norma y la esencialidad del derecho de defensa, la jurisprudencia ha admitido el ulterior saneamiento de actos dictados en violación del derecho a ser oído en tiempo oportuno, aunque en otras oportunidades valoró tal violación como causal de nulidad absoluta e insanable, posición –esta última– que compartimos(23).

En tal orden de ideas, computamos desfavorablemente ciertos actos dictados por la máxima instancia del Poder Judicial en ejercicio de la función administrativa cuando, por ejemplo, aplica graves sanciones a sus agentes, "de plano", por vía de "avocación" y sin siquiera escuchar con carácter previo al cesanteado en su cargo. Ciento es que el propio Poder Judicial –en instancia de revisión judicial de la actividad administrativa de la Corte Suprema y a través de resolutorios de tribunales inferiores– suele neutralizar los perjuicios que tal conducta irroga, inclusive a través de decisiones cautelares(24).

También con carácter tuitivo el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba declaró nula una sanción de apercibimiento aplicada a una abogada de la provincia a la que se le había pedido un "informe" sobre su llegada tarde a una audiencia de juicio, en el entendimiento de que dicho pedido no podía asimilarse a la formulación de cargos y, consecuentemente, la abogada había visto vulnerado su derecho de defensa.

El fallo es laudatoriamente terminante: la tutela administrativa efectiva supone, "por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle".

En suma, existieron vicios en el procedimiento previo que no se ven "subsanados" por "la posibilidad de deducir recursos con posterioridad a la imposición de la sanción", dado que la finalidad del debido proceso "es el respeto de su contenido con anterioridad a la sanción misma", pues "no es lo mismo garantizar el debido proceso previo que el acceso al control administrativo a través de la vía recursiva"(25).

El sentido de los procedimientos esenciales de cumplimiento previo al acto es el de dar al interesado una posibilidad de influir mediante su opinión, propuesta, defensa, etc., con anterioridad al dictado de la decisión

administrativa. No es jurídica, fáctica ni axiológicamente igual opinar, intervenir, defenderse, etc., antes que después de adoptada la decisión que causa agravio. Desde el punto de vista jurídico esa opinión llegará cuando ya existe un acto que se presume legítimo, es de cumplimiento obligatorio y, en su caso, puede ser objeto de ejecución por la Administración por sus propios medios. Desde un enfoque fáctico y realista, no puede ignorarse que, una vez tomada la decisión, la Administración difícilmente la modifique. Desde una mirada axiológica, la omisión o deficiencia del trámite esencial frustra el objetivo de la participación, opinión, propuesta, etc., oportuna, en tanto elemento que no sólo coadyuva a realizar la garantía de defensa en sede administrativa sino que también, y no menos importante, viene a procurar otro interés, cuyo alcance es general y que se traduce en la exigencia de eficacia, legalidad y justicia en el obrar administrativo todo.

Por último, seguramente como consecuencia no deseada –pero verificable en los hechos– la aplicación de la teoría conlleva implícitamente una vía libre para que la Administración se desapegue de la legalidad y vulnere u omita los procedimientos esenciales, con la certeza de que ello no suscitará la nulidad del acto, pues se lo tendrá por subsanado en etapas posteriores.

4

Conclusiones

Adherimos a la idea del procedimiento administrativo como una técnica capital al servicio tanto del Estado de derecho como del Estado democrático(26).

Se trata, pues, de un instrumento de control del proceso de formación de la voluntad administrativa (pues permite fiscalizar tanto la legitimidad como la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones administrativas) y también de una herramienta otorgada a los administrados para que puedan hacer valer sus derechos frente al abuso o funcionamiento deficiente de la organización estatal(27), de modo de procurar el dictado de un *acto administrativo justo* que cumpla con el estándar básico de toda relación *ius administrativa* (la satisfacción del interés público)(28) sin que en su realización se agredan o desconozcan las garantías de los particulares(29).

Ello sin olvidar los fines que más cerca en el tiempo se han asignado al procedimiento administrativo, tales como el de “servir como instrumento para que se produzcan en el seno de la Administración los intercambios de información necesarios para adoptar decisiones eficaces y para que se operen los consensos sociales que otorguen mayor legitimidad (en sentido político) al obrar administrativo”(30).

En razón de todo ello, concluimos que la real vigencia del derecho a ser oído con carácter previo a resolver en todo procedimiento va en línea con la tendencia del derecho occidental que aprecia la existencia de una dimensión procedural de los derechos, como elemento esencial del Estado constitucional que, partiendo de la dignidad humana como premisa, se integra con valores tales como la cultura y la soberanía popular, la Constitución como contrato básico y, en lo que a nosotros ahora nos interesa, la garantía de los derechos fundamentales en su faz sustantiva pero también adjetiva, tanto en sede judicial como administrativa. Este esquema –calificado de “conquista cultural de la civilización occidental”– plantea hacia el futuro la pretensión de que el nivel alcanzado por el Estado constitucional ya no se pierda, sino que se conserve e incluso se acreciente(31).

Va en ese sentido el Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuando, a través de su Corte Internacional, preceptúa: “Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas...”(32).

En este aspecto, nuestra legislación de procedimiento nacional no exhibe flancos para la crítica, mas no puede soslayarse que en la práctica cotidiana la Administración resuelve muchas veces sin escuchar

previamente al interesado y que la jurisprudencia admite la "subsanación" ulterior del vicio, a contrapelo de los antevistos postulados.

Cuando los elementos formales se alinean en contra y no a favor de la vigencia de los derechos de los particulares que ocurren al procedimiento es evidente que la forma no ha sido puesta al servicio de la sustancia sino en su contra, por lo que genera la nulidad absoluta e insanable del acto así emitido y –entendemos– así debe declarárselo por exigirlo tanto la juridicidad comprometida en el obrar estatal como la dimensión procedural del derecho constitucional en juego.

VOCES: PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO - DERECHO ADMINISTRATIVO - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - SANCIONES ADMINISTRATIVAS - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DIVISIÓN DE PODERES - PODER JUDICIAL - ACTO ADMINISTRATIVO - NOTIFICACIÓN - PLAZO - RECURSOS - CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ESTADO - PODER LEGISLATIVO - PODER EJECUTIVO - PROCESO - COMPETENCIA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - ABOGADO - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - SERVICIOS PÚBLICOS - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - MINISTERIO PÚBLICO *

Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: El principio de participación ciudadana en la función administrativa (con especial referencia a la formación de la voluntad de la Administración y a la selección de autoridades públicas), por Julio Rodolfo Comadira, EDA, 2005-400; Garantías constitucionales procesales, procedimiento administrativo y potestad sancionatoria de la administración, por Fernando R. García Pullés, EDA, 2007-623; Los principios del procedimiento "informativo", por Alfonso Buteler y Juan G. Corvalán, EDA, 2008-694; Proceso y procedimiento, por Fernanda Moray de Torres Paz, EDA, 2010-632; La vista en el procedimiento administrativo, por María Fernanda Dietz, EDA, 2011-587. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

** - El autor es Fiscal federal en lo contencioso administrativo; profesor de las Universidades de Buenos Aires, UCA y Austral.

1 - Respuesta de Medea a Creonte, según la versión de la tragedia de Eurípides que recrea Séneca.

10 - CS, "Oxley", Fallos: 306:370 (1984).

11 - Aunque ya en su origen histórico desborda la protección meramente penal o punitiva, a poco que se observe que en la famosa Carta Magna arrancada espada en mano por los barones ingleses al Rey Juan sin Tierra se lee que "ningún hombre libre podrá ser apresado, puesto en prisión, ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus pares, según la ley del país" (cláusula 48, cfr. Linares Quintana, Segundo V., Tratado de la ciencia del derecho constitucional, 2^a ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1980, t. 6, pág. 101).

12 - En tal sentido, la Corte Suprema ha sostenido que "todo procedimiento, tanto administrativo como judicial, debe responder al imperativo del debido proceso, conforme a su naturaleza particular" (Fallos: 325:1649, "Banco Integrado Departamental"; Fallos: 327:1249, "Atienza"). Es antigua la doctrina de la Corte Suprema que afirma el deber de respeto a la garantía de la defensa en juicio en procedimientos administrativos sancionatorios (Fallos: 198:78 [1944], "Pcia. de Santiago del Estero c. Compagno", criterio reiterado en Fallos: 308:191, "Zubdesa", en el que se consideró que la obligación de dar "vista" de las actuaciones a los interesados para que efectúen su descargo, preceptuada en el reglamento de contrataciones del Estado, no hace sino reglamentar la garantía de la defensa o debido proceso adjetivo en ese procedimiento). Con particular énfasis la Corte sostuvo que las garantías del debido proceso y defensa en juicio se extienden a las actuaciones administrativas, pues "son de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones, inclusive en los procedimientos administrativos de naturaleza disciplinaria" (Fallos: 324:3593, "Castro Veneroso").

13 - La garantía del "debido proceso adjetivo" debe ser aprehendida, según la doctrina, como "el conjunto no sólo de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben jurídicamente cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa que se refiere a la Libertad individual sea formalmente válida (aspecto objetivo del debido proceso), sino también para que sea un cierto orden, una cierta seguridad, una cierta justicia en cuanto no lesione indebidamente cierta dosis de libertad jurídica presupuesta como intangible para el individuo en el Estado liberal (aspecto sustantivo del debido proceso). El concepto más apropiado, por tanto, no sería el de debido proceso adjetivo sino el de debido procedimiento legal" (Linares, Juan F., Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía

innominada en la Constitución Argentina, 2^a ed., Buenos Aires, 1970, Astrea, pág. 12). "El concepto que corresponde afirmar en un Estado de Derecho es el del 'debido procedimiento previo a todo acto administrativo' del cual el 'debido proceso adjetivo' constituye sólo una manifestación especial" (Comadira, Julio R. - Monti, Laura, Procedimientos administrativos, LNPA anotada y comentada, La Ley, 2002, t. I, pág. 62 y sigs.). El procedimiento viene a garantizar no sólo el derecho de defensa del particular que lo transita, sino también el interés público comprometido en la legalidad y eficacia del obrar administrativo.

14 - CS, "Astorga Bracht", Fallos: 324:4185. Por otra parte, las garantías judiciales han sido expresamente extendidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al procedimiento administrativo en el caso "Baena, Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá)" al señalar: "Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, 'sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales' a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal..." (sentencia del 2-2-01).

15 - Un estudio sobre esta cuestión puede verse en Canda, Fabián O., La legitimación en el procedimiento administrativo nacional, en la obra colectiva Procedimiento y proceso administrativo, Juan C. Cassagne (dir.), Buenos Aires, LexisNexis, 2005, pág. 129 y sigs.

16 - CS, Fallos: 332:111.

17 - Caracterizados como aquellos que reconocen: a) una causa fáctica común que genera una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales y b) una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho. La acción se centra no en los daños diferenciados sino en los elementos homogéneos que tiene la pluralidad de sujetos afectada ("Halabi", consids. 12 y 13 del voto mayoritario).

18 - Adviértase la diferencia con otro procedimiento esencial, tal como lo es el dictamen jurídico previo, que solo es exigible cuando el acto "pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos" (art. 7º, inc. d], LNPA).

19 - Respecto del rol del administrado como colaborador de la Administración, se ha afirmado: "La idea del enfrentamiento entre la Administración y los administrados debe ser erradicada de manera definitiva, pues forma parte de la esencia misma del procedimiento administrativo, el que la decisión emanada del órgano estatal no debe, bajo ningún aspecto, ser consecuencia de la disputa entre estas partes, sino por el contrario debe ser el fruto necesario de esa conjunción de esfuerzos, de esa interacción imprescindible entre el particular y la Administración, tendiente a obtener un resultado justo y provechoso para el individuo y la comunidad" (Tawil, Guido S., El principio de colaboración y su importancia en el procedimiento administrativo, LL, 1985-E-952).

2 - Como nos lo recuerda Coviello en un reciente y meduloso trabajo, el derecho de defensa no surge con las revoluciones francesa y norteamericana sino que aparece ya en la Biblia, tanto en el Viejo como en el Nuevo Testamento, pues como se puede leer en un fallo británico del siglo XVIII citado por el autor: "aun Dios mismo no dictó sentencia sobre Adán antes de ser llamado a formular su defensa". Igualmente valioso e ilustrativo, el estudio histórico de la aparición del instituto en el derecho hispanoamericano y argentino en particular (Coviello, Pedro, El derecho de defensa del administrado, Revista Derecho Administrativo nº 79, febrero de 2012, pág. 17 y sigs.).

20 - Se denominan así aquellos que preceden al dictado de un primer acto administrativo; mientras que los de "segundo grado" –a los que aludiremos nuevamente más abajo– son los que nacen a resultas de la impugnación de un acto administrativo previo.

21 - Por ejemplo, una solicitud de una habilitación para construir, de una licencia de conductor, de un beneficio de promoción industrial, participación en calidad de oferente en pro de la adjudicación de un contrato y, en general, todo procedimiento en el que se persiga el reconocimiento de un derecho.

22 - Ante un planteo de exigencia de costas a la Administración por parte de una empresa que adujo que se vio obligada al patrocinio letrado, pues la ley lo exige cuando el representante no es abogado, la Cámara del Fuero rechazó la acción con fundamento en que la obligación de asistencia jurídica la ley la impone cuando el administrado opta, por su exclusiva voluntad, por actuar ante la Administración por intermedio de un representante en lugar de hacerlo directamente. Sólo en dicho supuesto y cuando se planteen o debatan cuestiones jurídicas, es obligatorio el patrocinio letrado, pero si el interesado actúa personalmente en el

procedimiento, puede hacerlo sin necesidad de asistencia jurídica alguna, de modo que la forma de evitar contratar a un abogado es concurrir personalmente al procedimiento (CNCont.-adm. Fed., sala II, "Vialco", LL, 1980-B-610).

23 - Resultan ilustrativos de ambas posiciones los precedentes de la Suprema Corte bonaerense "Bujan" y de la CNCont.-adm. Fed., sala I, "G., R. A", con comentario nuestro La cesantía del empleado público y el debido procedimiento previo (la "teoría de la subsanación" en sendos fallos de la SCBA y de la Cámara Federal en lo Contencioso-administrativo), EDA, 2000/2001-155.

24 - Refiere Coviello la cautelar dictada por la CNCont.-adm. Fed., sala I, en la causa "Álvarez" (7-4-09) en la que se hizo lugar a la pretensión de la actora tendiente a suspender los efectos de la cesantía dictada por la Corte Suprema por, entre otros motivos, no haber escuchado a la sancionada antes del acto expulsorio. En tal oportunidad, la Cámara declaró la inconstitucionalidad del art. 21 del Reglamento para la Justicia Nacional que autoriza la aplicación de sanciones "de plano", "cuando los magistrados de cualquier instancia comprobaren directa y objetivamente las infracciones respectivas" (cfr. Coviello, Pedro, El derecho de defensa..., cit., pág. 33).

25 - Comentamos el precedente "Ardanaz" en nota a fallo Doctrina de la subsanación vs. sana doctrina: el Superior Tribunal Cordobés y la dimensión procedural de los derechos constitucionales, publicada en JA, Suplemento de Derecho Administrativo del 5-12-07, pág. 32 y sigs.

26 - Sirve al primero pues "pocos instrumentos son tan eficaces en orden a garantizar la libertad de los ciudadanos y el respeto a la legalidad" y coadyuva a la realización del segundo en la medida en que es útil "para canalizar la participación ciudadana en el desempeño de las funciones y tareas administrativas" (Santamaría Pastor, Juan A., Principios de derecho administrativo, 2^a ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, vol. II, pág. 58).

27 - Procedimiento administrativo, Guido S. Tawil (dir.), Cátedra de Derecho Administrativo –UBA–, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, cap. I, págs. 2 y 3.

28 - Garrido Falla, Fernando, Las transformaciones del régimen administrativo, Madrid, 1962, pág. 86.

29 - "Lo que se intenta es que la Administración prepare con cuidado sus decisiones (...) Es un procedimiento preventivo y dirigido a la garantía de los derechos..." (Schmidt Assmann, Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema, Madrid, Marcial Pons, 2003, pág. 361).

3 - Wade, H. W. R., Administrative Law, Oxford, 1961, pág. 141.

30 - Cassagne, Juan C., La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA, LL, 2011-C-833.

31 - Häberle, Peter, El Estado constitucional, Buenos Aires, Astrea, 2007, pág. 82, con cita de Merton, A., A hombros de gigantes. Se alude, pues, a una dimensión procedural de los derechos fundamentales, en el entendimiento de que éstos incluyen, explícita o incidentalmente, garantías formales. Tales garantías constituyen un capítulo de la teoría de los derechos fundamentales, que Häberle califica como un *status activus processualis* (profundizamos sobre esta cuestión en El debido proceso adjetivo. La llamada "teoría de la subsanación", en la obra colectiva Procedimiento administrativo..., cit., 2009, cap. XII).

32 - Corte IDH, "Baena Ricardo y otros", sentencia del 2-2-01, Serie C, Nº 72. A la vez, debe destacarse que al momento de expresarse, en relación con la vigencia del debido proceso en sede administrativa, la CIDH procede a citar los siguientes precedentes del sistema europeo de derechos humanos: "Eur. Court H.R., Campbell and Fell, judgment of 28 June 1984", series A, nº 80, párr. 68; Eur. Court. H.R., Deweer, judgment of 27 February 1980, series A, nº 35, párr. 49; y Eur. Court H.R., Engel and others, judgment of 8 June 1976, series A, nº 22, párr. 82..." (cfr. Abramovich, Víctor, 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, 7-9-07, <http://www.cidh.org>).

4 - Seco Villalba, José A., El derecho de defensa: la garantía constitucional de la defensa en juicio, Buenos Aires, 1947, pág. 17.

5 - Al igual que en nuestro texto constitucional, la Constitución alemana reconoce en su texto expreso el derecho de audiencia sólo respecto del proceso judicial, "de ahí que no haya podido abrirse paso la idea de que tiene un apoyo directo en la Constitución" el derecho a ser oído en el procedimiento administrativo. Tal derecho deriva del texto de la ley de procedimientos germana (art. 28, Vw VfG; cfr. Eberhard Schmidt-Assman, La teoría general del derecho administrativo como sistema, Madrid, Marcial Pons, 2003, pág. 398).

6 - Fallos: 127:374.

7 - LL, 27-869.

8 - Fallos: 319:1160 (1996), "Jueces Nacionales en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal s/avocación".

9 - Cabe aclarar que la evaluación del mentado informe estaba prevista en la reglamentación del concurso (decreto 3630/77).