

Título: La impugnación judicial de reglamentos en el orden nacional

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: LA LEY 1979-C, 721

Cita: TR LALEY AR/DOC/15878/2001

Sumario: SUMARIO: I. Problemática actual de la actividad reglamentaria.- II. Ubicación de la cuestión en el contencioso administrativo.- III. La impugnación judicial de reglamentos en los diferentes tipos de procesos existentes en el derecho francés e italiano.- IV. Naturaleza y régimen de la impugnación judicial de actos generales prevista en el art. 24 de la ley 19.549.- V. Observaciones críticas sobre la jurisprudencia y algunas proposiciones acerca de la impugnación judicial de los reglamentos.

I. PROBLEMATICA ACTUAL DE LA ACTIVIDAD REGLAMENTARIA

El tema de la impugnación judicial de los reglamentos emitidos por la Administración pública, no obstante tener una gran trascendencia en el plano del respeto de las garantías individuales, ha sido objeto de contados trabajos doctrinarios, algunos de ellos de apreciable valor científico, no solo por la seriedad con que sus autores los han hecho sino por el carácter original de sus enfoques.

Se evita así caer en el lugar común en que incurren quienes creen que al conocimiento del derecho ha de arribarse a través de un puro activismo, carente muchas veces de todo valor ético, rehuyendo el ocio intelectual que produce la necesaria actitud contemplativa del fenómeno jurídico.

Es que al derecho -parafraseando a uno de los grandes juristas- se lo aprende a través de la lectura pero se ejerce, se lo investiga y se lo enseña pensando y meditando, no solo acerca de la construcción positiva, sino teniendo en cuenta, en una suerte de visión integral, la realidad y la justicia.

Y éste es precisamente uno de aquellos temas que más requieren de la óptica proporcionada por esas tres dimensiones, en cuanto constituye un signo de los tiempos actuales el crecimiento constante y sin medida de la actividad reglamentaria, la cual, al limitar derechos individuales, no siempre lo hace en procura del interés general o bien de la comunidad.

Cuando nos acontece esto último, se generan muchas veces actividades ilegítimas y arbitrarias, inspiradas en intereses personales o sectoriales o en concepciones totalitarias que ensalzan y procuran sublimar el papel del Estado buscando deliberadamente aplastar la iniciativa privada en el campo económico-social y la sustancial libertad que debe gozar el hombre.

Mucho es lo que se ha legislado y reglamentado en nuestro país, quizá también por una especie de estatismo inconsciente. Así, en todos los actos de su vida, desde el nacimiento hasta la muerte el hombre de nuestros días se halla sometido a minuciosas reglamentaciones, cuya interpretación, generalmente desconoce o no se halla a su alcance, por el abandono progresivo del lenguaje natural en la redacción de las normas.

Este desplazamiento del lenguaje natural por el lenguaje técnico o convencional configura, sin duda, una grave amenaza a la seguridad y a la estabilidad jurídicas en la medida en que el principio según el cual el derecho se presume conocido deja de tener vigencia efectiva en el plano de la realidad.

Por esa causa es que la justicia representa en esta materia un papel quizá mayor que en otras épocas donde no se conocía la inflación legislativa ni la reglamentaria y el individuo vivía feliz sin tener que recordar a cada paso las normas sobre estacionamiento de vehículos, las disposiciones aduaneras, las resoluciones de orden laboral, las que rigen su profesión o industria, los vencimientos tributarios y las innumerables obligaciones impuestas por leyes y reglamentos administrativos.

Y creo que deben ser los tribunales judiciales los únicos órganos encargados de controlar finalmente el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de la Administración pública, ya que tanto por su conformación como por la imparcialidad e independencia respecto del Poder Ejecutivo, son quienes se encuentran en mejores condiciones para evitar el desborde reglamentario y proteger al administrado en el justo goce y ejercicio de sus derechos individuales.

Con ser muy importante la actividad reglamentaria de las provincias y de los municipios, la existencia de variados regímenes y el estudio de sus fuentes doctrinarias, excederían el espacio disponible para un trabajo de esta índole, por cuya causa circunscribiré el análisis al régimen general vigente en el orden nacional, que, por lo demás, aparece receptado últimamente en el Proyecto de Código Procesal Contencioso administrativo de la Provincia de La Pampa, elaborado por el doctor Miguel Santiago Marienhoff [\(1\)](#).

II. UBICACION DE LA CUESTION EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

A) Consideraciones generales:

El estudio del régimen de impugnación de los reglamentos o como los denomina la ley de procedimientos administrativos, basada en la opinión de Marienhoff "actos administrativos de alcance general"⁽²⁾ requiere analizar la ubicación del tópico dentro del proceso contenciosoadministrativo.

En este sentido, han sido dos las corrientes de mayor arraigo en las doctrinas comparada y vernácula que se han disputado el predominio.

Según el criterio subjetivo habría que atribuir la denominación de "contenciosoadministrativo" a toda controversia en que fuere parte la Administración pública ⁽³⁾.

En esa línea corresponde ubicar algunos autores para quienes existiría el contenciosoadministrativo siempre que la Administración pública actuase como parte en la relación procesal, ya fuere como actora o demandada, aceptando empero que los litigios donde se juzgue la actuación industrial o comercial del Estado escapan a esta especie de proceso ⁽⁴⁾.

Es indudable que la salvedad formulada por esa postura no resulta conciliable con el criterio que se postula en la medida en que si el núcleo central de la tesis reside en el sujeto actuante no puede reconocerse una excepción fundada en el criterio objetivo, quedando sin definir cuál es la actuación material de la cual se excluye la actividad mercantil.

Por eso ha expresado Bonnard que decir que hay contenciosoadministrativo en cada oportunidad en la cual la Administración sea parte en una contienda constituye "una fórmula vaga que debe ser precisada"⁽⁵⁾.

En la doctrina uruguaya se ha puntualizado que resulta indiscutible que en aquellos supuestos en que la Administración pública interviene como parte en mi pleito, actuando como actora o demandada, donde la controversia será resuelta finalmente por aplicación de normas de derecho privado, la controversia queda fuera del contenciosoadministrativo ⁽⁶⁾. En idéntico sentido se pronuncia Sayagues Laso ⁽⁷⁾.

Por su parte, la corriente objetiva pone el acento en el hecho de que para resolver la contienda haya que acudir o no a las normas y principios del derecho administrativo, incluyendo dentro de este concepto a los llamados derechos administrativos especiales tales como el derecho financiero, el derecho tributario y el derecho aduanero.

Tal es la orientación adoptada por el Anteproyecto de Código en lo Contenciosoadministrativo elevado al Ministerio de Justicia en el año 1968 por la comisión redactora integrada por los doctores Marienhoff, Bidart Campos, Bosch, Cozzi y Linares.

B) El criterio de la ley 19.549:

Ahora bien, ¿cuál es el criterio que adopta la ley de procedimientos administrativos?

En efecto, como es sabido, la ley nacional de procedimientos administrativos, sancionada en el año 1972 (Adla, XXXII-B, 1752) consideró oportuno, a fin de cubrir el vacío legislativo existente, incorporar algunas disposiciones propias del llamado contenciosoadministrativo ante la "ausencia de un código nacional que contemplara aquella materia específica"⁽⁸⁾.

Lo cierto es que han pasado más de 9 años y seguimos en el orden nacional sin un Código en lo Contenciosoadministrativo, no obstante haberse concluido en ese período con la redacción de varios proyectos, los cuales, por una causa u otra, fueron siempre postergados. No obstante, entonces, el acierto que tuvieron los integrantes de la Comisión redactora de la ley de procedimientos administrativos, se trataba de una solución normativa parcial y transitoria, en la medida en que resulta necesario reglar claramente la materia y la jurisdicción contenciosoadministrativa, amén de otros problemas de gran trascendencia que han quedado sin resolver o librados a una jurisprudencia imprecisa, cuyo conocimiento constituye un verdadero "arcano" tanto para quienes litigan contra el Estado como para quienes asumen su representación en juicio.

En nuestro país el problema de la jurisdicción aparece más complicado que en otros países debido al hecho de haberse instituido, por interpretación y aplicación del art. 100 de la Constitución Nacional, la llamada jurisdicción federal, que juzga los litigios en que la Nación es parte.

Sin mengua de ese criterio subjetivo la justicia federal, no represiva, organizada en la Capital para juzgar en los litigios en que es parte la Nación o sus entidades admite una división por razón de la materia, según que se trate de causas contenciosoadministrativas o de contiendas civiles o comerciales.

De acuerdo a la jurisprudencia establecida por la Cámara Federal la competencia pertenece a lo contenciosoadministrativo cuando la cuestión deba resolverse exclusiva o preponderantemente por aplicación de una norma o principio de derecho administrativo ⁽⁹⁾, adoptando de este modo el criterio objetivo.

¿Pero qué tipo de causa existe cuando se impugna un reglamento en sede judicial?

Este es precisamente el meollo de la cuestión que debe desbrozarse para evitar equívocos y consecuencias contradictorias, lo cual nos servirá como punto de partida para interpretar el sistema instituido por la ley.

En principio, el problema aparece de muy fácil solución sobre la base de indagar la naturaleza de las normas pertenecientes a la materia que rige el reglamento.

Salvo el caso en que se impugne el reglamento llamado autónomo, dictado en ejercicio de la zona de reserva del Poder Ejecutivo [\(10\)](#) donde no puede discutirse que se trata -por la índole de la materia- de una causa contenciosoadministrativa, en los reglamentos, de ejecución y en los delegados, en principio, el régimen de impugnación dependerá de la especie de ley que reglamenten -según que se trate de una ley federal o de un derecho común- pues en estas últimas la materia regulada no sería contenciosoadministrativa.

Ello es así -por ejemplo- en materia de las reglamentaciones inherentes a la legislación laboral y de seguridad social cuyas normas han sido consideradas de derecho común por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sin embargo, la cuestión no aparece tan clara desde que un reglamento no solo puede impugnarse por causales concernientes a su contenido u objeto sino también, tanto respecto al presupuesto que implica el análisis de la voluntad del órgano administrativo como a los elementos que lo componen: subjetivo, causa, forma y finalidad [\(11\)](#).

Y como va de suyo que si todos esos elementos se rigen por el derecho administrativo la impugnación judicial del reglamento de una ley de derecho común corresponderá, en tales casos, a los tribunales con jurisdicción en lo contenciosoadministrativo, excluyéndose solo aquellas causas respecto de las cuales exista un procedimiento especial de impugnación de reglamentos de ese tipo y en la medida en que se respete la garantía de la defensa en juicio.

Creo que ésa debe ser la respuesta a esta cuestión, fundamentalmente por la garantía que representa para los administrados el juzgamiento de los reglamentos de la Administración pública por tribunales idóneos y especializados cuando deba interpretarse una norma o un principio de derecho administrativo.

Tal entiendo debe ser la interpretación que corresponde atribuir a la impugnación de los reglamentos, prevista en el art. 24 de la ley 19.549, lo cual sintetizo en estas dos conclusiones:

a) la norma comprende las causas contenciosoadministrativas definidas por la aplicación de normas o principios de derecho administrativo como objeto central del litigio pues tal era el criterio imperante en el Código del cual dicha norma formaba parte: tratase de averiguar como ha dicho la jurisprudencia cuál es la norma "preponderante" que ha de aplicarse [\(12\)](#);

b) los reglamentos de las leyes de derecho común que dicta la Administración también resultan impugnables por esa vía cuando se halle en juego una norma o principio de derecho administrativo, y siempre que su interpretación fuera esencial para el resultado de la causa, salvo que la ley hubiera instituido otra jurisdicción regulando expresamente la impugnación judicial de reglamentos de esa especie.

III. LA IMPUGNACION JUDICIAL DE REGLAMENTOS EN LOS DIFERENTES TIPOS DE PROCESOS EXISTENTES EN EL DERECHO FRANCES E ITALIANO

El problema del control judicial de la actividad reglamentaria ha sido planteado y resuelto de diverso modo, aún en los países que cuentan con un verdadero régimen administrativo.

La defensa de los derechos "adquiridos" por los administrados frente a perturbaciones causadas por una actuación administrativa ilegal proveniente de actos administrativos de alcance particular o de reglamentos, ha sido una tarea permanente en Francia, donde por obra del Consejo de Estado, se ha construido una doctrina y jurisprudencia que tiene el mérito de garantizarlos derechos individuales, sin entorpecer ni obstaculizar la actividad administrativa.

Existen allí dos grandes categorías de recursos: los recursos de legalidad y los recursos de plena jurisdicción. En el primer grupo encuéntrase los recursos de legalidad dentro de los cuales el más importante es el denominado "recurso por exceso de poder", donde el Consejo de Estado controla la legalidad del acto y dispone su anulación cuando el acto concreto o el reglamento infringen el ordenamiento jurídico, con efectos "erga omnes". La importancia e influencia en el tema que abordo exigen una mención especial a este recurso.

Para que este recurso sea admisible el recurrente debe acreditar que posee un "interés personal y directo" en obtener la anulación del acto o reglamento, sin que por ello la doctrina reconozca que ese requisito vaya contra el carácter objetivo del recurso, habiendo interpretado Hauriou que ese interés que tienen los administrados en la invalidación del acto se reconduce al interés de una eficaz Administración, desempeñando de ese modo los impugnantes el papel del Ministerio Público.

Pero la exigencia de un interés personal y directo en el "recurso por exceso de poder" no constituye más que un recaudo inherente a la habilitación de la instancia para permitir el examen del fondo del recurso, el cual se centra exclusivamente en la legalidad del acto impugnado.

Recientes investigaciones históricas han demostrado que, como la mayor parte de las instituciones del derecho administrativo este recurso tiene origen en el periodo señorial, perfeccionándose bajo la monarquía, con los recursos ante los intendentes y las peticiones al Consejo del Rey (13).

Con la Revolución Francesa y la consiguiente desaparición de las instituciones de la monarquía el recurso por exceso de poder prácticamente desapareció, restableciéndose recién con la creación del Consejo de Estado en la época napoleónica, a quien corresponde el gran mérito de garantizar que la actuación de la Administración se efectúe dentro de la legalidad.

En sus comienzos, las causales que admitían su apertura se relacionaron con la competencia, la violación de las formas y la desviación de poder, sin revisar el objeto o contenido mismo del acto o reglamento atacado.

Más tarde, durante el segundo imperio, se abre un nuevo período en la evolución jurisprudencial caracterizado esta vez por admitir el Consejo de Estado que un particular cuyo derecho resulta afectado por un acto unilateral de la Administración pública se encuentra además facultado para deducir un "recurso por exceso de poder", admitiéndose como causal de apertura "violación de la ley y los derechos adquiridos".

Posteriormente, y ya en nuestro siglo, desaparece el requisito según el cual se exigía la violación de un derecho adquirido para que pudiera revisarse la legalidad del objeto o contenido del acto, bastando a partir de entonces con justificar un mero interés, cuya exigencia proviene solo del deseo de garantizar la seriedad del recurso. Así, resulta suficiente que el acto impugnado sea susceptible de "tener una repercusión directa sobre la situación personal, actual o futura" del recurrente (14) y causarle agravio (15).

Interesa puntualizar para juzgar la importancia de esta evolución en el plano del respeto de los derechos individuales que por ley del 17 de julio de 1900 se autorizó este recurso en los supuestos en que la Administración pública guardara silencio sobre una petición formulada por el particular.

La doctrina francesa sostiene que este recurso es un proceso al acto por cuya razón la sentencia solo concluye con la anulación del acto sin que se reconozca ningún derecho al recurrente, los cuales deben reclamarse en otro proceso denominado de plena jurisdicción, donde la pretensión procesal puede incluir la indemnización de los daños y perjuicios.

Resulta interesante observar el desarrollo de un proceso similar en Italia donde si bien se utilizan otras técnicas jurídicas montadas en un sistema diferente, ellas procuran, en todo momento, ampliar el control de los actos que emite la Administración con el fin de tutelar los derechos individuales.

Además, la utilización de las categorías contrapuestas representadas por el derecho subjetivo, por una parte y, por el interés legítimo, por la otra, torna particularmente necesario el análisis del sistema italiano, habida cuenta de que entre nosotros tanto la doctrina (16) como la jurisprudencia y la legislación emplean estos conceptos.

A diferencia del sistema francés, de creación jurisprudencial y por ende esencialmente pragmático, el sistema italiano parte de una bipartición teórica entre derechos subjetivos e intereses legítimos.

Mientras la protección de los derechos subjetivos está asignada a la justicia ordinaria la competencia para dirimir las controversias que versan sobre intereses legítimos corresponde al Consejo de Estado.

Esa diferenciación; propia del sistema, induce a la doctrina italiana a realizar un importante esfuerzo doctrinario tendiente a configurar los conceptos que acotan la jurisdicción de los tribunales judiciales, orientándose el mayor esfuerzo en la búsqueda de una concepción que permitiera ubicar jurídicamente como categorías diferentes al derecho subjetivo y al interés legítimo.

En una primera tendencia doctrinaria, la idea central que afirma la distinción reposa en el destinatario del interés, apareciendo el derecho subjetivo como algo que pertenece en forma exclusiva al titular, mientras que el interés legítimo es una coincidencia entre el interés del administrado con el interés general que preside la emisión de la norma, generando por ello, una tutela indirecta a través del cumplimiento o ejecución de la norma general.

Por su parte, Guicciardi parte de un examen sobre el conjunto de disposiciones que integran el derecho administrativo, en el cual encuentra un grupo de normas que han sido establecidas para proteger frente a la actividad administrativa situaciones jurídicas individuales (normas de relación) junto a otra especie de normas que han sido puestas para garantizar la utilidad pública (normas de acción). Entre este grupo se hallarían las que versan sobre organización al contenido y al procedimiento que rige la actuación administrativa (17).

Pero esta teoría que ve solo derechos subjetivos en las normas de relación ha sido objeto de críticas, habiéndose sostenido que en el interés legítimo hay también una verdadera relación inter-subjetiva que es plenamente disponible por el particular, expresándose en el perjuicio que el acto le causa al administrado (18).

Las concepciones posteriores formuladas en Italia han procurado fundar la distinción en la garantía de utilidad sustancial (derecho subjetivo) o de utilidad meramente instrumental (interés legítimo) (19) o bien como lo postula una reciente doctrina partiendo del reconocimiento que el derecho subjetivo constituye el presupuesto de las situaciones que en la doctrina italiana encuadran en el concepto de interés legítimo, el cual consiste en la extensión o proyección de la protección dispensada a tales derechos de fondo frente a los procedimientos administrativos que gravitan sobre los mismos con el fin de restablecer la legitimidad (20).

Se trata, en consecuencia, en esta teoría, de un derecho distinto al que subyace en la relación jurídica de fondo que tiene por finalidad la tutela directa de un derecho adjetivo, con la finalidad de proteger un derecho subjetivo.

IV. NATURALEZA Y REGIMEN DE LA IMPUGNACION JUDICIAL DE ACTOS GENERALES PREVISTA EN EL ART. 24 DE LA LEY 19.549

La ley nacional de procedimientos administrativos prescribe dos especies de impugnación de actos generales según que se trate de impugnar directamente un reglamento, o bien, que se lo impugne cuando la autoridad administrativa le hubiera comenzado a dar aplicación mediante actos definitivos.

A) Impugnación directa y sus requisitos:

El primero de los modos de impugnación se encuentra reglado en el inc. a) del art. 24 de la ley 19.549 el cual prescribe tal posibilidad; "cuando un interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos, haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó y el resultado fuere adverso o se diere alguno de los supuestos establecidos en el art. 10", norma esta última reguladora del silencio o ambigüedad de la Administración.

Veamos sus requisitos:

1) Afectación actual o potencial de derechos subjetivos en forma cierta e inminente: No voy a detenerme excesivamente acerca de las diferentes concepciones formuladas por la doctrina acerca del derecho subjetivo. Pienso -como lo manifestara anteriormente (21)- que la distinción entre el derecho subjetivo y el interés legítimo no puede fundarse en el dato de la exclusividad o concurrencia porque tal es un dato externo relativo al modo en que se presenta la titularidad, pudiendo haber derechos subjetivos otorgados a una concurrencia de individuos e intereses legítimos que solo puedan ser invocados por un administrado.

La clave se halla a mi juicio en concebir al derecho subjetivo como poder jurídico atribuido al sujeto por el ordenamiento para la tutela de un derecho sustantivo, de naturaleza pública o privada. En cambio, el interés legítimo, que también presupone subjetividad, pertenece igualmente al género de los poderes jurídicos pero se confiere para tutelar un derecho adjetivo, consistiendo este derecho en la extensión de la proyección de los derechos frente a los procedimientos administrativos.

Sostengo, entonces, que cuando el art. 24, inc. a) de la ley 19.549 se refiere a la incidencia del acto en el derecho subjetivo del impugnante, la circunstancia de haber establecido que el acto afecte o pueda afectar un derecho subjetivo, abre la posibilidad de interpretar que la impugnación directa también procede cuando la "incidencia potencial" (22) se refiera a un derecho subjetivo subyacente, aun cuando su protección procedimental directa se encuentre representada por un interés legítimo.

De ahí no hay más que dar un paso para aceptar que la impugnación se abre aun cuando se invoque solo la existencia de un interés personal y directo en la violación de un derecho actual o potencial como lo hace la jurisprudencia francesa, la cual no exige que el derecho se encuentre adquirido ni incorporado al patrimonio del administrado.

La norma requiere también que se trate de una alteración cierta o inminente del derecho subjetivo. La certeza vincúlase a la comprobación entre la lesión actual o potencial del derecho y el reglamento, mientras que el requisito de la inminencia se refiere al plazo inicial de vigencia de las normas generales impugnadas, la cual será materia del arbitrio judicial en cada caso, teniendo en cuenta que pueda haber una aplicación inminente de un reglamento que cause o provoque una lesión potencial.

2) Interposición de un reclamo ante la autoridad que dictó el reglamento: La exigencia de la deducción previa de un reclamo en sede administrativa ante la autoridad que dictó el reglamento ha sido interpretada como un requisito diferente a la reclamación administrativa previa instituida por la ley de demandas contra la Nación 3952 (Adla, 1889-1919, 486) y actualmente regulada por los arts. 30 y sigts. de la ley de procedimientos

administrativos. Trátase de una mera reclamación administrativa (23) o bien de lo que Linares denomina "reclamo impropio contra normas generales" (24).

Las diferencias más significativas hallanse en que en este tipo de reclamo previo no se requiere agotar las instancias administrativas ni existen plazos para su resolución, sin perjuicio de la existencia de los plazos legales para configurar el silencio administrativo conforme al art. 19 de la ley.

¿Es necesario deducir siempre este reclamo? Comparto al respecto la posición de Hutchinson por cuanto sostiene la aplicación analógica del principio -sentado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y recogido por el art. 32, inc. e) de la ley- que estatuye la innecesariedad del recaudo cuando mediere una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo en un ritualismo inútil. Ello ocurrirá siempre que antes del dictado del acto el particular exponga razones contrarias a su dictado, señalando la afectación que el mismo acarreará sus derechos subjetivos (25).

3) Decisión acerca del reclamo: El cuadro de los requisitos se cierra con la exigencia de que el reclamo sea adverso a la pretensión del peticionario o bien, si no ha habido decisión disponiendo el rechazo de la petición, si se diere el supuesto de silencio o ambigüedad de la Administración previsto en el art. 10 de la ley de procedimientos administrativos.

La ocurrencia del silencio o ambigüedad de la Administración para atribuir a esa actitud el sentido de una negativa o rechazo requiere del transcurso de un plazo, el cual no puede exceder de 60 días, si las normas especiales no prevén un plazo diferente para el respectivo pronunciamiento (art. 10, ley 19.549). A ello cabe añadirle la carga procedimental que obliga al administrado a requerir el pronto despacho de las actuaciones para, recién después de transcurrir otros 30 días sin dictarse resolución, poder considerar que hay silencio de la Administración.

Trátase de un procedimiento por demás dilatorio y complicado que en nada contribuye a la legalidad de los reglamentos ni a la defensa de los derechos de los particulares afectados por un acto de alcance general.

Se discute en doctrina si existe similitud entre silencio y ambigüedad. Para Marienhoff "el signo característico del silencio es la ambigüedad, asimilando ambos conceptos" (26) mientras que otros autores consideran que la ambigüedad requiere de una decisión expresa de la Administración que resulta incierta (27).

En mi opinión la ambigüedad comprende tanto al silencio resultante de una abstención como a la medida expresa que en los hechos deja sin resolver la petición dejándola en un estado de incertidumbre acerca del resultado adverso o no de la decisión o resolución administrativa; es decir, la ley contempla ambas posibilidades otorgándoles el mismo tratamiento jurídico.

B) Impugnación de reglamentos a los cuales se les hubiera dado aplicación:

El otro medio de impugnación de un acto de alcance general previsto en el art. 24, inc. b) de la ley de procedimientos administrativos consiste en impugnar el reglamento a través del acto administrativo de aplicación.

Se dice que se trata de una suerte de impugnación indirecta ya que si bien puede obtenerse satisfacción procesal respecto de una pretensión anulatoria, ella se ejercería mediante la impugnación del acto de alcance particular (28).

En mi concepto la norma no proclama la exigencia de impugnar judicialmente al mismo tiempo el acto de alcance particular, el cual puede impugnarse por la vía prescripta en el art. 23 de la ley, sin perjuicio de la posibilidad de acumular ambas pretensiones.

Lo que exige la disposición legal es que para habilitar la instancia judicial de impugnación del reglamento se cumplan previamente dos requisitos, a saber:

a) la autoridad administrativa debe haberle dado aplicación al reglamento mediante actos definitivos;

b) contra tales actos definitivos deben haberse agotado, sin éxito, las instancias administrativas, mediante la impugnación del reglamento en sede administrativa, conforme a lo previsto en el art. 73 del Reglamento de procedimientos administrativos aprobado por decreto 1759/72 (con las reformas introducidas por el decreto 3700/77 -Adla, XXXII-B, 2125; XXXVIII-A, 170-). Aquí sí es necesario realizar la impugnación conjunta del acto de aplicación y del reglamento como lo postula Barra (29).

Pienso que los conceptos de acto definitivo y acto que agota las instancias administrativas, si bien han sido mal empleados por alguna doctrina y jurisprudencia, como la de la Provincia de Buenos Aires, son suficientemente claros si se los interpreta correctamente.

En tal sentido y como lo aclaró hace tiempo Linares (30), la expresión acto definitivo alude a una decisión

que resuelve finalmente el procedimiento administrativo, oponiéndose al acto de mero trámite o resolución interlocutoria. En cambio, el concepto de acto que agota la instancia administrativa, refiérese al acto que del órgano jerárquicamente superior, clausurando el estado administrativo, en el sentido de que después de esa instancia no hay vías administrativas de impugnación ante órganos administrativos diferentes.

V. OBSERVACIONES CRITICAS SOBRE LA JURISPRUDENCIA Y ALGUNAS PROPOSICIONES ACERCA DE LA IMPUGNACION JUDICIAL DE LOS REGLAMENTOS

Sostengo que por el hecho de haberse regulado en forma incompleta la acción contenciosoadministrativa en el orden nacional, no por ello resulta inexistente habida cuenta su reconocimiento en la ley de procedimientos administrativos, la jurisprudencia de los tribunales y, sobre todo, la doctrina científica, fuente importantísima de un derecho nuevo y en formación como es nuestra disciplina.

En materia de impugnación de reglamentos participo de la opinión de García de Enterría en el sentido que generando la ilegitimidad de un reglamento un vicio que afecta al orden público, la eliminación del mismo constituye una posibilidad que debe ser reconocida y estimulada por la doctrina y la jurisprudencia, inclusive con efectos "erga omnes" [\(31\)](#).

Pienso que no afecta la teoría de la separación de los poderes el reconocimiento de la potestad jurisdiccional de anular, con carácter general, los reglamentos ilegítimos, por cuanto ello no implica la invasión en la zona de reserva de la Administración sino el ejercicio de una potestad que resulta consustancial con la función de decidir la controversia con fuerza de verdad legal la cual, en el sistema de nuestra constitución, corresponde a los jueces.

Obligar a que cada particular recorra todo el camino procedimental para obtener el mismo resultado, aparte de implicar un exceso en la actividad jurisdiccional donde el derecho del administrado puede frustrarse por la inobservancia de ápices formales del proceso, importa quebrar en los hechos la legalidad administrativa.

Esa será, por otra parte, la única manera de resguardar el equilibrio en la relación entre Administración pública y los particulares, pues si el sistema permite en la realidad que el Poder Ejecutivo y sus entidades continúen aplicando reglamentos ilegítimos, o sí, se cierra de tal modo el acceso a la jurisdicción que solo en contadas ocasiones un particular se halla habilitado a impugnar un reglamento directamente en sede judicial, lo que se está consagrando es el imperio de la arbitrariedad y de la injusticia.

Urge, pues, que la jurisprudencia de nuestros tribunales o la nueva legislación establezca una saludable y justa solución al problema de la legitimación procesal para impugnar reglamentos en sede judicial, tanto en materia de los procesos de amparo, donde solo en algunos casos se ha aceptado su procedencia [\(32\)](#) como en la acción contenciosoadministrativa o en los recursos de esa naturaleza instituidos por leyes especiales [\(33\)](#).

La escasa jurisprudencia que ha habido en torno al art. 24, inc. a) de la ley de procedimientos administrativos ha sostenido que la carencia de un recurso objetivo de anulación torna improcedente la suspensión o extinción de un reglamento en sede judicial debido a la falta de protección en nuestro derecho del interés legítimo.

El argumento de la falta de un recurso objetivo de anulación es fácilmente superable a poco que se reconozca la existencia de una única acción contenciosoadministrativa, la cual puede comprender, en nuestro sistema, tanto pretensiones anulatorias como de otro tipo, ya fuere para proteger derechos subjetivos como intereses legítimos, donde se proteja un derecho subjetivo subyacente.

Esto es así por cuanto si el particular escoge la vía del art. 24, inc. a) de la ley, la impugnación se da contra el acto y es sabido que desde Laferrière en adelante se ha considerado que esto es lo propio de las pretensiones de anulación. El hecho de que por las características del sistema vigente en el orden nacional no se halla reconocida la acción de anulación con carácter autónomo no contradice su subsistencia dentro de una única acción: la contenciosoadministrativa, donde puede ejercerse la pretensión anulatoria en forma separada o juntamente con la pretensión por la cual se reclaman -por ejemplo- daños y perjuicios.

Obsérvese que la construcción de la teoría del interés legítimo, creada para ampliar el círculo de los actos susceptibles de impugnación ante tribunales en lo contenciosoadministrativo, se utiliza -como si fuera una técnica intercambiable- para negar el acceso a la jurisdicción, tal como ocurría en Francia en el siglo anterior.

Sin pretender aplicar toda la sabia y prudente concepción elaborada por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés la cual ha sido elogiada unánimemente por los resultados obtenidos, a pesar de su formulación empírica, creo que ella no contradice las grandes tendencias que debe guiar el desarrollo del derecho administrativo argentino del futuro en esta materia, cuyos perfiles deben desdeñarse sobre la base de ampliar el campo de la legitimación para impugnar reglamentos en sede judicial. Y esto, desde luego, es mucho más trascendente y útil que ampliar el campo del control al llamado acto institucional el cual no crea relaciones

directas con los administrados (34).

Con ello se evitarán consecuencias desvaliosas para el orden de la justicia, los derechos individuales hallarán debida protección ante los jueces, quienes podrán impedir que el principio que exige el imperio de la legitimidad quede desprovisto de consecuencias prácticas en el mundo de la realidad.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

- (1) Proyecto de Código Procesal Contenciosoadministrativo de la provincia de La Pampa, art. 15.
- (2) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. II, p. 222, Buenos Aires, 1975.
- (3) FADDA, Natalio, "Lo contenciosoadministrativo y la jurisdicción administrativa", p. 250, Rosario, 1950.
- (4) FIORINI, Bartolomé A., "¿Qué es el contencioso?", ps. 82-83, Buenos Aires, 1965.
- (5) BONNARD, Roger, "Le controle juridictionnel de l'Administration", p. 26, París, 1934.
- (6) GIORGI, Héctor, "El contenciosoadministrativo de anulación", p. 24, Montevideo, 1958.
- (7) SAYAGUES LASO, Enrique, "Tratado de Derecho Administrativo", t. II, p. 506, Montevideo, 1959.
- (8) La Comisión estuvo integrada por los doctores Escola, Cozzi y Young.
- (9) CNFed., en pleno, en el caso "Gobierno nacional c. Fábrica de Cubiertos Perel, S. C. A.", publicado en Rev. LA LEY, t. 1975-D, p. 297.
- (10) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. I, ps. 252 y sigts., Buenos Aires, 1977.
- (11) CASSAGNE, Juan Carlos, "El acto administrativo", ps. 183 y sigts., Buenos Aires, 1978, 2ª ed., al analizar los elementos del acto administrativo concreto, aplicables también a los actos generales.
- (12) Fallo plenario de la Cámara Federal en la causa "Gobierno nacional c. Yabotti, S. R. L." de fecha 29/12/58, publicado en Rev. LA LEY, t. 98, p. 13.
- (13) BENOIT, Francis Paul, "Le droit administratif français", p. 574, Toulouse, 1968.
- (14) BENOIT, Francis Paul, op. cit., ps. 577, 578.
- (15) LAUBADERE, Andre de, "Traité élémentaire de Droit Administratif", t. I, ps. 481, 482, París, 1970.
- (16) ESCOLA, Héctor Jorge, "Tratado General de Procedimiento administrativo", ps. 182 y sigts., Buenos Aires, 1973; BIELSA, Rafael, "Sobre lo contenciosoadministrativo", p. 180, 3ª ed., Santa Fe, 1964, quienes extienden al "interés legítimo" algunos requisitos propios del sistema francés, tal como el "interés personal y directo".
- (17) GIUCCIARDI, Enrico, "La giustizia amministrativa", 3ª ed., ps. 9 y sigts., Padova, 1957.
- (18) GARCIA de ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, "Curso de derecho administrativo", t. II, p. 45, Madrid, 1977.
- (19) ALESSI, Renato, "Instituciones de Derecho administrativo", t. II, ps. 451 y sigts., trad. del italiano, Barcelona, 1970.
- (20) CANNADA-BARTOLI, Eugenio, cit. por GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y otro, op. cit., t. II, p. 49, Madrid, 1977.
- (21) CASSAGNE, Juan Carlos, "El acto administrativo", 2ª ed., p. 394, Buenos Aires, 1978.
- (22) HUTCHINSON, Tomás, "La impugnación judicial de los reglamentos", en R. A. D. A. núm. 9, p. 3, Buenos Aires, 1976.
- (23) HUTCHINSON, Tomás, op. cit., p. 42; PEARSON, Marcelo M., "Manual de procedimiento administrativo", p. 115, Buenos Aires, 1976.
- (24) LINARES, Juan Francisco, "Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo", p. 33, Buenos Aires, 1974.
- (25) HUTCHINSON, Tomás, op. cit., ps. 42-43.
- (26) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. II, ps. 316 y sigts., Buenos Aires, 1975.
- (27) HUTCHINSON, Tomás, op. cit., p. 44.
- (28) HUTCHINSON, Tomás, op. cit., ps. 45-47.
- (29) BARRA, Rodolfo Carlos, "La potestad reglamentaria de la Administración pública" en "Régimen de la Administración pública", núm. 1, ps. 27-28, Buenos Aires, 1978.
- (30) LINARES, Juan Francisco, "Cosa juzgada administrativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación", ps. 23-24, Buenos Aires, 1946.
- (31) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, "Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial", p. 21, Madrid, 1970.
- (32) V. BIDART CAMPOS, Germán J., "Régimen legal y jurisdiccional del amparo", ps. 147 y sigts., al comentar el caso "Outon, Carlos J. y otros", fallado por la Corte en el año 1967 (Rev. LA LEY, t. 126, p. 293; Rev. Derecho del Trabajo, 1967, p. 231).
- (33) Donde, además se plantea la cuestión relativa al modo de computar los plazos de caducidad v. ESTRADA, Juan Ramón de "La primera reforma a la ley de procedimientos administrativos", Revista Legislación

Argentina, año 1978, t. 1, p. 7.

(34) V. MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., t. II, ps. 755 y sigs.; CASSAGNE, Juan Carlos, op. cit., ps. 165 y siguientes.