



Legalidad a medias: Una breve reflexión sobre el alcance del dictamen jurídico Por Martín Casais Zelis¹

La Ley N° 19.549 de Procedimiento Administrativo prescribe en su artículo 7° inciso d) que *"Son requisitos esenciales del acto administrativo los siguientes: [...] d) antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos."*

La exigencia del párrafo final del precepto citado se encontraría limitada a los supuestos en los que el acto pudiera afectar derechos subjetivos e intereses legítimos, procurando garantizar al ciudadano un obrar de la Administración respetuoso de la legalidad.

Sin embargo, los derechos de las personas deben ser analizados a la luz de otro concepto: el de interés público o bien común. Marienhoff lo define como la *"finalidad esencial de toda la actividad administrativa"*,² mientras que Gordillo lo concibe como *"la suma de una mayoría de concretos intereses individuales coincidentes"*,³ concluyendo Balbín que el interés público es el que reconoce y satisface derechos individuales, sociales y colectivos, constituyendo la razón de ser de la actividad estatal, de modo que su contenido son el núcleo y extensión de los derechos.⁴

En sentido coincidente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha expresado en el antecedente "Portillo"⁵ que resulta erróneo plantear los derechos y el bien común en términos de oposición, porque existe una recíproca subordinación y relación mutua.

Ahora bien, si los derechos de las personas y el bien común están recíprocamente subordinados, podría concluirse -a priori- que la afectación que generase un acto administrativo sobre uno de ellos repercutiría indefectiblemente en el otro.

Entonces, regresemos a la LNPA. La exigencia del dictamen jurídico frente al dictado de un acto que pudiera afectar derechos subjetivos o intereses legítimos, protege, conforme las consideraciones formuladas, los derechos subjetivos e intereses colectivos. Pero *¿qué ocurre si el acto pudiera afectar el interés público?* Dicho precepto normativo no lo contempla como causal para exigir el dictamen jurídico previo, sin perjuicio de las medidas administrativas o judiciales que pudieran adoptarse una vez dictado el acto.

Avancemos un poco más. Desde el año 1994, el bloque de constitucionalidad federal se encuentra integrado por la Constitución Nacional y los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, dentro de los cuales se incluyó a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Dicho instrumento no sólo ratifica o amplía derechos para las personas consagrados en la Constitución Nacional de forma expresa o implícita, sino también impone obligaciones para los Estados miembro, determinando que son competentes para conocer de los asuntos relacionados con su cumplimiento la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Dentro de la competencia de la CIDH está la función consultiva receptada en el artículo 64 de la CADH: *"Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos..."*, dando como resultado las conocidas Opiniones Consultivas (OC).

En tal sentido, es dable recordar que en el precedente "Aquino"⁶ con fundamento en la OC N° 5/1985 de la CIDH,⁷ la CSJN expresó que el bien común es el conjunto de condiciones que

¹ Docente adjunto de las asignaturas "Derecho Constitucional y Derechos Humanos II" de la Universidad del Museo Social Argentino y Auxiliar Docente en "Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal" de la Universidad de Buenos Aires. Abogado dictaminante (2009-2014) en la Policía De Seguridad Aeroportuaria. Sitio Web: www.martincasaiszelis.com.

² Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed., tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003, p. 78.

³ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 8ª ed., Buenos Aires, FDA, 2003, tomo I, p. VI-35.

⁴ Balbín, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 321.

⁵ CSJN, *Portillo*, 1989, Fallos, 312:496.

⁶ CSJN, *Aquino*, 2004, Fallos, 327:3753.

⁷ CIDH, OC-5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 13 de noviembre de 1985.

permiten fortalecer el funcionamiento de las instituciones democráticas y promover la plena realización de los derechos. Es decir que según la interpretación de la CIDH, receptada además por el máximo tribunal nacional en materia de interpretación constitucional, el interés público o bien común está formado con las condiciones que permiten fortalecer la plena realización de los derechos de las personas.

Entonces, regresemos una vez más a la LNPA. Si el fundamento para que sea esencial el dictamen previo es que pudiera afectar derechos subjetivos o intereses legítimos y, considerando que el interés público está conformado por las condiciones que procuran fortalecerlos, debemos concluir que una afectación al bien jurídico necesariamente constituye una vulneración a los derechos de las personas.

Por ello, nos permitimos concluir que en todos los casos devendría obligatorio el dictamen jurídico previo; más aún si además recordamos que otro de los objetivos del bien común debe ser fortalecer las instituciones democráticas, lo cual nos lleva de forma directa al artículo 36 de la Constitución Nacional.

En definitiva, consideramos que la exigencia del dictamen jurídico previo tiene fundamento en dos sentidos: como garantía frente al administrado y como garantía del interés o bien común, a través del ejercicio de las potestades de la Administración Pública dentro del marco de los principios de legalidad y razonabilidad.

Entendemos que la Administración debe procurar dictar actos administrativos respetuosos de los principios, derechos y garantías de un Estado Democrático y Social de Derecho, preservando los derechos subjetivos e intereses legítimos de las personas, pero también el interés público que se retroalimenta con aquellos, antes que aguardar agazapada la posibilidad de que el eventual control administrativo o judicial posterior deje sin efecto un acto dictado al margen de dichas previsiones.