

¿Razonable reglamentación del Principio Pro-Actione en el proceso contencioso- administrativo?

Por JOSEFINA PAZOS

“... Aquí no se puede comparecer sino con una actitud compasiva, si uno quiere ser tomado en consideración. No digo que sea un procedimiento aberrante, pero ofrezco a su conciencia esta definición del mismo, por si quiere servirse de ella como una autocrítica,” KAFKA, FRANZ, El Proceso, Centro Editor de Cultura, Buenos Aires, 2005, p. 41.

1. Punto de partida

Coincidimos con el Dr. CASSAGNE¹ en que: *“El acceso a la justicia se ha convertido en una formidable carrera de obstáculos que, tras la máscara de la seguridad jurídica, la división de poderes, la conveniencia de que la Administración pueda enmendar sus errores e ilegalidades, ha transformado el régimen procesal administrativo en un conjunto desordenado e ilógico de ritualismos inútiles.*

Si bien los excesos del formalismo han sido mayúsculos y la condena de la doctrina ha estado, en muchos casos, apoyada en sólidos fundamentos, se mantiene aún en la jurisprudencia de nuestros tribunales la constitucionalidad de la regla, lo que nos parece insostenible a la luz de los principios que recogen los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y que serán desarrollados en los acápite siguientes.

En efecto, la regla del agotamiento de la instancia administrativa está asociada a una serie de dogmas y teorías² que terminan por aniquilar la tutela administrativa y judicial efectiva.

Un claro ejemplo de la interpretación irracional que se hace para fundar la constitucionalidad de los plazos de caducidad se encuentra en el criterio sentado en un

¹ CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Acerca de la subsistencia de la regla del agotamiento de la vía administrativa*, Jornadas Latinoamericanas de Derecho Administrativo, organizadas por la Universidad de Belgrano y el Colegio Público de Abogados, durante los días 27,28 y 29 de abril de 2011.

² En doctrina opuesta a la nuestra se encuentra MONTI, LAURA, *Agotamiento de la vía administrativa y tutela judicial efectiva*, que puede consultarse en www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/003-edp-3-monti.pdf cuando en la página 318 dice: *“El rol de colaborador que el particular desempeña en el procedimiento administrativo demuestra aquí su especial trascendencia, al propender, con su actuación, a que el Estado actúe conforme al ordenamiento jurídico, y se eviten perjuicios a la comunidad derivados de su eventual actuación ilegítima o de la judicialización de asuntos que podrían ser resueltos en sede administrativa”.*

fallo, no reiterado, de la CSJN. Así, en el conocido caso “Serra”³, nuestro más Alto Tribunal llegó a sostener que los plazos de caducidad reafirmaban la división de poderes en cuanto el principio formaba parte de la zona de reserva de la Administración y que el sistema tendía a que fuera la “misma Administración (...) quien resuelva sus conflictos jurídicos”.

La argumentación, en sí misma, constituye un agravio a la lógica constitucional porque lo cierto es que, tratándose de un sistema judicialista puro, la división de poderes nunca puede jugar en contra del acceso irrestricto a la justicia y menos aún pueden, los plazos de caducidad integrar la zona de Reserva de la Administración, por la sencilla razón de que no forman parte de una potestad propia o inherente del Ejecutivo”.

2. El proceso contencioso-administrativo

2.1. Sistema judicialista

En la doctrina nacional⁴, al menos en general, se reserva el nombre de **procedimiento administrativo** para denominar a “*las actuaciones seguidas ante la propia Administración o ante un órgano que ejerza función administrativa*”⁵. Allí tramitarán los remedios que tiene a su alcance el interesado para impugnar la actividad administrativa que lo afecta y defender sus derechos”.

El **proceso administrativo**, en cambio, “*se desarrolla cuando existe función jurisdiccional*”⁶ a través de la solución de controversias entre partes con fuerza de verdad legal ejercida por un órgano imparcial e independiente y ello sólo se da en el

³ CSJN, *Serra, Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, S. 182. XXIV; 26-10-1993; t. 316 p. 2454.

⁴ REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación Judicial de la Actividad Administrativa*, La Ley, Buenos Aires, 2000, Cap II, pp. II-17-18.

⁵ Se entiende por función administrativa: “*toda la actividad que realizan los órganos administrativos y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales*” de acuerdo a la definición sentada en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t.1., *Parte general*, FDA, Buenos Aires, 2013, 11ª ed., cap. IX, p. IX-39.

⁶ Cabe hacer la salvedad de que la función jurisdiccional es entendida desde una concepción ecléctica en la que se combina tanto el aspecto material como el orgánico siendo que el único poder que puede resolver controversias con fuerza de verdad legal y que reviste la condición de independiente e imparcial es el Judicial. Ello, pues, tanto en la órbita del poder ejecutivo (al tiempo de resolverse un recurso jerárquico por parte de un Ministro o Secretario de la Presidencia de la Nación, o en las decisiones que adoptan órganos administrativos sobre controversias entre particulares: ENRE, ENARGAS) como en el ámbito del Poder Legislativo (al ejercerse la atribución atinente al denominado “juicio político”) se ejercen respectivamente funciones materialmente jurisdiccionales sin que se trate strictu sensu de función judicial propiamente dicha al carecerse de la nota de imparcialidad e independencia antes mencionada. Por ende, a esas actuaciones se les aplica diferente régimen normativo.

ámbito del Poder judicial”.

Así, es únicamente en el proceso judicial, donde se hará la determinación definitiva y correctora del derecho y la justicia en un caso concreto, controlándose, de manera imparcial e independiente, las decisiones de los órganos legislativos y administrativos.

Esta nota se sustenta, en nuestro sistema, por lo dispuesto en el art. 108 de la CN cuando establece que el Poder Judicial debe ser encabezado por la CSJN y demás tribunales inferiores que establezca el Congreso. Por su parte, el art. 116 de la CN establece que corresponde a la CSJN y demás tribunales inferiores el conocimiento y decisión, entre otras, de los asuntos en que la Nación sea parte. Se refuerza, asimismo, por la prohibición absoluta al Ejecutivo de ejercer funciones judiciales conforme lo dispuesto en el art. 109 de la CN: *“En ningún caso el Presidente podrá arrogarse el conocimiento de causas pendientes ni restablecer las fenecidas”*. También se refuerza por lo establecido en el art. 110 que consagra la nota de imparcialidad e independencia al establecer la inamovilidad y la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces.

La reforma de 1994 ratifica el sistema judicialista al legitimar -en su art. 43- la promoción del amparo judicial contra actos u omisiones de los poderes públicos que lesionen, restrinjan, alteren o amenacen derechos o garantías constitucionales.

El ejercicio de la función judicial se vincula además –directamente- con el principio de la **tutela judicial efectiva**, entendida como la posibilidad de todo ciudadano de contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos para reclamar por la vulneración de sus derechos fundamentales.

A este respecto podemos traer a colación, primeramente, la letra del artículo 18 de la CN cuando establece: “

“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos (...)”.

Por su parte, el art. 13 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su parte pertinente, reza:

“La Ciudad garantiza la libertad de sus habitantes como parte de la inviolable dignidad de las personas. Los funcionarios se atienen estrictamente a las siguientes reglas: 1. Nadie puede ser privado de su libertad sin una orden escrita y fundada emanada de autoridad judicial competente, salvo caso de flagrante delito con inmediata comunicación al juez. (...) 3. Rigen los principios de legalidad, determinación, inviolabilidad de la defensa en juicio, juez designado por la ley antes del hecho de la causa, proporcionalidad, sistema acusatorio, doble instancia, inmediatez, publicidad e

imparcialidad. Son nulos los actos que vulneren garantías procesales y todas las pruebas que se hubieren obtenido como resultado de los mismos”.

A su vez, del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se desprende, en lo que aquí interesa que:

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

La cuestión no es menor en el derecho administrativo pues, partiendo de la base de que nos encontramos en un **Estado de Derecho**, lo que supone la sumisión de TODOS, incluyendo al mismo Estado a la ley, resulta ser que el denominado proceso contencioso-administrativo se constituye en la herramienta para hacerlo realmente efectivo, en lo que respecta a la vinculación de los ciudadanos con el Estado.

En línea con lo manifestado por el Dr. REJTMAN FARAH⁷, es preciso señalar que, *“en todos los casos, el control judicial de la legalidad estatal deberá ser amplio y pleno, conforme lo previsto por nuestra Constitución Nacional (arts. 95,100, 17 y 18) a fin de preservar el mencionado principio de legalidad en juego. En nada influirá la existencia de una norma específica que prevea tal control pues como lo recordara la CSJN “(...) la omisión de una disposición expresa (...) no debe entenderse en el caso como privación de recurso judicial al respecto”.*⁸

Resumiendo, lo que caracteriza a cualquier **sistema judicialista** es el hecho de atribuir a un poder judicial **independiente** el conocimiento de las causas en que los Estados o Provincias, son parte en el litigio. En general estos sistemas son también denominados de **jurisdicción única** (aunque se admite que puedan coexistir excepcionalmente, por razones de especialización, determinados tribunales administrativos como son los llamados sistemas de jurisdicción administrativa primaria

⁷REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación Judicial de la Actividad Administrativa, op.cit.*, cap II, p. II-16.

⁸ Ver sobre el punto: CSJN, *Fernández Arias c/ Poggio* (fallos: 247:646) donde se sentó una firme y constante jurisprudencia, posteriormente ratificada a través de numerosos fallos, reconociendo como consecuencia de la garantía derivada del art. 18 de la CN el derecho de ocurrir siempre ante un tribunal judicial en procura de justicia, constituyendo privación de ella y agravio constitucional la sustracción de un asunto a la instancia judicial propiamente dicha. Ver asimismo fallos 261:36 donde el Máximo Tribunal recordó que privar de acción judicial constituiría una grave deficiencia inconstitucional. Asimismo puntualizó que cualquier norma que prevea la inapelabilidad de una decisión administrativa violaría los principios y garantías constitucionales del mismo modo que la falta de previsión de una vía judicial de revisión no altera la posibilidad de hacerlo en tanto la regla es que *“todos los actos que producen efectos jurídicos directos con relación a administrados o terceros destinatarios de ellos están sujetos a tal revisión (Fallos 305:1937)”*. Recordó también que la existencia de tribunales judiciales ante los cuales ocurrir constituye uno de los presupuestos esenciales de la garantía de defensa en juicio.

con control judicial amplio o simplemente revisor, o incluso prohibido -como ocurre en algunos casos en el sistema norteamericano). Entre los sistemas judicialistas o de jurisdicción única encontramos a Inglaterra, EEUU, Argentina, España. Dentro de estos sistemas puede establecerse la competencia para el control de la actividad administrativa al fuero general (EEUU, Inglaterra) o a fueros especializados (España y Argentina)

2.2. Nueva dimensión del proceso contencioso administrativo

En este sentido, es importante tener en cuenta que, si bien históricamente, el proceso contencioso-administrativo se consideró como una suerte de proceso “revisor” o “juicio al acto administrativo” (forma clásica de expresión de la voluntad administrativa), lo cierto es que actualmente existe una nueva dimensión del proceso vinculado a la garantía de acceso a la justicia en procesos en los que se demanda al Estado por omisión y persiguiéndose la satisfacción de **derechos económicos sociales y culturales** que exceden lo meramente individual.

Esta nueva dimensión se relaciona con el desarrollo y la evolución del derecho internacional de los derechos humanos como consecuencia de lo cual, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han ido delineando diversos principios y estándares sobre los alcances de los derechos al debido proceso judicial y a la tutela judicial efectiva en casos que involucran la vulneración de Derechos Económicos Sociales y Culturales,⁹ aspecto que será reseñado en el acápite 4.

Sólo se adelanta que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo de manera contundente y clara que: *“El principio de tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses ante el poder público, aún cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto”*.¹⁰ Asimismo, en OEA/Ser.L/V/II.129 Doc.4, 7 septiembre 2007, sobre la fijación de estándares vinculados al debido procedimiento administrativo y al debido proceso legal adjetivo, le ha dado un carácter sumamente amplio al referido principio.

A su vez, esta nueva visión o concepción del proceso contencioso-administrativo ha reavivado la polémica respecto al sistema de la separación de poderes y funciones. GARGARELLA¹¹ analiza críticamente dos fallos del Tribunal Superior

⁹ Ver, COIDH, *El acceso a la justicia como garantía de derechos económicos, sociales y culturales*, punto III: “Debido proceso administrativo y garantía de derechos sociales (disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/Accessodescindice.sp.htm>).

¹⁰ CIDH, Informe N° 80/99, emitido en el caso N° 10.194, *Palacios N.C/R Argentina*.

¹¹ Ver GARGARELLA, ROBERTO y MAURINO, GUSTAVO, AAVV, *Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad*, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/89/gargarella-roberto-y-maurino-gustavo-vivir-en-la-calle-el-derecho-a-la-vivienda-en-la-jurisprudencia-del-tsj.pdf>.

de Justicia de la CABA (*Alba Quintana*¹² y *Asesoría General Tutelar*¹³ del año 2010) en los que el TSJ debió evaluar si la política pública local establecida para brindar asistencia habitacional a personas que se encuentran en “situación de calle” era consistente con –o violatoria del– derecho a la vivienda, consagrado en el art. 31 de la Constitución de la Ciudad, y que cuenta con jerarquía constitucional en virtud de su reconocimiento en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“PIDESC”).

Conforme con esos fallos, el Poder Judicial no debe involucrarse en cuestiones relacionadas con la aplicación de los derechos sociales, porque ello implicaría dejar que la justicia tome el lugar de los legisladores, que son los constitucionalmente encargados de resolver cuestiones que tienen que ver con el presupuesto. De este modo, se quebraría el principio de división de poderes, frustrándose su finalidad que es evitar el abuso del poder.

Vinculado a lo anterior existe otro argumento denominado “argumento democrático” y que se refiere a la falta de legitimidad de la justicia para resolver cuestiones relacionadas con el presupuesto o, más específicamente, con el diseño de políticas públicas específicas que deben ser organizadas y definidas por la ciudadanía, directamente o a través de sus representantes, y no por personas que no han sido elegidas por el voto popular.

Se opondría así la “legitimidad diferencial” entre ambos poderes. Se critica esta objeción, sin embargo, por encerrar un concepto de “democracia” que no se compadece con el de la democracia deliberativa, conforme la cual, las decisiones democráticas se justifican cuando ellas son el resultado de una discusión amplia entre todos los potencialmente afectados. Y, en este sentido, se considera que los jueces se encuentran, en términos institucionales, en una excelente posición para favorecer la deliberación democrática. El Poder Judicial es la institución que recibe querrelas de los que son, o sienten que han sido, tratados indebidamente en el proceso político de toma de decisiones. Más aún, los jueces se encuentran institucionalmente obligados a escuchar a las diferentes partes del conflicto –y no sólo a la parte que reclama haber sido mal tratada.

Esa visión de la división de poderes es la que -en su momento- se denominó “separación estricta” (basada en la concepción antifederalista norteamericana y la revolución francesa) y que luego fue superada por la actualmente dominante teoría sobre la separación de poderes que no es otra que la popularizada por JAMES MADISON (El Federalista), en su propuesta de un sistema de “frenos y contrapesos”. Y en su misma esencia, en el núcleo de la idea de los “frenos y contrapesos” se encuentra

¹² TSJ, *Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y Otros s/ Amparo (art. 14 CCABA) s/ Recurso de Inconstitucionalidad concedido*, Expte. 6754/09, sentencia del 12 de mayo del 2010.

¹³ TSJ, *Ministerio Público – Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, Expte. nº 6153/08, sentencia del 12 de mayo de 2010.

instalada la idea según la cual, cada una de las ramas de gobierno, debía tener el poder suficiente para interactuar con –y contrarrestar– el posible embate de las demás. La idea de “frenos y contrapesos” significa, desde un principio, fundamentalmente eso: la capacidad de mutua interferencia de un poder sobre otro, la idea de que cada poder cuenta con las armas suficientes y necesarias para resistir los seguros embates de los demás.

Por lo dicho hasta aquí, los jueces no sólo se encuentran bien situados para enriquecer el proceso deliberativo y ayudarlo a corregir algunas de sus indebidas parcialidades, sino que además cuentan, a su disposición, con herramientas que facilitan esa tarea. Al mismo tiempo, tienen amplias posibilidades de actuar de manera respetuosa hacia a la autoridad popular: Pueden bloquear la aplicación de una cierta norma y devolverla al Congreso, forzándolo a repensarla; pueden declarar que algún derecho fue violado, sin imponer a los legisladores una solución concreta; pueden establecer que una violación de derechos debe corregirse en un tiempo límite, sin ocupar el lugar del legislador ni decidir cuál remedio particular debería ser aprobado; pueden sugerir al legislador una serie de soluciones alternativas, dejando la decisión final en manos de éste último.

De este modo, la **justicia podría participar de un modo dialógico en la construcción del derecho**, y ayudar así a las demás ramas del poder y a la ciudadanía en general, en este continuo proceso de reflexión constitucional. Actuando de este modo, la justicia podría, a la vez, escapar de las dos principales líneas de acción alternativas con las que aparece tradicionalmente asociada: ya sea la imposición de su autoridad y voluntad, por encima de la de los órganos democráticos; ya sea el silencio cómplice, que ampara las violaciones de derechos (por acción u omisión) cometidas por los demás poderes y que suele ocultarse bajo el ropaje de un poder judicial –según se alega– “estrictamente ceñido” a las exigencias del derecho, y por lo tanto, subserviente del poder legislativo.

En ese orden de ideas, es importante señalar que en el año 2012, en el fallo *Quizberth Castro*¹⁴ la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó una sentencia del Tribunal Superior de Justicia resuelta por remisión al fallo *Alba Quintana* antes citado y ordenó al GCBA a garantizar al niño discapacitado y su madre una solución habitacional provisoria y su inclusión en algún programa para acceder a una vivienda digna con carácter definitivo.¹⁵ La CSJN consideró que los derechos fundamentales que

¹⁴ CSJN, Recurso de hecho deducido por Q.C.,S.Y. por sí y en representación de su hijo menor J.H.Q.C. en la causa *Q.C.,S.Y. c/ GCBA s/ amparo*, sentencia del 24/04/2012.

¹⁵ Ampliar en CHRISTE, GRACIELA ELENA, *Apostillas a la sentencia dictada por la CSJN en la causa Quisberth Castro, CSJN Q. 64 XLVI Recurso de Hecho, “Q.C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo*, Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Diciembre 2013, disponible en <http://www.adaciudad.org.ar/docs/CHRISTE-Apostillas-a-la-sentencia-Q.-C.-de-la-Corte-Suprema.pdf>).

consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al **control de razonabilidad por parte del Poder Judicial (considerando 12)**. Que ello significa que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad garantizando, en la especie, las condiciones de habitabilidad dignas.

En esa misma línea, se expone la CSJN en el considerando 14, párrafo cuarto *in fine*, al citar textualmente las pautas fijadas por el Comité DESC en el marco del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado por la República Argentina por ley 26.663) fijando pautas para establecer cómo puede entenderse el compromiso de los estados: *“Aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación del Estado parte de velar por el disfrute más amplio posible de los derechos económicos, sociales y culturales (...) habida cuenta de las circunstancias reinantes (...) los Estados parte tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad aun en momentos de limitaciones graves, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo”*.

Así las cosas, la Corte sugiere que la razonabilidad se enlaza a una teoría de la justicia, como la que John RAWLS¹⁶ describe en su obra, vinculando el principio de igualdad democrática que implica desarrollar los derechos hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, con el de diferencia con finalidad tuitiva. RAWLS plantea que el primer principio exige igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos, mientras que el segundo refiere a que las desigualdades sociales y económicas, por ejemplo las desigualdades de riqueza y autoridad, sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad. Esta concepción de la justicia propugna un esquema en el que se anulen los accidentes de los dones naturales y las contingencias de las circunstancias sociales.

Se trata de una fórmula que, en términos de los principios propios del sistema de derechos humanos, resulta compatible con el denominado *“pro homine,”*¹⁷ es decir aquel principio que obliga a interpretar a los derechos humanos de modo tal que atienda a que cada persona pueda obtener la mayor protección y, por ende, el máximo disfrute.

¹⁶ RAWLS, JOHN, *Teoría de la justicia*, Belknap, Estados Unidos, 1971.

¹⁷ Ver MANILI, PABLO LUIS, *El Bloque de Constitucionalidad*, La ley, Buenos Aires, 2003, pp 218-224 cuando sostuvo: *“(...) por aplicación de ese principio, toda discusión acerca de la primacía del derecho interno o del derecho internacional, en materia de derechos humanos, deviene abstracta, por cuanto el intérprete debe siempre elegir la norma que ampare de modo más amplio los derechos humanos. Con ello, el principio pro homine no sólo sirve como pauta para armonizar las normas que integran el bloque de constitucionalidad, sino que además constituye una demostración de la existencia de éste: ya no importa la ordenación jerárquica de las normas que amparan los derechos humanos; de todas ellas, en bloque, debemos elegir la más beneficiosa.”*

2.3. Ampliación de la legitimación para demandar

El problema de la legitimación tiene directa vinculación con el alcance de la protección de los derechos y, por lo tanto, del acceso a la justicia.

Así, en el siglo XIX se distinguía el derecho subjetivo propiamente dicho o primitivo —propiedad, libertad, etc.— del todavía no reconocido por la autoridad pública al que se llamaba interés o derecho en expectativa y que dependía, para su nacimiento, de un acto de la administración: recién entonces se tornaba adquirido y tenía tutela como el primero.

Nace así, en derecho administrativo, la distinción entre derecho subjetivo, con plena tutela administrativa y judicial y el interés legítimo. Del segundo se dirá durante más de un siglo que, a veces, tiene tutela judicial en los sistemas llamados contencioso-administrativos (el caso de Italia en donde la distinción determina el órgano a cargo del control de la actividad administrativa), pero no la tenía en otros sistemas como el judicial vigente en nuestro orden nacional. A esta categoría se agrega la de intereses difusos o de incidencia colectiva que, en general, quedaban sin protección judicial.

Luego, la Constitución de 1994 introduce en el art. 43 los derechos de incidencia colectiva, categoría más extensa de tutela y derecho de fondo que parece destinada a empalidecer la importancia de la previa distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, e incluso del interés difuso. Del mismo modo, la amplísima legitimación que existe para denunciar la violación a derechos humanos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituye una fuerza expansiva necesaria de la legitimación en el ámbito interno, aunque no todos estén todavía dispuestos a admitirlo. Esa amplia legitimación lleva también, inexorablemente, a que los efectos de la sentencia puedan en definitiva ser erga omnes.

Resulta de todo ello, que el derecho de incidencia colectiva es una noción superadora tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo. Esta tendencia superadora viene siendo preanunciada en todos los ordenamientos contemporáneos.

El resurgimiento de los derechos del hombre de mediados del siglo XX, da lugar a una nueva categoría de derechos: los derechos humanos de tercera generación. Además, materias como el consumo, el medio ambiente, la salud, el acceso a los medios de información, conectan con esta problemática al dar lugar a intereses con relevancia ya no estrictamente individual.

Fue en consecuencia necesario incorporar mecanismos procesales a la CN, para tutelar derechos que requerían la ampliación del concepto tradicional de legitimación, con lo cual, la reforma constitucional de 1994 profundizó el paradigma del constitucionalismo social como modelo constitucional, alejándose del clásico modelo económico liberal que instituía un rol pasivo y ausente del Estado apostando a la regulación del mercado. Este criterio orientador debe ser seguido por expreso mandato constitucional por el órgano judicial e impide una interpretación formalista y

restrictiva respecto de la legitimación para accionar en procesos de esta índole, y puestos a considerar el fundamento de su creación, éste resulta ser el “imperativo de transformar las concepciones judiciales para brindar tutela no sólo al derecho subjetivo, y ampliarla a los fenómenos reales de la vida colectiva, típicos de la sociedad moderna, que ponen en escena intereses interpersonales y difusos, merecedores de protección”.

La doctrina judicial ha considerado que el interés colectivo tiene en mira el bien común, el bienestar de la comunidad o de una pretensión mayoritaria que reconozca en él su propio interés individual.

La legitimación, desde un punto de vista procesal, se reconoce así como “ampliada”. El interés grupal o difuso en cuanto a su titularidad y pertenencia se convierte en colectivo cuando su representación es actuada por una entidad pública o privada. El tránsito de lo grupal a lo colectivo reside en el arbitrio fáctico y jurídico que encarna a la pluralidad de sujetos que, de esta forma, se concentra en un ente representativo.

El proceso colectivo admite una doble funcionalidad: la tutela de los derechos colectivos condensados en órganos públicos o privados que ejerciten una acción de prevención, reposición o resarcimiento del perjuicio que es de todos y por ello de nadie en particular y el reclamo por daños pluri-individuales diferenciados y acumulables, por razones de celeridad y economía, que pueden también recaer en idéntico legitimado activo. Incluso cuando el ordenamiento constitucional reconoció - en forma amplia- la legitimación por los derechos de incidencia colectiva, en los primeros años de la reforma constitucional, su aplicación fue limitada. El detonante fueron las múltiples lesiones a los millones de usuarios telefónicos, que llevaron a miles de amparos iguales y, por ende, al convencimiento material de que eso carecía de sentido y de utilidad práctica no solamente para los justiciables sino también para la justicia. La CSJN rechazó algunos de esos planteos, que en consecuencia tramitaron por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por privación de justicia.

En cualquier caso, la jurisprudencia federal de los demás tribunales fue afirmando cada vez con más fuerza esa legitimación, llegando —en un círculo completo— virtualmente al principio del pretor romano ahora consagrado en la Constitución. Ese proceso de adaptación comenzó en *Schroder*¹⁸ en materia de medio ambiente, cuando el tribunal dijo “*el problema de la legitimación de los particulares no debe constituir una verdadera denegación del acceso a la justicia de quienes se ven afectados por una medida estatal. Si la apertura de la jurisdicción no es garantizada [...] ¿qué garantía de juridicidad se ofrecerá a los ciudadanos, si no pueden contar con una auténtica defensa de sus derechos?*”.

Hoy en día las cinco Salas tienen precedentes análogos y amplios. Se trata de

¹⁸ CNFED, *Schroder, Juan c. Estado Nacional -Secretaría de Recursos Naturales*, sentencia del 8 de septiembre de 1994.

materia de orden público, de la cual ningún tribunal puede desentenderse. En todo caso la propia CSJN¹⁹, principalmente en las causas *Halabi* y *Mendoza*, sentó firmemente el criterio amplio.

3. Breve cronología en torno a la demandabilidad Estatal

3.1. En 1864, la CSJN dicta el fallo *Seste y Seguich* (fallos: 1:317), mediante el que interpreta el artículo 100 de la CN de 1853 en el sentido de que el Gobierno de la Nación no puede ser demandado sin su consentimiento (se requería una venia legislativa) ante los Tribunales Nacionales. Argumenta la CSJN que, lo contrario, importaría dar al Poder Judicial una superioridad inconciliable con la supremacía que el artículo constitucional citado acuerda al Jefe de la Nación. Por último, indica que la cláusula del artículo tercero, sección 2 de la Constitución Norteamericana -que servía de guía para la interpretación de la Constitución Nacional- solamente se refería a los

¹⁹ CSJN, H. 270. XLII. *Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986*; (fallos 332:111). Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante la sentencia dictada en fecha 8 de julio de 2008, en el marco de la causa "*Mendoza Beatriz Silvia y Otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza- Riachuelo*" (Expte M 1569 XL), resolvió -en forma definitiva- la específica pretensión colectiva sobre recomposición y prevención del área ribereña a la Cuenca Matanza Riachuelo. Así, dispuso que el programa ha implementarse, a efectos de alcanzar lo anterior, debía perseguir tres objetivos simultáneos consistentes en: 1) La mejora de calidad de vida de los habitantes de la cuenca; 2) La recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos); 3) La prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción. El 20 de junio de 2006, en el marco de esa misma causa, había dicho la CSJN que: "*El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente, que frente a la supremacía establecida en el Artículo 31 de la Constitución Nacional y las competencias regladas en el Artículo 116 de esta Ley Fundamental para la jurisdicción federal, sostienen la intervención de este fuero de naturaleza excepcional para los asuntos en que la afectación se extienda más allá de uno de los estados federados y se persiga la tutela que prevé la Carta Magna. Desde esta premisa estructural, pues, es que el Artículo 7° de la Ley Nº 25.675 prevé la competencia federal cuando se trata de la degradación o contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales, hipótesis que se verifica en el sub lite en la medida en que, por un lado, están involucradas más de una jurisdicción estatal; y en que, por el otro, dos de las pretensiones promovidas tienen en mira ese presupuesto atributivo de competencia -la degradación o contaminación de recursos ambientales- al perseguir la recomposición y el resarcimiento del daño de incidencia colectiva, que es el único reglado y alcanzado por este estatuto especial (Artículo 27, ley citada; causa C.1732.XL "Confederación General del Trabajo (CGT - Consejo Directivo de la CGT, Regional Santiago del Estero c/ Tucumán, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ amparo", sentencia del 20 de septiembre de 2005)".*

pleitos en que el Estado era parte demandante.

En el año 1888, la CSJN se expide en el caso *Municipalidad de la Capital c/ viuda de Elortondo*, (fallos: 33-162) en una causa de expropiación alegando, entre otras cuestiones, que si bien corresponde al Poder Legislativo y sólo a él la calificación de utilidad pública y que su juicio, por tanto, debe ser concluyente y decisivo al respecto, no puede entenderse esa atribución como derogatoria de los principios fundamentales sobre que reposa la Constitución y que constituyen la esencia de todo gobierno libre. En ese orden de ideas, indica que los Tribunales de Justicia deben examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial Nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución contra los posibles e involuntarios abusos de los poderes públicos.

3.2. Con el dictado de la ley 3952 –incluyendo la reforma de la ley 11.634 del año 1932- la situación a principio de los años 30 podemos decir que era de avanzada en la Argentina en cuanto al control judicial de la actividad administrativa en tanto era ejercida por un Poder Judicial independiente que entendía en todas las causas en las que la Nación resultase parte: actora o demandada, como persona de derecho público y privado. No existían plazos especiales de caducidad para interponer la acción. Solo se requería un reclamo administrativo previo sujeto al plazo de prescripción. Los únicos privilegios para el Estado (producto de la mirada hacia el derecho administrativo francés estaban plasmados en los arts. 4 y 7 de la ley 3952). El art. 4º preveía un plazo especial para contestar la demanda (30 días) y el art. 7º estipulaba que las sentencias que se dictaran tendrían carácter declarativo.

3.3. Por su parte, en el año 1972, se dicta en el ámbito nacional, el decreto-ley de procedimiento administrativo Nº 19549/72. Esta norma, incorporó una serie de institutos del contencioso administrativo francés e importó –en la práctica- un retroceso en lo que se refiere a la demandabilidad estatal. A título ejemplificativo, la ley incorporó: a) Un esquema de agotamiento de la vía administrativa previa a la impugnación de los actos administrativos (art. 23 LPA); b) Instituyó plazos especiales de caducidad para iniciar la acción de impugnación (90 días hábiles judiciales, art. 25) y c) Reguló el reclamo administrativo previo, estableciendo ciertas excepciones.

Al respecto, cabe recordar que el **principio de no retroceso social**²⁰ importa la

²⁰ Sobre el punto y en relación al *principio de no retroceso social* se vincula el *principio de progresividad* desarrollado en MANILI, PABLO LUIS, *El Bloque de Constitucionalidad*, op.cit, p. 46 cuando dice: “El principio de progresividad de los derechos humanos, presenta una manifestación normativa en el Preámbulo de la DUDH, que establece el objeto de que “todos los pueblos y naciones (...) aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos”. El autor cita a AYALA CORAO CARLOS cuando sostuvo en su obra *El derecho de los derechos humanos*, El Derecho, 160:758 que la progresividad

prohibición de adoptar políticas y/o medidas que empeoren el modo de ejercicio de los derechos sociales. De acuerdo con él, una vez reconocido un derecho y la posibilidad de su goce efectivo, su vigencia no puede eliminarse posteriormente sin el reconocimiento por parte del Estado de alternativas razonables.²¹ Una vez que éste cumple con las tareas constitucionalmente impuestas y, en consecuencia, amplía el ámbito de protección de los derechos, está obligado a abstenerse en el futuro de desarrollar actividades que atenten contra esta situación, ya sea obstaculizando o bien interrumpiendo su realización progresiva. De lo contrario incurre en una violación de los compromisos estatales.²²

3.4. Por último, huelga destacar otro hito relevante acaecido con la sanción, en el año 2000, de la Ley de Emergencia Económico- Financiera N° 25.344, la que será objeto de análisis en el acápite 5.4. Sólo adelanto que esta norma implicó otro importante retroceso en lo atinente al control judicial de la actividad administrativa. Así las cosas, modificó la letra de los artículos 30 a 32 del decreto-ley 19549 eliminando ciertas excepciones a la vía reclamatoria previa contempladas en la anterior redacción y sujetándola al plazo de caducidad del artículo 25 del decreto-ley 19549 (antes estaba solamente sujeta al plazo de prescripción). Impuso, asimismo, la carga para el particular de comunicar a la PTN copia de la demanda y de la documental antes de que el juez ordene correr formal traslado a la demandada, lo que sucederá únicamente en los supuestos en los que eventualmente verifique –de oficio- el cumplimiento de los requisitos formales para la habilitación de la instancia consistentes en el agotamiento de la vía administrativa mencionados en el acápite anterior y cuyo desarrollo se hará en el acápite 5.2.

4. El Principio Pro-Actione

El artículo 43 de la CN, en su actual redacción, sienta:

“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione,

se refiere a una *“tendencia manifiesta hacia la extensión de los derechos humanos, de modo continuado e irreversible, tanto en el número como en el contenido de los derechos protegidos así como en su eficacia y vigor”.*

²¹ Al respecto y vinculado a lo anterior, huelga señalar que uno de los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos es el de la irreversibilidad consistente en que “una vez que al ratificar un tratado se reconoce un derecho como inherente a la persona, no existe la posibilidad de dar marcha atrás sobre el tema: el Estado queda obligado a continuar reconociendo ese derecho aun cuando, luego, denuncie ese tratado (...) Por lo tanto, si el Estado ya reconoció ese derecho como derivado de la dignidad humana, deberá seguir reconociéndolo”, en MANILI, PABLO LUIS, *El Bloque de Constitucionalidad*, op.cit, p. 48.

²² Véase Observación General N° 3, párr. 9 in fine y 12; Directrices de Maastricht, párr. 14, en especial apartados e y f.

restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”.

A su vez, el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, establece:

*“Toda persona puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte. Están legitimados para interponerla cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor. **El agotamiento de la vía administrativa no es requisito para su procedencia.** El procedimiento está desprovisto de formalidades procesales que afecten su operatividad. Todos los plazos son breves y perentorios. Salvo temeridad o malicia, el accionante está exento de costas. Los jueces pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva”.*

Asimismo, se observa en línea con lo manifestado por el Dr. MANILI²³ que, paralelamente “Varios de los instrumentos internacionales jerarquizados en 1994 contienen normas referidas a la tutela judicial efectiva de los derechos y al derecho al

²³ MANILI, PABLO LUIS, *El Bloque de Constitucionalidad*, op.cit., p. 224-226.

acceso a la justicia.

El art. 18 de la Declaración Americana de Derechos Humanos establece: “Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de autoridad que viole, en perjuicio suyo, algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

A su vez, el artículo 25 de la citada Declaración establece: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

En el mismo orden de ideas, el art. 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos reza: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

Por su parte, el art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica prescribe: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal (...) O para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (...)”. Y el art. 25.1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces (...) que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los estados parte se comprometen (...) b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial...”.

Asimismo, el art. 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone: “Cada uno de los estados partes en el presente pacto se compromete a garantizar que: a) “Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo aún cuando tal violación hubiere sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales. b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las

posibilidades de recurso judicial...”. Y el art. 14 establece: “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil”.

Siguiendo asimismo lo manifestado por el Dr. MANILI²⁴, dichas normas constituyen la manifestación positiva del principio bajo análisis, según el cual, en cada caso el juez debe buscar la interpretación más favorable al ejercicio de la acción, eludiendo siempre su rechazo in limine. Este principio se encamina entonces a no entorpecer ni obstruir el derecho a la tutela judicial efectiva.²⁵

En definitiva, no debemos olvidar el viejo principio según el cual “son las reglas procesales las que infunden vida a los derechos sustantivos, las que activan dichos derechos para hacerlos efectivos”.²⁶ Por ello, en caso de duda entre abrir o no una determinada vía procesal, en defensa de un derecho humano, por aplicación de este principio, hay que estar a la respuesta afirmativa.

Incluso, el principio bajo estudio resulta condición indispensable para el ejercicio de otro derecho humano fundamental, como es el debido proceso, consagrado en cantidad de instrumentos internacionales de derechos humanos y en todas las constituciones del mundo. No puede haber debido proceso si, primero, no se abre el proceso. Por lo tanto, por aplicación de este principio, en caso que la normativa interna (constitucional, legal o reglamentaria) no provea un remedio adecuado y rápido para una determinada lesión de un derecho humano fundamental, los Tribunales podrán recurrir a las normas internacionales referidas para, en el caso concreto, crear el remedio necesario como lo hizo la CSJN en los casos Siri y Kot.

El art. 2 del Pacto de San José de Costa Rica establece: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

El art. 2.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone: “Cada estado parte se compromete a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente pacto y que no estuviesen ya

²⁴ MANILI, PABLO LUIS, *El Bloque de Constitucionalidad*, op.cit., pp. 224/227.

²⁵ Conf. BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-A, Buenos Aires, Ediar, 2000, pág. 392.

²⁶ CAPPELLETI MAURO, Y GARTH, BRYANT, *El acceso a la justicia*, trad. De Mónica Miranda, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 47.

garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

El principio que se infiere de estas normas es una manifestación del principio básico por el cual “el estado que asume un compromiso internacional debe adecuar su legislación interna a éste”, consagrado positivamente en el art. 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados en estos términos: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”.

En otras palabras, no sólo es el intérprete quien debe hacer el esfuerzo en pro de la adecuación sino también el constituyente y el legislador, ya que éstos deben promover la adecuación de la normativa vigente, produciendo las reformas que fueren menester a tal efecto. En este sentido, el deber de adoptar medidas internas se transforma también en un coadyuvante para la armonización de las normas que integran el bloque de constitucionalidad, ya que produce una ampliación del número de sujetos activos que debe propender a esa armonización, por cuanto obliga no sólo a los órganos de aplicación del derecho (básicamente el poder judicial) sino también a los órganos de creación de derecho (poder constituyente, poder legislativo, y, en ciertos casos, poder ejecutivo).

La discusión sobre la primacía o no del derecho internacional sobre el derecho interno se torna estéril, por cuanto, el intérprete no debería privilegiar la aplicación de la norma jerárquicamente superior sino la de la más favorable al ser humano. Con ello, las normas que protegen los derechos humanos, sean internacionales o constitucionales, conforman un bloque normativo dentro del cual la primacía en sí misma “no es un valor ni un criterio de selección de normas”.²⁷

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁸ ha sostenido que la institución procesal del amparo reúne las características necesarias para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, esto es, la de ser sencilla y breve (conf. caso del Tribunal Constitucional, 31/1/01, Serie C, N° 71, párr. 91). Tales recursos deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron creados, según resulta de una extensa familia de casos resueltos por el Tribunal Americano. Por ello no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que ellos sean "efectivos", en el sentido que deben brindar a la persona la posibilidad de alcanzar la protección judicial requerida. La existencia de esta garantía, ha dicho el Tribunal Americano, constituye uno de los pilares, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática.²⁹

En la misma línea argumental, también ha sostenido, en reiteradas ocasiones,

²⁷ MANILI, PABLO LUIS, *El Bloque de Constitucionalidad*, op.cit., pp. 224-226.

²⁸ Véase: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, publicación de la CIDH, San José, Costa Rica, 2005, pág. 1065 y ss., en esp. pág. 1070, nota 1813.

²⁹ Casos *Yatama*, 23/6/05, Serie C, N° 127, párr. 169, y *Tibi*, 7/9/04, Serie C, N° 114, párr. 131; entre otros.

que la primera obligación asumida por los Estados partes es la de "*respetar los derechos y libertades*" reconocidos en la Convención, pues el ejercicio de la función pública tiene límites precisos que derivan de ser los derechos humanos atributos inherentes a la dignidad humana, y en consecuencia, superiores a poder del Estado. La restante obligación -esta es, la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos-, implica, siempre según este Tribunal, "*el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio de poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.*"³⁰

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho reiteradamente que "*La garantía constitucional de la defensa en juicio supone elementalmente la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia, la que no debe ser frustrada por consideraciones de orden procesal o de hecho*" (Fallos 246:87 y sus citas). Por lo demás, "*la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de los textos legales, sino que requiere del intérprete la búsqueda de la significación jurídica o de los preceptos aplicables que consagre la versión técnicamente elaborada y adecuada a su espíritu, debiendo desecharse las soluciones notoriamente injustas que no se avienen con el fin propio de la investigación judicial de determinar los principios acertados para el reconocimiento de los derechos de los litigantes*" (Voto de los Dres. JUAN C. MAQUEDA y EUGENIO R. ZAFFARONI, D. 163, XXXVII). A su vez, el Alto Tribunal, en autos *ASTORGA BRACHT, S. Y OTRO C/ COMFER S/Amparo ley 16.986 (fallos 326:4185)* también ha sostenido la importancia otorgarle un carácter primordial al *principio de defensa*.³¹

³⁰ Casos *Velazquez Rodríguez*, 29/7/88, Serie C, Nro. 4, párr. 165-166; causa *Cinco Pensionistas v/ Perú, Las Palmeras; Godínez Cruz*, 20/1/89, Serie C, Nro. 5, párr.174, 175 y 176; *Bámaca Velásquez*, 25/11/00, Serie C, Nro. 70, párr. 210; *Aguirre Roca, Rey Terry y Tevoredotarsano vs. Perú*, 31/1/01, Serie C, Nro. 71, párr. 109.

³¹ La Corte ha puesto de manifiesto la relevancia, en este aspecto, de la tutela administrativa efectiva, recogida en tratados internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional (arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2 inc. 3 aps. a y b, y 14 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Así lo hizo en la causa *Astorga Bracht*, al decidir que una disposición que regía en procesos de selección estatal que impedía que se presentaran en ellos personas que tuvieran impugnaciones administrativas pendientes con el organismo convocante resultaba violatoria del art. 18 de la Constitución nacional y de las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto resguardan el aludido derecho el que, dijo, supone la posibilidad de ocurrir ante las autoridades administrativas competentes y obtener de ellas decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un procedimiento conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una decisión fundada. Causa *Astorga*

5. Obstáculos al principio de la tutela judicial efectiva

5.1. Falta de legitimación para demandar en pos de la protección del principio de legalidad

Huelga destacar que existe un gran debate acerca de la cuestión vinculada a lo que se denomina el “control de la legalidad por la legalidad misma”.

La discusión es si existe derecho (legitimación) para demandar judicialmente por la violación al principio de legalidad, independientemente de la existencia de un daño concreto, o sin necesidad de alegar tal afectación.

Por ejemplo: un ciudadano cualquier detecta una irregularidad en la adjudicación de una licitación pública. El sólo hecho de la irregularidad detectada, ¿Le da derecho a demandar la nulidad de acto sin necesidad de alegar y probar algún tipo de afectación particularizada?

En principio la CSJN ha negado esta posibilidad. Así, en el caso *Thomas*³² del 2010, la CSJN ratifica que el fallo *Halabi*³³ no modificó la doctrina en cuanto a la necesidad que exista CASO. También ratifica la doctrina que niega a los legisladores legitimación. Y dijo: 4º) *Que la invocación de la calidad de ciudadano, sin la demostración de un perjuicio concreto, es insuficiente para sostener la legitimación a los fines de impugnar la constitucionalidad de una norma (doctrina de Fallos: 306:1125; 307:2384, entre otros). En efecto, cabe poner de manifiesto que el de "ciudadano" es un concepto de notable generalidad y su comprobación, en la mayoría de los casos, no basta para demostrar la existencia de un interés "especial" o "directo", "inmediato", "concreto" o "sustancial" que permita tener por configurado un "caso contencioso" (Fallos: 322:528; 324:2048). Esta Corte ha dicho que constituye un presupuesto necesario que exista un caso o controversia que deba ser resuelto por el Tribunal (Fallos: 323:4098), pues la justicia nacional no procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte (art. 2º de la ley 27). En el tradicional precedente de Fallos: 156:318, esta Corte ha definido a esas causas como los asuntos en que se pretende de modo efectivo la determinación del derecho debatido entre partes adversas (considerando 5º) que debe estar fundado en un interés específico, concreto y atribuible en forma determinada al litigante (Fallos: 326:3007).*

En este sentido, el Tribunal rechazó de plano una acción de inconstitucionalidad recordando que "el demandante no puede expresar un agravio diferenciado respecto

Bracht, Sergio y otro c/COMFER-dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986, sentencia del 14 de octubre de 2004, (fallos 327:4185).

³² CSJN T. 117. XLVI. *Thomas, Enrique c/ E.N.A. s/ amparo*, (fallos 333:1023).

³³ CSJN, H. 270. XLII. *Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo, ley 16.986*, (fallos 332:111).

de la situación en que se hallan los demás ciudadanos, y tampoco puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes" (arg. Fallos: 321:1352). De otro modo, admitir la legitimación en un grado que la identifique con el "generalizado interés de todos los ciudadanos en ejercicio de los poderes de gobierno...", "...deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la legislatura y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares" ("Schlesinger v. Reservist Committee to Stop the War", 418 U.S. 208, espec. págs. 222, 226/227, 1974; Fallos: 321: 1252). Por otro lado, sólo una lectura deformada de lo expresado por esta Corte en la decisión mayoritaria tomada en la causa "Halabi" (Fallos: 332:111), puede tomarse como argumento para fundar la legitimación del demandante, pues basta con remitir a lo sostenido en el considerando 9º de dicho pronunciamiento para concluir que, con referencia a las tres categorías de derechos que se reconocen, la exigencia de caso en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional se mantiene incólume, "...ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición". La sentencia dictada por esta Corte en el mencionado caso "Halabi" como no podía ser de otro modo no ha mutado la esencia del control de constitucionalidad que la Ley Suprema encomienda al Poder Judicial de la Nación en los términos señalados precedentemente, para convertirlo en un recurso abstracto orientado a la depuración objetiva del ordenamiento jurídico que es ostensiblemente extraño al diseño institucional de la República".

5.2. Necesidad de agotar la instancia administrativa. Vía recursiva y vía reclamatoria

A efectos de intentar extraer algunos principios generales de la variada casuística que se plantea como consecuencia de los posibles conflictos judiciales entre los particulares y la administración (o cualquier órgano que ejerza función administrativa) distinguimos siguiendo al Dr. REJTMAN FARAH,³⁴ tal como lo hace el decreto-ley 19549/72 en:

a) Por un lado las acciones o los denominados recursos (en sede judicial) en los que el objeto de la pretensión se vincula con la impugnación de actos administrativos.

b) Existen por otra parte, las pretensiones de carácter no impugnatorias. En estos casos, el interesado pretende que la Administración de efectivo cumplimiento a una obligación, preste un servicio, pague una deuda, cese en un comportamiento ilegítimo, atienda un reclamo de indemnización, etc. Así sucede, por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual derivada de hechos. Se las ha dado en llamar genéricamente "resarcitorias" o "reparatorias". Se reclama al Estado una conducta positiva o negativa pero sin pretender eliminar del mundo jurídico acto administrativo alguno.

³⁴ REJTMAN FARAH, MARIO, "Impugnación Judicial de la Actividad Administrativa", *op.cit.*, Cap II, pp. 14-17.

Se distinguen así, las controversias donde la reparación perseguida lo es como consecuencia de un acto cuya nulidad se pretende, de aquéllas en las que la pretensión es totalmente autónoma de un acto administrativo e independiente de éste.

En el primer caso, compartimos la idea del Dr. REJTMAN FARAH consistente en que *“debe prevalecer el régimen reparatorio, en caso que se vincule con el impugnatorio, en tanto de éste se deriva una mayor protección de los derechos individuales. Y por ello, cabe reservar la vía impugnatoria, en principio, sólo para aquellos supuestos en que la pretensión del particular se limite a la revocación del acto.”*³⁵

No obstante y en lo que aquí interesa, se observa que para abrir la instancia jurisdiccional y demandar a la Administración resulta necesario cumplir con ciertos recaudos y condiciones distintos a los previstos por la ley procesal civil en materia de conflictos entre sujetos de derecho privado.

En línea con lo manifestado por LAURA MONTI³⁶, se observa que *“en los artículos 23³⁷ y 24³⁸ del decreto-Ley de Procedimientos Administrativos se determinan las condiciones de impugnación judicial de los actos particulares y generales, respectivamente. Por su parte, los artículos 30 a 32³⁹ regulan el reclamo administrativo*

³⁵ Por contrario, según CASSAGNE es a partir de la declaración de invalidez cuando cesa la presunción de legitimidad de un acto administrativo, momento en el cual puede y debe *“... comenzar a computarse el plazo para promover la acción de daños y perjuicios.”* En CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, t.I, p. 292.*

³⁶ MONTI, LAURA *“El agotamiento de la instancia administrativa”* en *Control de la Administración Pública, .pp. 235-236.*

³⁷ El artículo 23 del decreto- ley 19549/72 sienta en lo que aquí interesa: *“Podrá ser impugnado por vía judicial un acto de alcance particular: a) cuando revista calidad de definitivo y se hubieren agotado a su respecto las instancias administrativas. b) cuando pese a no decidir sobre el fondo de la cuestión, impida totalmente la tramitación del reclamo interpuesto (...).”*

³⁸ El artículo 24 del decreto-ley 19549/72 sienta *“el acto de alcance general será impugnabile por vía judicial: a) 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 previstos en el artículo 10. b) cuando la autoridad de ejecución del acto de alcance general le haya dado aplicación mediante actos definitivos y contra tales actos se hubieren agotado sin éxito las instancias administrativas”.*

³⁹ El artículo 30 del decreto-ley 19549/72 reza: *“El Estado nacional o sus entidades autárquicas no podrán ser demandados judicialmente sin previo reclamo administrativo dirigido al Ministerio o Secretaría de la Presidencia o autoridad superior de la entidad autárquica, salvo cuando se trate de los supuestos de los artículos 23 y 24. El reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial y será resuelto por las autoridades citadas”.* El artículo 31 sienta: *“El pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los noventa (90) días de formulado. Vencido ese plazo, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros cuarenta y cinco (45) días, podrá aquél iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajos los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción. El Poder Ejecutivo, a requerimiento del organismo*

previo cuando el particular pretende demandar al Estado o sus entidades con base en hechos u omisiones (es decir, en principio, cuando no se encuentra en juego la impugnación de actos). Ambas vías se refieren a distintas clases de pretensiones. El recurso es un medio de impugnación de actos administrativos de alcance particular que debe ser interpuesto en determinados plazos perentorios para obtener de la autoridad que dictó el acto, su superior jerárquico o aquella que ejerza sobre la primera el control de tutela, la revocación, sustitución o modificación del acto impugnado.

El reclamo, en cambio, constituye en nuestro Derecho positivo un medio de impugnación directa de reglamentos – Artículo 24, inciso a de la ley- o un instrumento para cuestionar el accionar administrativo que no configure actos administrativos (artículos 30 a 32 de la ley).

Respecto de la vía recursiva y considerando las críticas doctrinales al requisito de agotamiento de la instancia administrativa, cabe señalar que el único recurso de interposición obligatoria para agotar la vía administrativa es, en el orden federal, **el jerárquico**.⁴⁰

Se aduna a lo anterior, a modo de mayor abundamiento que, en el fallo *Petracca*⁴¹, la CSJN sentó dos reglas. La primera consiste en que "La impugnación de los actos administrativos prevista en los incs. a y b del art. 23 de la ley 19.549, dictados durante la ejecución de un contrato de la Administración, está sujeta al plazo instituido

interviniente, por razones de complejidad o emergencia pública, podrá ampliar fundadamente los plazos indicados, se encuentren o no en curso, hasta un máximo de ciento veinte (120) y sesenta (60) días respectivamente. La denegatoria expresa del reclamo no podrá ser recurrida en sede administrativa. Los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los artículos 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el artículo 25 y en el presente". Y el artículo 32 establece: "El reclamo administrativo previo a que se refieren los artículos anteriores no será necesario si mediare una norma expresa que así lo establezca y cuando: a) Se tratase de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente; b) Se reclamare daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual".

⁴⁰ El **recurso jerárquico** se encuentra regulado en el decreto reglamentario nº 1759/72 del decreto- Ley de Procedimientos Administrativos N° 19549/72 cuando dispone, en su art. 89, que: "El recurso jerárquico procederá contra todo acto administrativo definitivo o que impida totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado. No será necesario haber deducido previamente recurso de reconsideración; si se lo hubiere hecho, no será indispensable fundar nuevamente el jerárquico, sin perjuicio de lo expresado en la última parte del artículo anterior". Asimismo, en su art. 90 establece: "El recurso jerárquico deberá interponerse ante la autoridad que dictó el acto impugnado **dentro de los quince (15) días** de notificado y será elevado dentro del término de cinco (5) días y de oficio al Ministerio o Secretaría de la Presidencia en cuya jurisdicción actúe el órgano emisor del acto. Los Ministros y Secretarios de la Presidencia de la Nación resolverán definitivamente el recurso; cuando el acto impugnado emanare de un Ministro o Secretario de la Presidencia de la Nación, el recurso será resuelto por el Poder Ejecutivo Nacional, agotándose en ambos casos la instancia administrativa".

⁴¹ CNACAF, *Petracca e hijos, S.A. y otros c/ Gobierno Nacional -ente autárquico mundial 78*, sentencia del 24/04/1986.

por su art. 25". La segunda refiere a que *"No es admisible la acción de cobro de pesos o indemnización de daños sin impugnar, dentro del plazo del art. 25 de la ley 19.549, la legitimidad del acto administrativo que ha desestimado la misma pretensión o cuyo contenido excluye el pago de lo reclamado"*.

Por último, resta señalar que sea que se trate de la vía reclamatoria como de la recursiva, una vez resuelto en forma expresa por la Administración el recurso jerárquico o el reclamo impetrado, comienza a computarse el plazo de caducidad de 90 días establecido en el artículo 25⁴² del decreto-ley 19549/72 para interponer la demanda, vencido el cual se perderá el derecho para acceder a la tutela judicial efectiva.

5.3. La pérdida del derecho para acudir a la vía judicial. El caso de la denuncia de ilegitimidad

El art. 1° inc. e) apartado 6) del decreto-ley de Procedimientos Administrativos Nº 19549/72 tiene previsto que *"una vez vencidos los plazos para recurrir se perderá el derecho de articular recursos administrativos"*. Sin embargo ello no obstará a que se considere la petición como denuncia de ilegitimidad por el órgano que hubiera debido resolver el recurso salvo que éste dispusiere lo contrario por motivos de seguridad jurídica o por estar excedidas razonables pautas temporales que hicieren presumir el abandono del derecho.

Como surge de la letra de la norma es facultativo para la Administración resolver la denuncia de ilegitimidad.

En este sentido pueden darse dos supuestos:

a) Que la Administración rechace la denuncia de ilegitimidad por razones formales, es decir por considerar que no se dan las condiciones para tratar al recurso extemporáneo como denuncia de ilegitimidad pues se han excedido razonables pautas temporales o la conducta del administrado hace presumir al abandono del derecho o;

b) Que la denuncia de ilegitimidad se rechace por razones sustanciales, esto es, entrando la Administración a analizar el fondo del asunto y considerando que el acto cuestionado NO es ilegítimo.

Hasta *Gorordo* la CSJN parecía aceptar la revisión judicial del acto que rechazaba –entrando al fondo del asunto- la denuncia de ilegitimidad (CSJN

⁴² El artículo 25 del decreto-ley 19549/72, en la parte que aquí interesa establece: *"La acción contra el Estado o sus entes autárquicos deberá deducirse dentro del plazo perentorio de noventa (90) días, computados de la siguiente manera: a) Si se tratare de actos de alcance particular, desde su notificación al interesado; b) Si se tratare de actos de contenido general contra los que se hubiere formulado reclamo resuelto negativamente por resolución expresa, desde que se notifique al interesado la denegatoria; c) Si se tratare de actos de alcance general impugnables a través de actos individuales de aplicación, desde que se notifique al interesado el acto expreso que agote la instancia administrativa(...)"*

“Jaramillo”). La jurisprudencia era oscilante en punto a la potestad de la justicia de revisar los actos que rechazaban la denuncia de ilegitimidad por razones formales.

En efecto en la causa *Jaramillo*⁴³, la CSJN en 1976 –si bien refiriéndose a la ley de procedimiento de la ex MCBA- consideró que la vía impugnatoria sólo requería para su ejercicio la existencia de un acto y si el Intendente entró a conocer los recursos extemporáneos en virtud de su deber de control de legitimidad de los actos administrativos, nada impedía la revisión judicial de su decisión, de lo contrario se afectaría el art. 18 de la CN.

Sin embargo, en el fallo *Gorordo*⁴⁴, la CSJN en 1999 consideró que la decisión administrativa que rechaza la denuncia de ilegitimidad no es susceptible de ser impugnada judicialmente. Tiene en cuenta el art. 1, inc. e, ap. 6) del decreto-ley n° 19549 que determina que una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administrativos se perderá el derecho para articularlos. Además tiene en cuenta el carácter perentorio (mismo apartado) y obligatorio (ap. 1° del inc. e) del art. 1°) que la ley confiere a los plazos para recurrir.

Entiende que la denuncia de ilegitimidad sólo tiene por finalidad asegurar el control de legalidad y eficacia de la actividad administrativa, siendo un remedio extraordinario. Y que ello no viola el art. 18 de la CN pues el administrado tuvo la oportunidad de articular un recurso y NO lo hizo. No podría otorgarse el mismo efecto a la denuncia de ilegitimidad que a la impugnación deducida en término, pues importaría colocar en un pie de igualdad a quien actúa negligentemente con aquél que lo hace con diligencia.

Por su parte los Tribunales de la CCAyT de la CABA han decretado en el fallo *Frávega*, en el año 2006, la inconstitucionalidad de la ley local⁴⁵ que directamente disponía la irrevisibilidad judicial del acto que rechazaba la denuncia ilegitimidad (art. 94 del decreto de necesidad y urgencia 1510/97). Consideró ahí la Sala II del CCAYT que : “(...) en el presente caso los ocho días hábiles de demora en que habría incurrido el contribuyente para cuestionar el acto en sede administrativa, en virtud de la pretendida falta de control judicial del acto que resolvió el fondo de la denuncia de ilegitimidad, operarían en la práctica como un verdadero y brevísimo plazo de prescripción que le haría perder el derecho de cuestionar ante el Poder Judicial una multa de más de cien mil pesos motivada en el ingreso voluntario con un día hábil de retraso del tributo en cuestión.” Y considera que la limitación que consagra la norma que analiza (que es similar a la del decreto- ley 19549): “(...) implica asignar una suerte de “blindaje” a cierta categoría específica de actos administrativos del eventual conocimiento y control judicial, en abierta contradicción con lo dispuesto por el artículo 106 de la Constitución de la Ciudad que asigna al Poder Judicial “el conocimiento y

⁴³ CSJN, *Jaramillo SCA s/ Recurso contencioso-administrativo*, (fallos 295:276).

⁴⁴ CSJN, *Gorordo Allaria de Kralj, HaydéeMaría c/ Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación*, G 1530 XXXII; 04-02-1999; t. 322 p. 73.

⁴⁵ CCAYT, Sala II, *Frávega SA c/ GCBA s/ impugnación de actos administrativos*, Expte. 13677/0.

decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales. Se trata asimismo de preservar la integridad del derecho de defensa en juicio previsto en el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica, 18 de la Constitución Nacional, y en los artículos 12, inc. 6, y 13, inc. 3, de la Constitución de la Ciudad, que se extiende a toda la actividad administrativa y garantiza el acceso, al menos, a una instancia en la cual acudir ante un órgano imparcial e independiente designado conforme los mecanismos constitucionales. Lo contrario, implicaría consagrar de hecho en estos casos, la facultad de la Administración de resolver una controversia con fuerza de verdad legal, lo cual como ya quedara expuesto- le está vedado tanto al Ejecutivo local (art. 108 CCABA) como al nacional (art. 109 de la CN)."

En principio el TSJ de la CABA ha dejado firme el fallo de Cámara aunque sin entrar en el fondo del asunto.

5.4. Requisitos para la habilitación de la instancia. Control de oficio. Comunicación a la PTN previo traslado de la demanda

En el año 2000, se sanciona la ley 25.344 (Ley de Emergencia Económico-Financiera con vigencia a partir del 30/11/2000) y en su cap. IV (arts. 6 a 12) introduce ciertas disposiciones vinculadas a los "Juicios contra el Estado" y también modifica los arts. 30 a 32 del decreto-ley N° 19.549. Para los juicios iniciados con posterioridad a la ley, el artículo 8°⁴⁶ instituye la comunicación a la Procuración del Tesoro Nacional con copia de la demanda y documental antes de darse traslado al fiscal para que se expida sobre su procedencia y la eventual competencia del Tribunal. Esta comunicación debe hacerse aún en los casos en que no se requiera la habilitación de la instancia con 30 días de anticipación (conf. Art. 10). Por su parte, no es necesaria la comunicación en juicios de amparo y sumarísimos (art. 11).⁴⁷

En el fallo Cohen Arazzi (CNACAF Sala V 2004) la Cámara decreta la Inconstitucionalidad del art. 8° de la ley 25.344 y 12 del Decreto 1116 Anexo III (comunicación previa a la PTN) considerando que: *"(...) ninguna ley de emergencia pública puede -constitucionalmente hablando- menoscabar la independencia del poder judicial convirtiéndolo, en colaborador o intermediario del control de los juicios contra el Estado Nacional; circunstancia configurada con el dictado de la ley N° 25344, en tanto la exigencia de los artículos 6° y 8° implicaron - indirectamente- colocar en los jueces de la Nación la obligación de participar en el control de los juicios contra el*

⁴⁶ El artículo 8° sienta que *"En todos los casos, promovida una acción contra los organismos mencionados en el artículo 6°, cualquiera sea la jurisdicción que corresponda, se remitirá por oficio a la Procuración del Tesoro de la Nación copia de la demanda, con toda la prueba documental acompañada y se procederá, cumplido este acto, a dar vista al fiscal, para que se expida acerca de la procedencia y competencia del tribunal"*.

⁴⁷ El artículo 11 sienta que *"En los juicios de amparo y procesos sumarísimos no será de aplicación lo dispuesto en los artículos 8°, 9° y 10 de la presente ley"*.

Estado Nacional, ya que son ellos los que firman y sellan oficios y formularios cuyos datos requiere se remitan al Procurador del Tesoro, funciones que, en todo caso, competen a los órganos internos de la Administración Pública Nacional. Y ello es así, no solo por la razón constitucional de la independencia de que debe gozar el Poder Judicial sino además, esencialmente, por la imparcialidad en el desempeño de la función jurisdiccional a su cargo. En este sentido, cabe recordar que "el control y la interpretación constitucional demandan que los tribunales que la tienen a su cargo no sean ni actúen como apéndices de los órganos políticos."

Considera la Cámara asimismo que: *"De otro lado, el nuevo régimen de comunicación previa instituido por el art. 8º de la ley Nº 25.344 y el art. 12 del decreto Nº 1116/00 establece prerrogativas que resultan incompatibles con el principio de la igualdad de las partes en el proceso y en consecuencia afecta la garantía de la defensa en juicio pues el Director del Cuerpo de Abogados del Estado tendrá el beneficio de conocer las pretensiones del particular antes que el propio Fiscal y antes de que el Juez se expida sobre los aspectos relativos a la habilitación de instancia."*

Sin embargo en 2007, la CSJN en el fallo Cohen Arazzi, en contra incluso de lo dictaminado por la Procuración General de la Nación, revoca el pronunciamiento de la CNACAF. Para ello, tiene en cuenta que el hecho de que el Estado tenga más tiempo que antes de la sanción de la ley 25.344 para organizar sus defensas (o, como dice la parte actora: permitir al Procurador estudiar mejor el caso, dar instrucciones sobre las defensas que deben articularse o, incluso patrocinar el juicio él mismo), en nada compromete la efectiva tutela de los derechos a la igualdad ante la ley y de defensa en juicio que invoca el actor como sustento de su planteo de inconstitucionalidad. Y que si la cuestión es que el art. 8º de la ley 25.344 y su reglamentación disminuyen las mayores chances de ganar un juicio contra el Estado por efecto de su desorganización, nadie razonablemente puede tener derecho constitucionalmente protegido a favorecerse de esa "chance".

Además, la ley 25344 sustituye –mediante su artículo 12⁴⁸– los arts. 30 a 32 del

⁴⁸ El artículo 12 se establece: "Sustitúyense los artículos 30, 31 y 32 de la ley 19.549 por los siguientes: **Artículo 30:** El Estado nacional o sus entidades autárquicas no podrán ser demandados judicialmente sin previo reclamo administrativo dirigido al Ministerio o Secretaría de la Presidencia o autoridad superior de la entidad autárquica, salvo cuando se trate de los supuestos de los artículos 23 y 24. El reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial y será resuelto por las autoridades citadas. **Artículo 31:** El pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los noventa (90) días de formulado. Vencido ese plazo, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros cuarenta y cinco (45) días, podrá aquél iniciar la demanda, la que deberá ser interpuesta en los plazos perentorios y bajos los efectos previstos en el artículo 25, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción. El Poder Ejecutivo, a requerimiento del organismo interviniente, por razones de complejidad o emergencia pública, podrá ampliar fundadamente los plazos indicados, se encuentren o no en curso, hasta un máximo de ciento veinte (120) y sesenta (60) días respectivamente. La denegatoria expresa del reclamo no podrá ser recurrida en sede

decreto ley 19549. En lo que aquí interesa, en el art. 31 se incluye la obligación de iniciar la demanda dentro del plazo del art. 25 –antes la demanda podía iniciarse en cualquier plazo sin perjuicio de los plazos de prescripción. La otra cuestión sustancial es que se incorpora, como último párrafo, la obligación de los jueces de NO dar curso a las demandas mencionadas en los arts. 23, 24 y 30, sin comprobar de oficio -en forma previa- el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y del plazo previsto por el art. 25 que fueran reseñados en el acápite 5.2.

Antes de la sanción de la ley y hasta el año 1999 la CSJN tenía dicho en 1990 en el fallo *Cohen*⁴⁹ (doctrina reiterada en otro fallo *Construcciones Taddía*) que el plazo de caducidad del art. 25 era “renunciable” y que los tribunales no podían suplir la actividad de las partes sin desmedro de la garantía de defensa en juicio y el principio de separación de poderes.

En 1999 en *Gorordo* la CSJN modifica la doctrina de *Cohen* y admite la declaración de oficio del plazo de caducidad del art. 25 (en el caso se trataba de una denuncia de ilegitimidad y el rechazo de la acción fue de oficio).

En el mismo sentido la Cámara CNCAF mediante decisión plenaria del 15 de abril de 1999, en los autos *Romero*⁵⁰, por mayoría, sentó la siguiente doctrina legal: “La falta de habilitación de la instancia puede ser declarada previo al traslado de la demanda en los supuestos de incumplimiento de los requisitos exigidos para la admisibilidad de la acción. Los plazos establecidos en el art. 25 de la ley 19.549, al igual que los demás requisitos de admisibilidad formal, deben ser examinados previo a correr traslado de la demanda contencioso administrativa”.

Con posterioridad a la sanción de la ley –y aún sin decretar su inconstitucionalidad- en un *obiter dictum* la Corte consideró inconstitucional la declaración de oficio de la habilitación de la instancia –en lo atinente a la verificación del plazo del 25 del decreto-ley 19549/72. Así, la CSJN en 2004, en el caso *Resch*⁵¹ ratifica en su considerando 5° que los jueces no están facultados para denegar de oficio la habilitación de la instancia judicial ni declarar por esa vía la caducidad de la acción deducida ante ellos (confr. Fallos: 313:228 *Cohen*). Es de destacar, de todas formas, que en el caso la cuestión no era determinante, pues se resuelve el asunto por

administrativa. Los jueces no podrán dar curso a las demandas mencionadas en los artículos 23, 24 y 30 sin comprobar de oficio en forma previa el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos y los plazos previstos en el artículo 25 y en el presente. **Artículo 32:** El reclamo administrativo previo a que se refieren los artículos anteriores no será necesario si mediare una norma expresa que así lo establezca y cuando: a) Se tratase de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente; b) Se reclamare daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual”.

⁴⁹ CSJN, *Cohen Rafael c/ Instituto Nacional de Cinematografía s/ nulidad de resolución*, 13/3/90, (fallos 311:2120)

⁵⁰ CNCAF, *Romero, Gerardo c/ E.N. (E.M.G.E)*, Expte. 26.424/94, sentencia del 15/12/1998.

⁵¹ CSJN, *Resch, Héctor Juan c/ M° del Interior -Policía Federal s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de seg.*, R. 920. XXXVI, 26/10/04.

inaplicabilidad del decreto-ley 19549 por tratarse de un caso de aplicación a las fuerzas de seguridad.

Asimismo, en mayo 2004, la CSJN se expide en la causa *Franco*⁵² siguiendo el dictamen de la PGN. Se trataba de un recurso directo interpuesto contra una decisión de la Universidad de Mar del Plata vencido el plazo para ello. El Tribunal había aceptado su competencia y ordenado el traslado del recurso y la Universidad NO había opuesto la defensa. Al dictar sentencia se rechaza por considerarse que NO estaba habilitada la instancia (el recurso se había interpuesto en la Universidad directamente y no en la Justicia y luego se había iniciado la acción en la Justicia pero ya vencido el plazo). La PGN si bien remite a *Gorordo* considera que, una vez que se había aceptado la competencia y se había corrido traslado, si la demandada no oponía la defensa no se podía rechazar la acción en la sentencia alegando la falta de habilitación de la instancia.

Sin embargo, en 2009, la CSJN en la causa *Ramírez*⁵³ ratificó la doctrina de *Gorordo* convalidando el criterio del Tribunal favorable a la revisión de oficio de los recaudos de admisibilidad de la acción procesal administrativa. Considera, así, que la reforma del año 2000 vino a reeceptar el criterio de la CSJN sentado en *Gorordo*.

6. El Principio de Razonabilidad

El artículo 28 de la Constitución Nacional establece:

“Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”

Dable es señalar que, sobre el **principio de razonabilidad**, se comparte el criterio sostenido por LINARES, JUAN FRANCISCO, en el sentido que: *“La garantía del debido proceso sustantivo con respecto a la ley formal y formal –material es la que consiste en la exigencia constitucional de que las leyes deben ser razonables, es decir, que deben contener una equivalencia entre el hecho antecedente de la norma jurídica creada y el hecho consecuente de la prestación o sanción teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que, como prestación o sanción, establece dicho acto.”*⁵⁴

Este principio da cuenta de la adecuada y proporcionada relación que, debe necesariamente existir entre los antecedentes fácticos y contextuales que justifiquen la adopción de determinada decisión –los que, por cierto, deben ser suficientes- y los medios escogidos. A su vez, debe existir proporción entre la finalidad perseguida por la

⁵² CSJN, *Franco, Carlos Gustavo s/ recurso de apelación ley 24.521 art. 32, 27/5/04*, F. 530. XXXVII.

⁵³ CSJN, *Ramírez, Andrés Lionel c/ Estado Nacional - Secretaría Presidencia de la Nación s/ empleo público, 28/4/09*, R. 341. XLIII y dictamen de al PGN del 11 de agosto de 2008, S.C. R.341, L.XLIII.

⁵⁴ LINARES, JUAN FRANCISCO, *Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, Astrea, 1989, 2ª ed., cap. II, p. 31.

norma y los medios adoptados para alcanzarla.⁵⁵

En el análisis de estas cuestiones debe, pues, verificarse que el medio sea adecuado⁵⁶ para lo cual debe necesariamente efectuarse un cotejo entre el efectivamente adoptado y los otros posibles; para finalmente, decidirse por aquel que sea el menos restrictivo de los derechos constitucionales involucrados y que deben, paralelamente, protegerse.⁵⁷

Así, por el principio de razonabilidad –cuya valoración no queda exenta del control judicial- se debe poder verificar, si la norma, aplicada literalmente al caso concreto, deviene o no en inconstitucional, es decir si realiza o no su fin último de justicia social. Son pues, los hechos del caso, esenciales para determinar la aplicabilidad o inaplicabilidad de una determinada regla de derecho.⁵⁸

Tiene dicho la CSJN, en el fallo *Badaro, Adolfo Valentín c/ Anses s/ reajustes varios*⁵⁹ “Que la misión más delicada de la Justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que deben adoptar para solucionar el problema y dar acabado cumplimiento a las disposiciones del artículo 14 bis de la Constitución

⁵⁵“En efecto, la proporcionalidad es utilizada como test de la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales para encontrar salida al presunto conflicto que en estos supuestos se daría entre fines públicos y derechos fundamentales; en tanto que uno de sus subprincipios, el de proporcionalidad estricto sensu, es aplicado para resolver los conflictos entre derechos,” CIANCIARDO, JUAN, *El principio de razonabilidad*, Depalma, Buenos Aires, 2004, p.23.

⁵⁶ “El control constitucional acerca de la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada tiene un alcance y una identidad muy limitadas, ya que se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de derechos que la Constitución garantiza (...), de modo que sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento”. CIANCIARDO, JUAN, *El principio de razonabilidad*, *op.cit.*, p.89.

⁵⁷ Sobre el principio de razonabilidad tiene dicho el Dr. AGUSTÍN GORDILLO, en el *Tratado de derecho administrativo*, t.1, *op.cit.*, cap. X, p.21-23, que la proporcionalidad debe analizarse en un triple sentido, entre: “a) el fin de la ley y el fin del acto; b) el fin de la ley y los medios que el acto elige para cumplirla; c) las circunstancias de hecho que dan causa al acto y las medidas o el fin que el acto tiene, ostentan así no sólo base constitucional, sino también legal”.

⁵⁸ Resulta evidente que, a los efectos de determinar la razonabilidad de las normas que establecen límites a los derechos de los habitantes, no es indiferente analizar detalladamente los supuestos de hecho que las propias regulaciones disponen. Es que, “las normas no se activan por sí mismas”, son los hechos los “que hacen aplicable o inaplicable una determinada regla sustantiva” (BINDER, DAVID A., Y BERGMAN, PAUL, “Fact Investigation. From Hypothesis to Proof, West Publishing Company, St. Paul, Minnesota, 1984, p.2.; citados por GORDILLO, AGUSTÍN, en el *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *op.cit.*, cap. I, p. I-28).

⁵⁹ Expte: B.675.XLI, sentencia del 8 de agosto del 2006.

Nacional. Todo ello sin perjuicio del ejercicio a posteriori del control destinado a asegurar la razonabilidad de esos actos y a impedir que se frustren derechos cuya salvaguarda es deber indeclinable del Tribunal (Fallos: 308:1848)”.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en apoyo a esta tesitura, ha sostenido que: “... para satisfacer un estricto escrutinio de la constitucionalidad de las normas (...) cabe preguntarse cuál es el fin que persiguen, si el medio escogido puesto en conjunción con ese fin es idóneo y razonable, y si no existe otro camino más apto y que resguarde mejor los principios constitucionales involucrados”. Y, más adelante, manifestó que “Si bien ningún derecho es absoluto y todos ellos se subordinan a las normas que los reglamenten (conf. los artículos 14 y 28 de la CN), lo cierto es que también la actividad que promueve el Estado en ejercicio del poder de policía, en todo estado de derecho, está acotada por los principios, derechos y garantías de rango constitucional.”⁶⁰

7. A modo de colofón

El agotamiento de la vía administrativa implica que, para poder demandar al Estado y que el poder judicial revise y controle la actividad administrativa en pos de la garantía de la tutela judicial efectiva, el particular previamente debe haber formulado un reclamo previo en sede administrativa (artículo 30 del decreto-ley 19549/72); o bien haber incoado un recurso jerárquico en el exiguo plazo de 15 días hábiles (artículos 23 y 24 inc b del decreto ley 19549/72 y artículo 90 del decreto reglamentario 1759/72) a contar desde el día siguiente hábil a la notificación del acto administrativo que afecta sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

En este último supuesto, además de condicionar la tutela judicial efectiva a un plazo perentorio breve de 15 días que no todos conocen, limita la legitimación a la afectación de un derecho subjetivo o interés legítimo (artículo 77 del decreto reglamentario 1759/72) dejándose fuera de la protección al titular del denominado interés difuso o simple que vela por el cumplimiento de la legalidad, tal como fuera reseñado en el acápite 5.1.

Además se estipula, en los artículos 23 (incisos a y b) del decreto ley 19549/72 y 89 del decreto reglamentario 1759/72, que la vía administrativa sólo se agota con la interposición de un recurso jerárquico cuando se intente cuestionar actos administrativos definitivos (que resuelvan el fondo de la cuestión sometida a análisis) o equiparables a definitivos (que impidan totalmente la resolución del fondo de la cuestión disponiéndose, por caso, el archivo de las actuaciones administrativas) dejando de esta forma fuera del control y revisión judicial a variada actuación

⁶⁰ Voto de la Dra. ALICIA E. RUIZ, en el precedente *Ambrossi Leonardo c/ GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido*, Expte. n° 5859/08, sentencia del 24 de noviembre de 2011.

administrativa (actos administrativos interlocutorios o de mero trámite que se dictan a lo largo del procedimiento administrativo y en el marco del expediente de que se trate). Lo anterior implica que, si en el transcurso de un procedimiento administrativo, el particular, ofrece la producción de una prueba fundamental para acreditar el derecho que le asiste y la administración rechaza su producción sin expresión de causa, no podrá cuestionar judicialmente ese acto administrativo por revestir carácter de interlocutorio aunque la producción de la prueba ofrecida (y negada) fuese crucial para poder acreditar, se repite, el derecho subjetivo o interés legítimo comprometido e impida la correcta tramitación del reclamo interpuesto (en línea con el inciso b del artículo 23 del decreto-ley 19549/72).

A su vez, dable es señalar que una vez presentado el reclamo o interpuesto el recurso jerárquico en cuestión, la Administración tiene un plazo por demás extenso para pronunciarse (90 días en el caso que se trate de un reclamo, de conformidad a lo expuesto en el artículo 31 del decreto-ley 19549/72; y 30 días en caso de tratarse de la vía recursiva conforme lo señalado en el artículo 91 del decreto reglamentario 1759/72). A lo anterior, se aduna que, si el particular optó por la doble instancia administrativa y planteó el recurso de reconsideración (que también concede a la Administración un plazo de 30 días para resolver conforme lo dispuesto en el artículo 86 del decreto reglamentario 1759/72) como paso previo al jerárquico, la Administración dispondrá de 90 días para decidir definitivamente la cuestión y habilitar así la vía judicial.

Lo anterior, dilata irrazonablemente la efectiva garantía del derecho involucrado pues el particular debe necesariamente esperar que se venzan tales plazos para poder impulsar –solamente en el marco de la vía reclamatoria- el procedimiento administrativo mediante la figura del pronto despacho regulado en el artículo 10 del decreto-ley 19549/72, figura que -a su vez- abre un nuevo plazo de 45 días hábiles para que la Administración se expida (ver artículo 31 del decreto-ley 19549/72).

En caso de que la Administración se pronuncie expresamente por la negativa, comienza a correr –tanto en la vía recursiva como en la reclamatoria- un nuevo plazo de caducidad de 90 días hábiles, conforme lo regulado en el artículo 25 del decreto-ley 19549/72, para iniciar la demanda judicial; plazo que se cuenta desde el día siguiente hábil a la notificación del acto que resuelva el reclamo o el recurso jerárquico según la vía de que se trate.

A lo anterior se aduna el hecho no menor atinente a que, en el supuesto de la vía reclamatoria, el particular sólo estará habilitado para demandar judicialmente si, además, acredita un daño a un derecho subjetivo, interés legítimo, o interés colectivo involucrado. No podría acudir a la justicia alegando un simple interés difuso en su carácter de ciudadano que vela por el cumplimiento del principio de legalidad (conforme jurisprudencia sentada en el caso *Thomas* referenciado en el acápite 5.1.).

Los reseñados requisitos formales deben ser verificados de oficio por los jueces antes de correr traslado de la demanda (conforme las modificaciones introducidas por

la ley 25344 al art. 31 del decreto-ley 19549/72 y la jurisprudencia de la CSJN dictada en *Gorordo y Ramírez* antes reseñada) con la salvedad de que el Estado demandado - antes de que el juez eventualmente ordene correr el pertinente traslado, tras haberse tomado el tiempo necesario para la constatación de los requisitos de la habilitación de la instancia- tiene acceso a copia de la demanda y documentación acompañada, en virtud de la obligación impuesta a cargo del particular por los artículos 8° y 10 de la ley 25344; y, por ende, puede comenzar a delinear su estrategia defensiva en un plazo excesivamente amplio y beneficioso, violándose de esta suerte el *principio de igualdad ante la ley* en perjuicio de la parte más débil: el administrado.

Entiendo que la normativa que sienta los requisitos formales analizados mediante el presente trabajo peca de irrazonable⁶¹ por no guardar proporción con la finalidad pública perseguida como ser: la seguridad jurídica, o la posibilidad de que la administración revea sus decisiones en una etapa conciliatoria evitando el dispendio jurisdiccional.

Ello, pues, es sabido que la Administración difícilmente revoque una decisión propia o de un órgano inferior asumiendo su responsabilidad convirtiéndose, así, el agotamiento de la vía administrativa en un *ritualismo inútil*⁶² que atenta contra la

⁶¹ Ver asimismo, GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t.1, *op.cit.*, cap. X, pp. X-21-23, cuando sostiene que la proporcionalidad debe analizarse en un triple sentido, entre: "a) el fin de la ley y el fin del acto; b) el fin de la ley y los medios que el acto elige para cumplirla; c) las circunstancias de hecho que dan causa al acto y las medidas o el fin que el acto tiene, ostentan así no sólo base constitucional, sino también legal."

⁶² "En este sentido no puede dejar de recordarse que el exceso de rigor formal –que sin dudas se configuraría si no se reconociera al administrado la posibilidad de prescindir del reclamo en aquellos supuestos excepcionales en los que, como en el sub lite, se ha comprobado de modo manifiesto la oposición de la Administración– resulta incompatible con las reglas del debido proceso y el adecuado servicio de justicia (conf. CSJN, *doctr. de Fallos*, 311:700 y 2177, 317:1579, entre otros), máxime atendiendo al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en diversos tratados de jerarquía constitucional (conf. art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica, arts. 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). [...] A este respecto es adecuado traer a colación que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos ha sostenido que el derecho a la tutela judicial efectiva "impide que el acceso a la justicia se convierta en un desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares. Las garantías de la tutela judicial efectiva y debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, a tal punto que por el principio *pro actione*, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido", CNCAF, Sala IV, *Bejarano*, sentencia del 30/10/2001. A su vez, la Corte en el caso *E.D.E.M.S.A. c/E.N.A. y M.E.O.S.P.N. s/cobro de pesos*, sentencia del 4 de agosto de 2009, (fallos 332:1629), ratifica la doctrina del ritualismo inútil – es decir, la innecesariedad de deducir reclamo administrativo en los casos en que podía constatarse la "ineficacia cierta" del mismo debido a la postura irreductible de la Administración- y sostiene que el procedimiento administrativo no constituía un ritualismo inútil si, en el juicio en el que el Estado había opuesto la falta de agotamiento de aquel, la posición asumida en el juicio no evidenciaba la inutilidad de retrotraer la

efectiva y oportuna protección de los derechos involucrados.⁶³

Además, se coincide con parte de la doctrina en que el acto administrativo tiene presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria (artículo 12 del decreto-ley 19549/72) por lo que la Administración puede ordenar su cumplimiento pese a que se encuentre en curso un recurso en sede administrativa que, por principio y como regla, no suspende los efectos del acto cuestionado.⁶⁴

Entiendo que, a la luz de los antecedentes de hecho y de derecho arriba señalados, existen medios alternativos menos restrictivos de la tutela judicial efectiva⁶⁵

cuestión a la etapa administrativa, ya que ni de la contestación de demanda, ni de las pruebas acompañadas, surgía que el organismo estatal hubiera rechazado la pretensión en cuanto al fondo de la cuestión planteada, ni que hubiera negado la existencia de la deuda que le reclamaba la actora, tampoco la del convenio que le daba origen y, además, de las actuaciones administrativas se desprendía que la demandada no negaba el crédito a favor de su contraparte, sino que la falta de pago se debía a razones presupuestarias. La posición asumida por el Estado nacional en el juicio, sostuvo entonces la Corte, no evidenciaba la inutilidad de retrotraer la cuestión a la etapa administrativa, por lo tanto, no permitía concluir que el agotamiento de esa constituyera un ritualismo inútil.

⁶³ Conforme CASSAGNE JUAN CARLOS, *Acerca de la subsistencia de la regla del agotamiento de la vía administrativa, op.cit.*, cuando sostuvo: “También se aduce que hay que darle la oportunidad a la administración para revisar sus errores o ilegalidad o que resulta conveniente establecer una etapa conciliatoria antes de acudir a la justicia. Sin embargo, la experiencia enseña que, al igual que en el derecho comparado, rara vez la Administración hace lugar a un recurso administrativo o reclamación previa ¿Para qué entonces obligar a interponerlos? En Francia, el recurso jerárquico es optativo, no se establece plazo alguno para deducirlo ni se pierde el acceso a la jurisdicción por no haberlo presentado. Lo que interesa, eso sí, en dicho sistema es que haya una decisión previa (“décision préalable”).

⁶⁴ Huelga citar en este punto a CASSAGNE JUAN CARLOS, *Acerca de la subsistencia de la regla del agotamiento de la vía administrativa, op.cit.*, cuando señala que: “Como la regla del agotamiento de la vía administrativa va acompañada del carácter obligatorio y perentorio de los plazos para promover el recurso jerárquico se argumenta que, de no establecerse plazo alguno para la interposición de dicho recurso, se afectaría la seguridad jurídica, al no haber certeza en las relaciones que vinculan a la Administración con los ciudadanos. Sin embargo, la principal razón para sostener que no se afecta la seguridad jurídica es que como el recurso no suspende, en principio, la ejecución del acto ni la pretensión procesal administrativa, la Administración se encuentra siempre en condiciones de ejecutarlo”.

⁶⁵ Ampliar en CASSAGNE JUAN CARLOS, *Acerca de la subsistencia de la regla del agotamiento de la vía administrativa, op.cit.*, cuando afirma “El principio de la tutela judicial efectiva implica una ampliación de la clásica garantía de defensa que deja de poner el acento en la protección formal en el seno del proceso (a la que, sin embargo, engloba) para ir decididamente por el camino de la protección sustancial y efectiva de los derechos de los ciudadanos. A partir de la recepción del principio, la tutela judicial efectiva demanda que el acceso no sea obstaculizado por ápices formales (...) Un conjunto de principios de rango supranacional tornan imperativa la hermenéutica de la Constitución que se deja expuesta. Es que ella resulta vinculante en virtud de los principios pro homine, pro libertate y pro actione, que mandan sucesivamente que los ordenamientos nacionales respeten los derechos humanos de las personas, no traben sus libertades ni obstaculicen realización de la justicia, permitiendo y favoreciendo el acceso irrestricto de los ciudadanos a los tribunales

que asegurarían -de igual forma- la finalidad pública perseguida atinente a la proclamada seguridad jurídica, como ser, el instituto del amparo contemplado a nivel constitucional e internacional en los casos en que se violen, alteren, restrinjan o amenacen derechos garantizados por la CN sin ser necesario, en ningún supuesto, el agotamiento de la vía administrativa (ni en lo que respecta a la vía recursiva ni a la reclamatoria).

Esta solución si bien se encuentra zanjada en la Constitución de la CABA (que expresamente sienta que el agotamiento de la vía administrativa no es requisito para su procedencia) no fue receptada en la CN del 1994 y dio lugar a una serie de interpretaciones encontradas al respecto.⁶⁶ BIDART CAMPOS interpreta que la referencia que la norma constitucional hace del medio judicial más idóneo y la omisión de aludir a las vías administrativas equivale a no obstruir la procedencia del amparo por el hecho de que existan recursos administrativos o de que no se haya agotado una vía de reclamación administrativa previa.

Sin perjuicio de lo expuesto, dable es señalar que la CSJN -el 3 de noviembre de 1998- sentenció en la causa *Neuquén para el Mundo S.A.*⁶⁷ y reiteró su doctrina anterior sobre la admisibilidad del amparo, en el sentido de que resulta necesario que se haya agotado la vía administrativa correspondiente tendiente a permitir que el organismo interviniente enmiende el acto que se considera lesivo de los derechos constitucionales y, sólo después de ello, de resultar procedente, quedaría habilitada la vía del amparo.

Asimismo, en línea con lo señalado por LAURA MONTI,⁶⁸ con posterioridad a esa sentencia, el mismo tribunal efectuó una distinción interesante. En efecto, en la causa *Granillo Fernández*⁶⁹, en la que no estaban en juego derechos personalísimos, sostuvo que si bien es cierto que, a partir del reconocimiento constitucional del amparo, se ha interpretado que el cumplimiento del agotamiento previo de la instancia administrativa no constituye obstáculo para su admisibilidad formal, tal criterio no puede utilizarse de manera irrestricta en que se cuestionan decisiones (en el caso, de

judiciales (...) No está demás poner de resalto que la tesis favorable a la recepción del principio de la tutela judicial efectiva, ha sido afirmada recientemente por la Corte Suprema de Costa Rica, que ha declarado que el agotamiento de la vía administrativa conculca el derecho a la tutela judicial efectiva.

⁶⁶ Lo que se plantea en el ámbito de esta acción, en relación con el tema en estudio, es si, previamente a su interposición, es necesario agotar la vía administrativa, tal como sigue expresamente exigido en el art. 2 de la ley nacional 16.986, que continúa vigente aun después de la incorporación de la institución del amparo en el art. 43 de la Constitución nacional, en MONTI, LAURA, *Agotamiento de la vía administrativa y tutela judicial efectiva*, op.cit, p. 322.

⁶⁷ CSJN, *Neuquén para el Mundo c/Neuquén, Provincia del y otro s/amparo*, sentencia del 3 de noviembre de 1998.

⁶⁸ MONTI, LAURA, *Agotamiento de la vía administrativa y tutela judicial efectiva*, op.cit. p 323.

⁶⁹ CSJN, *Granillo Fernández, Héctor Manuel c/Universidad Nacional de La Plata s/amparo*, sentencia del 10 de abril de 2007, (fallos 330:1407).

carácter universitario) que no emanen de su máxima autoridad, pues implicaría soslayar la vía específicamente prevista por el legislador como la más idónea para su tratamiento y resolución, máxime cuando no existe una situación de urgencia que torne necesaria la restitución inmediata de los derechos que el actor dice conculcados y al haber seguido el mismo la vía del recurso jerárquico ante el Consejo Superior”.

En línea con lo anterior y en otro juicio en el que se intentaba, mediante el amparo, proteger derechos típicamente tutelados por esa acción, la Corte sostuvo que ella es particularmente pertinente en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física y que, frente a un grave problema, no cabe extremar la aplicación del principio según el cual esa acción no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la normalmente presente urgencia del caso, se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole.⁷⁰

Sobre el punto entiendo que establecer un ranking de jerarquía entre diferentes derechos constitucionales, para concluir afirmando que solamente algunos pueden ser garantizados mediante la directa interposición del amparo judicial; mientras que otros sólo podrán protegerse judicialmente con el previo agotamiento de la vía administrativa en una suerte de ritualismo burocrático e inútil, implica ir en contra de la *indivisibilidad e interdependencia*⁷¹ de los derechos humanos e ingresar en una zona gris que se aparta de la finalidad del instituto creado en el artículo 43 de la CN que tuvo en miras la protección de todo derecho garantizado en su texto, en caso de amenaza, alteración, restricción o violación manifiesta por parte de actos u omisiones del Estado.

Por último, en lo que respecta al plazo de caducidad fijado en el artículo 25 del decreto-ley 19549, parte de la doctrina entiende que bastaba sujetar la demanda judicial a los plazos de prescripción en una suerte de reglamentación al principio de la “tutela judicial efectiva” en tanto medio alternativo razonable para propender a la proclamada “seguridad jurídica”. Coincido con esa visión.

⁷⁰ CSJN, *Maria, Flavia Judith c/Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial*, sentencia del 30 de octubre de 2007, (fallos 330:4647).

⁷¹ En sintonía con lo sostenido en MANILI, PABLO LUIS, *El Bloque de Constitucionalidad*, *op.cit.*, p. 41 cuando dice: “Ello implica la imposibilidad de jerarquizar los derechos humanos para preferir unos sobre otros, lo cual llevaría –en determinadas filosofías extremas- a sacrificar unos derechos en aras de otros, abriendo así la puerta al fundamentalismo que sostiene que el “fin justifica los medios”. La indivisibilidad implica justamente la imposibilidad de desconocer, por ejemplo, los derechos civiles y políticos, con el supuesto propósito de lograr la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales o viceversa (...) la negación de unos conduce inevitablemente a la negación de los otros. Es inconcebible la plena vigencia de unos y el desconocimiento total de los otros”.

Bibliografía

Doctrina consultada

BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-A, Ediar, Buenos Aires, 2000.

CAPPELETTI MAURO, MAURO, Y GARTH, BRYANT, *El acceso a la justicia*, trad. de MÓNICA MIRANDA, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Acerca de la subsistencia de la regla del agotamiento de la vía administrativa*, Jornadas Latinoamericanas de Derecho Administrativo, organizadas por la Universidad de Belgrano y el Colegio Público de Abogados, durante los días 27,28 y 29 de abril de 2011.

CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.*

CHRISTE, GRACIELA ELENA, *Apostillas a la sentencia dictada por la CSJN en la causa Quisberth Castro, CSJN Q. 64 XLVI Recurso de hecho, "Q.C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo*, Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Diciembre 2013, disponible en <http://www.adaciudad.org.ar/docs/CHRISTE-Apostillas-a-la-sentencia-Q.-C.-de-la-Corte-Suprema.pdf>)

CIANCIARDO, JUAN, *El principio de razonabilidad*, Depalma, Buenos Aires, 2004.

COIDH, *El acceso a la justicia como garantía de derechos económicos, sociales y culturales*, punto III: "Debido proceso administrativo y garantía de derechos sociales (disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/Accessodescindice.sp.htm>).

GARCÍA PULLES, FERNANDO, *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, caps. II, III, IV, VIII Y IX.

GARGARELLA, ROBERTO y MAURINO, GUSTAVO, AAVV, *Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad*", disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/89/gargarella-roberto-y-maurino-gustavo-vivir-en-la-calle-el-derecho-a-la-vivienda-en-la-jurisprudencia-del-tsj.pdf>.

GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t1, *Parte General*, FDA, Buenos Aires, 2009, caps. I, IX y X, disponible en www.gordillo.com

GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t.2., *La defensa del usuario y del administrado*, FDA, Buenos Aires, 2009, cap. VIII, disponible en www.gordillo.com.

GORDILLO AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto Administrativo*, FDA, Buenos Aires, 2011, caps. I y III, disponible en www.gordillo.com.

GORDILLO AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t4, *El procedimiento*

administrativo, FDA, Buenos Aires, 2010, caps. III y XII, disponible en www.gordillo.com.

GORDILLO, AGUSTÍN – DANIELE, MABEL (Directores) *Procedimiento administrativo – Decreto ley 19549/1972 y normas reglamentarias – Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Comentados y concordados*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2º ed., 2006, pp. 303-330.

JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, *Habilitación de la Instancia judicial en el ámbito nacional. Requisitos para su admisibilidad. Modificaciones resultantes de la ley 25.344*.

LINARES, JUAN FRANCISCO, *Razonabilidad de las leyes*, Astrea, Buenos Aires, 1989, 2ª ed.

MAIRAL, HÉCTOR, *Control Judicial de la Actividad Administrativa*, t. I, pp 94 a 123.

MANILI, PABLO LUIS, *El Bloque de Constitucionalidad*, La Ley, Buenos Aires, 2003.

MONTI, LAURA “El agotamiento de la instancia administrativa” en *Control de la Administración Pública*.

MONTI, LAURA, *Agotamiento de la vía administrativa y tutela judicial efectiva*, que puede consultarse en www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/003-edp-3-monti.pdf

RAWLS, JOHN, *Teoría de la justicia*, Belknap, Estados Unidos, 1971.

REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación Judicial de la Actividad Administrativa*, La Ley, Buenos Aires, 2000, caps. II y III.

Jurisprudencia consultada

- 1) CSJN, *Seste, Vicente y otros c/Gobierno Nacional*, (fallos, 1:317).
- 2) CSJN, *Municipalidad de la Capital c/ Viuda de Elortondo*, (fallos 33-162).
- 3) CNACAF, SALA V, *Cohen Arazzi Eduardo c/ EN - Jefatura de Gabinete-RESOL 155/01- y otros s/ empleo público*, sentencia del 20/02/2004.
- 4) CSJN, *Cohen Arazzi, Eduardo c/EN Jefatura de Gabinete - resol. 155/01 y otros s/empleo público*. C. 86. XLI; REX; 11-12-2007, (t. 330 p. 5032).
- 5) CSJN, *Cohen Rafael c/ Instituto Nacional de Cinematografía s/ nulidad de resolución*, 13/3/90, (fallos 311:2120).
- 6) CSJN, *Franco, Carlos Gustavo s/ recurso de apelación ley 24.521 art. 32*, 27/5/04, F. 530. XXXVII.
- 7) CSJN, *Ramírez, Andrés Lionel c/ Estado Nacional - Secretaría Presidencia de la Nación s/ empleo público*, 28/4/09, R. 341. XLIII y dictamen de al PGN del 11 de agosto de 2008, S.C. R.341, L.XLIII.
- 8) CSJN, *Serra, Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, S. 182. XXIV; 26-10-1993, (t. 316 p. 2454).

- 9) CSJN, *Resch, Héctor Juan c/ M° del Interior - Policía Federal s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de seg.*, R. 920. XXXVI.; 26-10-2004, (t. 327 p. 4681).
- 10) CSJN, *Mevopal S.A. y otra c/ Banco Hipotecario Nacional s/ ordinario*, M. 487. XXI, 06-09-1988, (t. 311 p. 1788).
- 11) CNACF, en pleno, *Petracca c/ Ente Autárquico Mundial '78*, sentencia del 24/04/86.
- 12) CSJN, *Jaramillo SCA s/ Recurso contencioso-administrativo*, (fallos 295:276).
- 13) CSJN *Gorordo Allaria de Kralj, Haydée María c/ Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación)*, G 1530 XXXII; 04-02-1999; (t. 322 p. 73).
- 14) CSJN, H. 270. XLII. *Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986*; (fallos 332:111).
- 15) CSJN, *Mendoza Beatriz Silvia y Otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo*, (Expte M 1569 XL), sentencias del 20 de junio de 2006 y del 8 de julio de 2008.
- 16) CSJN T. 117. XLVI. *Thomas, Enrique c/ E.N.A. s/ amparo*, (fallos 333:1023).
- 17) CSJN, *Fernández Arias c/ Poggio*, (fallos: 247:646).
- 18) CSJN, *E.D.E.M.S.A. c/E.N.A. y M.E.O.S.P.N. s/cobro de pesos*, sentencia del 4 de agosto de 2009, (fallos 332:1629).
- 19) CCAYT, SALA II, Expte. 13677/0, *Frávega SA c/ GCBA s/ impugnación de actos administrativos*.
- 20) CNCAF, Sala IV, *Bejarano*, sentencia del 30/10/2001.
- 21) CNCAF, *Romero, Gerardo c/ E.N. (E.M.G.E)*, Expte. 26.424/94, sentencia del 15/12/1998.
- 22) CSJN, Recurso de hecho deducido por Q.C.,S.Y. por sí y en representación de su hijo menor J.H.Q.C. en la causa Q.C.,S.Y. *c/ GCBA s/ amparo*, sentencia del 24/04/2012.
- 23) CSJN, *ASTORGA BRACHT, S. y otro c/ COMFER s/Amparo ley 16.986*, (fallos 326:4185).
- 24) CSJN, *Maria, Flavia Judith c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Rios y Estado provincial*, sentencia del 30 de octubre de 2007, (fallos 330:4647).
- 25) CSJN, *Granillo Fernández, Héctor Manuel c/ Universidad Nacional de La Plata s/amparo*, sentencia del 10 de abril de 2007, (fallos 330:1407).
- 26) TSJ, *Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y Otros s/ Amparo (art. 14 CCABA) s/ Recurso de Inconstitucionalidad concedido*, Expte. 6754/09, sentencia del 12 de mayo del 2010.
- 27) TSJ, *Ministerio Público – Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, Expte. nº 6153/08, sentencia del 12 de mayo de 2010.
- 28) TSJ, *Ambrossi Leonardo c/ GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de*

- inconstitucionalidad concedido*, Expte. nº 5859/08, sentencia del 24 de noviembre de 2011.
- 29) CIDH, Informe Nº 80/99, emitido en el caso Nº 10.194 (Palacios N.C/R Argentina).
- 30) CCSJN, *Badaro, Adolfo Valentín c/ Anses s/ reajustes varios*, Expte: B.675.XLI, sentencia del 8 de agosto del 2006.
- 31) CNFED, *Schroder, Juan c. Estado Nacional -Secretaría de Recursos Naturales*, sentencia del 8 de septiembre de 1994.
- 32) CSJN, *Neuquén para el Mundo c/Neuquén, Provincia del y otro s/amparo*, sentencia del 3 de noviembre de 1998.
- 33) CIDH (en OEA/Ser.L/V/II.129 Doc.4, 7 septiembre 2007).
- 34) La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004, publicación de la CIDH, San José, Costa Rica, 2005, pág. 1065 y ss., en esp. pág. 1070, nota 1813.
- 35) Observación General Nº 3, párr. 9 in fine y 12; Directrices de Maastricht, párr. 14, en especial apartados e y f.
- 36) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del "Tribunal Constitucional", 31/1/01, Serie C, Nº 71, párr. 91; caso "Yatama", 23/6/05, Serie C, Nº 127, párr. 169; caso "Tibi", 7/9/04, Serie C, Nº 114, párr. 13; Caso "Velazquez Rodríguez", 29/7/88, Seire C, Nro. 4, párr. 165-166; causa "Cinco Pensionistas v/ Perú", y *Las Palmeras*; "Godínez Cruz", 20/1/89, Serie C, Nro. 5, párr.174,175 y 176; caso "Bámaca Velásquez", 25/11/00, Serie C, Nro. 70, párr. 210; caso Aguirre Roca, Rey Terry y Tevoredotarsano vs. Perú", 31/1/01, Serie C, Nro. 71, párr. 109.

Normativa consultada

Constitución Nacional.

Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Ley 3952 (texto original y reformas por ley 11.634).

Decreto- Ley de Procedimientos Administrativos Nº 19549.

Decreto reglamentario Nº 1759/72.

Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 1510/97 (fija el procedimiento administrativo en la CABA).

Ley de Emergencia Económico-Financiera N° 25.344.