

# EL ACCESO A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

*por Juan Carlos Cassagne\**

## SUMARIO:

**I. FILIACIÓN HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL DE NUESTRA JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y SU COMPARACIÓN CON EL MODELO NORTEAMERICANO. 1. Introducción. 2. Las fuentes del derecho público argentino. 3. Sobre los orígenes de la justicia administrativa. 4. Tipología básica de los sistemas judicialistas, de tribunales administrativos o mixtos en relación al principio de separación de poderes. 5. Las bases constitucionales de nuestro sistema judicialista. 6. La evolución del sistema judicialista en el modelo constitucional norteamericano no ha sido igual a la argentina. Consagración de un sistema mixto que parte del reconocimiento generalizado de una jurisdicción administrativa primaria y el carácter limitado y concentrado del control judicial de la actividad administrativa. II. ACCESO A LA JUSTICIA: EVOLUCIÓN DEL SISTEMA PROCESAL ADMINISTRATIVO ARGENTINO. 1. La venia legislativa. 2. La reclamación administrativa previa y la exigencia de una denegatoria. III. LOS RETROCESOS POSTERIORES EN EL ACCESO A LA JUSTICIA. 1. Generalización de la regla del agotamiento. 2. El establecimiento de plazos de caducidad para demandar al Estado. 3. Combinación de técnicas diversas e incompatibles. 4. El carácter revisor de la jurisdicción. IV. ALGUNOS AVANCES EN MEDIO DE OTROS RETROCESOS. 1. La amplitud de la legitimación. 2. La aparición y posterior evolución de un remedio extraordinario de control de constitucionalidad: el amparo. 3. El agotamiento de la vía administrativa y la reclamación administrativa previa. V. CONCLUSIONES.**

## **I. FILIACIÓN HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL DE NUESTRA JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y SU COMPARACIÓN CON EL MODELO NORTEAMERICANO**

### **1. Introducción**

Suele afirmarse que nuestro sistema constitucional es judicialista al igual que el norteamericano. Esta afirmación es parcialmente cierta, especialmente en lo que atañe a la organización de la justicia federal y a la determinación de la competencia de la Corte

---

\* Ponencia presentada al Seminario Internacional de Derecho Administrativo realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, durante los días 29, 30 y 31 de marzo de 2004.

Suprema<sup>1</sup>, entraña, por otra parte, una visión errónea acerca del funcionamiento del sistema constitucional de ambos países, cuyas bases y puntos de partida (para utilizar una fórmula tan significativa como la del título de la obra del gran ALBERDI), así como su posterior evolución en los respectivos derechos, resultan radicalmente diferentes<sup>2</sup>.

Varias son las cuestiones que entran en juego a la hora de analizar las diferencias o aproximaciones que existen entre el sistema constitucional argentino y el norteamericano pero ningún análisis podrá arribar a un resultado cierto si no parte del núcleo de principios que integran las fuentes de la justicia administrativa y del saber histórico<sup>3</sup>.

Nadie discute que el sistema de justicia administrativa, contencioso-administrativo, derecho procesal administrativo o como se lo quiera denominar convencionalmente, constituye, en realidad, un subsistema perteneciente a un sistema que lo engloba, el cual constituye el eje de nuestra Constitución y también de la norteamericana.

Este sistema no es otro que el denominado separación de poderes, el cual hunde sus raíces históricas en el conocido trabajo de Montesquieu<sup>4</sup>, aunque existen antecedentes aristotélicos del principio (sin una formulación tan orgánica ni moderna) y, lo que es menos conocido, en las instituciones del derecho visigodo, particularmente el que rigió en España desde finales del Imperio Romano de Occidente.

En rigor, son muchas las instituciones del derecho público occidental que encuentran su fuente en el derecho de los visigodos (entre ellas el poder judicial independiente, los embriones del sistema federal y la autonomía de las ciudades) lo cual implica reconocer que las raíces de importantes instituciones y principios de derecho

---

<sup>1</sup> Comparar nuestros artículos 116 y 117 de la CN con el Artículo III, Secciones 1 y 2 de la Constitución de los Estados Unidos de América.

<sup>2</sup> Con una expresión gráfica para la época ALBERDI llegó a decir que decir que son iguales es algo así como confundir un huevo con una castaña.

<sup>3</sup> Cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Fragmentos de Derecho Administrativo*, p. 114, ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

<sup>4</sup> Un estudio exhaustivo sobre la teoría se encuentra en el trabajo de Jorge Tristán BOSCH, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, p. 35 y ss., Buenos Aires, 1944.

público desarrollados más tarde en Inglaterra y en los países de Europa Continental tienen origen germánico.

Precisamente, en las instituciones visigodas se encuentran los antecedentes de muchas figuras y concepciones que más tarde la Revolución Francesa reprodujo como originales y nuevas como si el derecho no fuera la obra decantada de instituciones que van evolucionando y perfeccionándose con el paso del tiempo.

Así aconteció, entre otras figuras, con el concepto de “ciudadano” que aparece en el derecho medieval y con el principio que asignaba valor de ley suprema a los Fueros medievales, los que estaban “por encima de la voluntad real<sup>5</sup>”. La consecuencia era que lo que se hacía contra el fuero se consideraba nulo “ipso foro”.

En cambio, la obra de la Revolución Francesa, al crear una monarquía constitucional dependiente del Poder Legislativo, dejó al Ejecutivo a merced del poder parlamentario, lo que condujo, en pocos años, a la destrucción del régimen que pretendió instituir, claramente violatorio de la separación de poderes. Por eso, la principal consecuencia no fue tanto la afirmación de la supremacía de la ley sobre la voluntad del Rey sino la sumisión de éste al poder del Parlamento.

Ahora bien, la búsqueda de las bases y puntos de partida nos lleva, a su vez, a desentrañar algunos equívocos que han ido deslizándose, sostenidos incluso por prestigiosos autores, en torno a las fuentes de nuestro derecho público, los orígenes de la justicia administrativa, la evolución del sistema norteamericano (basado hoy día en un sistema de jurisdicción administrativa con control judicial posterior, generalmente concentrado en las Cortes de Circuito, que son tribunales colegiados) y las bases constitucionales de nuestro sistema judicialista.

---

<sup>5</sup> GOROSTIAGA, Norberto, *Recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, p. 71 y ss., Buenos Aires, 1944, cit. por LINARES QUINTANA, Segundo V., *Raíces hispánicas del constitucionalismo*, p. 17 y ss., Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2001.

## 2. Las fuentes del derecho público argentino

Una visión sumaria acerca de las fuentes del derecho público argentino muestra que el modelo norteamericano constituyó una de las bases sobre las que se edificó nuestra Constitución, particularmente en cuanto a la forma de gobierno federal adoptada por los constituyentes de 1853.

De allí algunos autores han pretendido extraer la conclusión de que las instituciones de nuestro derecho procesal deben adaptarse a dicho modelo y a su evolución jurisprudencial, consecuencia que extienden para sostener la inconstitucionalidad o constitucionalidad, según el caso, de determinadas instituciones o características del proceso (vgr. efectos *erga omnes* de la anulación de reglamentos)<sup>6</sup>.

Sin embargo, como creemos haberlo demostrado en otras oportunidades<sup>7</sup>, esa conclusión reposa en la creencia errónea, originada en Sarmiento y en la opinión del convencional Gorostiaga, en el sentido que nuestra Constitución constituye un calco o copia de la norteamericana. De allí, algunos autores han deducido<sup>8</sup>, en forma puramente dogmática y sin tener en cuenta los estudios históricos y doctrinarios efectuados sobre las fuentes constitucionales de nuestra ley suprema que desmienten esa tesis que, en realidad, fue sólo una simplificación realizada con fines didácticos o políticos (en el caso de Sarmiento).

Hay que advertir que la circunstancia de que el Derecho Administrativo argentino, en sus principales construcciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales, no haya mantenido una total fidelidad al modelo norteamericano no implica contradicción alguna,

---

<sup>6</sup> Vid: MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, T° I, p. 95 y ss., ed. Depalma, Buenos Aires, 1984.

<sup>7</sup> Entre otras, en nuestro *Derecho Administrativo*, 7° ed., T° I, p. 170 y ss., ed. Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.

<sup>8</sup> MAIRAL, Héctor A., *op. cit.*, T° I, p. 95, sostiene que el modelo fue la Constitución norteamericana con cita de la obra de Joaquín V. GONZÁLEZ (*Manual de la Constitución Argentina*, ps. 37 y ss., Buenos Aires, 1983). Lo cierto es que en la época en que MAIRAL sostuvo esta postura buena parte de los publicistas habían arribado a la conclusión de que la fuente principal fue el proyecto de ALBERDI, basado en una yuxtaposición o diversidad de fuentes (hispanoamericanas, europeas y norteamericanas). La tesis que criticamos entraña una simplificación sobre el modelo judicialista adoptado en ambos países así como su evolución posterior sin darle relevancia al artículo 109 de la CN (ex art. 95 CN) ni a sus fuentes.

no sólo por razones que hacen a la diversidad de sus fuentes sino también porque no existe en la Constitución norma ni principio que se oponga a la construcción de un sistema propio y original, basado en la yuxtaposición de fuentes vernáculas, hispano-americanas y europeas, en el marco del molde constitucional que consagra el sistema presidencialista, la forma federal de gobierno<sup>9</sup> y las reglas de distribución de competencias entre la Nación y las provincias, que los constituyentes abrevaron en la fuente constitucional norteamericana (lo cual, obviamente, nadie ha puesto en duda), siguiendo la propuesta que Alberdi formuló en las *Bases*<sup>10</sup>.

Fuera de ello, la tesis según la cual la Constitución argentina es una reproducción de la norteamericana constituye un equívoco histórico doctrinario y lo cierto es que no resulta sustentable, como surge de la interpretación del propio ALBERDI, quien al refutar tal postura en un trabajo dedicado especialmente al tema titulado *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*, comienza diciendo nada menos que: “para falsear y bastardear la Constitución Nacional de la República Argentina, no hay sino comentarla con los comentarios de la Constitución de los Estados Unidos<sup>11</sup>”.

Y si tal como se ha demostrado, a través de los numerosos estudios hechos en el siglo que acaba de finalizar, que el proyecto de Alberdi ha sido la fuente más importante de nuestra Constitución<sup>12</sup>, nada mejor que acudir a las *Bases* y al proyecto de Constitución que

---

<sup>9</sup> La fórmula del art. 3° de la Constitución es la de un federalismo atenuado por el reconocimiento de los antecedentes unitarios (junto a los federales) que Alberdi venía señalando desde sus primeros trabajos en *El Nacional* de Montevideo y que después reprodujo en las *Bases* de 1852, entre los que se destacan la unidad de legislación y la unidad financiera. En tal sentido, Alberdi indicó que “la Federación argentina debía ser mixta, compuesta, federal y unitaria a la vez” (véase: DEMICHELI, Alberto, *Génesis de las “Bases”*, p. 22, Buenos Aires, 1966).

<sup>10</sup> AJA ESPIL, Jorge A. sostiene que “el federalismo argentino es distinto al estadounidense ya que existen diferentes raíces históricas y sociales entre ambos países” (*Constitución y Poder*, ed. Tea, p. 30, Buenos Aires, 1987); véase también: GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan Antonio, *Derecho Constitucional Argentino*, T° I, 2° ed., p. 6, I. Lajouane y Cía Editores, Buenos Aires, 1923.

<sup>11</sup> ALBERDI, Juan Bautista, *Obras completas de J. B. Alberdi*, t. V, “Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853”, p. 148, Buenos Aires, 1886.

<sup>12</sup> Véase: DIAZ ARANA, Juan J. (h), *Influencia de Alberdi en la Constitución Nacional*, p. 37 y ss., Buenos Aires, 1947.

tuvieron a la vista los convencionales para interpretarla y aclarar los errores que se vienen repitiendo en algunos sectores del Derecho Público argentino.

Con una frase que no admite dudas acerca de la filiación de su proyecto que, en gran parte, sirvió de base para la Constitución de 1853, Alberdi nos advierte en dichos *Estudios* que: “todo es diferente en las dos Constituciones argentina y americana respecto a la organización del gobierno, por más que la forma federal que les es común las asemeje al ojo inatento y superficial<sup>13</sup>”.

En efecto, el examen atento de las fuentes y preceptos de la Constitución revela que son varios los aspectos de interés para el desarrollo del Derecho Público en los que el apartamiento del modelo norteamericano resulta ostensible, a saber:

- (i) el diseño del Poder Ejecutivo como Jefe de la Administración y titular de la administración general del país (ex art. 83 inc. 1° de la CN de 1853), lo cual veda la creación de entes o agencias de la Administración dependientes del Congreso<sup>14</sup> norma que, en su esencia, ha mantenido la Constitución de 1994<sup>15</sup>, si bien la respectiva atribución resulta ahora también ejercida por la híbrida figura del Jefe de Gabinete, que depende jerárquicamente del Presidente;
- (ii) la atribución al Ejecutivo de la facultad de dictar reglamentos de ejecución y la interpretación constitucional consecuente que admitió que, bajo determinados límites, el Presidente podía dictar reglamentos con fuerza de ley, lo cual se encuentra en la misma línea de un precepto del Proyecto de Alberdi que concedía al Congreso la atribución de “*dar facultades especiales al Poder*

---

<sup>13</sup> *Op. cit.*, p. 156.

<sup>14</sup> Al respecto, señala Alberdi: “Ha resultado de ahí que el Poder Ejecutivo argentino, que forma la facción prominente de la Constitución de 1853 y determina toda su fisonomía, es completamente diferente del Ejecutivo de los Estados Unidos de Norte-América. No hay más que colocar uno enfrente de otro y contar sus atribuciones, para ver que se asemejan tanto como un huevo a una castaña. Y así debía de ser. Era nuestro ejecutivo en cierto modo, y en especial respecto de los medios de acción, una especie de reconstrucción del gobierno central, que había existido por dos siglos. Mil veces más se asemeja al de Chile que al de Estados Unidos, a pesar de la diversidad de nombres; y debía preferirse la imitación de lo que era más análogo y adaptable a nuestra condición de ex colonia española y de habitantes de la América del Sur” (*op. cit.*, p. 157).

<sup>15</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, p. 323 y ss., 6° ed. (reimpresión), Buenos Aires, 2000.

*Ejecutivo para expedir reglamentos con fuerza de ley en los casos exigidos por la Constitución”* (art. 67, inc. 7°, del Proyecto de Alberdi). Esta tendencia interpretativa de la Constitución histórica ha sido finalmente recogida en la Constitución de 1994 al instituir positivamente las figuras de los reglamentos delegados, para materias de Administración o situaciones de emergencia pública (art. 76, CN), y de los reglamentos de necesidad y urgencia, contemplados expresamente a partir de la reforma constitucional, en el artículo 99, inciso 3° de la CN;

- (iii) mientras la Constitución norteamericana mantuvo el *common law* y la atribución de los Estados para legislar respecto de materias que, para el pensamiento continental europeo y argentino integran el Derecho Privado, la Constitución argentina operó una verdadera revolución legislativa al unificar en el Congreso la potestad de dictar la nueva legislación de fondo en materia civil, comercial y penal, entre otras (ex art. 67, inc. 11 y actual 75, inc. 12, CN) lo cual ha permitido aplicar analógicamente en el Derecho Público las normas del Código Civil y Comercial, en forma uniforme en todo el país, incluso al Derecho Público local;
- (iv) el federalismo argentino es menos descentralizado que el norteamericano en el Proyecto de Alberdi y en la Constitución de 1853 y si bien esta orientación fue en parte atenuada en la reforma constitucional de 1860, los poderes del gobierno federal en la letra y en la realidad siguen siendo mayores que los de su equivalente en Estados Unidos (vgr., en materia legislativa).

El cuadro expuesto, con mayor o menor influencia sobre la conclusión que venimos sustentando, revela, sin embargo, hasta qué punto son diferentes ambas constituciones y da razón a quienes han destacado la importancia de los antecedentes patrios<sup>16</sup>, de distintas constituciones provenientes del derecho comparado, especialmente la de Chile de 1833 y de

---

<sup>16</sup> Véase: CASSAGNE SERRES, Blanca A., *La Constitución Nacional. Filiación Histórica del Preámbulo Argentino*, p. 57, El Ateneo, Buenos Aires, 1945.

diversas constituciones europeas (como la española de 1812)<sup>17</sup> y de los Estados norteamericanos.

Así, el pluralismo que caracteriza a las fuentes en que abrevia nuestro derecho público se extiende al derecho procesal, rama ésta que una parte de la doctrina pretendió, en su momento, hacer dependiente del derecho francés, olvidando la influencia que han tenido otros derechos, como el español y el italiano, en la conformación de sus principales instituciones.

En el caso del derecho administrativo, los principales juristas que nos precedieron, MARIENHOFF, DIEZ y LINARES, tenían muy claro el panorama de las fuentes de nuestro derecho administrativo. En particular LINARES<sup>18</sup>, de quien podía suponerse lo contrario por algunas expresiones incidentales y el buen manejo que hizo siempre de los principios de derecho norteamericano, llegó a decir, luego de señalar la relatividad de la aplicación del derecho europeo, que “también difiere nuestro derecho administrativo del sistema iuspublicista vigente en los Estados Unidos de Norteamérica, pese a cierta similitud de nuestra Constitución con la de aquel país, porque: 1) el sistema federal es distinto; 2) el *common law* americano, pese a regir casi exclusivamente para el derecho privado, imprime a su derecho administrativo objetivo, legislado y científico, ciertas valoraciones y criterios interpretativos singulares de difícil aplicación al nuestro”.

---

<sup>17</sup> Cfr. LINARES QUINTANA, Segundo V., *Raíces hispánicas del constitucionalismo*, Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, p. 41y ss., Buenos Aires, 2001; ver también: SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 81 y ss., Buenos Aires, 1958, quien anota que, habida cuenta las diferencias existentes entre la Constitución argentina y la norteamericana, tales diferencias “demuestran que, en principio, no son aplicables en nuestro país la doctrina y la jurisprudencia de EE.UU” (p. 83) y que el método constitucional utilizado por los constituyentes argentinos se base en el modelo francés de 1791 (p. 89); ver también VANOSSI, Jorge Reynaldo, *El carisma de una Constitución perdurable*, publicación de los Institutos de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, ed. La Ley, p. 708, Buenos Aires, 2003.

<sup>18</sup> LINARES, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, p. 20, Buenos Aires, 1986, cuyo pensamiento ha sido tergiversado por algunos autores.



### 3. Sobre los orígenes de la justicia administrativa

La perspectiva, como figura vinculada al fenómeno jurídico inserto en toda institución, parte de una situación determinada en el tiempo y se proyecta hacia el futuro como un conjunto de visiones distantes.

Por tal causa, esa visión a distancia de las cosas requiere como punto de partida un conocimiento acabado del saber histórico cuidando no olvidar –como nos ha advertido Sebastián MARTÍN RETORTILLO- que “la historia de un sistema no se agota con la referencia más o menos completa a un sistema normativo<sup>19</sup>”.

Y si bien no es nuestro propósito realizar un estudio histórico exhaustivo acerca del origen de la justicia administrativa en el derecho comparado nos parece necesario desbrozar algunos equívocos, como aquel que, sobre la base de la descripción formal y lógica de un producto revolucionario, atribuye el nacimiento de la jurisdicción administrativa a la Revolución Francesa<sup>20</sup>, como si fuera una operación quirúrgica que creó un derecho nuevo y no la obra decantada de un largo proceso histórico.

Ese largo proceso histórico, originado en el Antiguo Régimen francés, que se basaba en el principio de separación entre las autoridades administrativas y las judiciales, alcanzó a establecer la judicialidad de los conflictos entre los particulares y la Administración, asignando la respectiva competencia a órganos administrativos separados de la Administración activa (Intendentes y Consejo del Rey<sup>21</sup>).

La circunstancia que la jurisdicción administrativa naciera bajo la monarquía, al mismo tiempo que la judicial, ha sido subrayada nada menos que por TOCQUEVILLE<sup>22</sup> y por

---

<sup>19</sup> MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, *Fragments de Derecho Administrativo*, ed. Marcial Pons, p. 116, Madrid, 2000.

<sup>20</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Problemas de derecho público a comienzo de siglo*, p. 27 y ss., ed. Civitas, Madrid, 2002.

<sup>21</sup> La trascendencia del conflicto que, durante años, enfrentó a los funcionarios del Rey con los Parlamentos que ejercían funciones judiciales fue muy grande, al igual que su duración pues abarca prácticamente desde el reinado de Luis XIV hasta el de Luis XVI, inclusive.

<sup>22</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de, *L'Ancien Régime et la Révolution, Oeuvres complètes*, ed. Galimard, 2<sup>ème</sup> édition, T° II, vol. 1°, p. 123 y ss., Paris, 1952.

LAFERRIÈRE<sup>23</sup> encontrándose referencias en numerosos estudios jurídicos realizados por autores franceses durante el siglo pasado (vgr. VIOLLET, ESMEIN, CHENON, etc.).

La Revolución Francesa, aunque partió del reconocimiento del mismo principio de dualidad de jurisdicciones prescripto por el Antiguo Régimen, consagró una solución radicalmente distinta, suprimiendo los Intendentes y el Consejo del Rey y transfiriendo la titularidad de la función de juzgar a la Administración a los propios órganos de la Administración activa<sup>24</sup>, que de esa manera eran a la vez jueces y partes de un mismo conflicto<sup>25</sup>.

Resulta obvio, entonces, colegir que en la realidad del sistema instituido por la Revolución Francesa se encontraba una suerte de inmunidad de la Administración y sus funcionarios. Como es sabido, éstos fueron libres de cometer toda suerte de sucesos aberrantes que afectaron la vida y la propiedad de los franceses, en aras de una proclamada y formal igualdad y de libertades inexistentes, mediante conductas fundadas en el inexplicable dogma de la voluntad general y de su primacía, como una razón absoluta que excluye la razón individual.

Un sistema tan regresivo no podía durar mucho tiempo y a los nueve años (es decir, en 1799) Napoleón terminó dando una vuelta de tuerca hacia un modelo similar al del Antiguo Régimen mediante el establecimiento, en cada departamento, de un “Consejo de Prefectura” con competencia para conocer en determinados asuntos administrativos y,

---

<sup>23</sup> LAFERRIÈRE, Edouard, *Traité de la jurisdiction administrative*, T° I, especialmente ps. 10 y 139, 2° ed., Paris, 1896.

<sup>24</sup> Ley 16 del 24 de agosto de 1790.

<sup>25</sup> BENOIT, Francis Paul, *Le droit administratif français*, p. 282-283, ed. Dalloz, Paris, 1968, apunta que “las soluciones revolucionarias constituían un retroceso considerable con relación a las del Antiguo Régimen. La disociación operada por la Monarquía entre la Administración activa, que era susceptible de ser juzgada y los cuerpos administrativos de carácter jurisdiccional, que la juzgaban, desaparecía. En adelante, la propia Administración activa era su juez: nada ilustra mejor este estado del derecho que la misma noción de «ministro-juez»” (*op. cit.*, p. 282, parágrafo 498).

finalmente, con la creación del Consejo de Estado que vio a desempeñar funciones similares a las que cumplía el Consejo del Rey<sup>26</sup>.

Como sostuvo BENOÎT, ese proceso significó “la reaparición de la jurisdicción del Intendente” completada más tarde con la creación del Consejo de Estado, a partir del cual la historia del extraordinario desarrollo que llegó a alcanzar el derecho administrativo francés es bien conocida.

La conclusión que se desprende de todo ello es que la justicia administrativa es el producto de un dilatado proceso histórico que va decantando sus principios y soluciones. Es cierto que ha recorrido a veces un camino equivocado pero también resulta posible que a través de un golpe de timón pueda recobrar el equilibrio de poderes, que es la base para el funcionamiento armónico de cualquier sistema político.

En otras palabras, la justicia administrativa va amoldándose a los principios que una determinada sociedad considera justos y legítimos en una circunstancia histórica determinada (igualdad, libertad, propiedad, defensa y promoción de la competencia, seguridad física y jurídica, independencia, etc.).

Cabe entonces preguntarse si, en la actualidad, la justicia administrativa argentina, responde a esos valores que los ciudadanos consideran como parte de los bienes comunes y de los derechos que merecen ser protegidos de la arbitrariedad proveniente de los diferentes órganos del Estado así como de personas que, siendo de naturaleza privada o pública no estatal, son parte o intervienen en calidad de terceros en los procesos administrativos.

No hay que olvidar que la significación ideológica de la justicia administrativa consiste en matizar el carácter individualista que ella tiene como producto del Estado de Derecho en los ordenamientos positivos<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo*, Tº I, ed. Instituto de Estudios Políticos, p. 280, texto y nota 32, con apoyo en la doctrina francesa, 2º ed., Madrid, 1963.

<sup>27</sup> Con razón, GARRIDO FALLA anotó que “Los intereses y las situaciones individuales son, en si mismos respetables y su sacrificio ante las exigencias del interés general sólo puede producirse dentro del marco de la legalidad. En definitiva, aquí se encuentra la radical diferencia entre el Estado de Derecho subjetivista y las «garantías de legalidad», que a veces se establecen en los Estados totalitarios y de los cuales hemos

Es que, básicamente, el problema de la justicia administrativa pasa por limitar el poder el cual “es siempre por esencia, en cualquier situación, capacidad de dominación<sup>28</sup>”. La novedad actual radica en que el ejercicio del poder público ante la jurisdicción administrativa se ha transferido –en algunos sistemas como el nuestro- tanto hacia organismos públicos (ej. órganos extra-poder como el Defensor del Pueblo) como hacia organizaciones de defensa de los consumidores y usuarios, a través de verdaderas acciones populares que ponen en grave riesgo el equilibrio del sistema de protección de los derechos de los particulares que no tienen cabida en los mecanismos de acciones colectivas, a menos que se reglamenten las denominadas acciones de clase.

#### **4. Tipología básica de los sistemas judicialistas, de tribunales administrativos o mixtos en relación al principio de separación de poderes**

Cuando un sistema recibe el calificativo de judicialista se da por sobreentendida la circunstancia de que la calificación no se refiere al juzgamiento de las causas entre particulares (justicia civil-comercial o penal), dado que éstas, en los países civilizados donde rige la división de poderes, se ventilan ante jueces, separados orgánicamente de los poderes ejecutivos, que gozan de independencia frente a estos últimos.

Lo que caracteriza a cualquier sistema judicialista es el hecho de atribuir a un poder judicial independiente el conocimiento de las causas en que el Estado, o los Estados y/o Provincias, según los diferentes modelos constitucionales, son parte en el litigio.

En la vereda opuesta a un sistema judicialista puro se encuentran los sistemas de tribunales administrativos, los cuales actúan en el ámbito de la Administración, aún cuando sus jueces se desempeñen con independencia funcional, como ha sido en la tradición francesa que exhibe la labor del Consejo de Estado.

---

tenido ejemplos que, afortunadamente, han pasado a ser históricos” (cfr. GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. III, p. 20, ed. Tecnos, Madrid, 2001).

<sup>28</sup> FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Entre el Derecho y la Política*, ed. Abella, p. 12, Madrid, 1987.

Pero, se admite que puedan coexistir con la división de poderes, formas mitigadas del sistema judicialista reconociendo excepcionalmente, sin instituir una cláusula general, determinados tribunales administrativos, por razones de especialización, con control judicial posterior limitado, o bien, los llamados sistemas de jurisdicción administrativa primaria con control judicial amplio o simplemente revisor, o incluso excepcionalmente prohibido, como acontece en el sistema norteamericano.

En estos últimos sistemas, que podrían denominarse mixtos, la clave para determinar cuál es el que mejor se concilia con el principio de separación de poderes se encuentra en el alcance del control o revisión judicial, siendo evidente que aquel que cumple con mayor rigor los postulados en que se apoya es el que consagra el control judicial más amplio posible (entre nosotros, el denominado “control judicial suficiente”). Aquí aparece una tensión (señalada, entre otros, por el jurista alemán Pielow) entre justicia y eficiencia, donde el funcionamiento de los sistemas muestra que a mayor justicia menor eficiencia del sistema y viceversa.

## **5. Las bases constitucionales de nuestro sistema judicialista**

La configuración del sistema judicialista consagrado en la Constitución de la Nación Argentina, estructurado sobre la base de la división de poderes, se apoya en un cúmulo de principios prescriptos en preceptos constitucionales. Ellos son:

- (a) la garantía de la defensa en juicio, consagrada en el art. 18 de la CN;
- (b) la institución de un poder judicial independiente en cabeza de la Corte Suprema, integrado por los demás tribunales inferiores que establezca el Congreso (art. 108 CN) a los que les corresponde juzgar las “causas” que se sometan a su jurisdicción (art. 116 CN) (entre otros, en que la Nación sea parte o que se susciten entre dos o más provincias);
- (c) la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Poder Ejecutivo (art. 109 CN) y

- (d) la cláusula que permite promover el amparo judicial contra los actos u omisiones de los poderes públicos que lesionen, restrinjan, alteren o amenacen, derechos o garantías constitucionales (art. 43 CN).

Sin embargo, de todo ese cuadro de principios constitucionales, es evidente que el de mayor singularidad para la tipología judicialista del sistema se encuentra articulado por el precepto contenido en el art. 109 de la CN (ex art. 95 CN) el cual prescribe que “En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”.

La fuente más próxima de esta cláusula constitucional es el art. 108 de la Constitución chilena de 1833, que, a su vez, se inspira en el art. 243 de la Constitución liberal de Cádiz de 1812<sup>29</sup> y en el art. 7 del reglamento de la Justicia Conservadora del 22 de octubre de 1811.

Un análisis superficial, bajo el influjo del nacionalismo que a veces nubla la visión jurídica de los argentinos (que suelen ubicarse también en el extremo opuesto queriendo importar cuanta institución extranjera los atraiga), nos hubiera deparado una conclusión que, aún apelando a la certidumbre cronológica, fuera realmente tan notable como absurda<sup>30</sup>. Pero al bucear en las fuentes españolas más inmediatas comprobamos que un precepto similar se encontraba en el Reglamento Provisional del Poder Ejecutivo, dictado por las Cortes españolas (generales y extraordinarias) estableciendo las funciones, facultades y atribuciones del Consejo de Regencia<sup>31</sup> el cual es anterior a la sanción del Reglamento de la Junta Conservadora.

Por su parte, esa línea marca el principio que debía reinar, por razones históricas, en nuestra justicia administrativa, sobre la base de un sistema típicamente judicialista que hunde sus raíces en las instituciones hispánicas, primordialmente en Aragón y más tarde, en

---

<sup>29</sup> El art. 243 de la Constitución de Cádiz de 1812 prescribe que “Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar a abrir los juicios fenecidos.”

<sup>30</sup> Nos preocupaba el hecho de que los juristas argentinos sostuvieran que el Reglamento de 1811 hubiera sido la fuente de la Constitución de Cádiz.

<sup>31</sup> Decreto XXIV de 16 de enero de 1811, Cap. III, art. 1.

Castilla. Fueron precisamente dichas instituciones las que supieron crear un poder judicial independiente, con anterioridad a los sistemas de división de poderes que mucho tiempo después desarrolló primero Inglaterra y, luego, los demás países europeos.

El Justicia Mayor de Aragón constituye el símbolo quizás de mayor trascendencia histórica y jurídica en cuanto representa la independencia judicial frente al rey, al punto que continuó rigiendo hasta el reinado de Felipe II, cuya política absolutista transformó la institución, tras la muerte de Juan de Lanuza en 1591, quedando sujeta, desde entonces, a la autoridad real.

La tesis que venimos sosteniendo acerca de la influencia de las instituciones visigodas en nuestra Constitución histórica de 1853 ha sido propugnada por autores de la talla de Estanislao S. ZEBALLOS y Segundo V. LINARES QUINTANA.

Al respecto, ZEBALLOS señaló en 1916 que al rechazar el estudio comparativo de la Constitución Argentina con las instituciones visigodas, había llegado a un resultado sorprendente en el sentido de que nuestra Constitución “¡tiene en las instituciones de la Monarquía visigoda de los siglos V, VI, VII, VIII y IX de la era cristiana, raíces profundas que no se nutrieron en las instituciones de Inglaterra, porque no existían<sup>32</sup>!”.

Entre esos principios, el que separa el poder judicial del poder ejecutivo y legislativo y prohíbe a éste el ejercicio de funciones jurisdiccionales traduce la continuidad de la doctrina jurídica española secular, representada por las antiguas leyes de Aragón y de Castilla (como se reconoce en los fundamentos del discurso preliminar con que se acompañó el texto de la Constitución de Cádiz).

---

<sup>32</sup> Cfr. ZEBALLOS, Estanislao S., “Influencia de las instituciones visigodas en las argentinas”, en *Revista de Derecho, Historia y Letras*, Año XVIII, Tomo LV, p. 379, Buenos Aires, 1916, con citas del “Fuero Juzgo” que, como es sabido, constituye la recopilación del “Liber iudiciorum” (principal cuerpo legal visigótico). Este trabajo de ZEBALLOS es la reproducción de una conferencia pronunciada por el autor en el Club Español de Buenos Aires, el 12 de octubre de 1916, cuya trascendencia para esa época ha sido recientemente reconocida en el libro *Ortega en La Nación*, de Marta M. CAMPOMAR, p. 72, ed. El elefante blanco, Buenos Aires, 2003.

Así, pudo decir BIELSA del Justicia de Aragón que fue una “admirable institución, cuya esencia es la de las más altas cortes de justicia defensoras de las leyes, empezando por la ley fundamental que es la Constitución<sup>33</sup>”.

Por todo ello no puede extrañar que un antecedente hispánico similar al Habeas Corpus anglosajón, el juicio de manifestación, haya influido también en nuestra tradición jurídica constitucional<sup>34</sup> ni menos aún que la Constitución de Cádiz de 1812 constituya una de las fuentes nutrias de la Constitución Argentina como lo han destacado LINARES QUINTANA<sup>35</sup> y otros juristas<sup>36</sup>.

La prescindencia de las fuentes constitucionales es muchas veces causa de graves errores de interpretación sobre el sistema judicialista de la ley suprema, el cual requiere – para una cabal hermenéutica- partir de sus bases históricas para captar su finalidad y su articulación con los demás principios constitucionales.

En esta materia, los trasplantes de instituciones exógenas, así como las llamadas transmigraciones, encierran el peligro de introducir fórmulas incompatibles con nuestra idiosincrasia, que desconocen el piso de realidad o experiencia sobre el que transitan nuestras principales instituciones.

Por eso, hay que reconocer que el sistema judicialista que instituye la Constitución Argentina configura un conjunto articulado y armónico de premisas y consecuencias que, aun cuando no sea del caso desarrollar en forma pormenorizada, no pueden dejar de ponerse de relieve, tales como:

---

<sup>33</sup> BIELSA, Rafael, *La protección constitucional y el recurso extraordinario*, p. 126, Buenos Aires, 1936; LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, T° I, p. 35 y ss., Buenos Aires, 1953.

<sup>34</sup> LINARES QUINTANA, Segundo V., *Raíces hispánicas del constitucionalismo*, Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, p. 23 y ss., Buenos Aires, 2001.

<sup>35</sup> *Op. cit.*, p. 33 y ss.

<sup>36</sup> Cfr. RODRIGUEZ VARELA, Alberto, *Génesis del constitucionalismo argentino*, JA 1962, T. VI, sección doctrina, p. 117; SECO VILLALBA, José Armando, *Fuentes de la Constitución Argentina*, p. 218 y ss., Buenos Aires, 1943 y MATIENZO, José Nicolás, *Lecciones de Derecho Constitucional*, ps. 415-416, Buenos Aires, 1921.



- (a) en principio, el juzgamiento de las leyes y de los actos administrativos y reglamentarios provenientes de los tres poderes del Estado compete a los jueces;
- (b) sólo excepcionalmente, las leyes pueden crear tribunales administrativos para juzgar los actos de la Administración, por razones de especialización y nunca con jurisdicción general. En tales casos, para salvar la constitucionalidad de la atribución de funciones jurisdiccionales a órganos del Ejecutivo (nunca al titular del Poder Ejecutivo) aparte de los requisitos inherentes a la independencia del órgano, ha de existir la posibilidad de un control judicial suficiente, con amplitud de debate y prueba;
- (c) la tutela judicial efectiva aparece como un principio que completa y amplía la garantía de la defensa en juicio, el cual se afirma gracias al “status” constitucional (art. 75 inc. 22 CN) que adquiere el Pacto de San José de Costa Rica, cuyos artículos 8 y 25 lo contemplan.

De este principio, se desprenden una serie de consecuencias:

- 1) la superación de la doctrina de la jurisdicción meramente revisora que acotaba el alcance del control y su sustitución por la teoría del control judicial amplio y suficiente, como lo ha establecido la Corte Suprema en numerosos precedentes<sup>37</sup>;
- 2) la ampliación del círculo de legitimados al extenderse el campo de protección de los derechos tutelados (vgr. consumidores y usuarios, en general, los derechos de incidencia colectiva que encuentran un cauce judicial expeditivo y sumario en el proceso de amparo –arts. 42 y 43 CN);
- 3) la eliminación o relativización del principal requisito de admisibilidad de la pretensión procesal basado en el agotamiento de la vía administrativa,

---

<sup>37</sup> El criterio de la revisión judicial posterior sobre el ejercicio de funciones jurisdiccionales de la Administración se afirmó en la jurisprudencia de la Corte, aunque en forma casuista, a partir del caso “Fernández Arias” (Fallos 247:646).

lo cual también reafirma la necesidad y conveniencia de erradicar el carácter revisor de la jurisdicción administrativa<sup>38</sup>;

4) la supresión o reducción de los supuestos en que se aplican plazos de caducidad perentorios, como carga procesal de promover la acción judicial dentro de lapsos tasados por la ley, vencidos los cuales, los justiciables pierden incluso el derecho de fondo, como si hubiera ocurrido la prescripción los respectivos derechos.

**6. La evolución del sistema judicialista en el modelo constitucional norteamericano no ha sido igual a la argentina. Consagración de un sistema mixto que parte del reconocimiento generalizado de una jurisdicción administrativa primaria y el carácter limitado y concentrado del control judicial de la actividad administrativa**

En el sistema que rige en los Estados Unidos de América no existe, para el control de los actos de la Administración Pública, una tradición judicialista tan fuerte como la de la Constitución Argentina, habiendo evolucionado hacia la adopción generalizada de una jurisdicción administrativa primaria que incluso, en algunos casos excepcionales, no es judicialmente revisable<sup>39</sup>.

En tal sentido, con meridiana claridad el Profesor Bernard SCHWARTZ ha sostenido que la jurisdicción primaria administrativa y el principio que exige el agotamiento de la instancia administrativa son como dos caras de la misma moneda. Mientras la jurisdicción primaria determina si un tribunal judicial o un ente administrativo tienen jurisdicción inicial la doctrina del agotamiento define si se puede revisar lo actuado por un ente administrativo que no es la última instancia en el ámbito de la Administración<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Una fundada crítica al carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa ha hecho TAWIL, Guido Santiago en *Los grandes mitos del derecho administrativo, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, la inactividad de la administración y su fiscalización judicial*, ED, 125-958.

<sup>39</sup> SCHWARTZ, Bernard, *Administrative Law*, p. 481, 3° ed., Little Brown and Company, Boston, Toronto, Londres, 1991.

<sup>40</sup> *Op. cit.*, p. 533.

De ese modo, lo que aconteció tras la evolución del sistema judicialista norteamericano, fue el reconocimiento de una nueva forma de jurisdicción, distinta a la judicial.

Esta circunstancia, bastante atípica, terminó por convertir a dicha jurisdicción primaria administrativa en una verdadera instancia del proceso administrativo, sustituyendo, en los hechos, a los tribunales federales de primera instancia (denominados tribunales de distrito) ya que las leyes que rigen el procedimiento ante la jurisdicción federal prescriben, contra las decisiones de diversos órganos o agencias administrativas, un recurso directo de apelación ante las Cortes de Circuito<sup>41</sup>.

El principal efecto que ello produjo, no suficientemente señalado ni advertido por la doctrina norteamericana ni la vernácula, es que el control judicial no constituye un control difuso sino concentrado en un número restringido (no son más de catorce) de tribunales colegiados de segunda instancia.

Desde luego, que el control difuso sigue manteniéndose a favor de la exclusiva competencia judicial para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, cuya fuerza expansiva se encuentra limitada al caso, por el carácter de “inter partes” de la sentencia.

---

<sup>41</sup> En los Estados Unidos, el sistema jurisdiccional que rige los procesos judiciales en que se impugnan actos de la administración y de las agencias federales, está lejos de concebirse como un sistema de control difuso, tal como sucede en nuestro país. Se trata de un sistema bastante complejo, el cual puede sintetizarse en las siguientes reglas: a) en general, rige el principio según el cual la forma de procedimiento para la revisión judicial se encuentra determinada en los respectivos estatutos o marcos regulatorios, que prevén procedimientos especiales ante cortes federales expresamente asignadas (APA, Sección 703); b) en la mayoría de los casos, los estatutos o marcos regulatorios disponen remedios específicos “statutory revision” que importan recursos directos ante las cortes federales de apelaciones de circuito; c) asimismo, para los supuestos en que no hayan remedios específicos, sea por la inexistencia de marco regulatorio que los contenga o cuando éste no los prevea, existe la regla residual por la cual la acción judicial de revisión podrá ejercerse mediante cualquier acción legal admitida, y podrá interponerse ante los tribunales de primera instancia, contra los Estados Unidos, las agencias administrativas o contra el funcionario apropiado; d) a su vez, el USCA consagra una norma especial que atribuye jurisdicción exclusiva a las cortes federales de apelaciones de circuito para entender en la revisión judicial de los actos de numerosas administraciones y agencias taxativamente enunciadas, regla especial que prevalece sobre las anteriores (USCA, T. 28, cap. 158, sec. 2342); y e) por otro lado, también puede ocurrir que el marco regulatorio específico expresamente prohíba que determinada acción de la agencia administrativa pueda ser revisada judicialmente.

En resumidas cuentas, en el orden de la realidad, el sistema norteamericano evolucionó de un modo diferente al sistema judicialista argentino, caracterizándose por una combinación, basada en el pragmatismo y en la eficiencia, entre diversos elementos propios de los sistemas judicialistas con aquellos que rigen en los sistemas de tribunales administrativos, aunque orgánicamente no sean iguales por el hecho que constituyen, simplemente, órganos o entes de la Administración.

Por ese motivo, al tratarse de dos sistemas bien diferenciados en sus orígenes, estructura y funcionamiento, mal pueden extrapolarse sin más las fórmulas procesales del derecho norteamericano, las cuales deben pasar por el tamiz representado por los principios de nuestro sistema constitucional y por el juicio prudencial sobre la compatibilidad de cualquier institución o regla jurídica, con la tradición y las costumbres de nuestro pueblo.

## **II. ACCESO A LA JUSTICIA: EVOLUCIÓN DEL SISTEMA PROCESAL ADMINISTRATIVO ARGENTINO**

### **1. La venia legislativa**

El llamado “contencioso administrativo”, en la primera etapa de su evolución histórica, recepcionó, a través de la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal<sup>42</sup> (basado en la teoría de la inmunidad soberana, que estaba vigente en los Estados Unidos) el sistema de la venia legislativa, para impugnar o reclamar contra los actos en que el Estado actuaba como poder público.

Este sistema, al no articular plazos para resolver las reclamaciones ni reglar los procedimientos garantísticos necesarios para la tutela de los derechos de los administrados, operó como una fórmula que, en los hechos, al bloquear o impedir el acceso a la justicia, generó continuos supuestos de denegación de esta última, puesto que los ciudadanos o empresas lesionadas no estaban habilitados (al faltarles la autorización del Congreso) para promover las respectivas acciones judiciales.

---

<sup>42</sup> In re “Seste y Seguich”; Fallos 1:317 de 1864.

En síntesis, el sistema condujo a la indemandabilidad del Estado, ya fuera que actuara en ejercicio del poder público o como persona jurídica en el ámbito del derecho privado.

Ante esa situación, el Congreso sancionó la Ley n° 3.952, conocida como Ley de Demandas contra la Nación, admitiéndose parcialmente la demandabilidad del Estado cuando se tratara de “acciones civiles que se deduzcan contra la Nación en su carácter de persona jurídica<sup>43</sup>”. Finalmente, años más tarde (en 1932), el requisito de la venia legislativa se eliminó en su totalidad en la ley 11.634<sup>44</sup>.

## **2. La reclamación administrativa previa y la exigencia de una denegatoria**

A su vez, tanto la ley 3.952 como la ley 11.634 prescribieron, en el orden nacional, el requisito de la reclamación administrativa previa y su denegatoria por parte de la Administración para poder acceder a la justicia.

Obsérvese que en este punto de la evolución de nuestro contencioso administrativo la ley, en vez de recepcionar el sistema del agotamiento de la instancia administrativa para acceder a la justicia, como era el seguido en el régimen norteamericano<sup>45</sup> y en el español de la ley de Santamaría de Paredes, generalizó la institución de la reclamación administrativa previa, que aún cuando no se aplicaba entonces a los procesos administrativos tenía sus raíces en el derecho hispánico, sin perjuicio de que en el derecho francés regía una regla similar que era la decisión “préalable<sup>46</sup>”.

El último requisito para acceder a la justicia estaba determinado por la necesidad de que se configurase la denegatoria expresa de la reclamación administrativa previa, o bien, la denegatoria tácita por el transcurso de un plazo de 6 meses y un procedimiento para

---

<sup>43</sup> Art. 1° Ley 3.952.

<sup>44</sup> Art. 1° Ley 11.634.

<sup>45</sup> MAIRAL, Héctor A., *op. cit.*, T° I, p. 307.

<sup>46</sup> Ver DEBBASCH, Charles, *Contentieux administratif*, p. 921, París, 1981.

instar la resolución (denominado pronto despacho) al que se adicionaba un plazo adicional de 3 meses, a favor de la Administración, antes de dar por habilitada la instancia judicial.

Este régimen de demandabilidad, que suponía la vigencia supletoria del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial Federal, insumía en total unos 9 meses como mínimo para que los particulares o empresas estuvieran en condiciones de promover acciones judiciales.

Pero aún así creemos con MAIRAL<sup>47</sup>, que el sistema era de avanzada, muy superior al norteamericano, ya que no existían plazos de caducidad ni el Estado mantenía privilegios procesales.

De otra parte, al no exigirse la regla del agotamiento de la vía administrativa (o sea, que el recurso jerárquico era opcional como en Francia) la Administración ganaba en eficiencia y no se inundaba de expedientes en los que los particulares interponían recursos administrativos, ya que su promoción (a los efectos del agotamiento) no constituía un presupuesto de la demandabilidad del Estado. Los únicos plazos que hacían caer la acción judicial eran los plazos de prescripción de los derechos de fondo que fundamentaban la pretensión procesal.

La principal crítica que puede hacerse sobre este período, que se extendió hasta el año 1972 en que se sancionó la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, se circunscribe a que la protección jurisdiccional se acordaba sólo a los titulares de derechos subjetivos, quedando fuera del marco procesal garantístico los llamados intereses legítimos o directos, los cuales conforme a la evolución mundial operada en esa época, contaban con dicha protección en los países considerados de avanzada en este aspecto, como Francia e Italia.

---

<sup>47</sup> Cfr. MAIRAL, Héctor A., *op. cit.*, T° I, p. 99.

### **III. LOS RETROCESOS POSTERIORES EN EL ACCESO A LA JUSTICIA**

La sanción de la LNPA (Ley 19.549) de Procedimientos Administrativos significó un verdadero retroceso en la posición de avanzada que había alcanzado nuestro derecho procesal administrativo. Veamos los principales puntos que marcan ese retroceso que afecta, fundamentalmente, el principio de la tutela judicial efectiva.

#### **1. Generalización de la regla del agotamiento**

A raíz del dictado de la LNPA, se generalizó la regla del agotamiento de la instancia administrativa (lo correcto sería decir “vía”, como prescribe el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, puesto que no se trata de una primera instancia asimilable a la judicial) instituyendo un requisito innecesario, que alarga sin sentido el trámite previo a la demandabilidad del Estado, demorando consecuentemente los plazos para que los ciudadanos puedan obtener tutela efectiva de sus derechos.

#### **2. El establecimiento de plazos de caducidad para demandar al Estado**

A su vez, la LNPA prescribió plazos de caducidad, siguiendo al derecho español (aunque también existen en el derecho norteamericano) que operaban como verdaderos plazos de prescripción de los derechos de fondo, por el mero transcurso de un breve lapso<sup>48</sup> cuando el particular no promueve la acción judicial.

Estos plazos de caducidad, sólo serían constitucionales, si no impiden después deducir una reclamación administrativa previa ya que, en estos supuestos, el particular evidencia su voluntad de promover la acción judicial, pero carece de sentido aplicarlos a partir de cualquier decisión que resuelva la clausura del estado administrativo ya que, en estos supuestos, se afecta la tutela judicial efectiva al bloquearse el acceso del particular a la justicia interpretando que su voluntad es la de renunciar a este derecho.

---

<sup>48</sup> HUTCHINSON, Tomás, *Proceso Administrativo*, T° I, p. 20, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, considera innecesario establecer plazos fugaces de caducidad para acceder a la justicia y propone una reforma legislativa que consagre plazos más amplios.

Por ello, los plazos de caducidad para accionar contra el Estado, debieran reputarse inconstitucionales<sup>49</sup>, en cuanto cercenan el acceso a la jurisdicción, el derecho de propiedad y el derecho a una tutela judicial efectiva (arts. 17 y 18 CN y arts. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, de rango constitucional conforme el art. 75 inc. 22 de la CN) protegidos en lo que se ha denominado el “contencioso de los Derechos Humanos<sup>50</sup>”.

De otra parte, la circunstancia de aceptar los plazos de caducidad como perentorios y fatales, implica, en nuestro derecho, atribuir a la función judicial, una certeza y valor de cosa juzgada equivalente a la función judicial, alterando de ese modo, la interdicción prescripta en el art. 109 de la CN.

Otra posibilidad, para evitar que no sean inconstitucionales, sería la de admitir el replanteo de la cuestión en sede administrativa a través del reclamo administrativo previo, al menos cuando se trata de actos afectados de nulidades absolutas. En tales casos, para no caer en la asistematicidad de establecer plazos de caducidad para el administrado (breves y perentorios) y plazos de prescripción para el Estado, una correcta hermenéutica de la LNPA conduce a interpretar que el reclamo administrativo previo es una vía opcional a favor del particular, que éste puede promover después de vencidos los plazos de caducidad para deducir la acción prevista en los arts. 23 y 24 de dicha ley. Con esta interpretación que hicimos<sup>51</sup> en su momento junto con LINARES<sup>52</sup> y que recibiera la

---

<sup>49</sup> Aunque la jurisprudencia, hasta ahora, ha sostenido su constitucionalidad (“Gypobras S.A. c/ Estado Nacional – Ministerio de Educación y Justicia”, LL 1995-E, 478); sobre el punto en la doctrina contraria a esta postura véase: CASSAGNE, Juan Carlos, *Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado*, ED, 45-285 y *El plazo de caducidad del art. 25 de la ley 19.549 y su inaplicabilidad a los actos unilaterales vinculados a contratos administrativos*, ED, 118-377; MAIRAL, Héctor A., *op. cit.*, T° I, p. 380 y ss.; BIANCHI, Alberto B., *¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?*, LL 1995-A, 397; TAWIL, Guido S., *Los plazos para accionar en la instancia contencioso administrativa: primera aproximación*, Régimen de la Administración Pública, n° 133, p. 11 y ss., Buenos Aires, 1989 y *Administración y Justicia*, T° II, p. 178 y ss., ed. Depalma, Buenos Aires, 1993.

<sup>50</sup> Que surge de los Pactos Internacionales; la expresión pertenece a SALOMONI, Jorge Luis, “El control de la Administración pública por las organizaciones no gubernamentales”, en el libro *Control de la Administración Pública*, p. 447 y ss., ed. RAP, Buenos Aires, 2003.

<sup>51</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *La ley nacional de procedimiento administrativo 19.549*, ED, 42-845 y *Acerca de la caducidad...cit.*, p. 829.

<sup>52</sup> LINARES, Juan Francisco, *Fundamentos de derecho administrativo*, cap. XVI, núm. 4, § 372, ps. 418-419, Buenos Aires, 1975 y *Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, p. 27 y ss., Buenos Aires, 1974.



adhesión de ESCOLA<sup>53</sup>, una vez resuelto el reclamo puede demandarse al Estado, salvo que se hubiera operado la prescripción<sup>54</sup>.

### 3. Combinación de técnicas diversas e incompatibles

De otra parte, la LNPA pretendió combinar dos técnicas procesales que responden a principios diversos y que resultan incompatibles en su funcionamiento como consecuencia de mantener simultáneamente la regla del agotamiento de la vía administrativa con la institución del reclamo administrativo previo. Como la regla del agotamiento estaba conectada con plazos de caducidad para acceder a la justicia (a través de la denominada vía impugnatoria) mientras que la acción judicial promovida después de haber interpuesto un reclamo administrativo previo (llamada vía reclamatoria) sólo estaba alcanzada por los plazos de prescripción, surgieron una serie de conflictos que llevaron a la jurisprudencia a inclinarse por la supremacía de la acción impugnatoria (con plazos de caducidad), exigiéndose (por ejemplo en materia de los actos dictados durante la ejecución de contratos administrativos) el agotamiento de la vía administrativa y la promoción de la demanda judicial dentro de unos breves plazos de caducidad<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> ESCOLA, Héctor J., *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, p. 398, Buenos Aires, 1975: “Esta circunstancia le da un valor preponderante para los administrados, ya que aun cuando hayan vencido los plazos previstos para interponer otros recursos, siempre será procedente esta reclamación, salvo que se hubiera producido la prescripción, según las normas de derecho común, de la acción”.

<sup>54</sup> Véase el lúcido trabajo de GORDILLO, Agustín A., *El reclamo administrativo previo*, ED, 89-785 y ss. en el que comparte nuestra posición y la de LINARES y ESCOLA.

<sup>55</sup> Así lo sostuvo la mayoría de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal en el conocido fallo “Petracca” (LL 1986-D, 10). La Corte Suprema marcó una línea diferente en el caso “Mevopal” (LL 1993-D, 51) que, según algunos, rectificó posteriormente en el caso “Gypobras”. En nuestra opinión, la jurisprudencia de “Mevopal” -que no exige recurrir y agotar la vía administrativa respecto de los actos unilaterales de ejecución contractual- no ha sido rectificada por el caso “Gypobras”, cuyo objeto procesal versaba sobre un acto de extinción mientras que en el precedente “Mevopal” se trataba de una de las operaciones complejas que integran el ciclo de actos de cumplimiento, previo a la finalización o terminación del contrato. (Cfr. con esta interpretación que hicimos con anterioridad en nuestro libro *El contrato administrativo*, ps. 184-185, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1999, véase: GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, ed. Hammurabi, T° I, p. 527, Buenos Aires, 2004). Cabe acotar que, con anterioridad (1989) el Alto Tribunal adoptó, en el caso “Pensavalle” un criterio opuesto a la solución del plenario “Petracca” sosteniendo que el acto que resuelve un reclamo administrativo previo, en el que se reclamaban daños y perjuicios derivados de la ejecución de un contrato administrativo no se halla sujeto a los plazos de caducidad del art. 25 ni a los requisitos del art. 23 de la LNPA y que, incluso, frente a un reclamo mal dirigido, no existe inconveniente en replantearlo en sede administrativa (Cfr. ESTRADA, Juan Ramón, *Agotamiento de la vía administrativa y habilitación de la vía judicial: dos importantes fallos de la Corte Suprema*, REDA n° 4, p. 330, Buenos Aires, 1990). Tampoco pensamos que la jurisprudencia

O sea que, mediante una técnica formal, el acceso a la justicia resulta denegado por los jueces, cuando los particulares no cumplen estrictamente con la carga procesal de promover las acciones judiciales dentro de los perentorios y cortos términos que establecen las leyes,<sup>56</sup> sin importar la sustancia ni la estabilidad de los derechos de los ciudadanos afectados por actos de los poderes públicos.

#### 4. El carácter revisor de la jurisdicción

En este período, subsistió la tendencia hacia la consideración de la justicia administrativa como una mera jurisdicción revisora de lo actuado en el ámbito de la Administración.

Esta tesis, que organizó el contencioso-administrativo como un proceso al acto administrativo y que, además, limitó el control de éste último a la actividad reglada<sup>57</sup> y a la revisión del derecho, ha sido objeto de fundadas críticas en la doctrina tanto comparada<sup>58</sup> como nacional<sup>59</sup>. En la actualidad, comienza a declinar en el orden provincial,<sup>60</sup> donde había echado sus raíces más profundas.

---

de la Corte haya cambiado con motivo de la reforma introducida al art. 7 de la LNPA por el Decreto 1023/2001 habida cuenta que esta norma dispone solamente la aplicación directa de las prescripciones del Título III de la ley (que regula el acto administrativo) a los contratos administrativos “en tanto fuere pertinente” y nada dice acerca de la aplicación a los contratos de los requisitos procesales que rigen la impugnación de los actos administrativos (que se encuentran en el Título IV).

<sup>56</sup> Una salida inteligente para superar la generalización en que incurre la jurisprudencia es la figura de los “meros pronunciamientos administrativos” que no tornan exigible la impugnación; ver y ampliar: MAIRAL, Héctor A., “Los meros pronunciamientos administrativos”, en *Derecho Administrativo*, obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff (Director: Juan Carlos Cassagne), p. 651 y ss., ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

<sup>57</sup> COVIELLO, Pedro J. J., “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en *Control de la Administración Pública* cit., p. 627 y ss.

<sup>58</sup> FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, ed. Civitas, p. 51 y ss., Madrid, 1998.

<sup>59</sup> TAWIL, Guido Santiago, *Administración y Justicia* cit., p. 154 y ss.; URRUTIGOITY, Javier, “¿Hacia dónde va (o debiera ir) el proceso administrativo, tras la reforma constitucional?” en el libro *Protección del Administrado*, ed. Ciudad Argentina, p. 84 y ss., Buenos Aires, 1996.

<sup>60</sup> Los arts. 15 y 166 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo provincial amplían la jurisdicción a cualquier clase de pretensiones, superando la concepción revisora y sus conocidas secuelas, véase: D'ARGENIO, Inés, “El acceso a la justicia

Lo cierto es que el postulado de la jurisdicción revisora no sólo implica, en los hechos, atribuir a la actividad administrativa el mismo grado de estabilidad de las sentencias de los jueces que hacen cosa juzgada sino que conculca la regla del control judicial suficiente (base de la defensa en juicio) y el moderno principio de la tutela judicial efectiva<sup>61</sup>.

#### IV. ALGUNOS AVANCES EN MEDIO DE OTROS RETROCESOS

Con todo, en el escenario de los retrocesos han coexistido una serie de fórmulas procesales, que han ido creciendo en forma inorgánica, amparadas en la jurisprudencia y en la legislación así como en las normas que consagró la reforma constitucional de 1994.

Esta situación, al par que entraña una serie de ventajas evidentes para los justiciables, lleva consigo sus riesgos, en cuanto puede también provocar la desnaturalización del propio sistema procesal en el caso que prevalezcan los criterios populistas que ven, en el proceso, un arma política para destruir los valores de la economía social de mercado y del consecuente principio de subsidiariedad.

El avance más trascendente, a nuestro juicio, radica en la consagración del principio general de la tutela judicial efectiva, el cual, como antes señalamos, se encuentra contemplado en los arts. 8.1 y 25.1 del Pacto de San José de Costa Rica<sup>62</sup> que posee rango constitucional superior a las leyes<sup>63</sup>.

---

administrativa en la Provincia de Buenos Aires”, en la obra *Proceso administrativo*, T° I, dirigida por Tomás HUTCHINSON, *cit.*, p. 302 y ss., especialmente ps. 303-304.

<sup>61</sup> Ampliar en CASSAGNE, Juan Carlos, *La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa*, REDA n° 32, año 11, p. 525 y ss., Buenos Aires, 1999.

<sup>62</sup> Sobre el contenido del principio: PERRINO, Pablo E., “El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa”, en *Proceso Administrativo*, T° I, *cit.*, ps. 261-262.

<sup>63</sup> Art. 75 inc. 22 CN.

## 1. La amplitud de la legitimación

Un primer punto entre esos avances radica en la ampliación del círculo de legitimados para acceder a la justicia, unificando el concepto de legitimación en un criterio más amplio que engloba toda suerte de intereses que le proporcione alguna ventaja o beneficio<sup>64</sup>, para la satisfacción de una pretensión sustantiva o adjetiva, ya fuere el interés subjetivo u objetivo, siempre que concurren los requisitos de la ilegalidad y del perjuicio en un proceso concreto<sup>65</sup>. En esta línea, el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires prescribe que toda persona que alegue “una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico<sup>66</sup>” posee legitimación para hacer valer sus pretensiones en el proceso contencioso administrativo, lo cual, como ha señalado SORIA “permite comprender en su ámbito de protección, con arreglo a lo dispuesto por las normas materiales aplicables, a los intereses colectivos, difusos o los derechos de incidencia colectiva<sup>67</sup>”, sin caer en el extremo de la acción popular.

Otro círculo de nuevos legitimados para deducir acciones en el proceso administrativo es el de los asociados a las diferentes cajas profesionales<sup>68</sup>, cuyos actos, por configurar personas públicas no estatales, están, en una importante porción, regidos por el derecho administrativo.

---

<sup>64</sup> JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, *La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia*, LL 2003-B, 1333.

<sup>65</sup> Cfr. ROCHA PEREYRA, Gerónimo, *La interpretación judicial de la legitimación del Defensor del Pueblo*, ED, Suplemento de Derecho Administrativo, p. 4 y ss., 29/04/04.

<sup>66</sup> Art. 13 del CPCABA.

<sup>67</sup> SORIA, Daniel Fernando, “Consideraciones sobre la legitimación y el procedimiento administrativo”, en el libro *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, p. 468, ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998.

<sup>68</sup> Ver: ANDREUCCI, Carlos, “El control de las personas públicas no estatales”, en el libro *Control de la Administración Pública*, cit., p. 585 y ss.

No cabe duda de que el desafío más grande que traduce esta ampliación de la legitimación como aptitud para ser parte en un proceso concreto<sup>69</sup> consiste en que la nueva categoría de derechos de incidencia colectiva no se transforme en una suerte de acción popular<sup>70</sup>, con un sistema de acceso a la justicia más abierto y con menos trabas que el que tienen los portadores de derechos subjetivos. En este sentido, los procesos colectivos así como las medidas cautelares dictadas en ellos están reclamando una regulación orgánica (del tipo de las acciones de clase, la representación de las asociaciones y sectores intervinientes, la introducción de la técnica del emplazamiento de los terceros eventualmente interesados en intervenir en el proceso<sup>71</sup> y la reglamentación de los efectos de las sentencias (erga omnes o inter-partes).

Este concepto amplio de legitimación, en línea con la jurisprudencia norteamericana<sup>72</sup>, que ahora compartimos, no implica el desconocimiento de las categorías tradicionales de derecho subjetivo y del interés legítimo<sup>73</sup>. Significa simplemente que, a la luz de la evolución operada y los criterios de la jurisprudencia, ellas han perdido vigencia al ampliarse el círculo de legitimados y, consecuentemente, el propio concepto de legitimación para hacerlo jugar con el principio de la tutela judicial efectiva. En cualquier caso, los problemas actuales del sistema procesal administrativo no se suscitan por la mayor apertura de la legitimación sino por la falta de regulación de los procesos colectivos (principalmente de la regla del emplazamiento) y de los efectos de las sentencias que anulan o suspenden actos de alcance general.

---

<sup>69</sup> Según esta clásica definición inspirada en la obra de Guasp, véase: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, p. 160, ed. Civitas, Madrid, 1992.

<sup>70</sup> Al respecto, ver los requisitos propuestos por ROCHA PEREYRA para que resulte admisible la actuación del Defensor del Pueblo en sede judicial (ROCHA PEREYRA, Gerónimo, *op. cit.*, ps. 8-10).

<sup>71</sup> Véase nuestro trabajo: *El control jurisdiccional de la actividad reglamentaria y demás actos de alcance general*, LL 2001-E, 1226, posición que comparte María JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, *op. cit.*, ps. 1352-1353.

<sup>72</sup> Cfr. SACRISTÁN, Estela B., *Se amplía la legitimación en el Derecho Norteamericano: los electores pueden conocer el financiamiento del proceso electoral*, LL 1999-E, 101.

<sup>73</sup> El cambio de nuestra postura no responde a una razón de fondo sino a la falta de consenso doctrinario y jurisprudencial. Lo cierto es que la mayor parte de la doctrina nacional no admite la distinción clásica entre ambas categorías pese a que se fundan en la realidad, como creemos haberlo demostrado; véase: *Derecho Administrativo*, 7° ed., p. 213 y ss., ed. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.

## 2. La aparición y posterior evolución de un remedio extraordinario de control de constitucionalidad: el amparo

La acción procesal de amparo nacida en forma pretoriana en la jurisprudencia de la Corte Suprema abrió una nueva puerta de acceso a la justicia para que ésta pudiera declarar la inconstitucionalidad, en un proceso breve y sumario, de los actos de la Administración que afectaren o amenazaren, con ilegalidad o arbitrariedad manifiestas, los derechos y garantías constitucionales del demandante, incluso cuando se trate de normas de alcance general<sup>74</sup>.

Pero el proceso de amparo, instituido como un proceso extraordinario, pronto se convirtió en un remedio ordinario<sup>75</sup> comúnmente utilizado por los ciudadanos y empresas desarrollando hasta tal punto –incluso en el campo de las medidas cautelares- sus posibilidades de aplicación que es susceptible de producir el desequilibrio de todo el sistema procesal.

Entre los problemas que plantea la generalización de esta especie procesal pueden señalarse: a) el derivado del principio que reconoce el control difuso de constitucionalidad según el cual, un juez federal de primera instancia, de cualquier circunscripción, puede ser competente para entender si los efectos del acto lesivo se producen en el ámbito territorial de su jurisdicción lo que amplía su competencia para decretar -por ejemplo- la suspensión de un Decreto de alcance general, ya sea mediante el dictado de una medida cautelar o de la sentencia estimatoria en una acción de amparo y b) la interpretación que concede legitimación a cualquier habitante sin estar directamente afectado en sus derechos con

---

<sup>74</sup> Véase: BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, ed. Rodolfo Depalma, p. 226 y ss., Buenos Aires, 1992. Esta interpretación, que suponía la inconstitucionalidad del inc. d) del art. 2 de la ley 16.986 sustentada en precedentes anteriores de la Corte Suprema (casos “Outón” y “Mate Larangueira”) se afirma, incuestionablemente, luego de la reforma constitucional de 1994, cuyo artículo 43 no establece cortapisa alguna a la facultad de los jueces para declarar la inconstitucionalidad de leyes o de reglamentos, en los procesos de amparo.

<sup>75</sup> Como lo advierte GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, en el libro *Medidas cautelares*, ps. 113-114, ed. Abaco, Buenos Aires, 1998.

fundamento en el art. 43 de la CN<sup>76</sup>, lo cual transforma al amparo en una suerte de acción popular.

### **3. El agotamiento de la vía administrativa y la reclamación administrativa previa**

Otro avance trascendente que se advierte en el contencioso-administrativo provincial<sup>77</sup>, es la declinación de la regla del agotamiento de la vía administrativa como condición para acceder a la justicia.

Esa línea ha sido adoptada por la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1994<sup>78</sup> mediante un principio de carácter operativo que no puede ser desnaturalizado por la ley, como lo hace el actual Código<sup>79</sup>.

Por lo demás, se admite que dicha regla carece de sentido en las acciones declarativas en las que la pretensión principal del accionante procura hacer cesar una situación o estado de incertidumbre en el que el acto previo denegatorio no es una

---

<sup>76</sup> Un buen análisis de este problema ha hecho BARRA, Rodolfo C. en *La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar*, LL 1994-E, 1087 y ss.

<sup>77</sup> Un análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires y de la Corte Suprema Nacional (que rectificó la doctrina que sostenía que para considerar agotada la vía administrativa era necesario interponer un recurso de revocatoria) puede verse en el comentario hecho por ABERASTURY, Pedro al fallo “Sacoar” de octubre de 1988, que tituló *El recurso de revocatoria y el agotamiento de la vía administrativa*, REDA n° 1, p. 140, Buenos Aires, 1989. Apunta este autor (con referencia a los textos constitucionales anteriores a la reforma de 1994) que “el juego de los arts. 18 y 100 de la Constitución nacional, también requiere, como parte de la garantía de la defensa en juicio, que el acceso a la instancia judicial sea simple, rápido y eficaz. Sin control o con un control que en los hechos deviene inexistente, no podrá consolidarse el sistema democrático y sin éste se desconocerá la prohibición expresa prevista en el art. 95 de la Constitución Nacional, que veda al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales” (ABERASTURY, Pedro, *op. cit.*, p. 146).

<sup>78</sup> Art. 166 *in fine* de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que prescribe: “Los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa”.

<sup>79</sup> En efecto, el art. 14 del Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (texto según la ley 13.101) invierte la regla establecida en el art. 166 de la Constitución provincial y establece, como principio general, salvo los casos taxativamente prescriptos en la norma, la necesidad de agotar la vía administrativa. Es obvio que se trata de un precepto inconstitucional.

condición necesaria ni suficiente para el acceso a esta clase de acciones pues, de existir, no se configuraría la situación de incertidumbre.

Finalmente, hay que anotar, sin embargo, dos grandes retrocesos en el procedimiento que rige el reclamo administrativo previo. El primero, a raíz de la eliminación del precepto que permitía acceder a la justicia directamente, sin necesidad de articular un reclamo administrativo previo en varios supuestos, especialmente “cuando mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento transformando el reclamo previo en un trámite inútil” (inc. e], ex art 32 de la LNPA, texto según ley 25.344). Es evidente que, como ha anotado PERRINO, esto implica una quiebra de las “modernas tendencias que predicán la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso a la justicia<sup>80</sup>”. El segundo, se encuentra en el hecho de haber prescripto plazos de caducidad<sup>81</sup> para acudir a la instancia judicial cuando se produce la denegatoria por silencio en el reclamo administrativo previo pues aunque la norma diga “sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción” impone al particular la carga de demandar judicialmente dentro de los plazos previstos en el art. 25 con lo que la ilegitimidad de los respectivos actos, una vez vencidos los plazos de caducidad, sólo podría ser alegada como defensa. Consideramos, por los fundamentos que señalamos en el texto, que esta norma debe reputarse inconstitucional por afectar el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>82</sup> y cercenar, en rigor, el acceso a la justicia. Por lo demás, la reforma legislativa que criticamos no puede nunca basarse en una situación de emergencia que sólo se justifica cuando se comprimen transitoriamente los derechos de los particulares por razones de necesidad pública y no para bloquear el ejercicio de derechos constitucionales que hacen a la garantía de la defensa (art. 18 CN) como parte esencial de la efectividad de la tutela judicial.

---

<sup>80</sup> Cfr.: PERRINO, Pablo E., *La excepción del ritualismo inútil y su vigencia a pesar de su derogación por la ley de emergencia 25.344*, REDA año 13, p. 407 y ss., Buenos Aires, 2001.

<sup>81</sup> Art. 31 LNPA, texto según ley 25.344.

<sup>82</sup> En el mismo sentido: GARCÍA PULLÉS, Fernando, *op. cit.*, T° I, p. 526.



## V. CONCLUSIONES

En suma, si bien no se pueden desconocer los avances operados en el sistema procesal de acceso a la justicia administrativa no dejan de advertirse nuevas tensiones en la medida en que el grado de apertura de los procesos conduzca a la prevalencia absoluta de unos valores sobre otros en vez de procurar su interrelación y coherencia para la seguridad jurídica así como la armonía entre los intereses públicos y los privados.

De continuar la tendencia actual el riesgo es que prevalezcan la justicia objetiva sobre la subjetiva, el interés del usuario sobre el interés público (que representa el interés del conjunto y el de las generaciones futuras), los plazos de caducidad sobre la tutela judicial efectiva, la judicialización de la política pueda afectar la eficacia y eficiencia de la justicia y, por último, que el control difuso siga impidiendo el control concentrado de la legalidad administrativa.

Somos conscientes de que no es fácil resolver estas tensiones de un modo absoluto y menos acudiendo a fórmulas foráneas, sin la necesaria adaptación a nuestra realidad. Pero, quizás, en la reglamentación del acceso a los procesos colectivos y en la concentración de la jurisdicción, para que controle la constitucionalidad y la legalidad de la actuación de la Administración con amplitud de debate y prueba, atenuando la regla del agotamiento de la vía administrativa (o bien, reemplazándola por la reclamación administrativa previa como única condición de acceso a la justicia) y eliminando los plazos de caducidad, se encuentran las claves para solucionar los problemas existentes.

Todo ello, claro está, sin mengua del principio “pro actione<sup>83</sup>” para acceder a la jurisdicción ni de la amplitud de la legitimación para ser parte en los procesos concretos ni de los principios que hacen a la tutela judicial efectiva para que, a través de jueces independientes e imparciales<sup>84</sup>, pueda cumplirse el objetivo constitucional de afianzar la justicia.

---

<sup>83</sup> Cfr. BOTASSI, Carlos A., *Habilitación de instancia y derechos humanos*, en el comentario al caso “Palacios”, LL 2000-F-594.

<sup>84</sup> SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., “Introducción al Procedimiento y al Proceso Administrativo”, en el libro *Protección del Administrado cit*, p. 39, afirma que la independencia del juez significa que éste no se

---

encuentra sujeto a órdenes (de ningún otro poder del Estado) y la imparcialidad “que no sacrifica la voluntad de justicia a ninguna otra consideración”.