

El procedimiento administrativo y el acceso a la justicia: la regla del agotamiento de la vía administrativa

por Juan Carlos Cassagne

Sumario: 1. Liminar. - 2. La triple faz de la tutela judicial efectiva. - 3. El desarrollo del principio. - 4. Fundamento y expansión de la tutela judicial efectiva en el derecho argentino. 4.1. En el orden nacional. 4.2. En el orden provincial. - 5. El requisito del agotamiento de la instancia administrativa y de denominado reclamo administrativo previo. - 6. Un cambio paradigmático: la jurisprudencia de la Corte Suprema de Costa Rica. - 7. La cuestión en el derecho peruano.

1. Liminar

El procedimiento administrativo, como bien se ha dicho, constituye el cauce formal de la actividad administrativa(1). Cumple dos funciones básicas y principales, sin perjuicio de las secundarias. Ambas son típicas funciones garantísticas, en cuanto tienden a que prevalezcan los principios de legalidad, eficacia y celeridad del accionar administrativo, y, al propio tiempo, a tutelar los derechos de los administrados puesto que, en definitiva, el fin de la actividad administrativa debe orientarse siempre a promover el bien de todos los seres humanos que integran la comunidad o sociedad. El Estado ha de hallarse, por principio, al servicio del bien común, pues este no consiste en que las personas se hallen al servicio del Estado o gobernantes de turno, sino a la inversa. Estado y gobernantes cumplen una función servicial que los coloca en una relación de naturaleza moral e incluso jurídica.

En esa relación Sociedad-Estado, cobra esencial trascendencia el principio de subsidiariedad que, tanto en su faz pasiva de no injerencia como en su faz activa de ayuda o auxilio, busca promover el bien de todas las personas dentro de la sociedad, sin discriminaciones, cualquiera fuera su condición política, económica o social.

Pero, sobre todo, la función garantística del procedimiento asume un relieve singular en el acceso a la justicia, por una serie de razones y fundamentos que pasamos brevemente a explicar, los que han venido a ampliar el clásico contenido material y formal del derecho de defensa, mediante el reconocimiento de un principio desconocido en el siglo XIX, como es el de la tutela judicial efectiva.

2. La triple faz de la tutela judicial efectiva

Hay coincidencia, bastante generalizada en la doctrina, en el sentido de asignarle la condición de paradigma a la tutela judicial efectiva, la cual resulta interpretada como un concepto que engloba el derecho y la garantía de la defensa en juicio.

Al ser un paradigma proporciona una nueva visión sobre la tutela judicial, convirtiéndola en un megaprincipio que agrupa a todos los subprincipios que en el derecho clásico integraban la garantía de la defensa en juicio (a ser oído, a producir prueba y a que se dicte una decisión fundada), poniendo el acento en la efectividad de la protección judicial. En rigor, se trata de un derecho humano(2) o fundamental.

Ahora bien, la tutela judicial efectiva puede ser descripta a través de tres prismas diferentes. En primer lugar, como principio general del derecho, es decir, como mandato que vincula a los jueces y los protagonistas del proceso, que se aplica en caso de vacíos normativos, además de prevalecer sobre cualquier norma que se oponga a la efectividad de la tutela judicial. En segundo término, si se toma el concepto moderno del derecho subjetivo (en un sentido amplio que incluye todos los intereses que protege el ordenamiento), la tutela judicial efectiva constituye una facultad que confiere el derecho a accionar judicialmente, sin trabas ni escollos de ninguna especie. Por último, la tutela judicial efectiva precisa, para realizarse en plenitud, disponer de las herramientas procesales que garanticen el acceso pleno a la justicia, la defensa en el trámite del juicio y la ejecución de la sentencia, lo que incluye también, como se verá más adelante, la tutela anticipada y las llamadas medidas autosatisfactivas. Desde luego, el instrumento procesal no constituye un principio, pero es la herramienta indispensable para realizar el derecho de una persona que demanda en sede judicial el cumplimiento del principio que hace a la

efectividad de la tutela de su derecho. Todo ello se condensa en el reconocimiento del principio “pro actione”, cuya prevalencia en el mundo actual de la evolución del derecho resulta indiscutible.

3. El desarrollo del principio

En la última parte del siglo XX, aproximadamente treinta años atrás, el principio de la tutela judicial efectiva ha cobrado gran relevancia en el plano jurídico, gracias al impulso dado por la doctrina en España, con motivo de su recepción constitucional (art. 24). Su proyección en Hispanoamérica, particularmente en la Argentina, ha sido notable, habiendo sido recogido tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires del año 1994, aunque no siempre se han desprendido de él las consecuencias que cabe extraer en punto a reafirmar la tendencia hacia un control judicial pleno y sin cortapisas de la actividad administrativa y legislativa.

Nuestra Constitución, en línea con el molde de los antecedentes normativos y proyectos preconstitucionales, consagró en su art. 18 la garantía de la inviolabilidad “de la defensa en juicio de las personas y de los derechos”, siguiendo el Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina elaborado por Alberdi(3).

Esa garantía apuntaba, entonces, a brindar protección judicial a los derechos individuales y tendía a tutelar, fundamentalmente, la libertad de los ciudadanos, configurando uno de los ejes en los que se concretaba la filosofía constitucional.

En su evolución posterior, la garantía(4) de la defensa fue completada con otras técnicas, tendientes a ampliar el círculo de los derechos protegidos originariamente por el art. 18 de la CN. Eso es lo que ocurrió con el trasplante del debido proceso adjetivo, proveniente del derecho norteamericano(5), y, más modernamente, con el llamado “derecho a la jurisdicción”.

Mientras el debido proceso adjetivo desarrolla positivamente la protección de los derechos a exponer y plantear con amplitud las pretensiones en el proceso o procedimiento administrativo (derecho a ser oído), a ofrecer y producir la prueba conducente y a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas, el derecho a la jurisdicción reclama, simultáneamente, el derecho a ocurrir ante un juez en procura de justicia a fin de obtener una sentencia justa y motivada susceptible de los recursos previstos en las leyes, junto con la exigencia de que el proceso se sustancie con rapidez, dentro de plazos razonables(6).

Estas garantías, que la jurisprudencia de la Corte Suprema y la doctrina(7) consideraron, en su momento, incluidas en la garantía del art. 18 de la CN o vinculadas con ella, resultan sustancialmente potenciadas en virtud de la recepción de la tutela judicial efectiva, en el sentido que pasamos a exponer(8).

En efecto, no obstante, la similitud que guardan las garantías constitucionales clásicas del ordenamiento constitucional argentino con la tutela judicial efectiva, esta última, como aconteció con la garantía constitucional innominada del debido proceso adjetivo(9), se caracteriza por su mayor amplitud no solo en el plano garantístico sino también en cuanto a la protección del interés general en procurar una buena administración(10), proyectándose también al procedimiento administrativo(11).

Los principales matices diferenciales comprenden variados aspectos, ya que el nuevo principio apunta a la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso al proceso, a impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial y, por último, tiende a asegurar el ejercicio pleno de la jurisdicción (ejecución de sentencias, medidas preventivas y autosatisfactivas) haciendo efectivas las sentencias de los jueces(12).

Resulta evidente que se trata de una garantía que armoniza de modo cabal con el reparto de funciones propio de la separación de poderes que ha instituido nuestra Constitución, al prescribir positivamente el sistema judicialista (arts. 116 y 117 de la CN), en el cual los jueces son los órganos encargados de resolver los conflictos entre los particulares y el Estado(13).

En la Argentina, antes de la moderna configuración del principio, un destacado sector de la doctrina(14) propició, en su momento, la postura que afirmaba la plenitud de la jurisdicción frente a las interpretaciones restrictivas que, con fundamento en las antiguas concepciones del derecho contencioso-administrativo francés y español, propugnaban la limitación de los poderes del juez sobre la base de la naturaleza esencialmente revisora(15) que atribuían a esta clase de jurisdicción (la cual era concebida como una jurisdicción de excepción).

Recién en la última década algunos ordenamientos y la jurisprudencia -en forma limitada- han comenzado a transitar por el camino correcto. Sin dejar de reconocer la influencia que ha tenido en esta evolución la

obra de los juristas vernáculos, que actuaron como verdaderos pioneros en este campo para desterrar los ápices formales que caracterizaban el contencioso-administrativo de su época, cabe resaltar la profunda gravitación que ha alcanzado la doctrina española a partir de la fundación de la “RAP” (Revista de Administración Pública) y de la publicación de las obras y trabajos científicos de sus juristas más eminentes(16).

A continuación vamos a abordar la recepción de la tutela judicial efectiva en el ordenamiento y la incompatibilidad que plantea su vigencia constitucional con el dogma revisor, y, particularmente, con el carácter preceptivo del requisito del agotamiento de la vía administrativa (mal llamada “instancia administrativa”), sin dejar de advertir que, tal como ha dicho González Pérez, “el derecho a la tutela judicial efectiva que se despliega, básicamente, en tres momentos diferentes del proceso (en el acceso a la jurisdicción, en el debido proceso y en la eficiencia de la sentencia) es, en definitiva, el derecho de toda persona a que se ‘haga justicia’, que se traduce, en el plano jurídico administrativo, en que siempre que crea que puede pretender algo con arreglo a Derecho frente a un ente público, tenga la seguridad de que su petición será atendida por unos órganos independientes y preparados”(17). Por tales razones, la moderna tutela preventiva, así como las medidas autosatisfactivas, forman parte de la tutela judicial efectiva.

4. Fundamento y expansión de la tutela judicial efectiva en el derecho argentino

4.1. En el orden nacional

La recepción del principio en nuestro país se ha visto favorecida, primero, por el propio sistema y por una serie de principios de rango constitucional anteriores a la reforma de 1994, y, a partir de esta, por la recepción en la Constitución del llamado Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos).

La adopción del sistema judicialista de control de los actos del Ejecutivo y demás poderes del Estado (ex arts. 100 y 101, CN) y la previsión constitucional que, en forma expresa, veda al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales (art. 109, CN) completan la garantía de la defensa prescrita en el art. 18 de la CN que cabe asimilar a la consagración del debido proceso como garantía innominada por parte de la jurisprudencia.

A su vez, el Preámbulo de nuestra Constitución revela el propósito que persiguieron los constituyentes al proclamar, entre los fines del Estado, el de “afianzar la justicia”, configurando así un principio jurídico afín a la efectividad de la tutela judicial debida a los particulares, en cuanto este constituye el modo principal de afianzamiento de la justicia (en sentido lato).

De esa manera, la conexión entre la garantía de defensa y la tutela judicial efectiva se produjo sin forzar la positividad constitucional y aun antes de la reforma constitucional de 1994, en la cual el principio se introdujo a raíz de la incorporación al ordenamiento constitucional del Pacto Internacional de San José de Costa Rica (art. 75, inc. 12, CN).

Antes de la referida reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema -en uno de sus fallos notables- sentó el principio con fundamento en que “la idea directriz de la división de poderes que opera sincrónicamente con otra idea directriz de nuestro sistema constitucional -que emerge de la garantía del debido proceso- cuál es el principio pro actione a que conduce el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, que se deriva, necesariamente, del art. 18 de la Constitución nacional, cuya regulación se integra, además, con las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, que al ser aprobado por la ley 23.054 y ratificado el 5 de diciembre de 1984, tiene el carácter de ley suprema de la Nación, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución nacional”(18).

Operada la recepción constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) a causa de lo prescrito en el art. 75, inc. 22, de la Constitución de 1994, cuyos arts. 8º y 25 consagran el derecho a la tutela judicial efectiva, el principio que nutre ese derecho adquirió plena operatividad constitucional, lo cual obligó también a las provincias, habida cuenta de que los pactos internacionales y máxime aquellos incorporados expresamente a la Constitución Nacional constituyen, conforme a su art. 31, la ley suprema de la Nación, debiendo entenderse, como reza el inc. 22 del art. 75, que los derechos reconocidos por ellos complementan los derechos y garantías constitucionales. El principio se encuentra también prescripto (aunque con mayor indeterminación) en otros tratados internacionales que poseen jerarquía constitucional: art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 2º, ap. 3, inc. a), del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Con algunas excepciones(19), el principio de la tutela judicial efectiva goza, en nuestro país, de un amplio consenso doctrinario(20).

4.2. En el orden provincial

En el marco de la evolución hacia el reconocimiento de la tutela judicial efectiva se ubica la nueva Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1994, que eliminó una serie de instituciones y principios procesales que habían terminado por anquilosar el sistema provincial, al haber contribuido a generar, por cierto, típicas denegaciones de justicia.

Desaparecieron, de ese modo, construcciones procesales que, fuera de no existir razones valederas que justificaran su alojamiento en el texto constitucional, traducían barreras formales en punto al acceso y al derecho a obtener una sentencia sobre el fondo del proceso, circunscribiendo las controversias judiciales a las pretensiones planteadas en sede administrativa. Así ocurrió, entre otras figuras procesales, con conceptos que traducían una rémora a la plenitud del ejercicio de la potestad jurisdiccional, al suprimirse requisitos cuyo cumplimiento estricto y exclusivo se exigía para habilitar la acción contencioso-administrativa, tales como los relativos a que el acto proviniera de autoridad administrativa, la previa denegación o retardación en sede administrativa y que los derechos fueran gestionados por parte interesada, extremos estos que habían sido usados como verdaderas válvulas de cierre de la jurisdicción.

La Constitución de 1994 comienza por prescribir, en su art. 15, que la Provincia de Buenos Aires “asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial”, agregando que “las causas deberán decidirse en tiempo razonable”, y que “el retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas, cuando sean reiteradas, constituyen falta grave”.

“El otro precepto constitucional (art. 166, último. párrafo), que resulta trascendente para la protección de los derechos de las personas, consiste en eliminar el recaudo de la decisión previa que agotaba la vía administrativa como requisito ineludible de admisibilidad de la pretensión procesal”.

En este aspecto, si bien no todas las opiniones coinciden en punto a si se mantiene o no el principio en el plexo constitucional⁽²¹⁾, lo cierto es que a partir de ahora el requisito tiene origen legal, y no constitucional, sin que la Constitución establezca criterio o pauta alguna que vincule al legislador.

Por otra parte, si se repara en que el último párrafo del art. 166 dispone que los casos que determinan la competencia de los tribunales en lo contencioso-administrativo resultarán conformes a los procedimientos que prescriba la ley, la cual “establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa”, va de suyo que, fuera de tales supuestos, dicho principio no existe. Aunque la Constitución consagra la regla del no agotamiento, por medio de una habilitación constitucional expresa permite que la ley tipifique excepciones, las cuales podrían configurarse en la medida en que armonicen con las garantías y principios constitucionales, particularmente con la tutela judicial efectiva.

Es cierto que, al no establecer pauta limitativa alguna para consagrar las excepciones, el legislador podría llegar a excederse en la determinación de los supuestos. Sin embargo, en tal caso, jugará siempre el límite de razonabilidad para poder impugnar toda decisión legislativa que afecte el principio de la tutela judicial efectiva, cuya incompatibilidad con el dogma revisor y la exigencia generalizada del requisito del agotamiento de la vía administrativa han sido cabalmente demostradas en la doctrina argentina⁽²²⁾ y española⁽²³⁾.

Veamos, a continuación, cómo se proyecta o debe proyectarse el principio de la tutela judicial efectiva en el ordenamiento argentino.

5. El requisito del agotamiento de la instancia administrativa y de denominado reclamo administrativo previo

En nuestro derecho procesal administrativo la situación es paradójica, ya que, mientras en la Nación no estaba prescripto el requisito del agotamiento de la vía administrativa para promover una demanda judicial contra el Estado y sus entidades hasta la sanción de la LNPA en el año 1972, las provincias y, particularmente, la Provincia de Buenos Aires, exigían la previa denegación, la retardación o el agotamiento de la vía administrativa, según las respectivas regulaciones locales⁽²⁴⁾. En la Nación, con anterioridad a la LNPA, el único requisito era la promoción de un reclamo administrativo previo (ley 3952).

Y la situación resulta paradójica porque, mientras que el Estado federal ha establecido el requisito del agotamiento de la vía administrativa para poder impugnar ante la justicia un acto de alcance particular o general, con plazos de caducidad a los que la jurisprudencia y una parte de la doctrina les asignan un carácter fatal y perentorio⁽²⁵⁾, manteniendo, para los otros supuestos, la figura del reclamo administrativo previo⁽²⁶⁾, por otro lado, el nuevo Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires ha

consagrado sus puntos de demandabilidad en sintonía con el principio de la tutela judicial efectiva (art. 166 de la Constitución de la Provincia)(27).

De ese modo, en el CPCA de la Provincia de Buenos Aires se han configurado una serie importante de supuestos en los que no resulta necesario el “agotamiento de la vía administrativa” de cara a diversas pretensiones procesales, a saber:

a) Los actos administrativos definitivos o asimilables que emanen de la máxima autoridad administrativa con competencia resolutoria final o de un órgano con competencia delegada, dictados de oficio o con la previa audiencia o intervención del interesado. El CPCA considera que estos actos son directamente impugnables en sede judicial (art. 14, ap. 2, inc. b), CPCA) sin necesidad de agotar la vía administrativa.

En línea con el principio de la tutela judicial efectiva, el Código prescribe, además, que, si el particular interpusiere en tales casos los recursos de revocatoria o de reconsideración, queda suspendido el plazo de caducidad para demandar (art. 18, inc. 1, del CPCA), lo cual implica que el recurso administrativo juega como una opción en favor del afectado por el acto administrativo.

b) Se configure el supuesto que la doctrina califica como de “ritualismo inútil”, que puede darse tanto cuando la conducta de la demandada haga presumir la ineficacia cierta de agotar la vía administrativa, como cuando, en atención a las circunstancias del caso, la exigencia del agotamiento de la vía deviene en una carga excesiva o inútil(28), en la misma línea que su antecedente nacional (art. 32, LNPA). A este respecto, los casos que exhibe la jurisprudencia, sobre todo nacional, son de variada gama, y se los puede sintetizar(29) en cuatro grupos:

(i) casos en que la Administración rechazó numerosas reclamaciones que contenían pretensiones idénticas(30);

(ii) medidas dispuestas por el Estado en el ámbito de determinada política estatal(31);

(iii) supuestos en que el Estado, al contestar la demanda, no opuso la falta de un reclamo previo como defensa o excepción. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha considerado que exigir, en estos casos, el reclamo administrativo previo constituiría un ritualismo inútil e inoperante(32);

(iv) cuando se plantea la inconstitucionalidad de una ley en sede administrativa, en virtud de que se considera que dicha facultad pertenece, en exclusiva, al Poder Judicial(33) y que por ende esa es la sede en que corresponde formular el planteamiento.

c) Otros supuestos.

Entre los otros casos en que no resulta necesario agotar la vía administrativa, el CPCA contempla:

(i) la impugnación directa de actos de alcance general emanados de una autoridad jerárquica superior o del órgano con competencia delegada por aquella(34);

(ii) cuando se configure el silencio administrativo(35);

(iii) cuando la pretensión tenga por objeto la impugnación o el cese de la vía de hecho administrativa(36);

(iv) la pretensión resarcitoria proveniente de la responsabilidad provincial por su actividad lícita o legítima o de hechos o vías de hecho administrativas y las pretensiones meramente declarativas y de certeza(37).

En el orden nacional, la sanción de la LNPA en 1972 implicó un verdadero retroceso garantístico, en la medida en que introdujo, por primera vez, dos instituciones entonces extrañas al contencioso-administrativo federal, como son el requisito del agotamiento de lo que la ley denomina “la instancia administrativa” y el establecimiento de plazos de caducidad para promover el proceso (arts. 23 a 25). Al propio tiempo, la LNPA (arts. 30 a 32) mantiene el régimen, aunque morigerado, de la reclamación administrativa previa, salvo para las pretensiones de nulidad, en que procede la denominada vía recursiva.

Esta reclamación administrativa previa contemplada en la ley 3952, de demandas contra la Nación, si bien nació para superar el principio de la indemandabilidad del Estado, de origen norteamericano, en reemplazo de la exigencia de la venia legislativa que la Corte Suprema había establecido para sortear aquella interpretación constitucional(38), es un requisito que proviene del derecho francés para la apertura del recurso ante el Consejo de Estado(39).

La mezcla de fuentes que exhibe ese cuadro normativo, que poco tiene que ver con los antecedentes de nuestro derecho federal, ha conspirado y seguirá conspirando contra la armonización del sistema procesal,

habiendo generado una situación anárquica en materia interpretativa que la jurisprudencia ha zanjado, generalmente, en contra de la tutela judicial efectiva.

Cabe advertir, asimismo, que el requisito del agotamiento de la vía administrativa se halla atenuado, en la Argentina, por la utilización de la acción de amparo y de la declarativa de inconstitucionalidad(40) como procesos idóneos tendientes al pronto restablecimiento de los derechos y garantías constitucionales. Estas situaciones se dan cuando la Administración ha violado los derechos constitucionales en forma manifiesta por acción u omisión, procediendo también en el supuesto de que la acción administrativa no se hubiera consumado, siempre que esta fuera inminente. Tampoco el requisito resulta exigible para promover acciones declarativas de inconstitucionalidad ni para requerir el dictado de medidas autosatisfactivas.

Ahora bien: aunque en tales casos no se exige el agotamiento de la vía administrativa, cuando se pretende el dictado de alguna medida cautelar dentro del proceso de amparo, alguna jurisprudencia requiere que se formule previamente un pedido de suspensión del acto administrativo que afecta los derechos del particular, lo que provoca demoras indebidas en el trámite procesal de la medida cautelar y puede generar la inutilidad de la sentencia a dictarse en el amparo.

Las otras trabas que presenta el proceso de amparo para abrir la competencia del juez implican notorias restricciones al acceso jurisdiccional, dado que mientras, por un lado, se ha exigido, en algunos supuestos, la demostración de que no hay otros remedios administrativos o judiciales para restablecer los derechos constitucionales o impedir su violación (lo cual configura una prueba difícil de producir), por el otro, se requiere como requisito habilitante del amparo que la violación de los derechos y garantías constitucionales adolezca de “arbitrariedad o ilegalidad manifiesta” (lo cual deja fuera de la protección judicial los supuestos en que el vicio no surja del propio acto).

Con todo, el amparo, cuando ha funcionado, constituye un remedio eficaz para realizar con prontitud la tutela judicial de derechos constitucionales vulnerados, y en la práctica, aunque la sentencia que se dicta hace cosa juzgada exclusivamente respecto del amparo, la Administración suele corregir la arbitrariedad en que ha incurrido, sin que sea necesario acudir al proceso contencioso-administrativo ordinario.

Volviendo al agotamiento de la vía administrativa, la situación descrita ha fomentado, en los hechos, un nivel de litigiosidad mayúsculo, dado que, al requerirse que el acto cause estado(41), surge la paralela exigencia de recurrir en tiempo y forma todos los actos administrativos que resuelvan peticiones finales o de fondo, trasformando la sede administrativa en una instancia jurisdiccional.

Si a ello se le agrega que, para acudir a la justicia, hay que interponer la demanda de unos fatales plazos de caducidad, muchas veces exiguos, se puede comprender cuánta razón tiene González Pérez al propiciar el carácter optativo de los recursos administrativos(42).

En lo que atañe al derecho de Hispanoamérica, se puede advertir que, con excepción de México, donde se asigna carácter potestativo a los recursos administrativos como regla general(43), el requisito del agotamiento de la vía administrativa se encuentra impuesto en las legislaciones administrativas de Venezuela(44), Colombia(45) y Costa Rica, adquiriendo en Perú cierto reconocimiento constitucional(46) que, como más adelante veremos, requiere ser interpretado a la luz del principio de la tutela judicial efectiva. En los Estados Unidos, si bien la doctrina ha debatido acerca de su configuración, se reconocen numerosas excepciones (en la misma línea que las que se dan en nuestro país para eximir del reclamo administrativo previo en el orden nacional)(47) para las que existen dos grandes barreras previas: el requisito de que el obrar impugnado se encuentre maduro (ripeness)(48) y la concepción de la llamada “jurisdicción administrativa primaria”(49), aplicable a la actividad de las agencias reguladoras.

En definitiva, el requisito del agotamiento de la instancia carece de toda base constitucional y resulta opuesto, al menos como regla generalizada aplicable a todos los supuestos, al principio de la tutela judicial efectiva(50) de carácter supranacional que reclama tanto el acceso irrestricto a un juicio pleno como el juzgamiento sobre el fondo de la pretensión articulada en un caso contencioso-administrativo(51).

6. Un cambio paradigmático: la jurisprudencia de la Corte Suprema de Costa Rica

La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha impuesto un giro copernicano al planteo tradicional que exhibía el derecho comparado (y que aún se mantiene en diversos ordenamientos) que legitimaba la exigencia de agotar la vía administrativa para poder acceder a la justicia, con fundamento en una serie de principios tales como eficacia, eficiencia y buena administración.

Si bien el legislador entendía que, con dicha exigencia, la propia Administración podía defender el acto administrativo impugnado, declarar su invalidez o modificarlo, evitando comparecer ante la justicia, lo cierto es que la regla del agotamiento se erigía en un formidable privilegio a favor de la administración que conculcaba el principio de igualdad de las cargas procesales y la tutela judicial efectiva(52).

La jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en el caso “Fonseca Ledesma”(53), consideró que, a la luz de la supremacía de la Constitución y de la mayor jerarquía y vinculación de los derechos fundamentales (la Corte habla de la eficacia expansiva y progresiva y de la interpretación más favorable), el carácter preceptivo u obligatorio de la regla “riñe con el derecho fundamental de los administrados a obtener una justicia pronta y cumplida -ex artículos 41 y 49 de la Constitución Política (tutela judicial efectiva) y con el principio de igualdad, puesto que sólo en el proceso contencioso-administrativo... se le obliga al justiciable, antes de acudir a la vía jurisdiccional...” al agotamiento de la vía administrativa, mediante la interposición de los recursos ordinarios correspondientes.

El Alto Tribunal costarricense enfatiza en el sentido de que la violación de la tutela judicial efectiva deriva de los siguientes aspectos:

- a) el hecho de que los recursos administrativos no logran que los superiores jerárquicos modifiquen o revoquen las decisiones adoptadas por los órganos inferiores. Puntualiza, al respecto, que es algo así como pretender “sacar agua de un pozo seco”, transformado el procedimiento previo a la instancia judicial en una pesada carga para el administrado;
- b) las demoras que dilatan la decisión de fondo en el procedimiento administrativo, lo cual prolonga -en forma indefinida- el acceso a la justicia; y,
- c) la sumatoria de este último plazo (el necesario para agotar la vía administrativa) con el término de duración de los procesos en lo contencioso-administrativo, sumatoria que, en definitiva, genera una justicia tardía.

Adquiere relevancia, a su vez, la fundamentación concerniente al principio de igualdad, cuyo contenido refuerza la tesis garantística que se encuentra en la entraña del principio de la tutela judicial efectiva. Al respecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica señaló:

“En lo que atañe a la vulneración del principio de igualdad, debe indicarse que el agotamiento preceptivo de la vía administrativa, derivado del privilegio de la autotutela declarativa, expone al justiciable que litiga contra una administración pública a una situación discriminatoria, puesto que, no existe un motivo objetivo y razonable para someterlo a ese requisito obligatorio, a diferencia del resto de las órdenes jurisdiccionales. Debe tenerse en consideración que, incluso, la libertad de configuración o discrecionalidad legislativa al diseñar los diversos procesos, tiene como límite infranqueable el principio de igualdad. Lo anterior, queda reforzado si se considera que las administraciones públicas son un sujeto de Derecho más que no tienen por qué gozar de tales privilegios o prerrogativas y que el eje central en una administración prestacional o en un Estado Social y Democrático de Derecho lo es la persona, esto es, el usuario o consumidor de los bienes y servicios públicos. En esencia, los intereses públicos y la satisfacción de las necesidades colectivas no pueden tenerse como cláusulas de apoderamiento para enervar los derechos fundamentales de los administrados o, sencillamente, como el altar para ser sacrificados”(54).

La línea inaugurada por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, mantenida en sentencias posteriores(55), alcanzó consolidación parcial en el Código Procesal Contencioso administrativo de dicho país, que entró en vigencia el 1º de enero de 2008. En este último ordenamiento, se sienta el carácter optativo de la regla del agotamiento como principio general que solo hace excepción en materia municipal y de contratación pública(56).

En Argentina, algunos administrativistas nos hemos volcado a favor de la tendencia tendiente a suprimir la regla del agotamiento de la vía administrativa o, al menos, atenuarla, basados en que su subsistencia conculca el principio de la tutela judicial efectiva, de base constitucional y supraconstitucional(57).

Ese vuelco encuentra apoyo en la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -en adelante CIDH- expuesta en el caso “Palacios”(58), en el que sostuvo que la exigencia de un recurso de revocatoria(59) contra un acto administrativo, cuando de la máxima autoridad administrativa que había resuelto el fondo del asunto, conculca el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, garantizado por los arts. 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos(60).

En conclusión, la CIDH y en época reciente, de un modo más asertivo, la Corte Suprema de Costa Rica han establecido un nuevo paradigma. Esta última, en sintonía con la doctrina que venía bregando por la supresión o atenuación de la regla del agotamiento, declara que la mencionada regla es inconstitucional, por violación de la tutela judicial efectiva y de otros principios constitucionales, como el de igualdad de cargas procesales, con lo que el requisito de agotar la instancia, en el que descansaba el sistema, ha pasado a ser opcional y no obligatorio o preceptivo. La consecuente primacía constitucional se ha

impuesto, así como los principios del Estado de derecho. Más aún, han salido ganando los justiciables con esta nueva conquista del derecho público.

7. La cuestión en el derecho peruano

Con respecto a la exigencia del agotamiento de la vía administrativa en la forma previa a la promoción de la acción judicial, si bien ha habido atenuaciones apoyadas en la doctrina y la jurisprudencia⁽⁶¹⁾ en la línea de no exigir ese requisito previo para acceder a la justicia, el principal obstáculo con que tropieza la tendencia adversa a dicha exigencia se encuentra en el art. 148 de la Constitución del Perú.

En efecto, este precepto prescribe: “... Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante acción contencioso-administrativa”.

Sin embargo, la interpretación de dicho precepto, antes de establecer una exigencia o requisito procesal previo (algo que no surge del texto), lo que en realidad prescribe es la garantía de judiciabilidad de los actos que causan estado (los que emanan, en principio, de las autoridades superiores de las entidades administrativas) a través de la acción contencioso-administrativa. En resumidas cuentas, la norma, lejos de consignar la arcaica concepción del contencioso administrativo como jurisdicción revisora (limitada a la impugnación de actos administrativos)⁽⁶²⁾, cumple la función de garantizar institucionalmente el acceso a la justicia sin trabas formales que lo dificulten.

Por lo demás, la evolución del derecho es un asunto que no se detiene con el mantenimiento de antiguas teorías que no satisfacen el principio de la efectividad de la tutela judicial, pues son bien conocidos los males que provocan la lentitud y trabas que suele poner la Administración para justificar la demora en las decisiones. En general, no existen en los países donde rige la regla del agotamiento o reclamo previo precedentes administrativos generalizados que admitan la procedencia de los reclamos, lo que convierte a estos en un verdadero ritualismo inútil.

Asimismo, para evitar los efectos de la caducidad de los procedimientos por no interponer los sucesivos recursos administrativos y no asimilarlos a los plazos de prescripción de la acción de fondo, desde hace algún tiempo, siguiendo a González Pérez y en línea con la solución para resolver este problema vigente en Francia, hemos propuesto que el recurso jerárquico sea de carácter optativo⁽⁶³⁾.

Esta interpretación, que asigna prevalencia al principio de la tutela jurisdiccional efectiva establecida en el derecho interamericano antes reseñada, se potencia, de alguna manera, con posturas doctrinarias favorables al reconocimiento de los principios generales del derecho como fuentes del derecho administrativo⁽⁶⁴⁾, tal como el principio “pro actione”, que ha de prevalecer siempre sobre la regla del agotamiento de la vía administrativa⁽⁶⁵⁾.

Abrigamos la esperanza de que el Contencioso Administrativo del Perú, últimamente en posiciones doctrinarias y jurisprudenciales de avanzada en el plano garantístico de la protección de los derechos de los ciudadanos, conforme a los postulados del Estado Constitucional de Derecho, haga posible que el “cambio en la comprensión de estos temas”, que vislumbra Espinosa Saldaña⁽⁶⁶⁾, se convierta en realidad tangible y efectiva.

VOCES: JURISPRUDENCIA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - COMPETENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - DERECHO ADMINISTRATIVO - JURISDICCIÓN - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER JUDICIAL - EXPEDIENTE JUDICIAL - PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO - DEMANDAS CONTRA LA NACIÓN - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ESTADO NACIONAL

Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: El nuevo Código del Proceso Administrativo en Italia, por Simone Rodolfo Masera, EDA, 2013-566; El constructor del moderno derecho administrativo español e iberoamericano, por Juan Carlos Cassagne, EDA, 2013-740; El derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso contencioso administrativo. Análisis de las problemáticas que plantea la aplicación de astreintes al Estado y a los funcionarios públicos en la etapa de ejecución de sentencias, por Felipe Miguel González Barlatay, EDA, 2014-623; Cómo controlar a la Administración sin sustituirla en el marco de la ejecución de políticas públicas, por Domingo J. Sesín, EDA, 2015-589; Responsabilidad por omisión en la ley 26.944. El requisito del incumplimiento de un deber estatal normativo expreso y determinado. Una lectura desde el fallo de la CS “C. de P.”, por Fabián O. Canda, EDA, 2015-458; El juez contencioso administrativo y el principio de juridicidad (legalidad administrativa). Los intereses a proteger, por Julio R. Comadira, EDA, 2015-659; El control judicial de la actividad administrativa: extensión y límites, por Carmen Chinchilla Marín, EDA, 2018-313; Decreto 1070/18: un paso más hacia un derecho administrativo eficaz y eficiente, por Ignacio González Zambón, ED, 285; Aportes sobre la causa contencioso administrativa en el orden federal, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por Pamela Maffía, Revista de Derecho

(1) Vid. González Pérez, Jesús, *Derecho procesal administrativo*, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, T. I, Madrid, 1964, pág. 7 y ss. y nuestro *Curso de Derecho Administrativo*, 12ª ed., T. II, Buenos Aires, 2018, pág. 4 y ss.

(2) Durán Martínez, Augusto, *Contencioso-Administrativo*, 2ª ed., Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2015, p. 362.

(3) En la parte primera, cap. II, el art. 19 del Proyecto de Alberdi expresa que “el derecho de defensa judicial es inviolable”.

(4) Las garantías constitucionales constituyen medios tendientes a asegurar la protección de los derechos y a afianzar la seguridad jurídica. Actúan como instrumentos para contener el poder y lograr una buena Administración; han sido establecidas en el plano de las normas y principios de la Constitución nacional y de las leyes; ver Linares, Juan Francisco, *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina. Razonabilidad de las leyes*, Depalma, Buenos Aires, 1944, págs. 203/206; Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional y comparado*, t. V, 1ª ed., Alfa, Buenos Aires, 1953-1963, pág. 355. Para Carrió, cuando aludimos a las “formas de protección de los derechos”, “queremos aludir a la acepción restringida de la palabra ‘garantía’ o sea la que se refiere a la posibilidad que tiene el titular de un derecho de poner en movimiento el aparato estatal, particularmente el jurisdiccional, a fin de que éste actúe a su servicio y lo tutele” (cfr. Carrió, Genaro R., *Recurso de amparo y técnica judicial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1959, pág. 28).

(5) Ver, por todos: Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1970, pág. 17 y ss.

(6) Bidart Campos, Germán J., *Derecho constitucional*, t. 2, Ediar, Buenos Aires, 1969, pág. 473 y ss.

(7) “Alcaraz, Anatalia y otros c. Cía. Sansinena SA”, Fallos 247:246 (1950), Bidart Campos, Germán J., *Derecho constitucional*, t. 2, cit., págs. 499/500.

(8) Una postura contraria a la sustentada en el texto ha sido sostenida en una obra excelente (Luqui, Roberto Enrique, *Revisión judicial de la actividad administrativa*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 2005, pág. 241 y ss.) sobre la base de que nada agrega de nuevo a la clásica garantía de la defensa en juicio que preceptúa el art. 18 de la CN. Sin embargo, ambas garantías guardan una relación de género y especie, en el sentido de que la tutela judicial efectiva comprende a la garantía de la defensa y, al propio tiempo, es más amplia, habida cuenta que tutela, entre otras cosas, el acceso a la justicia para que esta sea efectiva. En suma, se trata de una nueva categoría histórica que supera algunos dogmas antiguos, como el de la justicia revisora (en el contencioso administrativo).

(9) Art. 1º, inc. f), LNPA.

(10) Cfr. Fernández, Tomás Ramón, “Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor”, *ReDA*, núms. 15/16, Depalma, Buenos Aires, 1994, pág. 51 y ss.

(11) Canosa, Armando N., “Influencia del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de agotamiento de la instancia administrativa”, *ED*, 166-988.

(12) Delpiazzi, Carlos E., *Derecho Administrativo General*, vol. 2, AMF, Montevideo 2013, pág. 295.

(13) Un completo desarrollo del principio y consecuencias que derivan de la adopción del sistema judicialista se encuentra en la tesis doctoral de Bosch, Jorge Tristán, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración pública?*, Zavalía, Buenos Aires, 1951, pág. 36 y ss. Según este autor, la Constitución Argentina de 1853 representa, más que una ruptura con los antecedentes españoles, un salto adelante dentro de la línea evolutiva de las instituciones de la Metrópoli (ob. cit., pág. 45).

(14) Linares, Juan Francisco, “Lo contencioso administrativo en la justicia nacional federal”, *LL*, 94-919 y ss., especialmente pág. 926; Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. 2, 1ª ed., Macchi, Buenos Aires, 1980, pág. XIX-21 y ss.

(15) Fiorini, Bartolomé, *¿Qué es el contencioso?*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, pág. 88.

(16) García de Entrerría, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1992; González Pérez, Jesús, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Madrid, 1992; Fernández,

Tomás Ramón, “Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1976, pág. 728.

(17) González Pérez, Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, T. I, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1998, pág. 17.

(18) In re “Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros”, Fallos 315:1492 (1992) y en ED, 148-338, considerando 15; “Serra, Fernando H., y otro c. Municipalidad de Buenos Aires”, Fallos 316:2454 (1993), con nota de Bianchi, Alberto B., “¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?”, LL, 1995-A, 395.

(19) Luqui, Roberto E., en su obra *Revisión judicial de la actividad administrativa*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 2006, pág. 241 y ss.

(20) Cfr. Aberastury, Pedro, *La justicia administrativa*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pág. 37 y ss.; Gallegos Fedriani, Pablo O., *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, Abaco, Buenos Aires, 2002, pág. 29; García Pulles, Fernando R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, t. I, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pág. 100 y ss. con otra terminología, aunque en varias partes de su obra hace mención a la tutela judicial efectiva (v. gr., pág. 71 y pág. 1049, punto 13).

(21) Perrino, Pablo Esteban, “El régimen de agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense”, ED, 184-842. Aun cuando cabe ubicar a este autor en una línea garantística afín a la que propugnamos, ha interpretado que la Constitución mantiene el principio. En cambio, se ha dicho que la disposición constitucional consagra como principio la inexistencia del agotamiento de la vía administrativa, posición que compartimos. Ver D’Argenio, Inés, “El juzgamiento de la contienda administrativa en la Provincia de Buenos Aires,” RDA, núms. 19/20, Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 404 y Soria, Daniel Fernando, “El agotamiento de la vía en el proceso administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, RDA, núms. 24/26, Depalma, Buenos Aires, pág. 54, nota 31.

(22) Cfr. Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. 2, cit., pág. XIX-21 y ss., postura que ha mantenido en las ediciones posteriores del Tratado; Mairal, Héctor A., *Control judicial de la Administración pública*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1984, págs. 346/347. Para un mayor desarrollo del tema se puede ver el lúcido trabajo de Tawil, Guido S., “Los grandes mitos del derecho administrativo, el carácter revisor de la jurisdicción, la inactividad de la Administración y su fiscalización judicial”, ED, 128/958; y Simón Padrós, Ramiro, “El carácter revisor y el denominado principio de congruencia en el proceso contencioso-administrativo”, ReDA, núms. 19/20, Depalma, Buenos Aires, 1995, págs. 497/525; ver también Bielsa, Rafael, *Sobre lo contencioso-administrativo*, Santa Fe, 1949, pág. 149, y la nota de Bianchi, Alberto B. al fallo “Ekmekdjian” de la Corte Suprema, antes citada.

(23) Cfr. Fernández, Tomás Ramón, “Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nro. 16, Madrid, 1976, pág. 728; Muñoz Machado, Santiago, “Nuevos planteamientos de la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nro. 26, Madrid, 1980, pág. 497; Fernández Torres, Juan Ramón, *La jurisdicción administrativa revisora y la tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998, cit., págs. 29 y 55; y el prólogo de García de Enterría, Eduardo a la obra de Fernández Torres, Juan Ramón, *La jurisdicción administrativa revisora y la tutela judicial efectiva*, cit., págs. 21 y 55. Con anterioridad, Nieto y Parada Vázquez criticaron la evolución regresiva y formalista de la jurisprudencia en orden a la conceptualización de la jurisdicción como puramente revisora, ver Nieto, Alejandro, “Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso”, RAP, nro. 57, Madrid, 1968, pág. 33.

(24) Ver Hutchinson, Tomás, “Mitos y realidades en el derecho administrativo argentino”, LL, 1989-C, 1071, especialmente pág. 1077 y ss. Según Hutchinson, la fuente a que acudió Varela al consagrar en “vía previa” no fue la ley Santamaría de Paredes, sino los antecedentes nacionales y provinciales anteriores (art. 156, inc. 3, de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1873). Aunque no es nuestro propósito polemizar con este distinguido autor, creemos que la norma de la Constitución de la Provincia de 1873 (que pasó a ser el art. 157, inc. 3, en la reforma constitucional de 1889) no establecía el requisito del agotamiento de la vía administrativa, sino tan solo que hubiera “previa denegación de la autoridad administrativa”. En realidad, esta exigencia aparece recién en el art. 28, inc. 1, del Código de Varela de 1905, al prescribir como condición de admisibilidad del proceso contencioso administrativo que “la resolución sea definitiva y no haya recurso administrativo alguno contra ella”. Este precepto fue, en rigor, el que impuso en la provincia el requisito del agotamiento de la vía administrativa. Cuadra apuntar también que, al referirse al carácter definitivo de la resolución administrativa y agregarle “que no haya recurso administrativo alguno contra ella”, el citado Código generó interpretaciones erróneas de la jurisprudencia provincial en punto a lo que se entiende por definitividad, comprendiendo en el concepto tanto las resoluciones que deciden el fondo del asunto como las que causan estado (es decir, las que

agotan la vía administrativa). Ver Vallefín, Carlos A., Proceso administrativo y habilitación de instancia, cit., pág. 51 y ss., que mantiene el concepto amplio de “definitividad”, aunque distingue ambas categorías y, más aún, las trata en forma separada como, por demás, corresponde a dos requisitos diferentes. Por su parte, la doctrina ha sostenido la distinción entre el concepto de acto definitivo y acto que causa estado en el sentido de que el primero es el que decide la cuestión de fondo finalmente, mientras que el segundo es el que agota la vía administrativa de una situación contenciosa (cfr. Linares, Juan Francisco, Derecho Administrativo, Astrea, Buenos Aires, 1986, págs. 544/545). Al propio tiempo, hay autores como Soria que han precisado más aún el concepto de acto definitivo, sosteniendo que son aquellos que “se exhiben de ordinario como el eslabón final de un encadenamiento de situaciones heterogéneas y no equivalentes que lo preceden y complementan” (Soria, Daniel Fernando, “Los actos administrativos de trámite equiparables a definitivos y su impugnabilidad judicial”, LL, 1990-C, 947). La confusión o, si se quiere, la mezcla de conceptos aparece en algunas obras de la antigua doctrina española, que probablemente habría seguido Varela (ver Abella, Fermín, Tratado teórico-práctico de lo contencioso-administrativo, 2ª ed., Administración, Madrid, 1888, pág. 570).

(25) Cfr. González Arzac, Rafael M., “Los plazos de impugnación judicial de actos administrativos,” ED, 51-955.

(26) Arts. 30 a 32 de la LNPA, sin prescribir plazos de caducidad para la promoción de la demanda. Ver Estrada, Juan Ramón, “Agotamiento de la vía administrativa y habilitación de la instancia judicial: dos importantes fallos de la Corte Suprema”, ReDA, núm. 4, Depalma, Buenos Aires, 1990, pág. 323.

(27) Entre los trabajos doctrinarios ver Gordillo, Agustín A., “El reclamo administrativo previo”, ED, 89-777.

(28) Art. 14, ap. 1, inc. b), del CPCA.

(29) Cfr. Perrino, Pablo Esteban, “El régimen de agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense”, cit., ED, 184-842 especialmente pág. 849 y ss., a quien seguimos en todo este punto IV.

(30) CNCont.Adm. Fed., sala II, in re, “Macera Aibe y otros c. Ministerio de Educación y Cultura s/ Empleo público”, fallo del 1995/07/18, cit. por Perrino en la nota 114 del referido trabajo.

(31) CNCont.Adm.Fed., sala II, en la causa “Calzar SA c. Estado nacional, Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”, LL, 1996-A, 633, con nota de Gordillo, Agustín A., “Nuevos argumentos para la innecesariedad del reclamo administrativo previo”.

(32) “Guerrero, Luis Ramón c. Municipalidad de Córdoba”, Fallos 312:1306 (1989) y “Pozzi, Ángel Luis c. Municipalidad de Córdoba”, Fallos 313:326 (1990).

(33) “Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal SA”, Fallos 269:243 (1967) y “Provincia de Mendoza c. Nación”, Fallos 298:511 (1977) y la causa “Calzar S.A.”, cit. en nota 30.

(34) Art. 14, ap. 1, inc. c), del CPCA.

(35) Ídem. Ver Muñoz, Guillermo Andrés, Silencio de la Administración y plazos de caducidad, Astrea, Buenos Aires, 1982, pág. 26 y ss.

(36) CPCA, art. 21.

(37) Cfr. Perrino, Pablo Esteban, “El régimen de agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense”, cit., ED, 184-842 especialmente pág. 851.

(38) Mairal, Héctor A., Control judicial de la Administración Pública, t. I, cit., pág. 356.

(39) Ver Vedel, Georges - Delvolvé, Pierre, Droit administratif, t. 2, 12ª ed., Presses Universitaires de France, Paris, 1992, pág. 151 y ss. En el proceso de plena jurisdicción presenta gran aplicación la regla de la decisión previa, que se excluye o se supera, sin embargo, en algunos casos (por ejemplo, en reclamos vinculados con contratos de obras públicas o en caso de silencio administrativo).

(40) Ampliar en Laplacette, Carlos José, Acciones declarativas de inconstitucionalidad, La Ley, Buenos Aires, 2020, pág. 209 y ss.

(41) La exigencia de que el acto cause estado como requisito de admisibilidad de la acción contencioso-administrativa es de origen español y proviene de la llamada “Ley Camacho”, de 1881. Al respecto anota García de Enterría: “A partir de ese momento se inicia la diferencia en nuestro derecho entre los

conceptos de ‘firmeza’ y de ‘causar estado’: un acto administrativo que no causa estado por proceder de órganos inferiores de la jerarquía alcanza, sin embargo, ‘firmeza’ tanto frente al particular que deja vencer los plazos de alzada contra él, como frente a la Administración, para la cual se hace, desde el mismo momento de dictarse, definitivo e irrevocable” (cfr. García de Enterría, Eduardo, “La configuración del recurso de lesividad”, Revista de Administración Pública, nro. 15, Madrid, 1954, pág. 144 y ss.). Por esta causa, aunque ambos requisitos procesales sean hijos del dogma revisor, lo cierto es que no hay que confundir (defecto en que incurre gran parte de la doctrina y jurisprudencia) el recaudo de la decisión previa del derecho francés con el agotamiento de la vía administrativa, proveniente del derecho español. Sobre cómo jugaba la exigencia de “causar estado” en España, incluso antes de la Ley Santamaría de Paredes, se puede ver Abella, Fermín, Tratado teórico-práctico de lo contencioso-administrativo, cit., págs. 67 y 567 y ss.

(42) González Pérez, Jesús, “La Constitución y la reforma...”, cit., pág. 52 apunta al respecto: “Dictado un acto administrativo, cualquiera que sea el órgano administrativo del que proceda, se ha de admitir la posibilidad de acudir a los tribunales en defensa de los derechos e intereses legítimos que por él hubieran resultado lesionados. Si bien cabe admitir la posibilidad de que el interesado pueda, si lo desea, interponer contra él los recursos administrativos que, en cada caso, se prevean. Lo que dependerá de la confianza que se tenga en obtener por esta vía plena satisfacción de las pretensiones. Si el administrado, en razón a la naturaleza del asunto, evidencia de la infracción del ordenamiento jurídico en que el acto incurre o circunstancias personales del titular del órgano competente para resolver, considera posible una resolución estimatoria por esta vía, sin tener que acudir al proceso, siempre más lento, complicado y costoso, se ha de admitir la posibilidad de recurso. Pero si tiene la convicción de que nada logrará en esta vía, no tiene sentido demorar el momento de acudir al proceso con la exigencia de un recurso que constituirá un trámite inútil. Y, por supuesto, no tiene sentido establecer un sistema de recursos sometidos a distinto régimen jurídico, con las consiguientes dudas y dificultades a la hora de tener que agotar la vía administrativa. Un único recurso administrativo y potestativo”.

(43) Art. 83 de la Ley Federal de Procedimientos Administrativos y art. 29 de la Ley del Tribunal Contencioso-Administrativo del Distrito Federal.

(44) Art. 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y arts. 84.5 y 124.2 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Venezuela, que regula la jurisdicción contencioso-administrativa.

(45) Art. 135 del Código Contencioso-Administrativo.

(46) Art. 148 de la Constitución del Perú.

(47) Tawil, Guido S., Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 110.

(48) Como lo explica Schwartz, Bernard, en su clásica obra Administrative Law, 3ª ed., Little, Brown & Company, London, 1991, pág. 561, cit. por Perrino, Pablo Esteban, “El régimen de agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense”, cit., ED, 184-842, especialmente pág. 835.

(49) Ver Aguilar Valdez, Oscar, “Reflexiones sobre las funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos a la luz del control judicial de la Administración. Con especial referencia al ente regulador de la energía eléctrica”, en AA. VV., Anuario de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 193 y ss.

(50) Durán Martínez, Augusto, Neoconstitucionalismo, cit., págs. 827/830.

(51) En igual sentido, ver el excelente artículo de Soria, Daniel Fernando, “El agotamiento de la vía en el proceso administrativo de la provincia de Buenos Aires”, cit., pág. 53 y ss.

(52) Jinesta Lobo, Ernesto, “Inconstitucionalidad del agotamiento preceptivo de la vía administrativa: la necesidad de su carácter facultativo”, en Estudios de Derecho Administrativo N° 3, La Ley Uruguay, Montevideo, 2011, pág. 159 y ss.

(53) Se trató de un proceso ordinario promovido por William Fonseca Ledezma contra Gerardo Bolaños Alvarado, Claudia Reyes Silva y el Estado, resuelto con fecha 15 de marzo de 2006.

(54) Considerando V de la sentencia “Fonseca Ledezma”.

(55) Resoluciones N° 10.263 del 19 de junio de 2008 y 13.022 del 27 de agosto de 2008.

(56) Jiménez Meza, Manrique y otros, *El nuevo proceso contencioso administrativo*, ed. Poder Judicial, Escuela del Poder Judicial, Costa Rica, 2006, pág. 129, cit. por Zuñiga Bolaños, Heidy, *El agotamiento preceptivo de la vía administrativa en la contratación administrativa*, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. Curso a cargo del Prof. Jorge Enrique Romero Pérez, Costa Rica, 2008, pág. 15.

(57) Vid. Aguilar Valdez, Oscar R., “El agotamiento de la vía administrativa y la tutela judicial efectiva: una evaluación general del sistema de la ley 19.549 a treinta años de su vigencia”, Cassagne, Juan Carlos (Dir.), *Procedimiento y Proceso Administrativo*, Jornadas de la UCA, Lexis-Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, pág. 367 y ss.

(58) Informe de la CIDH N° 105/99, caso “Palacios Narciso c/ Argentina” (N° 10.194).

(59) Requisito exigido por la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

(60) Véase: Botassi, Carlos A., “Habilitación de la instancia contencioso-administrativa y derechos humanos”, LL, 2000-F-594, anota con acierto: “La decisión de la CIDH posee una extraordinaria importancia porque denuncia la ilegitimidad de las trabas rituales, inconsecuentes y superfluas que impiden contar con una defensa efectiva de los derechos esenciales, o, en el mejor de los casos, postergan extraordinariamente los ya morosos trámites judiciales. Asuntos tales como la obligación de recurrir el acto definitivo emanado del órgano superior con competencia decisoria, los plazos breves de caducidad, la exigencia irrestricta del pago previo a la demanda judicial, la legitimación limitada a los titulares de derechos subjetivos, la invocación de actos de gobierno, institucionales o no justificables, la exclusión del control de discrecionalidad, y otras medidas y pseudoinstituciones restrictivas que aparecen en las leyes y en la jurisprudencia clásica, deben ser revisadas y ajustadas a la nueva realidad de las normas constitucionales”.

(61) Morón Urbina, Juan Carlos, *Reflexiones constitucionales sobre la regla del agotamiento de la vía administrativa*, Foro Jurídico, Lima, 2003, págs. 184-191. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe//index.php/forojuridico/article/view/18300>.

(62) Vid. Huapaya Tapia, Ramón, *Tratado del Proceso Contencioso Administrativo*, Jurista Editores, Lima, 2006, pág. 448.

(63) Cfr. nuestro Curso de Derecho Administrativo, T. II, 12ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2018, pág. 756, con cita de Gonzáles Pérez.

(64) Véase: Danos Ordoñez, Jorge, *Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo Peruano*, en la obra *Los principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano*, ed. Netbiblo, La Coruña, España, pág. 533 y ss.

(65) Huapaya Tapia, Ramón, *Tratado ...*, cit., pág. 463 y ss.

(66) Espinosa Saldaña Barrera, Eloy, ¿Y después del procedimiento administrativo qué? Reflexiones sobre las actuales posibilidades de tutela de los Derechos del Administrado una vez concluido el Procedimiento Administrativo en Perú, en el libro *Derecho Administrativo Contemporáneo*, Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo, Palestra, Lima, 2007, pág. 430 y ss.