

## La teoría del acto administrativo frente a la omisión estatal Desafíos y herramientas

Juan Bautista Justo

**SUMARIO:** I. Presentación. II. La construcción del derecho público desde la acción estatal y el papel del acto administrativo: 1) La posibilidad del avance: Unilateralidad y caracteres del acto administrativo. 2) Los límites del avance: Declaración y elementos del acto administrativo. III. El reto de la omisión estatal y los grupos vulnerables: 1) Experiencias de tutela colectiva frente a omisiones estatales en el campo judicial. 2) Afectados generales y medidas concretas. Los desafíos para la Administración Pública. 3) Una vieja herramienta para los nuevos retos: el acto general no normativo. IV. Últimas referencias para el debate.

### I. Presentación.

En la actualidad uno de los problemas más sensibles para la efectividad de los derechos humanos se produce cuando el Estado omite poner en práctica las medidas necesarias para posibilitar su ejercicio. Ese fenómeno se percibe con especial claridad en materia de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y tiene como afectados típicos a grupos más o menos extensos de personas. Pensemos, por ejemplo, en el acceso al agua potable, salud o educación para ver que el gran problema de su vigencia reside en la omisión estatal y no tanto en la existencia de acciones públicas que los vulneren directamente.<sup>1</sup>

Este trabajo intenta dar cuenta del desafío que enfrenta la teoría del acto administrativo frente al papel protagónico que ha adquirido la omisión estatal como uno de los campos más fecundos para la violación de derechos, en especial cuando esa omisión afecta a un grupo.

Ese desafío se da porque la teoría del acto administrativo se desarrolló en torno de un paradigma –el de la interferencia estatal– en el que el mayor potencial lesivo del Estado provenía de su *acción* y no de su inactividad. La atención se posó durante largo tiempo en la necesidad de regular y encorsetar la acción administrativa estatal, porque era ella la gran “amenaza” para los derechos individuales. La foto que graficaba la cosmovisión de la época era la de un Estado que avanzaba sobre la libertad, la propiedad o los demás derechos civiles y de lo que se trataba era de *regular ese avance*.

Sin embargo, esa mirada implicó dejar de lado el potencial lesivo de la omisión, que precisamente empezó a adquirir relevancia con los derechos de segunda generación de principios y mediados del siglo XX y que alcanza hoy un lugar de primer orden con el

---

1 ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 15, *El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto)*, 2002; Observación General N° 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, (artículo 12 del Pacto)*, 2000; Observación General N° 13, *El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*, 1999.

desarrollo de la exigibilidad y justiciabilidad de esos derechos. Cuando el Estado empezó a asumir ciertas obligaciones “de hacer” o “de dar” es que la omisión empezó a tener cabida propia y fue creciendo en importancia. Y cuando encima se entendió que esas obligaciones “de hacer” o “de dar” eran exigibles judicialmente el problema de la omisión estatal se volvió acuciante, generando las tensiones en la división de poderes que vivimos actualmente.

Ahora bien, los dispositivos tradicionales de la teoría del acto administrativo no permiten abordar con fluidez ese nuevo escenario. Frente al problema de la omisión estatal que afecta los derechos de un grupo vulnerable vamos a ver que las nociones de acto administrativo y reglamento no nos brindan respuestas del todo satisfactorias para solucionar la situación y por lo tanto tenemos que pensar en otras alternativas.

De lo que se trata, en definitiva, es de allanar el camino para que la tutela administrativa efectiva, esto es, la capacidad de la Administración Pública de activar *por sí misma* mecanismos de protección de los derechos sin necesidad de esperar al Poder Judicial, se vuelva algo tangible. Esa necesidad nos exige, en primer término, cubrir las insuficiencias que puedan tener los instrumentos jurídicos que utilizamos, como gradualmente lo está haciendo el Poder Judicial. Si queremos una Administración que cumpla un rol activo en la tutela de los derechos debemos ofrecerle las herramientas para ello.

Con ese espíritu, se intentará aquí explorar la utilidad que podría presentar la noción de *acto general no normativo* para que la Administración pueda abordar más eficientemente el problema de la omisión estatal que afecta a grupos de individuos.

## **II. La construcción del derecho público desde la acción estatal y el papel del acto administrativo.**

El derecho administrativo –y el acto administrativo como una de sus nociones protagónicas- se construyó poniendo el acento en el fenómeno de la intervención estatal en la esfera individual. Nuestra disciplina vino así a brindar -dentro de una función puntual del Estado como es la administrativa- el marco conceptual para sustentar la *posibilidad* pero también los *límites* de esa interferencia.

### **1º) La posibilidad del avance: Unilateralidad y caracteres del acto administrativo.**

Por una parte, el acto administrativo venía a justificar la *posibilidad* del avance estatal desde la perspectiva de las potestades públicas a partir de dos datos centrales: Primero su definición como decisión *unilateral* por la que el Estado puede imponer obligaciones a los ciudadanos. Segundo, mediante los *caracteres*, que convierten a esa declaración unilateral en legítima, exigible e incluso ejecutoria.<sup>2</sup> Esos dos elementos brindan el andamiaje teórico para que la autoridad pública pueda avanzar frente a los derechos.

---

2 “Un particular no puede, en principio, ver nacer derechos y obligaciones más que a través de su consentimiento o en virtud de una decisión judicial. La administración puede modificar unilateralmente la situación jurídica de los administrados sin pasar por el juez: no emite simples pretensiones, sino que toma verdaderas decisiones. La decisión ejecutoria puede así definirse como la manifestación de la voluntad de la administración con objeto de producir efectos jurídicos” (Weil, Prosper, *Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1994, p. 85).

## 2º) Los límites del avance: Declaración y elementos del acto administrativo.

Paralelamente, la teoría del acto administrativo también fija los *límites* de ese avance por medio de dos factores medulares: la idea de *declaración previa a la acción*<sup>3</sup> y los *elementos* del acto, ambos como forma de verificar el sometimiento del aparato administrativo al derecho.<sup>4</sup>

El acto administrativo tiene entonces esa génesis mixta: Como declaración unilateral dotada de caracteres -que se resumen en la decisiva idea de autotutela- provee el andamiaje para que la autoridad pueda penetrar en la esfera privada. Sin embargo, sirve a la vez para proteger la libertad al fijar los requisitos de sujeción al ordenamiento jurídico por parte de esa autoridad.

Lo que sí quedaba claro en esa composición es que la mirada estaba puesta en la acción de la Administración, en los avances sobre la esfera privada, y que el objetivo principal era *regular la potencia pero también los frenos de esos avances*.

Toda la dogmática tradicional del derecho administrativo se asentó en esta idea. Pensemos, si no, en la construcción del modelo del control judicial como *proceso al acto*, en la necesidad de crear la ficción del *silencio administrativo* o el amparo por mora ante los insolubles problemas que generaba "no tener acto"<sup>5</sup> o en los inconvenientes que dan lugar a las cautelares positivas,<sup>6</sup> entre tantos otros emergentes de esa cosmovisión.

Sin embargo, las cosas fueron cambiando.

---

3 La noción de acto administrativo tradujo en el plano jurídico la intención moderna de sometimiento del poder a la razón, mediante la constatación de una subsunción lógica de la acción administrativa particular en una norma -general- previa. De manera que hablar de acto administrativo presupone admitir la sujeción de la Administración a la ley, a partir de la cual no puede el Estado conducirse mediante simples operaciones materiales, sino que debe previamente declarar su voluntad justificando que una determinada situación de hecho ha quedado comprendida en una previsión legal (norma jurídica) y que ello le permite actuar en cierta dirección. En otros términos, a partir del Estado de Derecho la Administración puede afectar la esfera de los particulares únicamente cuando se encuentra autorizada por la ley, y para corroborar que existe esa autorización ella debe emitir su voluntad acreditando que ante un determinado hecho corresponde aplicar determinada norma. Esa acreditación es -en cierta forma- el acto administrativo. Es esa naturaleza de acto aplicativo de la ley la llevó a su originaria analogía con la sentencia judicial, al definírsele como "acto de autoridad que emana de la administración y que determina frente al súbdito lo que para él debe ser de derecho en un caso concreto" (Mayer, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, t.I, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 126).

4 Podría decirse que la razón de ser del acto administrativo reside en la conformación de una herramienta de control tasado de la subordinación de la decisión administrativa al ordenamiento jurídico. Es un método que desagrega los puntos de cotejo entre una decisión individual y las pautas del ordenamiento, imponiendo que antes de actuar el Estado declare y acredite que ha cumplido todos los presupuestos lógicos que el orden jurídico impone para garantizar la sujeción del poder a la ley democrática. Esos presupuestos lógicos no son otros que los elementos esenciales del acto administrativo, de cuya presencia y corrección el Estado debe dar cuenta en cada caso, probando que la ley lo autoriza expresamente a actuar a partir de la efectiva existencia de ciertos hechos a los cuales aquella atribuye una consecuencia jurídica que se traduce en el contenido de la decisión, a la cual debe haber arribado luego de transitar los pasos previos establecidos para asegurar que la decisión cumpla con la finalidad que tuvo en miras la ley cuando le confirió el poder para decidir.

5 "El carácter revisor que tiene la jurisdicción contencioso-administrativa en la doctrina universal, y en todos los códigos provinciales, implica la necesaria existencia previa de un acto, llámesele decisión, resolución o acto administrativo, que sea producto de una instancia previa donde haya intervenido el administrado, lo que excluye totalmente la posibilidad de que pueda interponerse recurso contencioso-administrativo directamente contra hechos y contra ciertos actos sin una previa promoción administrativa con intervención del administrado" (Fiorini, Bartolomé A., *Qué es el contencioso*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 226). En esa línea, Garrido Falla, Fernando "La obligación de resolver: actos presuntos y silencio administrativo", *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 82, Madrid, 1994, p. 189.

6 Egea, Federico M. - Justo, Juan B., "La protección cautelar frente a la inactividad administrativa y la tutela judicial efectiva", *LL Sup. Adm* 2010 (febrero), 2010-A, 1040.

### III. El reto de la omisión estatal y los grupos vulnerables.

La concepción que enmarcó el nacimiento de la teoría del acto administrativo se ve superada hoy por un escenario en el que uno de los mayores riesgos de lesión de los derechos no proviene ya de la interferencia estatal sino de la omisión. Como vimos, ello es especialmente tangible en materia de acceso igualitario a ciertos derechos –los DESC– y plantea un desafío claro para muchos países, entre ellos Argentina. El nuevo paradigma de protección no es ya contra la omnipresencia estatal en la vida de las personas, sino contra su ausencia.

Esto es así al punto que las obligaciones características en materia de DESC que asumió nuestro país tienen como rasgo común la necesidad de adoptar medidas positivas y no simplemente de abstenerse de lesionar los derechos. Por ejemplo, en la lógica del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Estado debe hacer cosas concretas para lograr dos objetivos:<sup>7</sup>

**a)** asegurar niveles mínimos de acceso de cada derecho sin discriminación (obligaciones básicas inderogables que son inmediatamente exigibles y de resultado) y;

**b)** lograr progresivamente la plenitud de ese acceso (obligaciones de medios marcadas la asignación del máximo de recursos disponibles y la prohibición de regresividad).<sup>8</sup>

Ese cambio de paradigma hace, como era de esperarse, que los dispositivos teóricos desarrollados desde la perspectiva de la interferencia se muestren en cierta medida insuficientes para abordar las nuevas necesidades de tutela.

Ahora bien ¿Cómo han ido respondiendo los diferentes estamentos republicanos ante este cambio?

#### **1º) Experiencias de tutela colectiva frente a omisiones estatales en el campo judicial.**

Los jueces han empezado a utilizar algunas herramientas conceptuales para afrontar situaciones de omisión estatal que afectan a grupos y poder cumplir con el principio de tutela efectiva en esos casos. Entre ellas se destacan las siguientes.

##### **a) Las acciones colectivas.**

En el fallo *Halabi* de 2009,<sup>9</sup> la Corte Federal dio cuenta de la necesidad de abordar desde una perspectiva práctica los desafíos que el reconocimiento de derechos de incidencia colectiva ha implicado para nuestro sistema jurídico. Con ese fin, delimitó en primer término las tres categorías de derechos que él recepta:

---

7 Bohoslavsky, Juan P. - Justo, Juan B., "Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión", Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/W.375-P/E, *Documentos de proyectos*, N° 375, Santiago de Chile, 2010.

8 En la lógica del PIDESC el goce *mínimo* de los derechos protegidos debe ser un logro *actual* y el *pleno* uno *futuro* derivado de políticas *actuales*. Ver ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 3, *La índole de las obligaciones de los Estados parte -párrafo 1 del artículo 2 del Pacto-*, 1990, párr. 10.

9 CSJN, *Halabi*, 2009, *Fallos*, 332:111.

**i) Derechos individuales:** Que típicamente confieren legitimación a su titular -aún cuando existan muchas personas involucradas- y dan lugar a la tradicional sentencia con efecto *inter – partes*.

**ii) Derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos:** Donde la legitimación se extiende, además del afectado, al Defensor del Pueblo y las asociaciones que concentran el interés colectivo. En estos casos se trata de tutelar un bien colectivo que -al pertenecer a toda la comunidad, ser indivisible y no admitir exclusión de persona alguna en su goce- impide un abordaje eficiente desde lo individual.

**iii) Derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos:** Tal sería el supuesto de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente o a la competencia. En ellos no se verifica la presencia directa de un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, existe un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto se constata una causa fáctica homogénea. Esa homogeneidad fáctica y normativa hace conveniente la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la sentencia que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Sobre la base de esa segmentación, la Corte Federal reconoce en *Halabi* un mecanismo específico de tutela que intenta superar las deficiencias sustanciales y procedimentales del abordaje individualista tradicional: Se trata de las acciones colectivas que dan lugar a sentencias con efectos *erga omnes*. Sin dudas, este precedente constituye un paso decisivo en la construcción de nuevos mecanismos jurídicos para abordar las problemáticas que involucran a grupos.

## **b) El control de convencionalidad.**

Esta modalidad de escrutinio de las prácticas gubernamentales viene avanzando vertiginosamente como producto de la consolidación de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Consiste fundamentalmente en la verificación de la compatibilidad de cada conducta estatal –cualquiera sea su origen o forma- con las directivas de los tratados que consagran esos derechos, como una forma básica de cumplir con las obligaciones que ellos imponen. Lo primero que deben hacer los Estados es adecuar su obrar a esos mandatos y el *test* de convencionalidad se ocupa de verificar –en cada caso- que ello suceda efectivamente.

Este tipo de control materializa un objetivo fundamental de los órdenes internacionales de protección. Esos modelos, entre ellos el americano, depositan la tutela de los derechos en dos niveles correlativos: primero, la labor espontánea de las autoridades domésticas; segundo, el papel subsidiario de los órganos supranacionales. Todo el régimen se apoya en un principio central: la jurisdicción internacional de los derechos humanos es coadyuvante o complementaria de la interna y ese rasgo determina que sus actores principales sean inicialmente los estamentos nacionales. La subsidiariedad implica que el primer examen de cumplimiento debe provenir de la esfera local y por ende corresponde a cada país controlar, a cada paso, que sus decisiones resulten compatibles con el texto y propósito de los convenios.

De ese modo, el control de convencionalidad resulta decisivo para la integridad de todo el sistema y por ello no es casual que la Corte Interamericana establezca que debe ser ejercido de oficio<sup>10</sup> y con efectos *erga omnes*.<sup>11</sup> Que cada estamento nacional deba cotejar las acciones u omisiones del Estado con los Pactos y que ese control produzca efectos generales nos ilustra sin dudas sobre la relevancia de este mecanismo para tratar casos de grupos afectados por violaciones a sus derechos fundamentales.

### c) El procedimiento de sentencias piloto.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha ido perfilando a lo largo del tiempo instrumentos encaminados a abordar violaciones de garantías convencionales causadas por el incorrecto funcionamiento de la legislación o práctica administrativa del Estado parte y que afectan actual o potencialmente a un gran número de personas. Ha notado, así, que en una enorme cantidad de supuestos la violación no proviene de incidentes aislados ni obedece a las circunstancias de un caso particular, sino que es resultado de la conducta regulatoria y administrativa de las autoridades hacia un grupo o clase de personas. Esas situaciones han sido calificadas como *problemas sistémicos*.<sup>12</sup>

En esos escenarios se concluyó en la ineficacia de la resolución individual de cada planteo, tanto para los afectados como para el propio tribunal, por lo que el nacimiento de la noción de problema sistémico se tradujo en una respuesta procedimental específica, conocida como "sentencia piloto". Cuando el tribunal recurre a este cauce indica al Estado las medidas generales que debe adoptar para revertir el problema. Si esas medidas generales son efectivizadas y funcionan, los casos similares son "tachados" de las listas de sentencias pendientes en Estrasburgo. Ello significa que cuando se produce un problema sistémico, la corte europea dicta una sentencia con efectos *erga omnes* que absorbe la resolución de todos los casos individuales nucleados en aquel.

### d) El litigio estructural.

Este modelo de litigación<sup>13</sup> procura modificar –por conducto de una causa judicial- las condiciones estructurales de una situación de hecho que amenaza o es contraria a algún

---

10 Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros v. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 26 de septiembre de 2006, párr. 124; *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de noviembre de 2006, párr. 128; *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 26 de noviembre de 2010, párrs. 225 y ss.

11 Corte IDH, *Barrios Altos v. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. 3 de septiembre de 2001, párr. 18; *La Cantuta v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. 29 de noviembre de 2006, párr. 188.

12 SSTDH, *Broniowski v. Polonia* (conocido como el "Caso del Río Bug"), 22 de junio de 2004, párr. 189 y puntos resolutive 3 y 4; *Lukenda v. Eslovenia*, 6 de octubre de 2005, párr. 93 y puntos resolutive 4 y 5; *Sejdovic v. Italia*, 1 de marzo de 2006, párr. 119 y 120; *Hutten-Czapska v. Polonia*, 19 de junio de 2006, párr. 231 y Acuerdo Amistoso de fecha 28 de abril de 2008; *Burdov v. Rusia (Nº 2)*, 15 de enero de 2009, párrs. 125 y 140 y puntos resolutive 7 y 8; *Kauczor v. Polonia*, 3 de febrero de 2009, párr. 62; *Rumpf v. Alemania*, 2 de septiembre de 2010, párr. 59 y ss.; *Greens y M.T. v. Reino Unido*, 23 de noviembre de 2010, párrs. 117 y ss.; *Finger v. Bulgaria*, 10 de mayo de 2011.

13 También abordado como litigio estratégico, de interés público o de alto impacto "consiste en la estrategia de seleccionar, analizar y poner en marcha el litigio de ciertos casos que permitan lograr un efecto significativo en las políticas públicas, la legislación y la sociedad civil de un Estado o región. Es un proceso de identificación, socialización, discusión y estructuración de problemáticas sociales, a partir de lo cual es factible promover casos concretos para alcanzar soluciones integrales de modo que sea posible lograr cambios sociales sustanciales" (Correa Montoya, Lucas, "Litigio de alto impacto: Estrategias alternativas para enseñar y ejercer el Derecho", *Revista de Derecho*, Nº 30, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia, 2008, p. 250).

valor constitucional.<sup>14</sup> La amplitud de los objetivos que caracterizan a estos remedios hace que muchas veces la intervención judicial que activan conlleve la reorganización del funcionamiento de agencias gubernamentales. Ello convierte a esta figura en una alternativa relevante para el abordaje de problemas colectivos desde el ámbito judicial,<sup>15</sup> en especial porque implica: i) La negociación entre las partes en el litigio; ii) El carácter continuado, provisional y fluido de la intervención judicial; y, iii) La transparencia del proceso de adopción de estas medidas.<sup>16</sup> En nuestro país son muestra de esta variante los casos *Verbistky*<sup>17</sup> y *Mendoza*.<sup>18</sup>

## **2º) Afectados generales y medidas concretas. Los desafíos para la Administración Pública.**

Como podrá notarse, el objetivo común de todas las modalidades judiciales analizadas precedentemente es tratar de encontrar *soluciones eficaces en escenarios marcados por la generalidad de los afectados*, donde las acciones individuales se muestran ineficientes o inviables.

Por su parte, la Administración se muestra algo retrasada en el diseño de dispositivos que le permitan cumplir su rol de tutela efectiva en estas circunstancias. Ello responde al bajo grado de internalización que todavía poseen tanto la idea de tutela administrativa efectiva como el obrar espontáneo que ella demanda de la Administración.

Frente a un problema donde nuestras dos grandes referencias son la presencia de una *omisión* y la afectación de un *grupo*, las principales herramientas que el derecho administrativo positivo nos provee son: El dictado de un *acto administrativo* (que tiene destinatarios individuales y contenido concreto) o bien la emisión de un *reglamento* (que tiene destinatarios generales y contenido abstracto).

Sin embargo, esos instrumentos no permiten solucionar eficazmente situaciones donde, precisamente, tenemos *afectados generales* (el grupo) y necesitamos *medidas concretas* (ante la omisión).

### **a) Insuficiencia del acto administrativo.**

Por un lado, la noción de acto administrativo se muestra insuficiente por lo limitado de sus destinatarios. El acto está pensado para resolver situaciones individuales y lo que se

---

14 Linares, Sebastián, "El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas", *Revista Mexicana de Sociología*, 70, Vol. 8, N° 3, Universidad Autónoma de México, 2008, p. 510. Ver Bergallo, Paola, "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina" en AA.VV. *SELA*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005; Puga, Mariela, "La realización de los derechos en casos estructurales: Las causas Verbistky y Mendoza", *Universidad de Palermo*, Buenos Aires, 2008.

15 "El litigio estratégico -a diferencia del litigio tradicional bipolar entre dos personas físicas o jurídicas, con intereses diametralmente opuestos y en donde la opinión del tribunal se limita a las partes involucradas- es un multipolar, atípico, en donde los hechos que se discuten se relacionan en general con el funcionamiento de instituciones públicas complejas, y los remedios requieren cambios estructurales de largo plazo." (Belski, Mariela, en AA.VV. *El litigio estratégico como herramienta para la exigibilidad del derecho a la educación*, Asociación por los Derechos Civiles, 2008, [www.redligare.org/IMG/pdf/litigio\\_estrategico\\_educacion.pdf](http://www.redligare.org/IMG/pdf/litigio_estrategico_educacion.pdf))

16 Thea, Federico G., "Hacia nuevas formas de justicia administrativa: Apuntes sobre el "Litigio Estructural" en la Ciudad de Buenos Aires", *LL Sup. Adm* 2010 (febrero), 2010-A, 309.

17 CSJN, *Verbistky*, 2005, *Fallos*, 328:1146.

18 CSJN, *Mendoza*, 20 de junio de 2006, *Fallos*, 329:2316; 30 de agosto de 2006, *Fallos*, 329:3528; 22 de agosto de 2007, *Fallos*, 330:3663.

necesita en este caso es revertir la desprotección de un grupo de sujetos indeterminados.

### **b) Insuficiencia del reglamento.**

A su turno, el reglamento tampoco brinda una respuesta eficaz, porque frente a la omisión se necesitan acciones concretas y no declaraciones de contenido abstracto como las que caracterizan a las normas.<sup>19</sup>

Como vemos, la situación que genera la omisión no se encuadra bien en esas dos herramientas, porque la afectación es general pero demanda una respuesta concreta y no abstracta.

Lo que necesitamos, en definitiva, es poder encuadrar dentro de la teoría del acto administrativo a las *medidas gubernamentales de acción directa pero con efecto amplio*.

### **3º) Una vieja herramienta para los nuevos retos: El acto general no normativo.**

La noción que permitiría encuadrar ese tipo de medidas es el acto general no normativo, que aborda un problema colectivo, pero que no tiene por objeto innovar en el ordenamiento jurídico, sino dar solución a una situación y extinguirse una vez que alcanza esa meta.<sup>20</sup>

El acto de este tipo es *general en cuanto a sus destinatarios* (a diferencia del acto administrativo) y *concreto en cuanto a su contenido* (a diferencia del reglamento).<sup>21</sup> El primer rasgo le permite llegar al grupo; el segundo implementar medidas puntuales para revertir la omisión.

---

19 Recordemos, justamente, los rasgos propios de la función administrativa: "*actividad permanente, concreta y práctica, del estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran*" (Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t.I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 36). El análisis de esa enunciación permite ver porqué la función administrativa es una medida estatal esencial para el efectivo goce de los derechos y disfrute de las libertades. Con relación al tiempo la administración se nos presenta como una actividad permanente o continua del Estado que actúa para el presente, en tanto que la legislación y la justicia son actividades intermitentes o discontinuas, que obran con relación al futuro o al pasado, respectivamente. En lo atinente a la concreción puede notarse que –a diferencia de las medidas legislativas o judiciales- esta función consiste en actos jurídicos y operaciones materiales y no se agota en meras declaraciones, denotando con ello un elemento operativo con efectos en la realidad externa que es insoslayable si el Estado quiere garantizar efectivamente los derechos. Es, además, una actividad inmediata, pues la realizan y llevan a cabo los propios órganos administrativos con el objeto de lograr los fines que la motivan, todo lo cual confiere a esta zona del obrar público un rol determinante por ser en muchísimas materias la que posee los instrumentos más adecuados para asegurar los derechos en los casos concretos. Hoy la función administrativa es nada menos que la actividad permanente, concreta y práctica por medio de la cual el Estado cumple de modo inmediato su obligación de garantizar el libre y pleno goce de los derechos fundamentales en el marco del art. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

20 Martín-Retortillo, Lorenzo M., "Actos Administrativos Generales y Reglamentos. Sobre la naturaleza de la convocatoria de oposiciones", *Revista de Administración Pública*, N° 40, Madrid, 1963; Comadira, Julio R. – Monti, Laura M., *Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 193.

21 Lisa, Federico J., "Acto de contenido reglamentario. Agotamiento de la vía administrativa", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 381, Buenos Aires, 2010, p. 126; Muratorio, Jorge I., "Acto de alcance general, plúrimo y pluriindividual", en AA.VV., *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*, RAP, Buenos Aires, 2009, p. 781.

Esta noción no ha sido receptada normativamente en Argentina como una categoría con autonomía conceptual, sino que ha sido relegada al valor de referencia doctrinaria y desplazada –o absorbida- por los conceptos de acto y reglamento. Sin embargo, el acto de alcance general no normativo puede constituirse en un vehículo sumamente útil para la materialización de la tutela de los derechos por parte de la Administración, del mismo modo en que los instrumentos vistos anteriormente comienzan a cumplir ese rol en materia de tutela efectiva por parte de los jueces.

Por eso, un desafío para la teoría del acto administrativo en la Argentina pasa por reconocer autonomía conceptual al acto general no normativo.<sup>22</sup> Esa autonomía conceptual tiene importancia por dos razones:

**a)** Por un lado, nos permitirá contar con una herramienta teórica específica para que la Administración encare por sí misma un típico problema de la actualidad: Afectación de derechos de un grupo por una omisión. Habilitará, así, una solución singular a un problema colectivo desde la función administrativa en sentido estricto.

**b)** Además de eso, nos permitirá procesar la resolución del problema colectivo a través de un régimen de formación de las decisiones públicas más sofisticado y participativo que el del reglamento, cuya elaboración en nuestro país no contempla –salvo en ciertos casos-<sup>23</sup> la intervención de los afectados.

En la actualidad, el Decreto-Ley 19.549 no se hace eco de la distinción<sup>24</sup> y por ende el acto general no normativo tiene el mismo régimen que el reglamento, pese a que –como vemos- sus propósitos y finalidades son diferentes. La utilidad de jerarquizar a esta herramienta residiría en dotarla de un régimen propio que se acerque más al acto administrativo, en especial en materia de fiscalización y garantías previas a la emisión.

Las instancias de formación del acto administrativo general no normativo podrían, así, incorporar de un modo mucho más acabado garantías que –como las de participación efectiva de los potenciales afectados, debido proceso o plena divulgación de la información relevante- no están hoy aseguradas como resultado del déficit que en esta materia presentan los reglamentos en Argentina.<sup>25</sup> Ello permitiría someter la decisión de alcance general a estándares más exigentes que los usualmente requeridos a los reglamentos por ser actos normativos.

En resumidas cuentas, es necesario que nuestras normas de procedimiento<sup>26</sup> empiecen a receptar la diferencia y establezcan regulaciones que tengan en cuenta las particularidades de cada figura. El hecho de tratar del mismo modo al reglamento y al acto general no normativo nos priva de una herramienta útil.

#### **IV. Últimas referencias para el debate.**

De lo dicho hasta aquí podemos extraer las siguientes ideas para discutir:

---

22 Algo que por ejemplo se desliza en el fallo *Astorga* (CSJN, *Astorga Bracht*, 2004, *Fallos*, 327:4185, cons. 15)

23 Vg. Decreto PEN 1172/03, de aplicación discrecional.

24 Buteler, Alfonso, "La revisión de los reglamentos autónomos", *LL* 2010-C, 869.

25 Bianchi, Alberto, "El control judicial bajo la doctrina de la deferencia" en AA.VV, *Control Judicial de la Administración Pública*, RAP, Buenos Aires, 2003, p. 523. También, Tawil, Guido S., *Administración y Justicia*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 198.

26 Recordemos que ello involucraría decisiones de índole local (art. 121 de la Constitución Nacional).

**1º)** La omisión estatal que afecta a grupos generalizados de personas es hoy la gran asignatura pendiente para la vigencia efectiva de los derechos humanos en porciones mayoritarias de la población. Debemos dar cuenta de ese fenómeno como uno de los campos protagónicos para la lesión de derechos.

**2º)** La teoría tradicional del acto administrativo se desarrolló en una concepción centrada en los riesgos de la interferencia estatal y no en la omisión. Ello hace que presente ciertos déficits para dar respuestas adecuadas en los nuevos escenarios.

**3º)** Así como el Poder Judicial empezó a desarrollar ciertos dispositivos desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva para enfrentar estas situaciones, la Administración debe hacer lo mismo desde la tutela administrativa efectiva. Dicho de otro modo, la Administración debe tener sus propias armas para resolver problemas colectivos.

**4º)** Una forma interesante de responder frente a ese desafío puede pasar por jerarquizar al acto de alcance general no normativo como una categoría con contornos y régimen propios, pues ésta figura ofrece soluciones en temas donde acto administrativo y reglamento fallan. El acto general no normativo permite solucionar un problema específico que involucra a un conjunto indeterminado de personas porque conjuga lo general de los destinatarios con lo concreto del contenido.

**5º)** Además de brindar andamiaje jurídico para el cumplimiento de ese rol protector que se demanda de la Administración, el hecho de reconocer entidad propia al acto general no normativo nos permitirá establecer mecanismos de actuación ante problemas colectivos que recepten aspectos de elaboración participativa, publicidad y debate de los que adolece el régimen de formación de reglamentos en Argentina.

En muchas ocasiones es posible notar una inclinación –en general de buena fe- a proponer el desmantelamiento de toda la teoría tradicional del derecho administrativo, en especial a partir del impacto que en esta materia produjo la globalización del derecho. Creo que hay una reformulación que es necesaria en algunos planos pero que no debe ser indiscriminada. El derecho administrativo tradicional nos ofrece herramientas valiosas para encarar los nuevos desafíos y por ello siempre debemos –desde un espíritu crítico- volver sobre esos orígenes si queremos lograr una sociedad más equitativa.