

PRINCIPIO DE JUSTICIA, LA IGUALDAD Y EL ABSTENCIONISMO

CARLOS A. NIELSEN ENEMARK

Docente de la Facultad de Derecho, Universidad
de Buenos Aires; Secretario Legal y Técnico
de la Municipalidad de Lanús.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La matriz occidental en la gobernanza, según la perspectiva de Foucault. 3. Los principios generales del Derecho, y en especial, los principios generales del Derecho administrativo. 4. El principio de justicia en el ámbito del Poder Ejecutivo. 5. El institucionalismo trascendental y el enfoque comparativo. 6. El principio de justicia material en la doctrina de la PTN. 7. Igualdad y justicia. 8. Categorías de protección diferenciada del no vulnerable. 9. Abstencionismo. 10. El contexto justificable.

I. INTRODUCCIÓN

En un escrito técnico de las ciencias jurídicas, no suele ser necesario llevar a cabo un desarrollo sobre las razones primeras del objeto científico analizado.

Sin embargo, cuando se dan distorsiones coyunturales severas sobre el sentido de la operación jurídica, acaba siendo determinante apoyarse en las raíces conceptuales que les dan sentido a los institutos, tal como fueron planteados en su primera elaboración.

Hay ciertos momentos de duración acotada, donde lo valioso es denostado, en los que se victimizan los violentos, cuando los conceptos éticos son apropiados por los inmorales, en tiempos donde lo injusto se vuelve obligación, cuando el lenguaje aberrante estriba en el ataque redoblado a la víctima, donde el Estado funciona para la destrucción del Estado, y no sólo eso, sino que tal destrucción, además, es festejada, aplaudida y celebrada por quienes se dedican a trabajar en asuntos del Estado, sin terminar de entender que socavan el suelo que pisan, confiando en ebrios gurúes que nada saben pero que todo lo improvisan.

El Gobierno, actuando en tales formas, no es sino posible representarlo como la balsa remanente de un naufragio, en la que quedan a la deriva muchos, pero sobreviven unos pocos: los más violentos y los más acomodados¹.

1 La alegoría proviene de la obra denominada “La Balsa de la Medusa”, Museo del Louvre, 1818-19, de Jean Louis Théodore GÉRIKAULT.

Ante tantos excesos, ruidos y fórmulas de reflujo, se dan progresivamente acciones que traen necesarias reacciones hacia modos de operación más razonables.

El Estado, como cualquier organización inextinguible, no escapa a tales procesos. Por esto, la disonancia y el ataque al cuerpo social no están llamados a perdurar, ni lo pueden hacer, porque la naturaleza de una gran organización es lograr una gobernanza en favor de los individuos considerados en conjunto.

Así, el derecho, no siempre, pero en ciertos momentos, requiere de herramientas y datos que se extraen de la filosofía, de la ciencia política, de la sociología y de la historia, para lograr un grado mínimo de funcionalidad, a través de la provisión del sentido.

De esta manera, se generan condiciones válidas de producción científica, cuando las afirmaciones de fuerza sólo logran exteriorizar una voluntad totalitaria –la que necesita de formas violentas y de sujetos violentados–, con el objetivo específico de promover bienestar únicamente para quien se encuentra detrás de la producción normativa direccionada a su favor.

Las sociedades sufren las consecuencias de estos repartos selectivos autogenerados, (productores jurídicos que producen normas para sí mismos) hasta que se genera un quiebre que impide seguir tolerando tal reparto injusto, reparto revestido de derecho, que tiene raíces que únicamente llegan a las turbias aguas de la violencia social, de la denostación del diferente, de la persecución de la minoría, de la mentira descarada y de la corrupción sofisticada, todo cargado sobre una endeble deshonestidad académica apoyada sobre bases pseudo científicas, precopernicanas.

Superados los calendarios y, justamente, por razón de la persistencia del reparto injusto, aparecen fórmulas de una nueva juridicidad, porque las sociedades siempre dispusieron, disponen y dispondrán del derecho a la paz: lo ejercitan siempre, e incluso, si el agravio es muy fuerte, a costa la propia vida de los individuos.

En escritos jurídicos suele ser innecesario, pero en estos tiempos, es ineludible partir de parámetros elementales y estructurales de juridicidad científica².

2. LA MATRIZ OCCIDENTAL EN LA GOBERNANZA, SEGÚN LA PERSPECTIVA DE FOUCAULT

Como matriz de poder, la cosmovisión occidental se estructura en que exista un guía cuya suerte será también la de sus seguidores, ya que existe una *comunidad de destino* entre el pueblo y sus gobernantes³.

2 Al respecto, ampliar en NIELSEN ENEMARK, Carlos A., *Teoría General del Derecho Administrativo (o sobre la autonomía en el Derecho Administrativo)*, 1º ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Carlos Alejandro Nielsen Enemark, 2021.

3 FOUCAULT, Michael, *Seguridad, territorio, población, Curso en el Collège de France (1977-1978)*, Fondo de Cultura Económica, quinta reimpression, 2016. Ver clases de 8, 15 y 22 de febrero. Allí, en especial, se señala: “Si el jefe extravía el rebaño o el magistrado no dirige bien la

El sistema presidencialista de la arquitectura constitucional argentina participa y se informa con tal referencia conceptual, haciendo, sólo del titular del Poder Ejecutivo, el responsable de los repartos⁴.

Entonces, bajo tales parámetros, el Estado opera en función administrativa direccionando los repartos, donde sea que lo requiera el bienestar general⁵ o el bien general⁶, decidiendo legislativamente y asignando ejecutivamente, por conducto de poderes separados, parámetro elemental del sistema republicano⁷.

Ciertamente, la ejecución de la gobernanza aparece como una modalidad aplicada de justicia distributiva, donde existen *bienes* que son distribuidos en geométrica proporción en favor del todo⁸, en favor de quienes integran la sociedad que constituye el mismo sistema: individuos que son sujetos de gobierno, a la vez que son los componentes del gobierno, no sólo por ser necesaria su legitimación de gobierno, sino por constituirse como actores centrales de la gobernanza⁹.

En efecto, en un momento del tiempo, en percepciones sobre trabajos de Maquiavelo, el gobierno de las poblaciones aparece como algo muy diferente al mero ejercicio de la soberanía, en cuanto a que la población aparece como sujeto político¹⁰,

Estos bienes a ser distribuidos adquieren diferentes formulaciones, aunque para el sistema de Derecho administrativo, se engloban bajo un título ubicuo: el acto administrativo, técnica de disposición de los derechos y obligaciones de los individuos, y que se encuentra íntimamente ligada al Estado Moderno.

De ahí que aparezca una faceta central de la declaración, consistente en ser el vehículo de los repartos de la gestión de gobierno.

Por esta razón, el derecho se preocupó históricamente en construir y signar sus requisitos esenciales, los que, individualmente cada uno de ellos y ellos recíprocamente necesitados unos con otros, reducen la discrecionalidad. Una de las necesidades de evitar la discrecionalidad administrativa consiste en que el reparto sea justo, y que los despachos administrativos no se tornen en meras ejecuciones de la coerción o en el dispendio de lo común.

ciudad, uno y otro pierden a sus dirigidos y se pierden con ellos. Esta comunidad de destino (...) se justifica por una suerte de reciprocidad moral, en el sentido de que, cuando las calamidades se abaten sobre la ciudad o el hambre dispersa al rebaño, ¿quién es el responsable? En todo caso, ¿dónde buscarse la causa, el punto partir del cual se abatió esa desdicha? Es preciso, claro está, buscar por el lado del pastor y del jefe o el soberano..." (pág. 196).

4 V. Arts. 87 y 99, Constitución Nacional.

5 Preámbulo de la Constitución Nacional.

6 Art. 75, inc. 2, Constitución Nacional.

7 Art. 1, Constitución Nacional.

8 ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, Editorial Gredos, Madrid, 1985, Libro V, Capítulo 3, pto. 1131b.

9 FOUCAULT, M., *idem*, v. Clase del 25 de enero de 1978, en especial, v. pp. 91 a 97.

10 *Ídem*, pp. 87 a 88.

Ahora, la ejecución de lo administrativo se fundó principalmente en la legalidad¹¹, en la modulación de que la razonabilidad obligada que debería contener la ley, impediría que se asignen bienes o se detraigan derechos de manera injustificada¹².

3. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, Y EN ESPECIAL, LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Tanto en doctrina más añeja¹³, como en literatura reciente extranjera¹⁴ y local¹⁵, se puede apreciar que los principios generales del derecho no disponen de un antecedente o un consecuente, tal como lo hace una norma. Aunque sí disponen de un enunciado deóntico, es decir, postulan un *deber ser*. La norma aparece completa, e incluso, conformada por una formulación trialista¹⁶ y como “captación lógica neutral de repartos proyectados”¹⁷.

Según Alexy, se tratan de mandatos de optimización. Dice el autor: “los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización”¹⁸

Naturalmente, ese postulado deóntico de los principios importa no sólo un llamado a la acción bajo parámetros específicos en base a valores, sino que, además, ese llamado a la acción está provisto de una fuerza obligatoria aunque de índole moral; no surge una obligatoriedad de índole jurídica, tal como lo tiene una norma.

Por ejemplo, a pesar de estar positivizado¹⁹ –y, por ende, de carecer de aplicaciones prácticas efectivas–, el principio de buena fe, por el que se presupone que todas las partes actúan conforme a *lo que ellas creen que es correcto*, parte de la base de que las relaciones humanas no pueden estar gobernadas válidamente por lo *incorrecto* que llame a la absoluta desconfianza entre las personas, ya que

11 FOUCAULT, M., *idem*, v. Clase del 1 de febrero de 1978, en especial, v. p. 125.

12 LOCKE, John, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Buenos Aires, Ediciones Libertador, 2009, Nro. 137, pp. 89 y 90.

13 GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 5ª Edición ampliada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976.

14 ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Carlos Bernal Pulido, 2ª Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.

15 CASSAGNE, Juan C., *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo*, 1a. ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial La Ley, 2015.

16 GOLDSCHMIDT, Werner, *idem*, pp. 18 a 33.

17 GOLDSCHMIDT, Werner, *idem*, p. 14.

18 ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica, La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Traducción de Manuel Atienza, Palestra Editores, Lima, 2007. p. 458.

19 V. Art. 1 *bis*, Ley 19.549 (B.O. 27-04-1972) y modificatorias.

vivir de esa manera sería imposible. Es decir, el valor *confianza* es uno de los valores que subyacen en el principio de buena fe.

Sin embargo, no es posible precisar con certeza los presupuestos y las consecuencias de aplicar principios generales del derecho, ya que, justamente, los principios, si bien pueden disponer de cierta operatividad, no cuentan con una razón jurídica a partir de la cual tornarlos exigibles por sí mismos. Nada cambia el hecho de estar escritos dentro de una ley, si es que no se prescriben conductas específicas a partir de las cuales tornarlos imperativos²⁰.

Según doctrina referida, los principios son maneras de complementar un positivismo en declive, un positivismo que aparece con carencias o con posiciones insuficientes para dar respuestas a las demandas en la estructura para hacer los repartos necesarios^{21 22}.

Los principios generales, por su parte, además de receptor valores y de eventualmente plasmarse en una norma escrita, proveen formas explicativas de las razones comunes de diferentes casos.

Ahora bien, en Goldschmidt, el ordenamiento jurídico no puede ser indiferente a los valores. Antes bien, los repartos y las distribuciones, en una formulación completa, deben realizarse en base a una concepción trialista del ordenamiento, con dimensión *sociológica*, *normológica* y *dikelógica*. Así, el ordenamiento, según su concepción, y bajo la lectura de Cassagne, debe contener “normas, conductas y valores”²³.

Bajo la lectura de Ciuro Caldani, es interesante observar la concepción trialista en razones de estrategia jurídica²⁴.

20 Al respecto, ampliar en GODLSCHMIDT, W., *idem*, donde la norma cuenta con funciones, estructura y un funcionamiento (interpretación, determinación, elaboración, aplicación) que no disponen los principios que son solamente enunciados. En tal sentido, es posible entender que la técnica legislativa empleada en las recientes modificaciones de la Ley 19.549, por la que se incorpora un elenco de principios generales, impide dotarlos de consecuencias prácticas reales, y como tales, son fuentes certeras de inseguridad jurídica. Si el principio de buena fe tuviera por consecuencia real sacar del procedimiento a quienes tuvieran mala fe, el Estado dispondría de una prerrogativa abyecta, cuando esa frontera quedaría en la sola creación del funcionario en el caso concreto: se signaría cualquier cosa con el timbre de la mala fe y el Administrado quedaría, sin más, afuera. En efecto, dice la norma: “Tanto la Administración como los administrados deberán obrar con buena fe y lealtad en el trámite de los procedimientos”, pero ello no trae aparejado especificaciones de detalle ni pautas de gradualidad, ni tampoco referencias fijas sobre las que ajustar la aplicación de la consecuencia: por ejemplo, lealtad, ¿a quién debe ser dada?

21 GOLDSCHMIDT, Wegner, *idem*, v. Capítulo 1, Obertura.

22 CASSAGNE, Juan C., *idem*, v. “Capítulo 1, El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico”.

23 CASSAGNE, Juan C., *idem*.

24 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Trialismo y estrategia: nuevos aportes a la estrategia jurídica”, en *Investigación y Docencia* N° 47, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2014, páginas 123 a 153.

En Sammartino, podrían apreciarse las razones de la concepción trialista del ordenamiento en los resultados múltiples y polifacéticos de la formulación de la tríada basal material que configura el Estado Constitucional Social de Derecho²⁵, de manera que esta doctrina también aparece en la aplicación del Derecho constitucional.

4. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA EN EL ÁMBITO DEL PODER EJECUTIVO

En esta concepción del ordenamiento trialista, el reparto que se genera a través Derecho administrativo, por conducto de la ejecución de la función administrativa, aparece como un fenómeno jurídico. De esta manera, aplicando la teoría trialista a esta rama del Derecho público, se puede decir que la función administrativa es una manifestación de los repartos, y si el reparto es no ejemplar, está *fuera de orden*, es *ilícito* y, por tanto, es *injusto*²⁶.

A *contrario sensu*, los repartos del ordenamiento administrativo deben darse según el principio de justicia.

Esto supone en concreto que la gestión de la función administrativa trae aparejada la tarea de integrar las dimensiones y ejecutar la formula trialista, lo que consiste, específicamente, en que la Administración debe verificar el orden de repartos (dimensión sociológica), el orden normativo (dimensión normativa), y el régimen de justicia en el reparto (dimensión dikelógica)

Ahora bien, algo que parecería evidente en la secuencia del razonamiento, pero que no ocurre necesariamente, es que los repartos (y las normas que en su consecuencia se dicten), van a derivar de las valoraciones que se hagan desde el ejercicio de la función administrativa. Pero la anormalidad que se pretende señalar –razón fundante del presente trabajo– es que las valoraciones no provienen necesariamente del ejercicio de la función administrativa, sino que se originan en los intereses de sectores particularizados ajenos a la gestión de lo público.

En lo que hace al Estado en su conjunto, es decir a los tres poderes operando como un todo y operando en forma aislada, hay una valoración sobre la justicia. El Poder Judicial es quien ejercita, por excelencia, el principio de justicia. Ahora bien, también existe un reconocimiento y una aplicación de la justicia, tanto en el Poder Legislativo, como en el Poder Ejecutivo. Incluso, también fue sindicado,

25 La tríada basal material del derecho administrativo argentino actual, al decir de SAMMARTINO, compuesta por la dignidad humana, los derechos humanos fundamentales y principio *pro persona*, no sólo se encuentra detallada en algunos de sus escritos (v. “La estabilidad del acto administrativo en el Estado Constitucional. De la ‘cosa juzgada administrativa’ al ‘área de estabilidad’”, publicada en Diario La Ley del 20 de mayo de 2019, p. 1 a 8; y “Las bases de la responsabilidad del Estado”, publicado en *Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado*, Año 5 No 5, Buenos Aires, 2021, pp. 155 a 237), sino que el concepto atraviesa su obra doctrinaria.

26 GOLDSHMIDT, Werner, *idem*.

en los términos de la responsabilidad patrimonial estatal, como *principio de justicia legal, natural o general*²⁷ 28.

Cabe señalar que ahora no corresponde adentrarse en la justicia involucrada en una ley, una sentencia o un procedimiento jurisdiccional.

En esta parte, se puede señalar que la justicia en el Derecho administrativo es predicable en la estructura normativa y organizativa (infraestructura institucional que crea el contexto) y en el reparto específico a través del acto administrativo.

Como método, a los fines de lograr razonamientos en el contexto de la obra de Sen²⁹, es interesante pensar la idea de la injusticia. Podría ser tarea de la doctrina hacerse el siguiente cuestionamiento: *¿es necesario lograr algún acuerdo sobre los tipos de censura respecto a la injusticia?*

Tal cuestión adquiere relevancia, porque las soluciones sobre la justicia traen aparejadas una distribución equitativa, es el ejercicio directo y práctico de las formas de llevar a cabo la paz social, son la base para que funcionen los derechos fundamentales, y en la valoración justa aparece el equilibrio en el reparto, lo que habilita o evita el control judicial.

Fiorini, en una línea doctrinaria que se extravió en el tiempo señalaba, en análisis del acto administrativo, que: “No se trata del simple tratamiento igualitario, también deberá darse la exhaustiva realización de la justicia, de acuerdo con las necesidades públicas que satisface la colectividad organizada por medio del poder administrador”³⁰.

Además, la mirada del autor se apoyaba en un entramado complejo, lo que no se suele enseñar en la actualidad en las cátedras de Derecho administrativo, pero es interesante analizar. Fiorini decía que, en el acto administrativo, los elementos sustanciales operan *consustanciados*. Decía que la *legitimidad* consiste en las normas que reglan la creación del acto, pero que el *mérito* no es un elemento normado, sino que es valor administrativo inherente a la actividad pública estatal que debe satisfacer *justicieramente* necesidades colectivas, por lo que el mérito aplica sobre el contenido del acto creando interés público, sobre lo que reposa el control judicial³¹.

27 CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, Sexta Edición Actualizada, Buenos Aires, p. 272; y *El contrato administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 144.

28 GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, La defensa del usuario y del administrado”, Capítulo IX, p. 404, donde se entendía como fundante de la defensa del administrado. Gordillo también entendía el principio de justicia natural como *imparcialidad* y regla contra el perjuicio (v. ídem, p. 427).

29 SEN, Amartya K., *La idea de la justicia*, Traducción de Hernando Valencia Villa, Taurus, Buenos Aires, 2011.

30 FIORINI, Bartolomé, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976, p. 384.

31 FIORINI, B., ídem.

Así, en la mirada del citado doctrinario, hay valor cuando el acto administrativo es útil a la colectividad, en un tiempo oportuno, en forma conveniente y es justo. Esta idea de justicia suponía la distribución equitativa según necesidad, lo que era realizado por medio del poder administrador. No sólo se trata de la distribución del reparto, sino que el Derecho debe observar el interés público³².

En suma, es posible pensar al principio de justicia en el contexto del acto administrativo, como pauta relativa de asignación de títulos jurídicos, observando igualmente a los demás involucrados en la gestión del interés público, de manera de evitar, a toda costa, repartos a un sector privilegiado.

5. EL INSTITUCIONALISMO TRASCENDENTAL Y EL ENFOQUE COMPARATIVO

¿Cómo es posible precisar la sociedad justa?³³ Sen plantea que hay dos caminos o mecanismos para hacerlo: el institucionalismo trascendental y el enfoque comparativo³⁴.

El institucionalismo trascendental, dice, supone proponer una sociedad justa ideal perfecta, de la que participan todos los actos que se dan en el mundo de la realidad. Es decir, el fenómeno de la participación de lo real en lo idea es lo que va a regir este mecanismo para identificar las razones de justicia.

Así, en lo que hace al Derecho, un modelo constitucional perfecto va a ser la pauta a la que se deben sujetar los múltiples actos administrativos, las leyes y las sentencias.

Ciertamente, indica, son muy valiosas las obras diseñadas desde el institucionalismo trascendental. Existen muchos trabajos a lo largo de la historia de la filosofía que plantean un modelo de sociedad en el que una idea labrada por pensadores comienza a regir las situaciones de la realidad. Entre estos autores podemos ver a Platón, Aristóteles, San Agustín, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, Kant, Dworking y Rawls.

Ciertamente, Rawls señala que “una sociedad bien ordenada”, es decir, aquella “efectivamente regulada por una concepción pública de la justicia” va a disponer de (i) una cooperación social con los rasgos de contar con reglas y procedimientos públicamente reconocidos que los cooperantes aceptan para regular su conducta, (ii) términos equitativos de cooperación y (iii) una ventaja racional, que consiste en aquello que hace al propio bien de quienes participan en la cooperación. Incluso, el propio autor reconoce lo idealizado del planteo, al decir:

32 FIORINI, B., ídem, ver capítulo “VI. El acto administrativo”, pp. 381 a 460, en especial, el punto 2, denominado “2. El acto administrativo legal. Mérito y legitimidad. Elementos de la legitimidad del acto administrativo”.

33 Nótese que no se plantea la posibilidad de la existencia de una sociedad justa, sino que eso se da por hecho.

34 SEN, A., ídem.

“La idea de una sociedad bien ordenada es, a todas luces, una muy considerable idealización”.³⁵

Incluso, Rawls va más a fondo con la afirmación y plantea que el modo en que encajan las principales instituciones políticas y sociales en una sociedad es a partir de la concepción de una *estructura básica*. Esta estructura básica consiste en “el marco social de trasfondo en cuyo seno tienen lugar las actividades de las asociaciones e individuos”. Por ejemplo, constituyen la estructura básica la “judicatura independiente, las formas legalmente reconocidas de propiedad y la estructura de la economía (...)”³⁶. Es decir, propone lo ideal de lo ideal.

Sen señala que existen dos dificultades inherentes a los planteos de índole netamente idealista, como lo es el institucionalismo trascendental.

En primer lugar, señala que no es sencillo lograr un consenso razonado con respecto a qué es una sociedad justa, porque cada individuo optará por la solución que mejor se acomode a sus concepciones: ésta es la cuestión de la *factibilidad*. En segundo lugar, arribar a una conclusión de justicia en el mundo real supone “escoger entre alternativas factibles y no una identificación de una situación perfecta posiblemente no disponible”, lo que es el problema de la *redundancia*.

La dificultad de la factibilidad es un problema propio del institucionalismo trascendental, que lleva a que un diagnóstico que pudieran darse en su seno es “incurablemente problemático”, lo que importa que la estrategia entera del institucionalismo trascendental queda “muy dañada”³⁷.

La ruta comparativa es la posible solución a este inconveniente de la factibilidad. La teoría de la elección social³⁸ consiste en el procedimiento a partir del cual se construye un orden de preferencias sobre estados de cosas desde el punto de vista social³⁹. Esta teoría contempla la posibilidad de efectuar comparaciones sobre lo realmente factible antes que la búsqueda de lo ideal⁴⁰.

Las notas características de la teoría de la elección, en la construcción de Sen, son: *a)* énfasis en lo comparativo y no sólo en lo trascendental; *b)* reconocimiento de la ineludible pluralidad de los principios rivales; *c)* permitir y facilitar el reexamen; *d)* permisibilidad de las soluciones parciales; *e)* diversidad de interpretaciones e insumos; *f)* énfasis en articulación y razonamientos precisos; *g)* papel del razonamiento público en la elección social⁴¹.

35 RAWLS, J., *La justicia como equidad: una reformulación*. Paidós, Buenos Aires, 2004, pp. 29 a 33.

36 RAWLS, ídem, p. 33.

37 SEN, A., ídem, pp. 41 a 43.

38 SEN, A., ídem, p. 121 y ss.

39 SEN, A., ídem, p. 125.

40 SEN, A., ídem, p. 136.

41 SEN, A., ídem, pp. 136 a 141.

Por otra parte, es relevante centrarse en una justicia basada en logros, enraizada en las vidas, experiencias y realizaciones humanas, a los fines de resolver el inconveniente de la redundancia. La realidad efectiva de las vidas humanas es la que marca la agenda de las diferentes clases de vidas, en las que la libertad va a tener diferentes grados de contribución al bienestar: la libertad real dará la oportunidad de decidir qué se debe hacer, lo que supone responsabilidades, o –al decir del autor– “demandas deónticas”⁴².

Por eso, dice que debe existir un doble cambio de rumbo: tomar la ruta comparativa en lugar de asumir como válido el trascendentalismo (resolver el problema de la factibilidad), así como concentrarse en las realizaciones reales de las sociedades y de sus individuos (logros) antes que en las instituciones y sus reglas (resolver el problema de la redundancia)⁴³.

Estas serían las maneras que existen para evitar la “justicia en el mundo de los peces, donde el pez más grande puede devorar libremente al más chico”⁴⁴.

En nuestro ámbito jurídico es posible pensar en un mecanismo para precisar la construcción de la justicia, en base al Derecho administrativo y, sobre todo, por el Derecho administrativo. Esta justicia no es indiferente a lo que las personas puedan realmente vivir o experimentar, sino que deriva de los casos de la realidad, que en nuestra ciencia son los dictámenes y las sentencias, que no se dan de un modo estático, sino que son parte de un proceso de construcción iterado, donde se elaboran soluciones actuales, tomando como punto de partida, el punto al que se arribó en las soluciones anteriores.

Es decir, la construcción del Derecho es una continuación temporal de soluciones encadenadas. De ahí que el principio de progresividad sea consustancial al Derecho público como un todo.

6. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA MATERIAL EN LA DOCTRINA DE LA PTN

Muy antiguamente, en la Procuración del Tesoro de la Nación se habló de “justa interpretación”, en un caso en el que un militar había sido herido gravemente e incapacitado para la vida civil y solicitó el retiro fuera del plazo. De haberse aplicado en rigor el instituto del “retiro del interesado por inutilización” (instituto previsto en la normativa, según se glosa en el dictamen), el militar herido no hubiera podido acceder al retiro. Así, en empleo del criterio de justicia, la Procuración del Tesoro entendió que debía otorgarse el derecho, más allá de que hubiera hecho el pedido fuera del plazo⁴⁵.

42 SEN, A., ídem, pp. 50 a 51.

43 SEN, A., ídem, p. 41.

44 SEN, A., ídem, p. 19.

45 V. PTN, Dictámenes 1:55, del 14 de enero de 1942.

Allí se señaló: “Hay cierta clase de relaciones entre el Estado y sus servidores, en que la observancia ciega de dicha regla general [en referencia a la prescripción] podría ser causa de soluciones injustas...” ya que la “finalidad esencial [es] la protección social”⁴⁶.

Existen otros dos dictámenes específicos del Máximo Organismo Asesor del Poder Ejecutivo Nacional.

Se trata de las opiniones vertidas en Dictámenes 255:262 y en Dictámenes 269:3. Son esencialmente similares, por lo que basta con tratar el primero de ellos.

Una viuda pidió una pensión por el fallecimiento de su esposo, un prefecto. Una parte, si bien habría sido pedida, no se la liquidaron. De la lectura, parecería que la Administración extravió las actuaciones y la cuestión acabó prescribiendo. En los muchos años, la situación de la peticionante se volvió crítica y de extrema vulnerabilidad, mientras que se fueron dando varias intervenciones hasta que la cuestión llegó a la Procuración. En ese organismo de asesoramiento se dijo que es posible dispensar la prescripción en base a las circunstancias del caso, a los principios morales, de solidaridad social y de justicia material⁴⁷.

Esta opinión, analizada desde la perspectiva del trialismo de Goldschmidt, se construyó en base a las circunstancias que aparecen como las *conductas*, los principios morales y de solidaridad social que surgen como los *valores*, y el principio de justicia material, que quedaría erigido a posición de *norma*.

Así, aparecen las tres dimensiones de la teoría trialista, *conductas*, *valores* y *normas*, en el que el principio de justicia material sería la razón jurídica fundamental para superar la obligatoriedad de la prescripción.

De estos casos se puede extraer que el principio de justicia es aplicable directamente cuando se dan cinco condiciones: *i*) El remedio es un acto favorable (por ejemplo, otorgar la pensión). *ii*) Preexiste una obligación natural que recepta un valor social (la obligación existía en el caso). *iii*) Hay una dificultad formal para otorgar el acto (obligación prescripta). *iv*) Se da un estado de extrema necesidad o de vulnerabilidad (circunstancias personales). *v*) Existe una necesidad de lograr una igualación entre desiguales (la necesidad de igualar sobrepasa el deber de cumplimiento de la obligación en tiempo oportuno).

Desde luego, el principio de justicia no es norma, obligatoria como tal. Tal como se señaló, comprender los principios sirve para explicarnos la realidad circundante que en nuestro caso es el Derecho.

7. IGUALDAD Y JUSTICIA

En la distribución justa (comprensiva de la equidad) es que se produce la igualdad. Así se señala en la *Ética a Nicómaco*, donde la referencia es “lo justo

46 Ídem.

47 V. PTN, Dictámenes 255:262.

será un término medio e igual en relación con algo y con algunos”⁴⁸. Es decir, entra a ser considerado un objeto y varios sujetos al posicionar el término medio, que observa a ambos como término de referencia relativa.

Y las personas, para disponer de partes iguales, deben ser iguales. Dice el filósofo: “De ahí que se susciten disputas y acusaciones, cuando aquellos que son iguales no tienen o reciben partes iguales y cuando los que no son iguales tienen y reciben partes iguales”⁴⁹.

La igualdad, retomada posteriormente en el tiempo y hacia los postulados de la Revolución Francesa, significaba la eliminación de los títulos nobiliarios. En contrapunto, hacia el restablecimiento del imperio en los años 1804 a 1814, Napoleón creó una nueva nobleza, resurgiendo la desigualdad⁵⁰.

Montesquieu vincula el concepto de igualdad al de riqueza: se apoya en la idea *mientras todos dispongan de las mismas riquezas, no habrá desigualdad*. En ese término, el principio de la democracia se corrompe por la pérdida del espíritu de igualdad; lo mismo ocurre ante la existencia de la igualdad absoluta, la que supone que se establecen en mismo estrado, tanto los gobernantes como los gobernados, quienes ya dejan de obedecer, porque disponen de igual autoridad⁵¹.

Y si bien pareciera que no es necesario decirlo, al establecerse un sistema constitucional liberal como lo es la Constitución Nacional argentina⁵², sin títulos nobiliarios o rotulaciones específicas de escalas sociales, la igualdad es estructural, necesaria y funcional, es parte integrante del sistema, cuando el sistema *per se* no crea desigualdades.

En ese sentido, la fórmula interpretativa de nuestro Máximo Tribunal Federal se escribió de esta forma: “no resulta afectado el principio de igualdad cuando se confiere un tratamiento diferente a personas que se encuentran en situaciones distintas”⁵³.

Si bien la Corte señala igualdad en igualdad de posiciones, la igualdad supone que no se corra de posición al individuo de manera injusta. Esa y no otra es

48 ARISTÓTELES, ídem.

49 Ídem.

50 MIGNET, Françoise-Auguste, *History of the French Revolution from 1789 to 1814*, BiblioBazaar, 2006. Dice el citado autor: “All material interests, all ambitious passions, were hierarchically arranged under one leader, who, after having sacrificed liberty by establishing absolute power, destroyed equality by introducing nobility” (p. 388). En traducción libre, quiere decir: “Todos los intereses materiales, todas las ambiciosas pasiones, fueron ordenados jerárquicamente bajo un líder, quien, después de haber sacrificado la libertad estableciendo el poder absoluto, destruyó la igualdad introduciendo la nobleza”.

51 MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2014. Al respecto, v. Libro VIII, Capítulo II.

52 V. Art. 16, Constitución Nacional.

53 CSJN, Fallos: 315:135; 329:4349; 339:245; 340:437, entre muchos otros.

la concepción originaria de la justicia. Igualdad y justicia se solicitan mutuamente; no puede existir una sin la otra.

En nuestro sistema normativo, la igualdad tiene un posicionamiento relevante, aunque el principio de justicia en los repartos estatales, si bien, inherente al propio sistema constitucional, nunca tuvo recepción específica, y cuando fue señalado en la doctrina, no fue referido como tal.

8. CATEGORÍAS DE PROTECCIÓN DIFERENCIADA DEL NO VULNERABLE

Ely⁵⁴, al conceptualizar las categorías sospechosas, propone que la protección de minorías insulares se genera por aplicación del pluralismo y de un sistema de lista⁵⁵, sin perjuicio de una protección de otros derechos que pueden no encontrarse escritos en la Constitución⁵⁶. De esta manera, las leyes deben fundarse suficientemente en estos modos de protección, y si dichas disposiciones legislativas tienen otros objetivos, estarían generando una “clasificación sospechosa”⁵⁷, o “categoría sospechosa” en el Derecho local. La clasificación como *sospechosa*, analizada bajo el tamiz del *escrutinio estricto*, es identificada como legislación en contra de las minorías discretas e insulares, las que requieren un cuidado judicial especial⁵⁸. Además, hay que considerar las acciones positivas o discriminación inversa⁵⁹ y los derechos procesales de las minorías^{60 61}.

En ese sentido, la *categoría sospechosa* otorga una presunción en contra de quien la promueve y a favor de la víctima, en la razonable comprensión de que hay derechos que deben ser protegidos por la propia naturaleza del derecho. Pero tales categorías sospechosas no alcanzan a generar una protección normativa de Derecho positivo; sólo generan una presunción en favor del grupo minoritario postergado a partir de lo cual se invierte la carga de la prueba.

Sin embargo, esta matriz queda severamente trastocada. No existía hasta la sanción de la Ley 27.742⁶², lo que se puede denominar la categoría de “protección diferenciada del no vulnerable”, como lo es el *contratista estatal*.

54 ELY, John Hart, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Traducción de Magdalena HOLGUÍN, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 1997.

55 ELY, J. H., ídem, v. p. 104.

56 ELY, J. H., ídem, v. p. 97 y sigs.

57 ELY, J. H., ídem, v. p. 178.

58 ELY, J. H., ídem, v. p. 184.

59 ELY, J. H., ídem, v. p. 204.

60 ELY, J. H., ídem, v. p. 205.

61 V. NIELSEN ENEMARK, C., ídem., 99 y ss.

62 B.O. 8-7-2024, que modifica a la Ley 19.549. Al respecto, v. Art. 23, inc. e) del texto de la Ley N° 19.549. Allí se aprecia, en específico, sin ponderar contra el resto del sistema, en lo que hace a la impugnación judicial de los actos administrativos: “Artículo 23. El administrado

Sí existían previamente a dicha ley, ciertas protecciones diferenciadas, pero siempre se trataba de débiles, vulnerables o de minorías insulares: *consumidores y usuarios de bienes y servicios*, por ejemplo, que disponen de numerosas protecciones⁶³.

En efecto, la nueva norma permite una protección diferente si se trata de un acto dictado en los términos de un contrato, mas no existe tal protección si se trata de otro tipo de procedimiento administrativo, a pesar de que exista una sustancia que merezca tal protección. Se llegaría al absurdo de que un contratista estatal dispone de un elenco de herramientas protectorias mejores a los que cuentan quienes deben resguardar sus derechos fundamentales. En ese sentido, frente al Estado, está mejor posicionado un contratista estatal que quien ve peligrar su vida, es atacado en su religión o es discriminado por su elección sexual.

Entonces, las categorías de protección diferenciada del no vulnerable se constituyen, al final del camino, en *discriminación positiva*, la que es razonable, cuando existe la necesidad de proteger a quien dispone de una posición que alguna vez podrá recaer en quien dicta la norma: así, la protección a la vida hace a la pervivencia del sistema, porque si el gobernante de turno no respeta la vida, ¿qué impedirá que el gobernante siguiente no respete la suya?⁶⁴. Y así con el resto de la lista de derechos.

Una categoría sospechosa otorga presunciones en contra de la discriminación dada sobre un grupo minoritario: la razón de ser, según la Corte norteamericana, se basa en que las categorías generan sentimiento de inferioridad y hay estándares que no pueden tener lugar⁶⁵.

Pero la categoría de protección diferenciada del no vulnerable no concluye en presunciones, sino que otorga, lisa y llanamente, protecciones, y lo hace a favor de un grupo que se dice minoritario: *el contratista estatal*, en este caso.

Pero el posicionamiento valorativo que adquirirán los diferentes grupos (por ejemplo, protegidas minorías ambas según las normas: alguien discriminado por su religión; el contratista estatal), no devendrá necesariamente de la letra de

cuyos derechos o sus intereses jurídicamente tutelados puedan verse afectados podrá impugnarlo judicialmente cuando: (...) e) Los actos administrativos dictados durante la ejecución de contratos con el Estado nacional, así como con las demás entidades y órganos incluidos en el inciso a) del artículo 1º, que el contratista haya cuestionado, en forma expresa, dentro de los treinta (30) días de serle notificados, serán impugnables judicialmente hasta cumplidos ciento ochenta (180) días de la extinción del contrato, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre prescripción que correspondan. Al efecto no será necesario haber mantenido su impugnación administrativa o promovido la judicial, o la de la denegatoria expresa o tácita de ese cuestionamiento, durante dicha ejecución”.

63 Al respecto, v. Art. 42, Constitución Nacional; la Ley 24.240 (B.O. 15-10-1993), etc.

64 V. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John, *The federalist: a collection of essays, written in favor of the new Constitution, as agreed upon by the Federal Convention*, September 17, 1787. Vol. 2, Nro. LI, último párrafo, pp. 120 a 122.

65 USSC, “Brown v. Board of Education of Topeka”, 347 U.S. 483 (1954).

la Ley 19.549, sino de la justicia que el sistema constitucional debe a cada uno; pero no sólo el sistema otorgando el reparto singular e individualmente, sino el observado el reparto entre los muchos beneficiarios del sistema.

Ahora bien, la justicia de una u otra categoría (la *sospechosa* y la de *protección diferenciada del no vulnerable*) será según el valor del contenido que tutelan: se deben a éste, *participan –o no– de la justicia y adquieren forma –o no– según la esencia del derecho en juego.*

El derecho en juego, en un caso, se tratará del libre ejercicio de la religión, por ejemplo; en otro, de la tutela judicial diferenciada del contratista estatal.

¿Qué los diferencia? Que uno hace a la esencia del individuo y otro no. Las personas *son* por ciertos atributos que el derecho los positiviza, de ahí la esencialidad de ciertos derechos (protección positiva: vida, trabajo, reunión, libertad en todas sus formas, circulación, etc.; y protección por presunción de categorías sospechosas: raza, orientación sexual, culto, origen nacional, etc.). Tales derechos hacen al ser, constituyen al individuo, lo informan, le dan su *forma sustancial*.

Pero hay derechos que reconocen las normas que no hacen a la persona como tal, aunque pueden adjudicar cualidades accesorias. Por ejemplo, la calidad de elector o elegido del sistema electoral, la posibilidad de ser un sujeto pasible de regulación, la calidad de contratista estatal, etc. Ahora, ¿por qué se seleccionó al contratista estatal como una categoría protegida, ya que no se trata de un vulnerable? No existe racional sistémico alguno que haya sido manifestado expresamente, ni tampoco se percibe que esa calidad necesite de tal protección. Incluso, no se aprecia que aparezca como un *necesitado* o *vulnerable*.

De ahí que sea central verificar el valor que se le concede a ese grupo minoritario, y de ahí que el Poder Judicial pueda interpretar que todos y todas gozan de esa protección (pueden razonar así: *si el contratista estatal tiene esta protección, ¿cómo no la van a tener los individuos?*).

En suma, en la Ley de Bases, el contratista estatal se verifica como un grupo minoritario que goza de una protección diferenciada, no es vulnerable y no se encuentra señalada la necesidad de su protección.

Esto es inconveniente para el sistema de garantías en su conjunto, porque ciertos derechos adquieren posiciones que no deberían tener, y la pérdida general de institucionalidad desgrana paulatinamente el sistema, la legalidad queda pervertida y se genera un desequilibrio de justicia cuando se protege diferenciadamente a quien ya dispone de poder.

9. ABSTENCIONISMO

Ahora, ¿es posible justificar la abstención de aplicar un sistema legal injusto?

En el Derecho administrativo no existe literatura sobre la desobediencia civil, como ocurre en la literatura extranjera⁶⁶ o el ámbito del Derecho penal⁶⁷. Desde luego, tampoco hay jurisprudencia, ni menos, normas que lo admitan de una manera explícita. Es lógico, ya que el Derecho administrativo –con las particularidades que lleva esta afirmación– es la manifestación del apotegma del soberano: controlar el deseo de todos los individuos a través de los dispositivos de poder⁶⁸.

Ahora, no menos cierto es que la Corte Suprema no dio cumplimiento a un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁹, criterio que se replica en el Derecho comparado⁷⁰.

Como líneas rectoras traídas de otras ramas del Derecho, la desobediencia es distinto del disenso, que en su traslación a lo práctico, puede adquirir formas de “violación común de la ley, la objeción de conciencia, la rebelión, la revuelta, hasta llegar a la revolución”⁷¹.

Asimismo, fue señalado por doctrina que el rasgo distintivo de la desobediencia civil con respecto al disenso, es que “la desobediencia civil acepta y presupone el principio democrático y el Estado Constitucional de Derecho.”⁷², y que “esta se presenta como una forma de protesta que asume aspectos diversos contra un poder que, definiéndose como democrático, no es percibido como tal, y adquiere el aspecto de la necesidad de apropiarse de la decisión política desde el momento en que esta no toca sólo aspectos de naturaleza administrativa y convencional, sino decisiones fundamentales sobre el futuro del mundo”⁷³.

Cuando se aparta el derecho de la justicia, la desobediencia implica que la vulneración a la ley sea “intencional, no violenta, desinteresada, pública y publicitada respecto de una ley válida, dictada por legítima autoridad sobre la base de un imprescindible empalme entre validez y legitimidad”⁷⁴.

Con tales consideraciones, la razón existencial de la gubernamentalidad –y por consecuencia, de su brazo ejecutor, el Derecho administrativo– es *que el*

66 THOREAU, Henry D., *Desobediencia civil*, Aliar 2015 Ediciones, S.L. Si bien Thoreau propone, en su ideal, una retracción completa del Estado, existen posiciones abstencionistas que pueden ser analizadas ante el desfasaje del mandato y las pautas de justicia e igualdad.

67 Al respecto, para realizarse este trabajo, estudié atentamente las investigaciones de MACHADO PELLONI, Fernando M., “Introducción a una teoría sobre la desobediencia civil”, *Jurisprudencia Argentina*, Abril 2001, Id SAIJ: DACF020061.

68 FOUCAULT, M., ídem, v. Clase del 8 de febrero de 1978, p. 139 y ss.

69 CSJN, Fallos: 340:47.

70 SANTIAGO, Alfonso, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra? publicado en *La Ley*, 2017-A, p. 472.

71 LAMBRUSCHINI, Leopoldo L.F., “La desobediencia y su relación con la teoría del delito”, publicado en *La Ley* 2013-B, p. 818.

72 LAMBRUSCHINI, Leopoldo L.F., ídem.

73 LAMBRUSCHINI, Leopoldo L.F., ídem.

74 LAMBRUSCHINI, Leopoldo L.F., ídem.

*individuo obedezca al soberano*⁷⁵. Por ello, la abstención en materia de Derecho administrativo cuestiona el núcleo teórico de esta ciencia, por lo que, es razonable entender que no se hayan dado discusiones al respecto, y casi no existan vestigios de la desobediencia en la materia.

Sin embargo, sí existen algunas referencias a la inaplicabilidad de normas por parte de la Administración. Partiendo de la base que no es posible que la Administración declare la inconstitucionalidad de las normas, por atención a la necesaria división de poderes⁷⁶, sí es posible utilizar un precedente judicial para inaplicar una pauta que atente contra el bloque de juridicidad⁷⁷. Ahora, en un interesante relevamiento autoral que configura una taxonomía sobre la materia⁷⁸ se puede ver que no existen mayores desarrollos, más que las referencias a otras pautas ya trabajadas por el Derecho.

Además de eso, es posible entender que existen otros conductos de abstención de aplicar leyes injustas, porque, en referencia de Rawls, las “personas perjudicadas por graves injusticias no tienen que resignarse a ellas”⁷⁹, a lo que corresponde agregar, que no es necesario que la injusticia se materialice.

Incluso más, la matriz de injusticia que estructura la actual redacción de la Ley 19.549 puede ser pasible de una rectificación legal. De ahí que los operadores jurídicos deban analizar diferentes estrategias para abordar este texto normativo.

Ente un escenario en que la citada ley, cargada fuertemente de injusticias y errores, sufra modificaciones en tiempo breve, es un escenario probable, que cualquier profesional responsable debe contemplar. Ello, desposeyendo al análisis de la fuerte partidización que se introdujo en el Derecho de un tiempo a esta parte: el escenario es un escenario volátil y la modificación a la Ley 19.549 no es sólida, porque adolece de numerosos defectos.

En ese sentido, por ejemplo (y pueden surgir muchos otros) si bien se extienden temporalmente las chances impugnatorias del contratista estatal, no sería prudente que deje de hacerlo en los tiempos previstos para otro tipo de actos, cuando el sistema vigente puede caer tanto por sentencia como por modificación normativa. O en el caso de una fuerte inversión, por razones de prudencia y de protección del capital, no debería jamás apoyarse en una autorización que padece

75 FOUCAULT, M., ídem.

76 V. PTN, Dictámenes 298:207.

77 V. PTN, Dictámenes 300:158.

78 V. GONZÁLEZ COLETTI, Ana Carolina “Nuevos argumentos en torno al deber de la Administración de inaplicar normas inconstitucionales y/o inconventionales. El principio *pro homine* y el derecho a la buena Administración”, Tesis de derecho aplicado para optar por el título de Magíster en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ciudad de Buenos Aires, 2018, publicado en <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1168>, (última fecha de consulta: 23-10-2024).

79 MACHADO PELLONI, Fernando M., ídem.

de vicios graves, que derivó de un acto ficto por silencio positivo. Esta base frágil la deben conocer los y las profesionales serios y trabajar con ese contexto.

Ciertamente, la Administración tampoco debe ejecutar injusticias, más allá de la aparente solidez de una ley escrita, ya que ese tipo de pautas son muy susceptibles de sentencias o dictámenes que las contradigan, reinterpreten o de, alguna forma, neutralicen.

Ahora, ante ese escenario, como técnicas de acción, y más allá de lo reconocido en doctrina administrativista, se puede apreciar que existen tres grandes conductos de la abstención, que en casos, es necesaria: la *desobediencia*, la *inconveniencia* y el *interés moral*.

La desobediencia: es la negación a la ejecutividad de la norma y puede fundarse en una razón prudencial, en el temor o en una directriz justificada.

La razón prudencial aparece como la abstención de utilizar una norma luego de realizar el ejercicio valorativo de compensar diferentes posiciones igualmente válidas, por lo que se evita aplicar una pauta luego de ponderar otras previstas en el sistema, por meras razones de prudencia. Se pondera la norma cuestionada con otras normas cuestionadas, y no se llevan a cabo acciones.

El temor surgirá a partir de la representación de la posible sanción (como la nulidad, la multa, la responsabilidad patrimonial del funcionario, etc.), la que opera por factor de evitación. Se pondera la norma cuestionada con otra norma no cuestionada.

La directriz justificada es la abstención de aplicar una pauta legal por fuente de origen normativo, ya sea éste un mandato judicial o un razonamiento válido en sede administrativa. No existe ponderación posible.

La inconveniencia: es la negación a la ejecutividad de la norma, que puede fundarse en la razón estratégica, el costo de aplicar la norma o del riesgo involucrado.

En la razón estratégica se ponderan dos o más posiciones, se consideran todas válidas, pero se elige aplicar una sobre otra, por estrategia de procedimiento, desobedeciendo una pauta que pudiera resultar directamente aplicable. Se pondera la norma cuestionada con otras normas cuestionadas, y se llevan a cabo acciones.

En la inconveniencia en razón del costo, la solución de la norma aparece demasiado onerosa y por lo tanto, el operador se abstiene de aplicarla. Se verifica el costo que trae aparejada la norma en forma aislada, y no se llevan a cabo acciones.

En la inconveniencia en razón del riesgo, la como con respecto al costo, la solución es inconveniente por motivos de riesgo, lo que lleva a que el operador jurídico no aplique la norma.

El interés moral: es la negación a la ejecutividad de la norma, que puede ser comprensivo de la objeción de conciencia, de la autodefensa y la defensa de un tercero, del estado de necesidad.

La objeción de conciencia fue tratada como tal en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁸⁰.

En la autodefensa y la defensa de un tercero, la abstención se justifica en que el accionar del operador resguarda un bien superior con su conducta.

En el estado de necesidad, la extrema situación personal, impide dar cumplimiento a la norma tal como se lo exige, cuando ello supondría ir más allá de lo tolerable.

10. EL CONTEXTO JUSTIFICABLE

La abstención en el plano del Derecho administrativo –haciendo la traslación de doctrina y jurisprudencia de otras materia– de ocurrir, debe contar con un contexto justificable, revestido de los siguientes criterios: *i*) las consecuencias que deben ser aceptadas de antemano por quien se abstiene; *ii*) debe ser expresa y pública cuando proyecte acciones, *iii*) apelar al sentido de justicia, *iv*) si arriba a posiciones de incidencia sobre terceros, no debe darse la coacción violenta; *v*) en conjunto con los recursos legales disponibles.

Incluso, en un contexto de una Constitución liberal como la argentina, el Estado debe proteger la libertad de decisión y de su exteriorización, lo que, naturalmente, se incorpora a principios reconocidos, como la tutela administrativa efectiva, igualdad de trato y debido proceso.

CARLOS A. NIELSEN ENEMARK

Es Abogado por la Universidad de Buenos Aires, Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral y Magíster en Finanzas por la Universidad de San Andrés. Autor de trabajos de investigación sobre Derecho administrativo y de los libros *Teoría General del Derecho administrativo* (2021) y *La calidad financiera de los emisores de deuda subsoberana* (2023). Docente de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Secretario Legal y Técnico de la Municipalidad de Lanús. Fue profesor invitado en diferentes universidades y escuelas de Derecho. Director de numerosas tesis de maestría. Abogado y funcionario en diferentes espacios del sector público nacional y del sector privado. Entre ellos, abogado relator en la Procuración del Tesoro de la Nación e invitado en la reunión plenaria de las Comisiones de Legislación General, de Presupuesto y Hacienda y Asuntos Constitucionales del Senado de la Nación.

80 CSJN, Fallos: 312:496.

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomó 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**

1ª Edición: Enero de 2025

Bases para la Libertad en el Derecho Administrativo Argentino - Tomo Blanco / 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, 2025.

578 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-2-3

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
Lucia 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 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

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 Académicos de la
Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL