

**Voces:** LEY SECRETA ~ PUBLICACION DE LA LEY ~ VALIDEZ DE LA LEY ~ APLICACION DE LA LEY ~ DECRETO SECRETO ~ SEDE ADMINISTRATIVA ~ HABILITACION DE LA INSTANCIA ~ ACTO ADMINISTRATIVO ~ VIAS DE HECHO ADMINISTRATIVAS ~ DERECHO ADMINISTRATIVO ~ DERECHO CONSTITUCIONAL ~ VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

**Título:** Algo más que vías de hecho administrativas

**Autor:** Diana, Nicolás

**Publicado en:** LA LEY 2005-C, 466

**Fallo comentado:** [Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata \(CFedMardelPlata\) ~ 2005/03/03 ~ Millán, Leonardo M. c. Fuerza Aérea Argentina](#)

**SUMARIO: I. Introducción. - II. Sobre las leyes secretas. - III. El valor agregado de la sentencia. - IV. A modo de colofón**

La verdadera garantía de un buen gobierno es el cumplimiento de las leyes; por tanto, debe impedirse toda transgresión, por pequeña que sea; las causas insensibles acaban por minar sordamente al Estado, así como los gastos pequeños, pero múltiples, destruyen las fortunas poderosas.

Aristóteles, La Política (1).

## **I. Introducción**

El fallo en comentario es por demás interesante, no sólo por su contenido y la solución que brinda al problema planteado, sino también por su simpleza y su claridad (2).

Nos recuerda que todavía vivimos en una comunidad políticamente organizada, es decir, en un Estado de Derecho; que el equilibrio entre los distintos poderes del Estado es una realidad práctica que se construye con el respeto a las garantías constitucionales y a los principios que hacen a la forma republicana de gobierno.

Hermann Heller, señalaba que "los que rigen el Estado en cada momento tienen siempre interés en justificar a éste como la expresión objetiva de la razón moral... Jamás podrá consistir la justificación del Estado en armonizar, a toda costa, el derecho con la fuerza. Pues todo poder estatal debe su conservación y formación a la voluntad humana, demasiado humana. De aquí que actúen en aquél tanto las fuerzas morales más elevadas como una imponente masa de estupidez y maldad, de infamia y arbitrariedad"(3), a lo que agregamos, de incoherencia.

Incoherencia e inconsistencia en la actitud asumida por el Estado en la articulación de defensas que, gracias a la propia conducta procesal asumida en el curso del período probatorio, la llevaron a un resultado esperable, aunque quizás era evitable.

Evitabilidad relacionada con la renuencia de la propia administración que invocó como parte de su estrategia el contenido de una ley secreta que adujo aplicable al actor aunque, al tiempo de deber acompañarla en autos, no pudo hacerlo en atención a su carácter reservado. Parece extraño, pero es así.

## **II. Sobre las leyes secretas**

No escapa a nosotros que "es tan vario y diferente el modo de ver y apreciar las cosas que tiene cada individuo de la especie humana, como son varias y diferentes sus facciones y la extensión de sus facultades naturales. Difícilmente se obtiene la unanimidad de pareceres sobre cualquier materia que se someta a la apreciación de una reunión de hombres, aunque sea poco numerosa... es necesario adoptar un partido para poder llegar a una determinación; y no hay otro que el poder de tener como la voluntad general la de la mayoría de los miembros de la comunidad... la soberanía puede definirse (como) la supremacía de la voluntad de la mayoría del pueblo sobre la de cada uno de los individuos que lo forman"(4).

¿En dónde radica la supuesta soberanía en evitar por parte del Poder Judicial y de cualquier particular el conocimiento de un texto legal oculto? ¿Qué razón de secretode Estado es tan poderosa como para soslayar al propio Estado de Derecho? (5).

Con meridiana claridad, ha expresado Gordillo que, "mientras las leyes y hasta las Constituciones consagran enfáticamente el principio de la publicidad de los actos de gobierno, y el más irrestricto acceso de los interesados a las actuaciones administrativas (...) lo cierto es que en la práctica tales disposiciones jamás se cumplen fácilmente. La tradición administrativa hispanoamericana es del silencio, el secreto, la reserva, no la publicidad (...) lo correcto, lo debido, lo lícito y normal, es ser celoso guardián de toda información administrativa (...) tal tendencia al secreto y a la reserva es profundamente censurable, por lo que debería darse el más estricto cumplimiento al principio de la publicidad de las actuaciones que consagran las normas vigentes, tanto constitucionales, como legales y reglamentarias"(6).

Es obvio que no existe transparencia en la gestión de gobierno cuando todavía hoy, luego de casi 22 años de recobrada la democracia, seguimos viendo y padeciendo actitudes propias a otros momentos históricos en donde el acceso a la información era la excepción (7).

No es óbice a ello que, como sostiene Gelli, pese a que nuestra Constitución nacional "no dispone, en una norma general, la publicidad de los actos de gobierno"<sup>(8)</sup>, el art. 33 -derechos implícitos- "proporciona fundamento suficiente a la obligación de dar a publicidad todos los actos de gobierno dado que, esa norma reconoce los derechos que emanan de la soberanía del pueblo"<sup>(9)</sup>.

Es de resaltar que la publicación es la que otorga validez a la ley y exigibilidad de aplicación <sup>(10)</sup>, a más de "distinguirse, en rigor, el secreto eventual de las sesiones del congreso, del secreto de las leyes que el sanciona. Por supuesto que si una ley es secreta, indudablemente han sido secretas las sesiones en las que se sancionó, pero no siempre las sesiones secretas conducen necesariamente a sancionar una ley secreta. La ley secreta es la que, no solamente no se publica, sino que además recibe expresamente el carácter de 'secreta' (o reservada), para que no sea conocida de manera alguna" <sup>(11)</sup>.

A lo dicho, podemos adunar un problema adicional: ¿qué sucede si para peor la ley secreta, no es una ley stricto sensu, sino un decreto ley, adoleciendo con ello de debate y discusión parlamentaria, más allá de la pátina de legalidad que intenta cubrirse con esa denominación?

Como siempre, la ilegitimidad <sup>(12)</sup> en la República Argentina supo esconderse en un marco de legalidad <sup>(13)</sup>, y por ende, El derecho consuetudinario constitucional argentino ha admitido las leyes secretas. Son más de un centenar (la primera es la 2802, de 1891), aprobadas durante gobiernos de iure... y de facto. En principio, no las conoce el Poder Judicial. La materia de estas leyes... ha versado sobre asuntos militares, económicos, de distribución de ciertos cargos judiciales, etc... <sup>(14)</sup>.

Cabe aclarar también, como lo hacía Bidegain, que El caso de las leyes secretas por resolución del Congreso, plantea otro problema. Algunos entienden que son contrarias a la Constitución las sesiones secretas y las leyes secretas, en razón del principio republicano de publicidad... En cuanto a los efectos jurídicos de la ley no publicada, tal omisión no puede privar a los particulares de los derechos que en ella se acuerden frente al estado. Más difícil es el problema cuando la ley no publicada afecta las relaciones entre particulares; los perjuicios que esa omisión cause a una de las partes, puede determinar en algunas situaciones la responsabilidad del estado <sup>(15)</sup>.

Como tiene dicho la Procuración del Tesoro de la Nación, la omisión de publicación de una ley o un reglamento no obsta a su obligatoriedad para las Fuerzas que propiciaron su dictado <sup>(16)</sup>, pero esa obligatoriedad encontraría un límite en la negativa del órgano que pretende su aplicación en poner en conocimiento del Poder Judicial sobre el contenido de esa norma oculta, aspecto valorado por la sala sentenciante.

### **III. El valor agregado de la sentencia**

El fallo en comentario posee una riqueza adicional con referencia a la interpretación de las vías de hecho administrativas, a la habilitación de instancia y al carácter lato de acto administrativo de ciertas comunicaciones efectuadas por la Administración, en cuanto producen efectos jurídicos frente a terceros y a las que aquella -ya en sede judicial- pretende desconocer su valor.

Lejos estamos de desarrollar siquiera someramente el tema de las vías de hecho, aunque corresponde recordar que Cuando la Administración incurre en vías de hecho, es obvio que el valor jurídico violentado es el de legalidad -juridicidad, según nuestro punto de vista-, al que debe someterse la actividad de aquella <sup>(17)</sup>, pero, podemos destacar que la interpretación realizada en primera instancia, confirmada luego por la alzada, es conforme a derecho, ya que interpreta en forma amplia el concepto de acto administrativo, en resguardo de los derechos de los administrados.

No podemos caer, como considera el fallo en cuestión, en la discusión bizantina acerca del encuadre como acto administrativo de una nota emanada de la Administración, ya que la manifestación de voluntad volcada en ella tiene la relevancia jurídica necesaria como para la aplicación de la teoría de los actos propios... privando de validez a las negativas insertas en la contestación de la demanda, seguidas por la ausencia de ofrecimiento de medidas probatorias por parte de la accionada <sup>(18)</sup>.

Pero si podemos resaltar que La respuesta a una carta documento <sup>(19)</sup> no puede dejar de considerarse como una válida expresión de voluntad <sup>(20)</sup> que fija una posición y no puede ser cambiada posteriormente sin ofender el elemental principio de la buena fe <sup>(21)</sup>.

También es destacable la interpretación que se realiza sobre la aplicación a una relación de empleo público de aspectos regulados en la Ley de Contrato de Trabajo (Adla, XXXVI-B, 1175) máxime si en el caso la demandada no pudo acreditar la existencia del régimen especial que decía aplicable al actor, por tratarse de una ley "tan secreta" que no pudo remitirse en forma completa al expediente judicial.

### **IV. A modo de colofón**

Como se ha recordado, la existencia del Derecho Administrativo parecería demostrar, que los milagros son posibles. Es casi un milagro que la administración se someta a las normas que ella misma ha dictado. Y que las respete <sup>(22)</sup>.

Ese respeto no sólo por el sistema jurídico y por los principios republicanos de gobierno, entre ellos, el de publicidad de los actos emanados por cualquiera de los distintos poderes del Estado, es el que nos posicionará

en una situación plenamente honesta y sincera como comunidad jurídicamente organizada.

Con esa sinceridad, no podemos dejar de mencionar que en la actualidad no queda más remedio que mantener una distinción entre los actos administrativos, los comportamientos materiales y las omisiones, sin que ello signifique que el particular deba quedar desguarnecido frente a los hechos, o que el concepto de acto deba interpretarse en forma muy restringida; por el contrario, debe tratarse simultáneamente de extender la protección judicial plena y efectiva a la mayor parte de situaciones que sea posible (23). Esta situación es una de ellas.

El fallo es honesto y la solución adoptada justa, esperemos que sirva como ejemplo para perfeccionar el proceso en la toma de decisiones en la Administración y en el propio Poder Legislativo, y no para profundizar un período institucional de oscurantismo, en el que el retaceo de la información era la regla y la transparencia la excepción (24), favoreciéndose con esto la arbitrariedad y la corrupción (25).

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) ARISTOTELES, "La Política", p. 235, Ed. Alba, Madrid, 1987.

(2) En tal sentido, se ha dicho que "la justicia es la finalidad del gobierno, así como de la sociedad civil. Siempre nos hemos esforzado por alcanzarla y seguiremos esforzándonos hasta establecerla, o hasta perder la libertad en su búsqueda", HAMILTON, MADISON y JAY, El federalista, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, 2ª ed., p. 222. La sentencia en nuestra opinión es justa.

(3) HERMANN, Heller, "Teoría del estado", p. 246, Fondo de Cultura Económica, 6ª ed., México, 1968.

(4) GONZALEZ, Florentino, "Lecciones de Derecho constitucional", p. 4, Librería de Ch. Bouret, 3ª ed., París, 1879.

(5) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, han sostenido que la publicación de las leyes es un requisito necesario para su existencia, "más que simple condición de eficacia. Con ello queda, lógicamente erradicada de forma definitiva y sin fundamento posible la práctica (...) de Leyes no publicadas o «Leyes secretas», de la que hubo algunos ejemplos durante el régimen político precedente -con especial referencia al régimen franquista español-. Así, la Ley de 9 de febrero de 1939, sobre Fondo de Retorno para Cargas Interiores del Estado, en materia de comercio exterior, luego derogada expresamente por el artículo 4 del Decreto-ley de Ordenación Económica de 21 de julio de 1959. Así, también, una Ley de 1941 aprobatoria de un plan de construcciones navales de la Armadas, cuya no publicación pareció querer justificarse entonces en razones de interés militar, aunque es obvio que dicho interés podía haber quedado igualmente salvaguardado mediante otras fórmulas más simples y menos heterodoxas, como el Consejo de Estado, interviniendo en el procedimiento de autorización de los gastos, hizo ver reiteradamente" Ver GARCIA-FERNANDEZ, "Curso de Derecho Administrativo", t. I, 8ª ed., p. 112, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

(6) GORDILLO, Agustín, "La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo", Madrid, Civitas, 2001, 1ª ed. y 3ª reimp., ps. 54-56, que puede consultarse gratuitamente en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com) y [www.gordillo.com.ar](http://www.gordillo.com.ar).

(7) Contrariando en alguna medida lo normado en el dec. 1172/2003 (Adla, LXIV-A, 174), en su Anexo VII, que aprueba el "Reglamento general del acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo Nacional".

(8) Sin perjuicio de lo afirmado por la citada autora, podríamos inferir tal obligación de lo normado en el art. 99, inc. 3º de nuestra Carta Magna, luego de la reforma de 1994.

(9) GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada", ps. 22 y 23, Ed. La Ley, 2ª ed., Buenos Aires, 2003.

(10) QUIROGA LAVIE, Humberto, "Derecho constitucional", p. 829, Ed. Depalma, 3ª ed., Buenos Aires, 1993.

(11) BIDART CAMPOS, Germán, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", t. II, p. 235, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1986.

(12) Señala DUVERGER que, "se puede definir la legitimidad como la cualidad que presenta un poder de ser conforme a la imagen del poder que se considera válida en la sociedad considerada (...) diversos sistemas de legitimidad se oponen y, por tanto, ningún gobierno puede ser considerado como legítimo por todo el mundo. El poder es legítimo a los ojos de una parte de la población (la que cree en la ideología en que se basa) e ilegítimo a los ojos de las otras partes de la población", Ver DUVERGER Maurice, "Instituciones políticas y derecho constitucional", p. 29, Ed. Ariel, 5ª ed., Barcelona, 1970. Debe el lector considerar entonces si en un momento determinado el colectivo social aceptó determinado sistema de valores y si esta aceptación lo fue con discernimiento, intención y voluntad, si fue libre, y si, en su caso, no medió manipulación por parte de determinados grupos de poder (políticos, económicos, etc.) para inclinar la opinión del ciudadano medio en uno u otro modo.

(13) Desde el golpe de 1930, pasando por todos los golpes institucionales posteriores, la doctrina de facto y la incorrecta interpretación de CONSTANTINEU que la propia Corte Suprema se encargó de plasmar en la

conocida Acordada del año 30'. Nos preguntamos también, ¿cuál es el límite a la legalidad de lo ilegítimo?

(14) SAGÜES Néstor Pedro, "Elementos de derecho constitucional", t. 1, p. 533, Ed. Astrea, 3ª ed., Buenos Aires, 1999. Quien señala continúa que "el principio republicano (art. 1º, Const. Nacional) impone (...) la publicación. No obstante lo puntualizado, la Corte Suprema al referirse a la ley secreta 19.111, admitió las leyes secretas por "graves asuntos de Estado" (CSJN, "Ex Cámara Federal en lo Penal de la Nación", JA, 1973-19-565). Esta sentencia es harto criticable, tanto por constitucionalizar leyes exentas del control de constitucionalidad (puesto que no las conoce, como regla, el Poder Judicial), como por autorizar absurdos productos de nuestro "espiritismo" jurídico (p. 534)".

(15) BIDEGAIN, Carlos María, "Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional", t. IV, p. 95, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981; señalando antes que "la Constitución no menciona a la publicación de la ley como requisito para su eficacia (...) el que se deduciría de ciertos principios de su texto, y de entre ellos, del principio jurídico del necesario conocimiento de la ley, condición sine qua non para que nazca la obligación de cumplimiento, implícita en las garantías de defensa en juicio (art. 18), de no ser obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19) y de razonabilidad de las leyes reglamentarias de los derechos (art. 28)", Ver BIDEGAIN, op. cit. p. 93.

(16) PTN, Dictámenes, 165:133.

(17) COMADIRA, Julio Rodolfo - MONTI, Laura (Colaboradora), "Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada", p. 216, donde también se dice, en cuanto a las vías de hecho, que "su nota común es la irregularidad del comportamiento material por falta de acto previo (inc. a), suspensión de la autotutela ejecutiva (inc. b, primera parte) o carencia de eficacia (inc. b, segunda parte), situaciones a las que hay que agregar los supuestos de no coincidencia entre el título jurídico y la ejecución, y de indebida ejecución, por tratarse de casos en los cuales ella requiere la intervención judicial", comentario al art. 12, párr. 1º, L.N.P.A.

(18) Ver considerando III, última parte del voto del doctor Tazza.

(19) Complementar con lo señalado en GORDILLO, Agustín (Director), "Procedimiento Administrativo", p. 80 y sigtes., LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, 2003.

(20) Se ha dicho que "la forma del acto administrativo es el modo en que se manifiesta la voluntad de la Administración Pública", BARRAZA, Javier Indalecio, "La forma como elemento del acto administrativo", en AA.VV., Acto y Reglamento administrativo, Buenos Aires, RAP Ediciones, 2002, p. 107; por lo que no podría negarse el valor que como acto volitivo reúne una notificación de este tipo, efectuado a través de una carta documento, telegrama o carta certificada, con aviso de entrega o de retorno.

(21) Idem nota anterior.

(22) Conf. REJTMAN FARAH, Mario, "Contrataciones Públicas Transparentes: un desafío de la emergencia", en AA.VV. El contrato administrativo en la actualidad, GORDILLO, Agustín (Director), Buenos Aires, Suplemento Especial La Ley, 2004, p. 103; concepto aplicable a la totalidad de normas que dicta y sanciona el Estado y que como sujeto del sistema jurídico al que pertenece y conforma, no puede excluirse en su cumplimiento.

(23) Conf. GORDILLO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo", t. 3, El acto administrativo, Buenos Aires, FDA, 2004, 8ª ed., cap. III-11.

(24) No podemos olvidar el primer considerando del Decreto N° 1172/2003, en cuanto reconoce que "la Constitución Nacional garantiza el principio de publicidad de los actos de Gobierno y el derecho de acceso a la información pública a través del artículo 1º, de los artículos 33, 41, 42 y concordantes del Capítulo Segundo -que establece nuevos Derechos y Garantías- y del artículo 75, inciso 22, que incorpora con jerarquía constitucional diversos Tratados Internacionales".

(25) Corrupción entendida como ausencia de control por parte de los organismos pertinentes en la ejecución de reglamentos o leyes secretas vinculadas a gastos, designaciones, etc., cuyo contenido y legitimidad se encuentran cubiertos de una pátina de legalidad aparente, pese a implicar erogaciones presupuestarias (conf. Leyes 24.156 -Adla, LII-D, 4002- y 24.759). Es obvio que la transparencia y la publicidad, en estos casos, no se verifican.