

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DOCTORADO EN DERECHO

CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD
EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

LUIS ALBERTO DE MATTIA

Santa Fe - 2015

Opinar es creer. La creencia significa una conjetura precedente y un contenido representacional; y, por ello, falible. **Saber es conocer.** Se trata de una aprehensión inteligible que se inicia también desde lo conjetural, transita por la creencia y se subordina al conocimiento de tipo proposicional o de tipo científico, de la realidad. De ese contexto emergen hechos o que bien son analíticos, no verificables, o bien son sintéticos, verificables empíricamente (1). Esa corroboración, siguiendo la postulación de Karl Popper, implica un método de falsación, no para descubrir respuestas verdaderas sino para distanciarse del error; se configura en una discusión crítica dirigida a incrementar el conocimiento y, a la par, la evolución de la ciencia.

1 Quesada, Daniel; Saber, opinión y ciencia, Ariel, Madrid, 1998, pp. 17 y ss.

Agradecimientos:

A mi esposa, Nora, quien me alentó en la decisión inicial y en cada etapa siguiente hasta arribar a la elaboración de esta tesis, aportando como docente una mirada del 'mundo jurídico' distinta de quienes con pasión y activamente nos incorporamos en él, como es al caso, desde muy joven.

A mi Director de Tesis, Doctor Alejandro Dalmacio Andrada, por honrarme al aceptar la dirección y observar la actividad investigativa y constructiva de los criterios jurídicos que aquí desarrollo, con libertad y respeto.

A María Cecilia Muruaga, por su contribución desinteresada como Profesora de Letras en el armado y los estilos que lucen en este trabajo.

A los Doctores Eloy Suárez, Carlos Borsotti, Carlos María Cárcova, Rodolfo Vigo y José Benvenuti, y a la Doctora Graciela Barranco de Busaniche por compartir generosamente sus fundados conocimientos académicos, y a los entrañables colegas doctorandos, quienes me confortaron con amistad.

A la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, por posibilitarme acceder al conocimiento del Derecho.

A todos, muchas gracias.

CAPITULO I

EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

El control judicial de constitucionalidad, concebido en sentido amplio como un instrumento destinado a preservar el equilibrio que debe existir en los derechos de los individuos frente al Estado, torna posible enfrentar como violación la “inaplicación”¹ de una norma constitucional y, en especial, sus efectos en las decisiones que se apoyan en actos administrativos generales o reglamentos. El anunciado instituto que reconoce, en general, a la adjudicación una función propia dentro del Estado moderno, cuya proyección institucional es la declaración de inconstitucionalidad, puede ser clasificado según los órganos con poder de control, la forma en que se plantea y resuelve la cuestión constitucional y los efectos que se derivan de la decisión judicial.

Así, se distingue el sistema jurídico británico ejercido desde el Parlamento, del sistema concentrado o austriaco, el cual asigna el citado control a un solo órgano judicial especial, y se ejerce por una vía principal o directa, es decir, a través de un proceso constitucional específico y autónomo, por medio de una acción especial, y donde la decisión ostenta efecto constitutivo, *erga omnes*, y derogatorio. Finalmente, en lo que centralmente interesa a esta descripción, también se distingue el sistema difuso o americano que distribuye el control de constitucionalidad entre varios órganos judiciales ordinarios, se ejerce por la vía incidental en ocasión de un proceso; en cuanto al debate sobre la constitucionalidad de la norma, debe ser para el caso concreto, *a posteriori*, a tratar por el juez con competencia para resolver la cuestión surgida, con carácter declarativo.

Cabe anunciar, en relación con los sistemas descritos de manera precedente y la adopción por el ordenamiento jurídico nacional, que el objeto del presente estudio lo constituye el control judicial de constitucionalidad de los actos administrativos, de lo cual es menester destacar que los límites citados -

¹
ss.

Hierro, Liborio; *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 151 y

especialmente el carácter declarativo derivado del control- tienen implicancias en la validez y eficacia de un decreto dictado por el Poder Ejecutivo y, para el caso judicializado, como la tendría en relación con una ley sancionada por el Poder Legislativo.

En ese marco, parece insoslayable estudiar la influencia de la denominada TEORÍA DE LA DECISIÓN MÍNIMA o MINIMALISMO, aún con arraigo en el mundo jurídico, con un rol de amplia gravitación y, en algunas etapas, también en nuestro país. Dicha teoría hace descansar el control de constitucionalidad en un TRIBUNAL SUPERIOR que actúa como máxima instancia en asuntos constitucionales, y releva al JUEZ INFERIOR –de lo contencioso administrativo o de otros fueros- de la valoración de constitucionalidad, demandada de manera expresa o bien tácita, en relación con la norma o con un acto general o reglamento, y lo hace sin perjuicio de mantener el juzgamiento del acto impugnado en el ámbito de la competencia del juez a-quo.

Esa teoría produce que aún en conocimiento de los reproches por infracción, aplicación indebida, desconocimiento o violación de la ley, las instancias jurisdiccionales menores se alejen del campo del conflicto constitucional. Los aspectos formales y procesales -así como especialmente la circunstancia de que la siguiente instancia ‘asegura’ la revisión- justifican ese proceder ya sea porque se asume la ratificación o rectificación de la primera decisión o porque, paralelamente, se posibilita el acceso al máximo grado jurisdiccional a cargo del control de constitucionalidad generado en la posición de los precedentes jurisprudenciales.

La cuestión en el ámbito del DERECHO ADMINISTRATIVO se vincula con la relación que el Estado establece peculiarmente referida a la vigencia de la norma impugnada, es decir: equilibrio, interrelación y límites de la discrecionalidad de los poderes. A través de sus poderes en función administrativa, y de la que emanan actos administrativos generales o reglamentos, se sustentan los actos administrativos particulares en materia de empleo público: sanciones disciplinarias, cesantías, previsional, tributaria, obra pública, ejercicio del poder de policía, etcétera.

Se aprecia en la variante en examen, mientras persisten sus efectos, y con avances por ahora no tan significativos, que a través de la TEORÍA DE LOS

PRECEDENTES se tiende a homogenizar la solución de los conflictos *asimilando* el control de constitucionalidad judicial a un 'sistema concentrado' sin las características de completitud que lo caracterizan, como será analizado. Es decir: sin tomar en cuenta connotaciones generales o derogatorias y, por ende, con escaso resultado sobre elevados niveles de litigiosidad judicial. O sin que, así entendido, parezca satisfecho el compromiso plural que demanda el ESTADO DE DERECHO, enderezado a proteger la vulneración de derechos subjetivos por actos estatales caracterizados por niveles de discrecionalidad *de facto*, ilegales o ilegítimos que lesionan derechos fundamentales.

El problema del control judicial difuso de constitucionalidad, que ocupa cada vez un lugar más destacado en el ámbito de los estudios sobre la práctica jurídica, demanda una revisión exhaustiva tendente [o, tendiente] a establecer el criterio de protección demandado socialmente al Estado. Para ello, es menester conocer y reconocer los aportes de las distintas disciplinas. Así, en el ámbito del control de la constitucionalidad, convergen desde diferentes perspectivas teóricas el DERECHO - CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO Y COMPARADO-, la JURISPRUDENCIA, la DOCTRINA, la SOCIOLOGÍA, la FILOSOFÍA y la EPISTEMOLOGÍA JURÍDICAS.

Esas disciplinas, cada una a partir de la competencia que le atañe, contribuyen al estudio de los sistemas de control constitucional y sus evoluciones, la comparación de los recaudos, los órganos que intervienen, los alcances jurídicos de sus decisiones, la incursión e incidencia del contralor y revisión de los actos estatales en función administrativa; asimismo, la intensión y extensión de los conceptos involucrados.

El conocimiento producido y disponible al respecto, se puede enrolar, en general, en una noción de ciencia jurídica concebida como un tipo de práctica: los métodos, o como una forma de organizar el saber a fin de posibilitar el estudio del derecho desde un enfoque considerado científico; teniendo en cuenta, además, la visión dirigida a un objeto concreto de estudio, descriptiva y asociada a la neutralidad, y aquella que piensa el derecho como un 'sujeto epistémico', capaz de construir en forma autónoma su propia realidad social.

De lo expuesto puede deducirse, en primer lugar, la facticidad proposicional enlazada con el sistema difuso del control de constitucionalidad que permite resolver el problema, toda vez que la desviación se manifieste entre actos normativos generales pertenecientes al universo jurídico indagado. En segundo lugar, posibilita acudir al conocimiento de otras disciplinas involucradas con el control judicial de constitucionalidad², que ofrecen diversidad y un horizonte de transformación. Desde esa visión es posible aplicar el instituto en el ámbito del Derecho administrativo, en relación con los actos generales y reglamentos que emanan de los poderes del Estado en función administrativa, y que sustentan hechos o actos normativos particulares y, también, con sujeción a precedentes jurisprudenciales compatibles con el sentido ético que deviene del sistema democrático al regular la eficacia de las normas declaradas inconstitucionales.

La presente tesis se focaliza en las relaciones entre el sistema de control de constitucionalidad difuso y el Derecho administrativo, especialmente su ejercicio mediante procesos judiciales respecto de actos estatales con directa incidencia en actos administrativos, la dimensión de sus efectos respecto de las normas impugnables, su legitimidad, el equilibrio competencial entre los poderes y los límites de la discrecionalidad.

Ello conlleva asumir, liminarmente, la preeminencia del PRINCIPIO *IURA NOVI CURIA*, dejando atrás aquel criterio de la ‘decisión mínima’ o ‘minimalista’ y la consiguiente renuencia que significa frente a la infracción o aplicación indebida y el desconocimiento o violación de la ley en relación con los actos administrativos generales, reglamentos estatales y la incidencia, por aplicación, en actos administrativos particulares. A la vez, en el marco de la justicia, alentar el ejercicio de la competencia política, asignada a su jurisdicción en la organización republicana, a fin de que determine el estado de vigencia y eficacia de la norma o limite la discrecionalidad implícita en ella, fortaleciendo la división de poderes y la democracia deliberativa, sustentada en la autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona.

² Ferrajoli, Luigi; *Epistemología jurídica y garantismo*, Coyoacán , México, 2004, p. 128.

La sucinta descripción precedente, a modo introductorio, comprendiendo el marco teórico, la problemática, los objetivos generales y particulares, que serán a continuación objeto de estudio, posibilita formular la siguiente **hipótesis**:

En la actualidad, el alcance del sistema de control de constitucionalidad difuso es insatisfactorio en relación con el restablecimiento de derechos que pudieren ser vulnerados por actos administrativos inconstitucionales.

Para abordar el presente trabajo y en lo relativo al objeto de estudio, surge como **primera pregunta general**:

Teniendo en cuenta la preservación del equilibrio y la igualación en todos los casos de los derechos de los individuos frente al Estado, de manera compatible con la eticidad que proviene del sistema democrático y del sistema republicano, *¿cuál es el alcance del control de constitucionalidad difuso en el restablecimiento de aquellos derechos que pudieran ser vulnerados por actos administrativos generales?*

Asimismo, considerando el carácter descriptivo que lleva ese interrogante, y la proposición a la que se pretende arribar a través de esta tesis, cabe como **segunda pregunta general**:

Sobre la base de la doctrina, el derecho comparado, la jurisprudencia y los hechos descriptos, *¿cómo puede mejorarse el control de constitucionalidad difuso vigente en nuestro país, tanto en el orden nacional cuanto en el provincial?*

Esos interrogantes, se vinculan a conocer los aspectos siguientes:

- 1) *¿Cuáles son las posiciones respecto de la ciencia jurídica?*
- 2) *¿En qué medida, en la decisión judicial, se tiene en cuenta el control de constitucionalidad?*
- 3) *¿Cuál es la justificación jurídica del control de constitucionalidad en los diversos sistemas, y cuales son algunos de los Institutos que posibilitan su ejercicio?*
- 4) *¿Cuáles son las bases de los sistemas de control constitucional administrativo en el derecho comparado, y en la Argentina?*

- 5) *¿Cuáles son los efectos que resultan de ese control de constitucionalidad, en general y en el ordenamiento nacional?*
- 6) *¿Cuáles son las características del procedimiento administrativo en la Administración según la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (nº 19.593), y el Decreto Reglamentario Nacional de Procedimientos Administrativos (nº 1759/72)?*
- 7) *¿Cuáles son los elementos de la organización del Poder Judicial en el proceso jurisdiccional administrativo?*
- 8) *¿Cuáles son las razones que determinan esa competencia?*

CAPITULO II

ENFOQUE EPISTÉMICO DE LA CIENCIA JURÍDICA

2.1. CIENCIA Y MÉTODO DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO.

A fin del estudio propuesto, vinculado a la búsqueda de un control judicial de constitucionalidad en el proceso administrativo más satisfactorio, y en orden al conocimiento de tipo descriptivo involucrado y a las posiciones científicas connotadas en aquél, resulta de importancia establecer el rol que cumple la CIENCIA JURÍDICA, y en ese sentido, vale destacar, de manera preliminar, que un rasgo notorio de la 'ciencia jurídica' es su carácter controvertido, y que alcanza tanto a sus métodos como a sus objetivos.

Al efecto habrá que situar, y observar el avance de una Espistemología antigua, y para lo cual se torna menester recorrer –aunque en gruesos trazos- el camino del 'conocimiento', el cual conforma un saber producto de nuestra organización sensorial e intelectual y que para alcanzar una actitud científica, demanda indagar más allá de la singularidad de la apariencia sensible, vulgar, y sistematizar los conocimientos fragmentados. Se sostiene al respecto que el “*saber científico supone un sistema de conocimientos, ciertos y probables, respecto de un determinado sector de objetos de la realidad universal, a los que es posible acceder a través de una adecuada fundamentación metodológica*”³. Asimismo, que un saber con esa pretensión [científica] conlleva la ubicación del objeto en una región ontológica y penetrar en sus generalidades, suministrando, no obstante, una visión parcial, o un 'saber filosófico' dirigido a la unidad, a la universalidad, y preocupada por los apoyos de ese saber y los valores que se persigue.

³ Conf.: Álvarez Gardiol, Ariel; Lecciones de Epistemología. Algunas cuestiones epistemológicas de las Ciencias Jurídicas, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2005, pp. 28 y ss.

El inicio de la anunciada construcción se encuentra en la antigüedad en el paso de la *cosmogonía*, como mito del origen del mundo, a la *cosmología*, como discurso cómo efectivamente es el mundo, donde aparece el despertar de la 'razón crítica', con Tales de Mileto, el primero de los *siete sabios de Grecia* (con Solón de Atenas, Brias de Priene, Pitaco de Mitelene, Periandro de Corinto, Cleóbulo de Lindio y Chilon de Lacedemonia). Por cierto, que esa razón crítica se complementa con la observación y la experimentación, y la primera sistematización de alguna metodología empírica y experimental de corte filosófico se sitúa en Alejandría en tiempos de Tolomeo (Claudio Ptolomeo), vinculada a la tradición arqueológica babilónica, sin mayor distinción entre Astronomía y Astrología, y con la concepción geocéntrica del mundo. Se continúa con Nicolás Copérnico, y la concepción heliocéntrica del cosmos; con Johannes Kepler, al descubrir las leyes del sistema planetario, que completa Isaac Newton, con las leyes de inercia y de la gravitación universal. El esplendor de las ciencias se opera en los Siglos XIV y XVII, con Newton, en el desarrollo de la Física y con Lavoisier, en la Química; y nace en el Siglo XIX la sociología, que se desarrolla aun, y correlativamente en ese mundo de las ciencias se produce una evolución en la cuestión metodológica.

Así la totalidad de los saberes que en el tiempo de los griegos significó la Filosofía, se compone en adelante de un número de ciencias especiales comprensivas de determinados aspectos de la realidad universal, sin que ello significara abrogar la Filosofía ni antes a las demás ciencias, surgiendo como un elemento esencial de unidad, de síntesis, de conexión que puede proveer el raciocinio filosófico. No obstante la escasa preocupación del mundo filosófico en las ciencias exactas y de la Biología, ámbito en el cual importan mayormente los hechos y las teorías que se construyen respecto de esos mismos hechos, los progresos tecnológicos y metodológicos no pueden prescindir del empleo de procedimientos racionales sometidos a leyes que rigen el intelecto humano desde la actitud filosófica.

La admisión de tal concepción posibilita visualizar las actitudes metafísicas de los presocráticos hasta Parménides, quien revela la vía de la verdad y la vía de la apariencia o '*doxa*' para ahondar en el cambio: que la vida y la muerte, el sueño y la vigilia, la juventud y la vejez son todo lo mismo, pues lo uno es lo otro y viceversa, el camino hacia arriba y hacia abajo, y formula la 'teoría de la realidad incambiante' de la cual se infiere que el 'no es' no existe, que 'no existe el vacío', que el mundo esta lleno, que es un bloque indiviso, que la verdad es redonda. Hasta Platón, que toma el concepto de *doxa* como creencias infundada u opiniones, un intermedio entre el ser o no ser, entre el conocimiento y la ignorancia, en oposición al concepto científico o *episteme*, un saber intermedio, una reflexión en los asuntos prácticos. Hasta Aristóteles que reserva el nombre *ciencia* para el silogismo de lo verdadero, admitido por su evidencia, anterior y menos conocido que las conclusiones a inferir, y causa del ser y del conocer. Hasta el Medioevo con un concepto mágico del saber y de Dios. Hasta Bacón (1620) para quien la ciencia proviene de *scire*, que es igual a saber, y desde donde se pasa de la deducción a la inducción, lo externamente observable clasificando las ciencias con lo ámbitos de su generación: "memoria", de la que surge la historia sagrada, natural y civil; "razón", que expresa la teología, natural y la ciencia de la naturaleza física como metafísica; y, "fantasía", que plasma la poesía.

También con Descartes, que continúa la dialéctica medieval al dividir la realidad en dos zonas: el mundo material y mundo espiritual. Con Kepler, Galileo y Newton que ponen la visión del mundo mecanicistas. Con Comte, que formula una visión positivista y determinista de la ciencia, y la clasifica en una doble perspectiva: una lógica y otra histórica, disponiendo una ubicación jerárquica que importa una filosofía como concepción global del universo. A cada ciencia le corresponde un antecedente lógico, cada una deriva de una anterior y predispone el nacimiento de la que va a sucederle, ordenándose desde lo más general y simple a lo más abstracto y complejo. Desde esa perspectiva lógica se ordena la Matemática, la Astronomía, la Física, la Química, la Biología y la Física Social o Sociología.

De lo desarrollado se puede concluir: que una Ciencia sin Filosofía carece de saber universalizante, y una Filosofía sin los datos de la Ciencia carece de saber particularizante.

Asimismo, que la Epistemología -QUE ES LA DISCIPLINA ENCARGADA DE CONSTRUIR EL *LOGOS* [LA RACIONALIDAD] DE LA *EPISTEME* [DE LA CIENCIA]- plantea como cuestión esencial el carácter, la forma y los métodos del conocimiento científico. Que [la epistemología] indaga en orden de qué tipo de conocimientos pueden considerarse científicos, qué medios se sirve la ciencia para conocer y explicar el mundo, la justificación del conocimiento, la verificabilidad de los saberes, la posibilidad de la construcción de un lenguaje científico, si existe avance en la ciencia y cuál es su destino, entre otros aspectos; y las respuestas que se logran están cargadas de interpretaciones -del realismo, espiritualismo, estructuralismo, racionalismo, empirismo, pragmatismo-, y llegan incluso a negar el carácter científico de determinado saber: en nuestro caso el saber jurídico, de la ciencia del derecho.

Al respecto, se advierte que no obstante la anunciada universalización de la Filosofía y la consecuente especificidad del conocimiento científico, ocurre con la ciencia una 'paradoja' que se replica en el MUNDO DEL DERECHO. Así cada ordenamiento jurídico estructura un sistema específico de juridicidad, con validez espacial o territorial, temporal y personal, y sin embargo el Derecho tiene una dimensión de universalidad reflejado en una multiplicidad axiológica [*v.gr.*: plasmada en numerosas convenciones jurídicas]. De igual manera, que frente a la diversidad del mundo la ciencia se presenta como la arista más global de la cultura mundial, y lo es a través del peso gravitante de lo científico.

El origen de la teoría contemporánea de la ciencia, ya señalado, se puede establecer con el CÍRCULO DE VIENA (1929), con motivo del Congreso de Epistemología de las Ciencias Exactas, celebrado en Praga. Sus pensadores más relevantes (Rudolf Carnap, Alfred Ayer, Hans Reichenbach y Moritz Schlick), vinculados con los pensadores del Renacimiento (Galileo, Newton, Kepler),

sostienen que la comprensión científica del mundo depende de la realidad, de lo empírico y de la experiencia inmediata sobre lo dado; designando la legitimación del conocimiento con los términos: *realidad, experiencia y facticidad*.

Se reúne en esta etapa la aplicación de los conceptos lógicos a la reconstrucción del proceso real de formación de los conceptos, del análisis lógico del lenguaje en la búsqueda de la significatividad, la comprobabilidad de las frases científicas con criterio empírico, el rechazo a la metafísica, el lenguaje de una ciencia unitaria, y presupone la oposición contra el pensamiento y contra toda forma de pensamiento especulativo kantiano y hegeliano, en orden a construir una Filosofía científica. En ese orden sobrevino el gran progreso de las ciencias y a fines del Siglo XIX, como consecuencia el 'positivismo' que –desde el dominio de la gnoseología como lo hacen otras corrientes contrapuestas: el idealismo y el realismo, en sus variantes- admite la existencia de un mundo físico independiente del hombre y la capacidad humana para adquirir un conocimiento de ese mundo.

Con anterioridad, se puede agregar, que la mayor preocupación era delimitar la ciencia y la pseudociencia o discriminar entre una cuestión científica y otra especulativa o metafísica. La ciencia, se decía, era lo demostrable por la 'repetición de experiencias'. Mientras que para el Círculo de Viena aquella preocupación no pasa por verificar la verdad o falsedad de las proposiciones científicas, sino más bien por la verificación del significado o de la falta de significado de esas proposiciones científicas. Establece el 'principio de verificación' (Schlick), conforme al cual la significación de una proposición científica coincide con su verificación, y la ausencia de proposiciones no verificables no son tales por carecer de significación.

KARL POPPER (1902-1994), se opone a esa tesis y desarrolla una 'teoría epistemológica', en la cual sostiene la importancia de encontrar una metodología que permita distinguir las proposiciones científicas de las no científicas, ya que el principio de verificabilidad era arbitrario, y lo reemplaza por el 'principio de falsación'. Dice que el conocimiento, específicamente el científico, progresa a través de

anticipaciones injustificadas o injustificables, de presunciones, de soluciones tentativas de los problemas, de conjeturas y de las críticas a esas conjeturas, que al poner de manifiesto los errores llevan a comprender la dificultad del problema a resolver. Consagra una marcha desde lo simple a lo complicado. No ignora la complejidad de la ciencia ni que la dificultad está en su realidad, ni que a veces se deben expresar cosas tan importantes y diferentes que las reglas gramaticales usuales no bastan y obligan a la invención de términos para expresar las teorías, pero se esfuerza en demostrar que no es necesario agregar a esa dificultad un discurso ininteligible.

La dilucidación de cuándo debía ser considerada científica una teoría o cuál la delimitación entre ciencia y pseudociencia recibía la distinción plasmada en el procedimiento inductivo y la mitología empírica, no conforma a Popper, quien, desde la teoría de la relatividad de Albert Einstein, y el materialismo histórico de Carlos Marx, el psicoanálisis de Sigmund Freud y la psicología del individuo de Alfred Adler, las dos últimas sin alcanzar un estatuto científico por la ausencia de enunciados empíricos, elabora un criterio de refutabilidad o de “falsicabilidad” o “falsación”. Asegura que no hay que probar las teorías, hay que demolerlas críticamente. Si alguna resiste los embates podrá ser considerada científica hasta la llegada de otra teoría que la reemplazará, en una sucesión de errores y ensayos.

Para algunos filósofos la realidad es la ‘materia’ y son materialistas, para otros lo esencial es el ‘espíritu’ y son idealistas o espiritualistas, algunos se apoyan en ‘razón’ o en la ‘crítica’ y son racionalistas o criticistas, y otros valoran la ‘experiencia’ y son empiristas; mientras tanto Popper es ‘trilateralista’: considera el universo con tres mundos ontológicos diferentes: el mundo uno es el ‘mundo físico’, de los organismos vivos; el mundo dos es el ‘psiquismo humano’, de la creación, de las experiencias subjetivas, de la conciencia del yo y de la muerte, de los estados de conciencia e inconciencia, de la sensibilidad; y el mundo tres está formado por los productos de la ‘mente humana’, el arte, la ciencia, la teoría del yo y de la muerte, las teorías

científicas probadas o improbadas, la historia y los mitos. El mundo dos actúa a través de los mundos uno y tres.

Para Popper, el conocimiento es 'subjetivo' y se 'objetiva' con lo real, y por eso su actitud es realista al aceptar el problema de la verdad o de la falsedad intrínseca del saber, pero además es 'crítico', como superación de un realismo ingenuo que se debe atento y observante a la realidad circundante. La realidad debe ser críticamente analizada, el científico debe acoger las teorías compatibles con la verdad y desecharlas cuando no existe correspondencia entre los hechos y las afirmaciones que de ellos se formulen. Es más simple saber que no se está en lo cierto que persuadir de la verdad de un conocimiento, y en consecuencia más que verdad hay verosimilitud, y ese plano es más 'conjetural' que el ámbito de lo verdadero. No se debe buscar mantener 'dogmáticamente' la interpretación de la realidad, cuanto más fácil es constatar la posibilidad de la refutación de ideas de manera tolerante, por la igualdad básica en la búsqueda de la verdad, entre opiniones rivales. Por fin, no existe una ciencia que pueda ofrecer una 'verdad absoluta', ya que las verdades son siempre criticables, como tampoco una 'libertad' capaz de garantizar contra todo proceso ideológico o autoritario.

TOMAS S. KUNH (1922-1996), pertenece al grupo más contemporáneo de epistemólogos, y considera que el estudio histórico es necesario para entender cómo se han desarrollado las teorías científicas y para conocer por qué en ciertos momentos unas teorías han sido aceptadas antes que otras. Asimismo, sostiene que las ciencias no progresan siguiendo un proceso uniforme por la aplicación de un hipotético método científico. Que se verifican, en cambio, dos fases diferentes de desarrollo científico. Que en un primer momento, existe un amplio consenso en la comunidad científica sobre cómo explotar los avances conseguidos en el pasado ante los problemas existentes, creándose así soluciones universales que llama «paradigma».

Con ese término [paradigma] designa todos los compromisos compartidos por una comunidad de científicos. Por un lado: los teóricos, ontológicos y de creencias, y, por otro: los que hacen referencia a la aplicación de la teoría y a los modelos de soluciones de problemas. Los paradigmas son, por tanto, algo más que un conjunto de axiomas. Acepta el enfoque del interaccionismo simbólico sobre actores y sus pensamientos al igual que sus acciones. Introduce [con su obra: La estructura de las revoluciones científicas, 1962] en el centro de las discusiones el concepto de la influencia de los factores sociológicos y psicológicos al desarrollo de ciencia y del paradigma, y por ende una perspectiva del conocimiento totalmente diferente a la de su época.

Sostiene que el desarrollo de la ciencia estaba influenciada por un conocimiento anterior establecido en teorías y leyes creadas por un grupo de científicos o especialistas, es decir por una comunidad científica; lo cual implica, para entender a la ciencia actual, la necesidad de un conocimiento previo. De manera, dice, que cuando los especialistas están dentro de una investigación, formulan una hipótesis que está influenciada en un conocimiento *a priori*, y cuando ese conocimiento explica los fenómenos de la investigación existe confianza en aquella, pero si existe una 'anomalía' que la ciencia actual no pueda explicar se genera un cambio radical en la 'ciencia normal' (actual) que desemboca en lo que llama 'crisis'; y que posteriormente se convierte en una 'revolución científica'.

Descubre Kuhn el núcleo de su teoría cuando se propone explicar los orígenes de la mecánica del siglo XVII en la historia, y lo hace al leer de otra manera los textos: identificando el sentido de cada texto en cada época histórica. Determinando, de esa manera, la existencia de un enlace entre la Historia y la Filosofía de la ciencia, lo que le permite seguir considerando como científicos los trabajos de épocas anteriores aunque hayan sido descartados en el presente. La historia -dice- es más que un depósito de anécdotas o cronología y capaz de producir una transformación de la imagen actual de la ciencia; así, las teorías

descartadas no dejan de ser científicas por más disparatadas que parezcan en la actualidad; las de Aristóteles o Copérnico, en su tiempo y con el conocimiento y opiniones de su tiempo son sumamente lógicas. También, que la ciencia, o su historia, no son una acumulación de conocimientos a través del tiempo sino 'cambios de paradigma' en el mismo. Existe una 'revolución historiográfica'; del conocimiento acumulado al cambio continuo de paradigmas. El método científico puede dar hipótesis e investigación diferentes, razón por la cual distintos paradigmas surgen de un nuevo fenómeno.

Distingue en esa teoría, trasladable a las ciencias sociales, la 'etapa de *preciencia*', en la cual no existe consenso ni unanimidad en la comunidad científica; luego la 'etapa del logro', de un descubrimiento, tratado, diseño, teoría; que desencadena un tercer momento, la 'etapa de conversión', en la cual muta la comunidad al logro, entrando a una fase de consenso que llama la «ciencia normal», que es ciencia basada en un paradigma, que constituye un modelo o patrón determinado que atravesó las etapas de conversión y consenso, fijando la metodología que ayuda al quehacer científico; pero cuando desde su perspectiva se duda que pueda resolver los problemas dominantes, surgen las «anomalías» y el saber, entonces, entra en 'crisis', pasando de una ciencia normal a una «ciencia extraordinaria» que produce la «revolución científica» destinada a cambiar el paradigma.

Así, la ciencia normal tiene anomalías que la nueva ciencia trata de explicar. El cambiar la teoría existente por una teoría nueva no solo significa una nueva explicación del universo si no en muchos casos una reinvención del espectro de teorías y normas que la rigen, una reinvención de los hechos y fenómenos vistos por la teoría. Para poder analizar un paradigma y su historia se necesita poner de manifiesto la integridad histórica de esa misma teoría en la época en que se desarrolló. En síntesis, las respuestas que Kuhn da a las cuestiones iniciales significan un gran cambio en el debate filosófico, pues el modelo formalista que

imperaba fue desafiado por aquel enfoque historicista, según el cual, la ciencia se desarrolla siguiendo determinadas fases: 1. Establecimiento de un paradigma. 2. Ciencia normal. 3. Crisis. 4. Revolución científica. 5. Establecimiento de un nuevo paradigma.

Es importante precisar las ideas de Kuhn sobre la «inconmensurabilidad», que se desenvuelve en torno a las divergencias dentro de la ciencia normal y a partir de la diferente interpretación lingüística del paradigma, que resulta útil a la ponderación jurídica; y sobre el «concepto de cambio», para distinguir las vicisitudes acumulativas esenciales de la ciencia normal y las mutaciones revolucionarias. También, agregar, que en la última etapa de su pensamiento abandona casi por completo el discurso acerca de los paradigmas, y restringe el concepto de revolución científica al de un proceso de especialización por el cual una disciplina científica va acotando los márgenes de su objeto de estudio, alejándose de los horizontes de otras especialidades. En este último sentido, como una forma de holismo restringido que afecta las distintas ramas del desarrollo científico, reaparece el concepto de inconmensurabilidad teórica, el único que [Kuhn] parece haber mantenido incólume hasta el final de sus días.

Como representantes de la Nueva Filosofía de la Ciencia, junto a Kuhn, se destacan PAUL K. FEYERABEND, con una fuerte crítica y rechazo al positivismo lógico del Círculo de Viena y a las expresiones del empirismo al que el positivismo adhiere. Considera que por encima de las formas están los contenidos materiales. Rechaza la concepción 'acopiada' de la ciencia y acepta, en cambio, que el saber nunca es absoluto, que es altamente falible, que nunca o casi nunca es posible afirmar la certeza o haber tocado los límites de lo real o verdadero. A esa etapa de crítica, se sigue otra en la cual acepta su anarquismo metodológico. Introduce -como Kuhn- la noción de inconmensurabilidad, rechazando la concepción acumulativa y lineal del desarrollo de la ciencia del positivismo.

También IMRE LAKATOS. Quien expone una concepción de la ciencia de manera crítica a Popper. No acepta el 'falsacionismo', que conduciría -dice- a descartar una teorización científica tan pronto se acredite una contraevidencia empírica. Tampoco las doctrinas que postulan que las afirmaciones de las ciencias pueden ser demostradas. Ni que los enunciados básicos puedan ser verificados por la simple observación empírica, y formula la tesis de que los enunciados están compenetrados ideológicamente. Pese a la anunciada oposición se acerca más a Popper que a los contradictores. Aporta un avance superador, proporcionando una concepción histórica del conocimiento y concibiendo a la especulación científica como un proceso que capitaliza los resultados acreditado con anterioridad.

En la problemática epistemológica propuesta, dentro del mundo jurídico, JÜRGEN HABERMAS, quien integra la última etapa la ESCUELA DE FRÁNCFORT (1923-1969), y rescata al Derecho del abandono filosófico, desarrolla en su *TEORÍA DEL DERECHO* una 'teoría de la verdad', sosteniendo que las 'expresiones normativas', como mandatos y valoraciones, pueden ser idénticas a las 'proposiciones empíricas'. Que a la 'verdad de las proposiciones empíricas' corresponde la 'corrección de las expresiones normativas'. Traslada los postulados de la 'teoría de la acción comunicativa' a la cuestión de la validez de las normas jurídicas: la verdad de las proposiciones es el acuerdo potencial de los demás. Dice que los 'actos de habla' están contenidos en esa teoría general de la comunicación que se expresa a través de la 'acción' y el 'discurso'. Quien plantea un juicio de valor o de deber, pretende que su aseveración es fundamentable racionalmente.

Desde esa perspectiva aparece como 'regla general de la fundamentación', que todo hablante debe fundamentar lo que afirma como reconocimiento en el interlocutor de sus mismos derechos, lo cual conlleva 'universalidad' y 'ausencia de coacción' con base en la razón: que cualquier hablante puede formar parte del discurso, la libertad de la discusión y la imposibilidad de impedir el uso de esos

derechos. Las consecuencias de una norma dirigida a satisfacer la necesidad de los individuos deben ser aceptadas por todos.

Sostiene la tesis de que la automatización del sistema jurídico no significa divorciar el derecho y la moral, ni el derecho y la política. Que el derecho al 'positivizarse' no rompe las relaciones internas con la moral ni con la política. Que esa visión, que supera la de la Escuela Clásica, importa el surgimiento del 'Estado de Derecho', en cuya estructura se entrelazan y complementan esos criterios. Con esa postura de tinte kantiano, Habermas aplica la teoría de la acción comunicativa a la problemática *jusfilosófica* y a la cuestión de la validez de las normas jurídicas, que resuelve como una tensión entre facticidad y legitimidad o validez social y validez racional o comunicativa (*Facticidad y validez*; 1998).

Asimismo, que las normas jurídicas tienen una dimensión fáctica correlacionada doblemente: de su cumplimiento y de la coacción que respalda el cumplimiento forzado si fuere menester; y existe, además, una legitimidad que depende de la creación de esas normas y en orden al procedimiento democrático de la creación normativa, de donde la 'validez jurídica' se vincula de ambos planos: el fáctico y el normativo. Con esto explica la 'función integradora del derecho' cuando es fruto del discurso racional del proceso participativo; en tanto, que el fundamento de validez de los sistemas jurídicos lo vincula -además, de aparecer articulada a la anterior referencia- a la preexistencia de un sistema de derechos que intenta reconstruir los presupuestos de racionalidad del derecho, y abierto a la argumentación, a la acción comunicativa y basada en el entendimiento como fuente de legitimidad de las normas.

Establece que la relación de derecho y moral, es de complementariedad y no de jerarquía. Que actúan regulando el principio discursivo, aun cuando el discurso moral es [pretensamente] universal y el discurso jurídico es válido para una comunidad determinada. Esos derechos que deben los ciudadanos reconocer recíprocamente a fin de regular la convivencia resultan necesarios para la

realización del 'principio discursivo', y básicos del procedimiento democrático y fundamento de la legitimidad de las normas. Que entre esos derechos fundamentales que atribuye a la conformación políticamente autónoma, destaca: de iguales libertades subjetivas de acción, o de igualdad; de *status* de miembro de un Estado, o de ciudadano; de la protección jurídica individual, o libre acceso a la producción jurídica y a la justicia; de participación en condiciones de igualdad, o de autonomía política; y, de condiciones de vida social, técnica y ecológicas aseguradas.

En ese marco el problema es si se debe considerarse 'ilegitima' una norma que cuenta con el asentimiento de los ciudadanos, y colisiona -fuera del ámbito estatal- con el discurso moral. En tal caso, sostiene, deberá prevalecer el principio de universalidad y la norma sería rechazable en su validez aun cuando fuera creada democráticamente. Respecto de la legitimación del derecho y la superioridad de la Constitución sobre la ley, la explica porque es en la Constitución donde se establece el 'procedimiento discursivo de la producción de la ley', que al ser trasladado al 'discurso de la aplicación del derecho' y donde se produce la tensión entre facticidad y validez, traducido entre seguridad jurídica y justicia, predomina la 'sumisión normativa' porque la racionalidad discursiva de la norma al poseer sustento democrático implica la racionalidad comunicativa e intersubjetiva, en tanto la racionalidad del juez, a quien se le exige consistencia con el ordenamiento y aceptabilidad racional, no alcanza esos requisitos. Debe, en todo caso, realizar el juicio reconstructivo de la norma frente al juicio que elabora con las ideas de coherencia y sistema, evitar la contradicción y construir el presupuesto de las normas validas confirmativas de un sistema coherente que permite en cada caso la 'tesis de la única respuesta correcta'.

Entiende que la 'seguridad jurídica' es un valor dependiente del procedimiento. Que el derecho procesal asegura objetivamente el desarrollo de un proceso comunicativo que sigue la lógica del discurso de aplicación. En relación a la

“dimensión creativa del derecho de las cortes””, la situación de conflicto con la ‘división de poderes’ y en que medida suplantando o complementando al legislador, ratifica que la única fuente de legitimidad del derecho proviene de su creación por un poder legislativo con base democrática.

2.2. EL DERECHO.

El desarrollo precedente, que aproxima una explicación de la noción de ‘ciencia jurídica’, pone a la luz la plusvalía que agrega el pluralismo metodológico, y crítico, al campo del conocimiento científico, y en esa dirección se habrá de destacar la dependencia que se produce entre el aspecto conceptual del derecho, referido a un acercamiento científico, delimitado o con sentido objetivo, de carácter objetualista, y aquel aspecto metodológico de la ciencia jurídica, que versa sobre el hacer de los juristas contestes con ella, de carácter objetivista. Ambas visiones se colocan al servicio de una determinada noción de ciencia, mayormente identificada con la objetividad o la neutralidad valorativa⁴.

Si bien el análisis precedente establece puntos conflictivos en los enfoques que abordan la concepción del derecho y modelo de ciencia jurídica -en tanto presentan vaguedades de tipo extensional e intensional, sea en relación con la indeterminación del campo de investigación denotado o a los contenidos conceptuales expresados o connotados⁵-, con ello se intenta poner de relieve el papel de la ciencia jurídica interpretada como *un saber* que puede ser *científico*, pero que también puede operar como *una técnica* en cuanto que desempeña, además, una función práctica o útil.

⁴ Villa, V., *Costruttivismo e teorie del diritto*, en Sastre Ariza, S., *Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica*, Doxa n° 24, 2001, p. 6.

⁵ Ferrajoli, ib., p. 18.

La idea de que los discursos científicos tienen una inescindible dimensión pragmática es una de las peculiaridades de la epistemología post-empirista actual. En ese sentido, la ciencia jurídica, al igual que en las demás ciencias sociales y naturales, abandona “*la vieja ilusión paleo-neopositivista, también weberiana y kelseniana de la neutralidad de las ciencias*”⁶. La presencia de elecciones, definiciones estipulativas y juicios de valor, se revelan como factores constitutivos tanto de la investigación experimental como de la elaboración teórica.

Parafraseando a Nino, puede decirse que esos criterios contribuyen a superar el otrora complejo de minusvalía expresado como:

“no parece que hay otro propósito más importante en juego en la pugna por poner a la jurisprudencia al lado de las actividades reconocidas como científicas, como la física, la biología, la sociología, etc., que el siguiente: atraer para la actividad de los juristas el halo de prestigio y aprobación que rodea a toda actividad que puede designarse con la palabra «ciencia» ⁷.

Cabe señalar, brevemente, que en el siglo XIX la escuela histórica de Alemania, la escuela exegética de Francia y la escuela analítica de Inglaterra, coincidieron en que la ciencia jurídica tiene como objeto el *derecho positivo*, que como tal debe ser estudiado, al que conciben como un ‘derecho puesto’, sea por el pueblo orgánicamente, por el legislador o por el soberano. Dicha noción conlleva, por un lado, *la separación del derecho positivo de la moral y de la política*, y, por el otro, *de la misma ciencia jurídica*; y, a la vez, implica que el derecho se independiza como objeto empírico, aunque relativamente, de la actividad de los juristas.

El ‘*principio de legalidad*’, en cuanto fuente de legitimación de las normas jurídicas vigentes y válidas, es *constitutivo* del derecho positivo y al mismo tiempo del estado de derecho; y en cuanto al *principio de reconocimiento de las normas*

⁶ Ferrajoli; lb., p. 109.

⁷ Nino, Carlos S.; *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 1983, p. 320.

positivas, es constitutivo de la ciencia del derecho como disciplina empírica o positiva, determinando y circunscribiendo su objeto.

Esa última perspectiva se enfatiza aún más, si es interpretada empíricamente. De esa manera la *tesis social del positivismo* vincula la creación del derecho con acciones y actitudes de las autoridades normativas (promulgación y derogación); se identifica con la ‘dogmática jurídica’, y trabaja sobre comportamientos de los destinatarios de las normas. Está representado por la ‘sociología jurídica’ que se dirige a la observación de tales comportamientos humanos a fin de establecer las condiciones sustanciales y el grado de efectividad de las normas; o por hacer uso de una conocida distinción de Herbert H. L. Hart, “*el primer modelo considera el derecho desde ‘el punto de vista interno’ y el segundo desde ‘el punto de vista externo’*”⁸.

Si bien esta perspectiva acentúa el origen del derecho como criterio de legitimación, presenta como debilidad la labor interpretativa respecto del ‘resultado’, ya que éste se expresa en un lenguaje que debe ser ‘interpretado’. Lo que resalta, pues, que la ‘interpretación’ contribuiría a construir el derecho. Pero el problema es que ella tanto se identifica como el reconocimiento de ciertos significados convencionales, como con la propuesta de significados; de lo que no resulta fácilmente distinguible las esferas del lenguaje objeto, del derecho, del metalenguaje o del lenguaje de segundo grado, en el que se expresa la ciencia jurídica.

Puede decirse, entonces, que se registra una dicotomía que concibe al derecho como hecho o como concepto interpretativo -siguiendo la valoración principialista de Ronald Dworkin-, o al derecho como dato o como proceso dialéctico, que refiere a la existencia de las normas, sus vínculos con la práctica

⁸ Ferrajoli, ib., pp. 22-23.

social y la significación jurídica de los comportamientos⁹. En tal contexto, parece necesario lograr su armonización ya que la concepción del derecho como objeto no lo supone totalmente independiente de los juristas, quienes -en cambio- participan en su configuración, y sin que resulten extraños los aportes que provienen de la sociología, o la filosofía, o la epistemología; pese al tenaz autonomismo con que Kelsen presentó el análisis jurídico.

Puede afirmarse que si el origen del derecho se enlaza con las decisiones de las autoridades normativas y los comportamientos de los destinatarios, y se expresa a través de un lenguaje que requiere ser interpretado, bien puede ser discernido como una práctica social, y caracterizado peculiarmente por la institucionalización de la coacción. Es decir, que en el reconocimiento de esa práctica resulta clave el comportamiento de las denominadas agencias de aplicación, componentes que deben confluír para originar una norma consuetudinaria que se identificará con normas que integran un sistema jurídico, alcanzando según H.L.A. Hart la 'regla de reconocimiento'. Ese enfoque práctico, que revela las normas jurídicas como reglas sociales, es el que mejor explica en qué sentido el derecho puede ser presentado como un objeto y, también, adecuado para armonizar al derecho como dato y como proceso.

Las 'tesis convencionalistas', desde un punto de vista ontológico, consideran el derecho producto de una construcción humana y, por tanto, no puede ser puramente objetivo, su existencia depende de las actitudes de las autoridades y de los comportamientos de los destinatarios. Desde una mirada epistemológica, debe descartarse una 'objetividad robusta' como en los fenómenos naturales, y tenerse en cuenta que son las convenciones y las expectativas que generan, las encargadas de forjar, con límites, la práctica jurídica.

⁹ Para Atienza el Derecho "no es meramente un objeto para ser conocido, sino una realidad en la que se vive o en la que se participa: no una cosa, sino una actividad, una empresa"; *Sobre el sentido del Derecho. Carta a Tomás-Ramón Fernández*, en *Doxa* n° 23, 2000, pp. 737-753.

No resulta convincente, para el caso, un objetivismo extremo porque desconoce los problemas derivados de la interpretación; ni tampoco un subjetivismo extremo, porque no cuenta las convenciones asentadas que posibilitan saber 'lo que dice' el derecho. En cambio, el modelo constructivista¹⁰, que le asigna a las convenciones una función delimitante respecto al derecho, y límites a la propia convención cuando el derecho esta indeterminado, presenta mayores rasgos de plausibilidad.

Si el derecho se admite como un fenómeno convencional lo expuesto hasta aquí permite, desde un enfoque semántico, entender que el significado de las normas jurídicas esta regulado por estipulaciones o acuerdos -de las que derivan sus significados o consecuencias- alejadas del realismo, que sostiene que los símbolos (o las palabras) y los signos (o las definiciones de las cosas) debían guardar una relación con el objeto que representaban.

Esa función de las convenciones permite explicar la idea que todas las normas son 'derrotables', que puedan funcionar a veces como principios y otras como reglas, dependiendo de su empleo en el razonamiento jurídico y según las prácticas jurídicas que aquellas configuran o posibilitan interpretar¹¹.

Por cierto, la pluralidad de convenciones revela que el acuerdo no puede ser el juez dirimente y ello, fundamentalmente, porque impediría distinguir entre las que resultan justificadas o injustificadas. Circunstancia que convoca a profundizar las razones que producen los acuerdos, el trasfondo de criterios compartidos, y que admiten error o desacuerdo en su aplicación, haciendo que el proceso de decisión implique indagar en las razones lógicas que posibilitan la continuidad de una determinada convención.

¹⁰ Moreso, J.J.; *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 79.

¹¹ Atria Lemaitre, F.; *Las circunstancias de la derrotabilidad*, en (45) *Revista de Ciencias Sociales - Universidad de Valparaíso*, pp. 437-465, Valparaíso, 2001.

Siguiendo el criterio desarrollado hasta aquí, podría decirse que con la ciencia se designa un tipo de práctica, los métodos, y una forma de organizar el saber, no un concreto objeto de estudio; afirmar, entonces, que el derecho no es un objeto científico no aclara nada, porque lo importante es saber si es posible estudiarlo desde un enfoque que pueda considerarse científico.

Desde esa visión no resulta dudosa la existencia de casos paradigmáticos que presentan el derecho como un dato preexistente -o 'casos fáciles', como los denomina Hart, cuando las normas aplicables pueden ser interpretadas e identificadas de forma unívoca-¹², que admite ser descrito con los límites que marcan las convenciones, con su carga ideológica, y en ello se advierte la 'neutralidad' o 'imparcialidad'.

Pero, conforme a la modificación que ha experimentado la noción de ciencia, que la ciencia jurídica se limite a describir el derecho asociada a la idea de neutralidad, que distinga el derecho que 'es' del derecho que 'debe ser', resulta redundante, y la aproxima al difícil terreno de la ideología y a los juicios de valor.

Ella, opuestamente, debe interpretarse como una práctica ordenadora de la racionalidad científica, que coadyuve a aumentar el conocimiento, resolver problemas, emplear determinadas estructuras teóricas, y sin circunscribir el objeto de la ciencia al derecho existente, sino ajustando su accionar a las exigencias que demanda la comunidad científica. Se debe destacar que la ciencia jurídica no deja de ser una ciencia por salirse del ámbito de la descripción; por el contrario, la aproximación al tipo de actuación que realiza una técnica, agrega su función prescriptiva al reunir las condiciones de validez jurídica y lógica de los conceptos y de los enunciados que la contienen.

¹² Hart, H.L.A., en Kennedy, Duncan [y Rodríguez, César]; *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Siglo del hombre, Bogotá, 2002, p. 22.

En síntesis, no se trata de describir lo que hace la ciencia jurídica sino de poner de relieve que su función debe ser útil, en el sentido de que se puede afirmar que “*un sistema jurídico que careciera de elaboración dogmática estaría en disposición de resolver muchos menos problemas o los resolvería peor que el mismo sistema dotado de una dogmática adecuada*”¹³, lo cual la torna más fecunda teórica y prácticamente cuanto más restrictivas son las condiciones de control de la validez de los conceptos y de los enunciados.

El vínculo entre meta-ciencia jurídica, ciencia del derecho y derecho es más estrecho, dinámico y complejo que el operado entre meta-ciencia, ciencia y realidad que opera en otros campos del saber. Aquél posibilita una interacción no sólo de dependencia de la meta-ciencia jurídica respecto de la estructura específica y contingente del derecho, sino que, producto de las críticas internas y externas, puede promover sus modificaciones, lo que lleva a Ferrajoli a decir que “*ninguna otra ciencia, como la jurídica, puede pretender criticar y reformar su objeto*”¹⁴.

El arribo en el campo de la epistemología jurídica de la concepción que piensa el derecho como un ‘sujeto’ epistémico capaz de construir en forma autónoma su propia realidad social, se refleja en otros enfoques, como la teoría crítica de Habermas, que atribuye esa capacidad al consenso y a la intersubjetividad. Concibe el procedimiento de producción del derecho como una circunstancia democrática que reconoce a los ciudadanos, además del ejercicio de sus libertades subjetivas de acción persecutiva de sus propios intereses, la posibilidad de que las utilicen como libertades comunicativas para los fines de un “*uso público de la razón*” orientadas al bien común¹⁵. También se manifiesta en la teoría post-estructuralista de Foucault que considera al individuo como una construcción contingente que dicta el *epistème* de una época histórica y al derecho como una expresión particular del complejo poder/conocimiento. Por otra parte, la

¹³ Atienza; *Introducción al derecho*, citado, 282.

¹⁴ Ferrajoli; *ib.*, p. 104.

¹⁵ Habermas, J.; *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, p. 660.

teoría de la autopoiesis de Luhmann, que separa los procesos psíquicos de los sociales, percibe que el derecho, como proceso comunicativo, crea actores humanos como entidades semánticas y considera a la sociedad moderna fragmentada en múltiples *epistèmes* autónomos que compiten entre sí, producto de la dinámica de la diferenciación social obligando al discurso jurídico a producir construcciones de las realidades propias¹⁶, constituye un aporte trascendente a la teoría general del derecho.

Como señala Cárcova (2007), también surgen las denominadas teorías críticas, identificada en Francia como “Critique du Droit”, desarrolladas por Michel Maille y A. Jeammaud, M. Jeantin, Dujardin, D. Rondil, con sustento en el materialismo histórico y ubicando sobre todo la relación del derecho público y el rol del Estado en las sociedades de actuales. En Italia se registran las corrientes designadas bajo la denominación de “Uso alternativo del Derecho”, en la que se inscribe los aportes de Barcellona y Ferrajolli, entre otros, quienes postulan una interpretación alternativa de las normas jurídicas, abortando el uso de los vacíos y lagunas semánticas para justificar la opresión política o social, y para que sean útiles a los intereses de los ciudadanos. En Inglaterra la “Critical Legal Studies”, representada por P. Fitzpatrick, B. Jackson, introduce una concepción “deconstructivista” con el propósito de exhibir el límite ideológico del derecho aplicado y su modo de operar como reproducción de poder y denominación social, respectivamente; su influencia alcanza en el continente americano los países México, Brasil, Estados Unidos, Perú y Colombia.

En lo que se refiere a Argentina, se destaca la corriente crítica inspirada en la década de 1970 por Enrique Mari, Alicia Ruiz, Ricardo Entelman y Carlos María Cárcova, la cual, aunque con predominio de la postura francesa “Critique du Droit”, adopta una posición ecléctica basada en la búsqueda una clave epistemológica que permita, a través de categorías teóricas, dar cuenta de anclajes del derecho con las

¹⁶ Teubner, G.; *El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho*, en *Doxa* nº 25, 2002, pp. 533-571.

formas históricas de la socialidad a fin de explicar los niveles del imaginario social y su articulación múltiple con el mundo de las normas, las prácticas institucionalizadas, el saber de los juristas y las representaciones de los ciudadanos, e impugnando, a la vez, la pretensión hegemónica y el reduccionismo de las corrientes normativas implicadas en un mecanismo de disposición y organización metodológica de lo jurídico, con preterición en ese sentido y olvido de lo social.

2.3. PRINCIPIO JURÍDICO DE LEGALIDAD. SUS POSTULADOS META JURÍDICOS.

La evolución, y consiguientemente de los fundamentos epistémicos descriptos, permiten visualizar la existencia de un conocimiento enrolado, en general, en una noción de ciencia jurídica concebida como un tipo de práctica, los métodos, y una forma de organizar el 'saber' a fin de posibilitar el estudio del derecho desde un enfoque científico y comprensivo desde una visión positivista dirigida a un objeto concreto de estudio, descriptiva y asociada a la neutralidad, y además, sin incompatibilidades, desde otras visiones que admiten las convenciones y de aquellas que piensa el derecho como un 'sujeto' epistémico, capaz de construir en forma autónoma su propia realidad social.

Así el derecho, con un objetivo resolutivo a través de enunciados de naturaleza epistémica y vinculados a la dogmática jurídica, aparece como *un fenómeno social, artificial, producto de un diseño*, y es el jurista quien tiene que explicitar las opciones que se encuentran en la base de la construcción jurídica y de la reconstrucción científica. La sola idea de 'sistema jurídico' postula una teoría cognitiva, pero a su vez normativa. Dicha circunstancia se visualiza mayormente en el *paradigma constitucional*, el cual positiviza, en constituciones rígidas, la elección a la que derecho debe adaptarse formando, así, parte del objeto de la dogmática y de la teoría. Las *tesis interpretativas* de cada nivel normativo son *explicativas* y, a la vez, son *normativas del derecho de nivel inferior*, y del que se

sigue el principio de legalidad, distinguiéndose, como condición de validez, su *coherencia* con las normas de nivel superior.

Expresa Ferrajoli que:

“los juristas han desarrollado siempre un papel crítico y normativo frente al derecho positivo... sin explicitarlo, a causa de la ideología de la neutralidad”, y ello explica *“la dimensión pragmática de la ciencia jurídica -la función crítica de la dogmática y la función constructiva y proyectiva de la teoría- inscrita en la estructura normativa del paradigma constitucional”,* lo cual, asegura, *“se opone a toda concepción aséptica y puramente analítica de la teoría del derecho”,* comprometiendo *“junto al rol civil y político de la ciencia jurídica”* su capacidad explicativa¹⁷.

La visión del derecho como *objeto* de la ciencia jurídica se enlaza con el ‘principio de legalidad’:

*“sobre todo con la forma ‘legal’, ‘convencional’, o ‘artificial’, es decir, ‘positiva’ del derecho vigente consiguiendo a la nueva fuente de legitimación: ya no la veritas sino precisamente la auctoritas”*¹⁸.

Por ello, el análisis del anunciado principio de legalidad constituye una cuestión central de la reflexión epistemológica, en especial del tema que aborda esta tesis, el cual adquiere mayor complejidad al distinguirse el aspecto del derecho positivo -como una norma del ordenamiento jurídico-, el teórico de la ciencia jurídica y el epistemológico de la meta-ciencia jurídica.

El citado ‘principio jurídico de legalidad’ puede apreciarse como de mera legalidad o en sentido amplio, y de estricta legalidad, o en sentido estricto. En el

¹⁷ Ferrajoli; ib., pp. 138-139.

¹⁸ Ferrajoli; ib., p. 12 (y en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 869).

primer postulado: la regulación esta sujeta al principio de reserva de la ley, en sentido formal, como acto legislativo, dirigido a los jueces para que califiquen normativamente los hechos que juzguen; y en el segundo postulado: a la predeterminación legal de los contenidos en forma taxativa, unívoca, precisa, y cuya utilización sirva como figura de calificación en proposiciones judiciales verificables o falseables con relativa certeza.

La posibilidad de una 'ciencia del derecho', tal como se viene explicitando, depende de su estructura normativa y, más específicamente, de que satisfaga el 'principio de legalidad' en sentido amplio y estricto, basado en sendos postulados meta-científicos del positivismo. Inversamente, los cambios en la estructura normativa se subordinan históricamente al papel pragmático ejercidos en ellos por la ciencia y la meta-ciencia del derecho.

2.4. PRINCIPIO CONSTITUCIONALIDAD DE LEGALIDAD. PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA.

Para el caso, y de modo justificativo, cabe señalar que cuando el principio de legalidad o los postulados meta-jurídicos -sea en el modo amplio o estricto, que exigen una definición conceptual que permita su uso- se tornan inverificables o irrefutables por su violación o ausencia, vulneran la relativa certeza de conocer cuál es la norma aplicable y de sus contenidos o significados normativos. Ésta, entonces, resulta inválida por contradecir el 'principio constitucional de legalidad' y es tarea del jurista, y no menos del juez, censurar esa invalidez y promover la remoción en vía del **control de constitucionalidad** mediante la reforma legal.

Esos acaecimientos permiten observar el papel crítico "desde dentro" o "interno", con el objeto de invalidar jurídicamente las leyes que incumplen el modelo constitucional que es también un modelo epistemológico; y el papel crítico "desde fuera" o "externo", con el objeto de reformar la estructura legal y hasta constitucional

del ordenamiento; lo cual, como se ha dicho, constituye una característica de la ciencia jurídica.

El problema así planteado, desde una perspectiva normativista y existiendo un único nivel jerárquico, se resolvería, con la rigidez sugerida por Kelsen, a favor de la dogmática jurídica o proposiciones jurídicas. Pero, en cambio, si no existe un solo nivel normativo, cuando el conflicto se produce entre norma y hechos consistentes en actos normativos del mismo universo jurídico, la presencia de antinomias y lagunas da lugar a violaciones no resolubles sino a través de una intervención normativa que elimine las proposiciones jurídicas contradictorias.

Sin embargo, es necesario señalar que los citados criterios posconvencional y críticos, en general, no registran garantías metasociales, —aquellas concernientes a las diferencias entre las sociedades capitalistas ‘maduras’ y otras, como la nuestra, que no lo son—, ni la progresiva diferenciación de ámbitos autonomizados de la interacción en el derecho, en especial, que determinan condiciones diversas de vida y de moral que a menudo carecen de basamentos en convenciones aceptadas. Esta creciente complejidad exige al derecho una extensa variación de argumentos y razones a fin de extraer la validez o legitimidad de la acción social que -desde la perspectiva luhmanniana- conduce a una creciente complejidad del sistema jurídico.

Esto puede ejemplificarse con claridad en la distinción entre el *jus quiritario* (derecho de la ciudad) y el *jus gentium* (derecho de gentes/extranjeros) del derecho romano, que progresivamente se expresa en sub-divisiones como el derecho civil, del cual se desprenden los derechos comercial, de navegación, tributario, laboral, entre otros. Se generan, así, subsistemas jurídicos que atienden a los grados de diferenciación interna y requieren un criterio de consistencia que no permita violentar el principio de igualdad precluyendo la posibilidad de decidir ulteriormente, del modo ya decidido, un caso de naturaleza similar.

Es en ese aspecto, en el que la ciencia del derecho, cumple un papel sobresaliente al elaborar conceptos y clasificaciones que faciliten el trabajo del operador jurídico, investido de la función de decidir. El sistema jurídico, en síntesis, debe conjugar un alto grado de complejidad interna para responder a las demandas de otros subsistemas sin colapsar, ni quebrar, la coherencia o la integración de sus decisiones. La justicia expresa la unidad del sistema y la dogmática refleja su complejidad, *“esto pese al número de decisiones, a su diversidad, a la interdependencia interna de las mismas, a su grado de generalización y a la velocidad de los cambios a que están sometidos”*¹⁹.

No obstante, el profuso debate respecto a la pertinencia de las teorías normativas, de naturaleza modélica —sin perjuicio de proponer a veces criterios ideales que no reparan en la diversidad e impertinencia de los acaecimientos de la realidad—, posibilita construcciones de sentido capaces de orientar consensos que permitan, en el mayor grado posible, paz, tolerancia y equidad social.

En ese marco, las contradicciones entre la ley y las decisiones judiciales, entre la ley y las medidas administrativas, o entre la ley y los negocios jurídicos que dependen de la autonomía privada, lejos de ser interpretadas como cuestiones antinómicas o de vacío legal, deben ser interpretadas como una violación, y por ende situada fuera del universo jurídico; y esa circunstancia es inmanente y conlleva, a modo de predicado extensional, al ‘control de la categoría constitucional’ con fundamento en el principio *iura novit curia*.

¹⁹ Giménez Alcocer, Pilar, en Cárcova, C. M.; Las teorías jurídicas post positivista, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 262.

CAPITULO III

INMANENCIA: CONTROL CONSTITUCIONAL Y DECISIÓN JUDICIAL

3.1. INMANENCIA CONSTITUCIONAL.

El control constitucional en la decisión judicial, no pueden ser entendido sino de inseparable esencia. En ese marco, exhibe una inmanencia insoslayable. Esa conjunción, como se dijo, se presenta a modo de un predicado extensional. Las funciones del saber crítico y las dimensiones normativa y pragmática del mundo jurídico conformativos del paradigma constitucional, como se anuncian en el capítulo anterior, resultan inherentes y esa circunstancia se puede abordar desde una perspectiva espacial e histórica.

Así, inicialmente, y a partir de aquella concepción del “Juez como voz de la ley”, con un papel pasivo, meramente cognitivo, producto de una concepción mónadica, aislada y discrecional, se supera con enfoques diversos y en los que predominan criterios en los cuales la actividad judicial se despliega por el conjunto de los actores jurídicos –jueces, abogados, funcionarios, auxiliares de la justicia, entre otros- como una función ‘constitutiva’, a través de la cual el discurso del Derecho se materializa.

En el debate suscitado entre kelsenianos, egológicos, realistas, iusnaturalistas, críticos y el formalismo extremo, que desnuda una cuestión de tipo epistemológico, la justificación de la ‘revisión’ por parte de los jueces de las leyes y otras normas jurídicas constituye conceptualmente, para la construcción del objeto en estudio, un elemento trascendente, que puede -discrecionalmente, entendido- examinarse desde la visión de NICKLAS LUHMANN: quien le concede a la positivización del derecho una importancia singular.

El Derecho, dice el autor, es un azaroso proceso evolutivo que, a su vez, es consecuencia de la complejidad y contingencia del mundo. El concepto de complejidad se asocia a lo que denomina el “exceso de posibilidades del mundo” y el de contingencia a la imprevisibilidad y variabilidad de tales posibilidades. Ello implica una sobre-exigencia para la interacción social que tiende a resolverse mediante la reducción de complejidad externa a través del surgimiento y operatividad de los subsistemas sociales. Este proceso, aun al precio de incrementar la complejidad interna, determina el papel ordenador del Derecho moderno positivizado ya que, al reducir la incertidumbre generadora de riesgos, torna previsible la conducta social a través del control y posibilita la generalización congruente de expectativas. Esta perspectiva constituye una nueva visión epistemológica.

En el derecho del mundo romano, como se explicara, bastaba la distinción entre el *ius quiritium* y el *ius gentium* para atender la variabilidad de las relaciones sociales. A la par de la evolución histórica, el derecho se especializa y, al mismo tiempo, nuevas especificaciones se producen en el interior de cada una de sus ramas, lo que le permite dar cuenta de relaciones sociales más complejas y variables que aquellas del mundo romano. El derecho para Luhmann, como señala Cárcova²⁰, “*tiene como función la generalización congruente de expectativas de conducta, a través de las cuales reduce la complejidad. Se trata de un efecto producido por la representación del sistema de normas*”.

Se destaca, pues, que la constante del derecho es la función y los mecanismos de que se sirve cada sociedad para hacerla cumplir. A la par irrumpe la justificación, ya no vinculada a la coincidencia, como lo identifica Ferrajoli²¹ entre el “*constitucionalismo y el modelo paleo-positivista del estado legislativo del derecho, de la validez de las leyes o con la existencia o la vigencia, fruto de la producción con arreglo a las formas del ordenamiento*”. Este modelo, que carece de separación

²⁰ Cárcova, C. M.; *La opacidad del derecho*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 33-34.

²¹ Ferrajoli, L.; *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2009, p.26.

deóntica entre constitución y legislación, ‘sustraer’ a la ciencia jurídica y a la jurisdicción la posibilidad de formular juicios jurídicos sobre la validez sustancial de las leyes. Se vincula, entonces, con el paradigma constitucional.

El constitucionalismo²², por cierto, como paradigma, comprende el *ser* del sistema jurídico y, también, del *deber ser constitucional*, sin confundirse con su deber ético-político o externo, ni concebir al mismo ajeno al *ser* del derecho. Introduce en el positivismo jurídico una conexión entre derecho y moral que se consolida en las constituciones rígidas²³, superando el unidimensionalismo del derecho positivo y la vieja tesis de la ‘interdicción’ a los juristas para enjuiciar la validez o invalidez de las normas legales.

Por contrario, se demanda ahora a los juristas y a los jueces a interpelar las leyes entendiendo los principios estipulados por la constitución como normas de derecho positivo de grado superior; se funden activamente, en el contenido de esos ordenamientos jurídicos, garantías, libertades individuales, separación de poderes, derechos sociales y, en suma, la construcción sincrónica de una concepción de la democracia constitucional.

3.2. POSTURAS FRENTE AL CONTROL CONSTITUCIONAL, Y EL ROL DE LA DECISIÓN JUDICIAL.

²² Es conocido que el “constitucionalismo” contemporáneo, o el “neo-constitucionalismo”, es interpretado conforme a la tesis según la cual, a diferencia del positivismo jurídico, esa conexión conceptual entre derecho y moral operaría en clave predominantemente iusnaturalista. Tal fortuna, se sostiene desde el positivismo, críticamente: responde al lenguaje político cotidiano con que se formulan los derechos fundamentales [‘derechos humanos’ o ‘naturales’, ‘valores imprescindible para la humanidad’, y otros], y también a la atención recibida de autores a los que se le atribuye una orientación iusnaturalista -Robert Alexy, Ronald Dworkin, Carlos S. Nino- .

²³ Asimismo, es conocido que en el constitucionalismo, cuyo origen relevante data del Siglo XIX, aquella conexión [entre derecho y moral], y la adopción de las ‘constituciones rígidas’ en las últimas décadas del siglo siguiente, especialmente en Europa continental con la finalización de la segunda guerra mundial y de los regimenes imperantes hasta entonces en Italia, Alemania, entre otras naciones, conlleva reconocerlas -más allá de los modos constitutivos y operativos- como un conjunto de normas colocadas en la cúspide del sistema de las fuentes, y superior a las demás, con excepción de aquellas destinadas a la revisión y al control constitucional, las cuales no tienen el significado de rigidez constitucional, sino que son la garantía de la rigidez y la norma de reconocimiento del grado de rigidez de una constitución.

Desde la perspectiva explicitada, es posible establecer que la DECISIÓN JUDICIAL implica conocer, interpretar, valorar, deslindar y estipular. En ese contexto, cumple un rol social ya que, además de portar una cultura técnica, debe ser permeable al conjunto de representaciones, estados de conciencia y visiones compartidas del mundo, coadyuvando, con trabajo, a veces a conservarlas o a transformarlas.

Así, en el nivel decisonal la **verificación de constitucionalidad** aparece como un proceso necesario, ineludible —o no, cuando irrumpen connotaciones de tipo *de facto* a modo de “prueba de origen”²⁴—, encargado de reconocer el apego constitucional de la norma legal aplicable al caso para que, corroborada la existencia de ese estándar [constitucional], se complete la actividad jurisdiccional. Dicho proceso aparece remontando la llamada ‘cadena de validez’ en la que emerge la presencia de una norma secundaria fundamental, o regla de reconocimiento, que estipula la forma en que serán identificadas las normas jurídicas, conforme a la descripción de Hart²⁵, y desde donde nace la idea de un conjunto distinto de normas y, por ende, del derecho. Tal actividad constituye una instancia de producción destinada a frustrar la ‘inaplicación’ de una norma constitucional y, en especial, sus efectos, por parte de la aplicación de una ley o reglamento general o contrato o cualquier otro producto jurídico.

En el campo de la justificación se encuentran argumentos que posibilitan el análisis crítico, desde perspectivas conceptuales y contextuales que conllevan con diverso éxito la ejecutabilidad del instituto. Al respecto, se distingue un agrupamiento que fija la *supremacía de la Constitución*: en el caso de un conflicto

²⁴ conf. Dworkin, Ronald; *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 65 y ss., quien describe las proposiciones centrales en torno a las cuales —sostiene— se organiza el iuspositivismo, destacando, entre otros, el principio que atribuye al Derecho el carácter de un conjunto de ‘normas especiales’ encargado de determinar, directa o indirectamente, que comportamiento será “castigado o sometido a coerción” por los poderes públicos, y que pueden ser identificadas mediante pruebas que no se relacionan con su contenido, sino con su ‘pedigree’ u origen, o con la manera que fueron adoptadas, o en que evolucionan.

²⁵ Hart, H. L. A.; *El concepto del derecho*, traducción Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, pp. 99-123.

entre la Constitución y una ley, el juez aplicará la Constitución dejando de lado la ley. Lo opuesto significaría desconocer a la Constitución el carácter de ley suprema —y, como tal, la que establece el modo en que otras normas son leyes— que no puede ser derogada por el legislador como una norma ordinaria. Dicho criterio, contenido en la causa “*Marbury v. Madison*” (1803)²⁶, encuentra una interpretación semejante acerca del rol de la Constitución en la determinación de la validez de las demás normas jurídicas y de su pertenencia a un orden jurídico, ya sea que la Constitución deba su validez y pertenencia a una NORMA BÁSICA O FUNDANTE, de acuerdo a la construcción de Hans Kelsen, o que la Constitución sea el parámetro final de esa validez y pertenencia, si ella se identifica con la REGLA DE RECONOCIMIENTO de Herber L. A. Hart.

La posición jerárquica de la Constitución establece que leyes y decretos son válidos como pertenecientes al sistema jurídico, verbigracia: en el caso de la Constitución Argentina los artículos 75 a 84, y 99, incisos 2 y 3. Pero esa lógica, en general, se complejiza cuando emergen aquellas normas legales que contradicen las condiciones de órgano, procedimiento o contenido establecidos por la norma superior, y mantienen su validez o fuerza obligatoria, como las típicas normas *de facto*.

²⁶ Sancionada la Constitución estadounidense en 1787, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, John Marshall, concordante con la consagración de la supremacía constitucional [con base en el inciso 2, artículo VI] por sobre las modificaciones provenientes de leyes ordinarias, declaró en 1803, en relación directa con una ampliación de la competencia originaria del alto tribunal dispuesta por una ley dictada por el Congreso, la inconstitucionalidad de un mandamiento recibido contra el Secretario de Estado Madison para poner en posesión del cargo de juez de paz a Marbury, nombrado por el Presidente Adams poco antes de entregar el Poder Ejecutivo a Jefferson; fundado en que aquella competencia provenía de la Constitución y la legislatura no podía ampliar los casos de jurisdicción originaria, diciendo que “*la Constitución es, o bien una ley suprema y soberana, o bien está al nivel de leyes ordinarias... [s]i la primera parte de la alternativa es cierta, una ley contraria la Constitución no es una ley... [c]iertamente todos aquellos que han elaborado las Constituciones escritas, la contemplaron como formando la ley fundamental y suprema... y, consecuentemente, la teoría de cada uno en tal gobierno debe ser que una ley repugnante a la Constitución debe ser nula...*”, en Fayt, Carlos S.; *La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia. Leading cases y Holdings. Casos Trascendentes*, La ley, Buenos Aires, 2004, pp. 16-17.

La hipótesis de Kelsen explica su validez apelando al contenido de una 'cláusula alternativa tácita en la norma superior', que permite el dictado de la norma inferior aunque 'no' se cumplan las exigencias de la parte expresa. Esto, que aparece como una 'autorización en blanco', resulta implausible ya que llevaría a admitir en materia de anulación o sanción que se habilite a un órgano distinto al competente, por una cláusula alternativa o tácita, a anular o sancionar cuando se haya satisfecho la cláusula expresa y no la tácita. También se torna inaceptable, dada la interconexión entre órgano, procedimiento y contenido, la autorización de la cláusula tácita limitada al contenido, como lo presupone Kelsen, al implicar que una norma que determina a un cierto órgano a que dicte normas a través de determinado procedimiento con cierto contenido, termine autorizando a cualquier órgano a dictar a través de cualquier procedimiento, normas con cualquier contenido.

Lo propio acontece frente a la 'pertenencia de una norma jurídica a un sistema jurídico'. Kelsen hace referencia a la fuerza obligatoria o al carácter de razón justificatoria de una norma jurídica. Pero la 'pertenencia' es una noción descriptiva: alude al hecho de que una norma fue sancionada de acuerdo a lo dispuesto por otra norma del sistema jurídico, que autoriza su sanción. La 'fuerza obligatoria', en cambio, es una noción normativa, y alude a la propiedad que puede transmitirse de una norma a otra, no sólo al autorizar la sanción de la segunda sino también cuando la primera establece la obligatoriedad de observar y aplicar la segunda²⁷.

En suma, la aplicación de una ley inconstitucional que no pertenece al sistema jurídico, pero a la cual se le reconoce fuerza obligatoria en algunos casos, reviste 'color de derecho' cuando hay alguna norma que tiene, a su vez, fuerza obligatoria y que establece que esa norma debe ser aplicada bajo ciertas condiciones. En nuestro sistema jurídico se vuelve obligatoria para los ciudadanos y funcionarios, 'pero no para los jueces que pueden declararla inconstitucional',

²⁷ Bulygin, Eugenio; *Sentencia judicial y creación del derecho*, Buenos Aires, La Ley: 124-1037

proceso que adquiere -como se explicará más adelante- un mayor predominio desde 1983; a diferencia de lo que acontece en E.E.U.U., cuya declaración le corresponde a la Corte Suprema, o en Gran Bretaña, que debe ser derogada por el Parlamento. Podría concluirse, que la “lógica Marshall”, surgida del precedente norteamericano, se descalifica al admitir la observancia obligatoria de una ley dictada fuera de las condiciones que establece la Constitución, que tiene coloración de derecho y que no se puede derogar por procedimientos ordinarios, mientras no se derogue, o se declare inconstitucional. Circunstancia que, con características diversas, como se verá, puede acontecer en los sistemas de control constitucional concentrados.

Desde la perspectiva del **reconocimiento de derecho** se concibe como función fundamental de la Constitución establecer derechos que, provenientes de las decisiones expresadas a través órganos políticos como el Parlamento, constituyan ‘límites’ a las decisiones de la mayoría. La función esencial de los jueces conlleva ejercer la ‘revisión de las decisiones mayoritarias’ en protección de los derechos de individuos que pueden formar minorías; este reconocimiento de derechos implica aceptar el control judicial de constitucionalidad. La crítica que recibe esa variante resulta de presuponer que la protección de los derechos individuales descansa en mano de las mayorías a través del proceso democrático con basamento en un contexto moral y fáctico, y no como mera conclusión conceptual. Sin embargo falla al establecer el control de constitucionalidad ya que es perfectamente concebible, por objetable que pudiera ser, la eximición de la revisión judicial por sus decisiones.

El otro argumento positivo del **razonamiento práctico justificatorio**, considera que si los principios que establecen derechos y procedimientos democráticos no legitiman ciertas leyes, sea por violar derechos o por írritos, el contenido normativo que la constituye no podrá servir como razón justificatoria de una decisión judicial. Esta posición se basa en proposiciones apropiadas que se constituyen a modo de juicios o principios morales de los que derivan normas jurídicas, legitimando cierta autoridad y describiendo las prescripciones de tal

autoridad. De igual manera se construye, en sentido normativo, parte de la Constitución, asociando el ideal del constitucionalismo con los derechos y a estos con el ideal de la participación democrática, igualmente legitimante; a partir, entonces, del razonamiento jurídico, la Constitución sirve de premisa mayor de un 'razonamiento justificatorio' de la decisión judicial.

Ello implica la inevitabilidad del control de constitucionalidad; que no puede atarse a los meros hechos constituidos por la sanción de las leyes -como se pretendió respecto de la legislación *de facto*- sin incurrir en un salto entre ser y deber ser, sino fundar en principios morales que resultan aplicables a través de un razonamiento escalonado que justifique inicialmente prácticas jurídico-institucionales y en un segundo plano, aplicando esas prácticas justificadas a las decisiones judiciales; en tanto que los principios normativos que integran la Constitución, son empleados directamente en aquéllas. Ya sea que la justificación se manifieste a través de principios positivizados constitucionalmente o se sustente en la estructura lógica del razonamiento judicial -que conduce a ponderar el valor de la práctica jurídico-institucional implicada, su reconstrucción y determinar si una ley satisface o no las condiciones para la continuidad de tal práctica-, el control de constitucionalidad aparece inherente a la decisión judicial.

Lo hasta aquí analizado, corresponde destacar, se enfrenta al argumento de la **dificultad contramayoritaria**, que niega a los jueces la legitimidad democrática para encarar cuestiones valorativas en sus decisiones, conteste, como se hiciera referencia, con el rol que están llamados a cumplir alejado del concepto del juez técnico o científico. Al examinar ese interrogante —y después de describir la postura de Ronald Dworkin, que reserva como área exclusiva del proceso político democrático la fijación de políticas que establecen objetivos colectivos y a los jueces la aplicación de principios que establecen derechos—, Nino señala que los derechos individuales se violentan por actos positivos y también por omisiones. Comprensivo de los derechos sociales, y con ello los derechos que abarcan

prácticamente el 'escenario moral', deduce que casi todas las cuestiones se encuentren controladas axiológicamente por el derecho que, de ser la última palabra, desplazaría a los órganos que participan del proceso democrático²⁸.

No obstante, los argumentos de la *posición contramayoritaria* se contrarrestan, en principio, en que los jueces al descalificar una ley o un decreto aplicando la Constitución, lejos de oponerse, dan efecto a la voluntad mayoritaria de nivel superior que aquélla expresa. Se sostiene que no puede desconocerse que la Constitución posee mayor legitimidad democrática que la ley, y que los jueces la hagan prevalecer no significa interponer su propia autoridad y capacidad epistémica, sino la que la Constitución refleja. Se agrega a los jueces la función de 'controladores del proceso democrático'. Desde esta perspectiva, el proceso judicial no es inferior a cualquier proceso político y aunque sólo ceda frente al proceso democrático, se constituye en una herramienta para que la ley goce de una presunción de validez y determinar las condiciones que fundamentan su valor. Así, no se limita a la verificación de los aspectos formales para dictar una norma jurídica (artículos 77 a 84, Constitución Nacional), sino que corrobora las condiciones vinculadas con la oportunidad de la participación igualitaria en la discusión, la amplitud y libertad en el debate, la adecuación de la representación, la sensibilidad del sistema para reflejar el consenso público, entre otros asuntos.

Lo mismo ocurre en relación con el **amparo de la autonomía individual**. Sin perjuicio de atribuirse prevalencia al proceso democrático frente a la protección de los derechos individuales, se observa que la imparcialidad es inherente al valor de la democracia ya que ésta presupone parámetros de validez para sus principios y para la discusión institucionalizada. Esto veda al Estado la posibilidad de interferir en la libre elección de los individuos mediante la propagación de modelos ideales o de perfección. Dice el autor: "*el que un ideal de excelencia humana haya sido preferido a través del proceso democrático por una mayoría, como base para una decisión, no*

²⁸ Nino, C.S.; *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2005, pp. 693-684.

*implica ninguna presunción de validez respecto de ese ideal*²⁹. Esto último justifica que el juez adjudique, y los ciudadanos ostentan ese derecho, a las resultas del proceso democrático cuando ese proceso ha incursionado en ideales de excelencia humana que afectan la autonomía de los individuos.

Por último, emerge la **continuidad de la práctica constitucional**. El razonamiento justificatorio del juez implica partir de premisas valorativas en dos direcciones: la primera, aplicable a una práctica jurídico-institucional, incluye la Constitución como convención que, a su vez, se emplea escalonadamente en el razonamiento del juez; la segunda, que no debe surgir de la reflexión individual del juzgador sino de del proceso de discusión y decisión colectiva, produciendo ambas la continuidad de la citada práctica, de naturaleza social, coordina conductas y actitudes asociados a decisiones como antecedentes. Ello le permite al juez detectar el debilitamiento de esa práctica, y la desviación de esa continuidad, producidas por la laxitud de las convenciones interpretativas que la colocan en riesgo. Tal es el caso del indulto a procesados concedido por Carlos Menem en 1990, que significan una interferencia en la libre actuación de la justicia violando los artículos 95 y 86, inciso 6, de la Constitución Nacional, después de la reforma constitucional de 1994: artículos 109 y 99, inciso 5-.

En síntesis, las posiciones analizadas permiten diversamente descalificar, por vía judicial, violaciones al texto constitucional, cargando los jueces con el rol capaz de generar el mayor equilibrio en el marco del proceso democrático y de resguardo de la autonomía personal, y esa circunstancia, con carácter de precedencia o no, se enlaza con la construcción del ordenamiento jurídico interpretado como una mecanismo de integración social.

²⁹ Nino, ib., p. 699.

3.3. EL CONTROL CONSTITUCIONAL, Y LA DECISIÓN JUDICIAL EN ARGENTINA.

Un análisis del desarrollo histórico del sistema de control de constitucionalidad en Argentina, permite identificar un proceso evolutivo que expresa diferentes niveles de restricción, vinculados con fenómenos de legalidad y legitimidad. La 'legitimidad' se vincula con el origen de la investidura del gobernante, la Constitución; la 'legalidad', con el hecho de que el gobierno legítimo realice su actividad según las normas jurídicas, que actúe conforme a las normas positivas. Legitimidad y legalidad, en síntesis, son manifestación de la existencia del poder de autoridad: investidura y actividad, admitiendo desde la perspectiva de la indivisibilidad estatal, que la teoría de la separación de los poderes se presenta como una división de las funciones: *"El poder no se divide, lo que se divide son las competencias"*³⁰.

La evolución del control constitucional en Argentina y en relación con la decisión judicial, reconoce cuatro etapas que serán analizadas con mayor profundidad en el capítulo siguiente. Así, y sintéticamente, pueden precisarse los cambios que se puntualizan a continuación:

a) etapa primera (1888): control constitucional de oficio; estableciendo la idea de mandato o deber que deben cumplir los jueces, aunque sin especificación de condiciones o requisitos para la realización de esa encomienda (causa: "Municipalidad de Buenos Aires c. Isabel A. Elortondo);

b) etapa segunda (1940/1983): control constitucional enmarcado en las 'teorías prohibitivas'. Impidiendo su ejercicio de oficio sobre los actos del Poder Legislativo y Ejecutivo, y exigiendo el planteo previo y el mantenimiento de la 'cuestión federal', al trabarse la *litis contestatio*, sustentado en el argumento de que *"un acto de autoridad o de poder... lleva consigo la presunción de validez"* ("S.A. Los Lagos", Fallos: 190:98; etc.);

³⁰ Fayt; ib., p. 43.

c) etapa tercera (1983/2001): cesa la 'unanimidad' de la tradicional doctrina negatoria del control oficioso de constitucionalidad; pasando desde 1984 a ser sólo mayoritaria, y confrontada con una creciente posición minoritaria (Fallos: 306:303; 310:1090; 310:1401, y 311:2593 -jueces Fayt y Belluscio-; y 321:993, y 321:1058 -jueces Fayt, Belluscio y Boggiano-); y,

d) etapa cuarta (27.9.2001): se restaura el control constitucional oficioso, considerándose, entonces por mayoría, que el instituto no implica un desequilibrio de poderes a favor del Judicial, o que atente contra la presunción de validez de los actos administrativos o estatales al contravenir normas de jerarquía superior o la Constitución, o que se menoscabe el derecho de defensa (causa "Mil de Pereira", Fallos: 324:3219)³¹.

La revisión de la historia del control de constitucionalidad en nuestro país Argentina muestra el incremento que atañe a la inherencia entre la decisión judicial y la intervención constitucional; lo cual, se puede destacar, adquiere cada día un sentido más fuerte cuanto mayor resulta el funcionamiento del Estado de Derecho. A la par que implica el reconocimiento de estándares jurídicos trascendentes y, lo más importante, la flexibilización del acceso a los controles judiciales, que se eliden prescripciones de tipo restrictivo que determinan superar el concepto del derecho, integrando una noción de ciencia, mayormente identificado con la objetividad o la neutralidad valorativa, para visualizar el *plus* que la dinámica social demanda a las denominadas tesis liberalizadoras o pos-positivistas³².

Puede decirse, entonces, que la actuación del Poder Judicial en el control de constitucionalidad adquiere una calidad profunda en la práctica constitucional. Allí debe evitarse una actitud deferente hacia el poder político, y un elitismo que lleve a

³¹ No obstante en el ejercicio de esa facultad control en orden a mantener el imperio de la Constitución, se guarda que la invalidez constitucional de la norma sólo se declare cuando la violación en desmedro de la seguridad jurídica alcance entidad abrogatoria, y no lo sea para un caso abstracto sino de manera incidental y con efecto limitado a la causa.

³² Ferrajoli; *Epistemología jurídica y garantismo*, ib., p. 78.

los jueces a sustituir el proceso político democrático en la determinación de soluciones sustantivas, orientando, en cambio, su práctica a custodiar las reglas del proceso democrático, su continuidad y la autonomía personal.

Esa tarea, tendente a la conformación de un mundo jurídico con menor incertidumbre, demanda la presencia de la justicia para que mediante la nulificación o la neutralización de normas lesivas de derechos y garantías, materialice el predominio de los principios constitucionales y evite oscilaciones que los comprometan, sea mediante la acción directa, conservando el orden constituido, o coadyuvando a la transformación de la organización del poder, utilizando a ese fin las funciones promocionales del derecho³³.

Se trata de buscar un consenso profundo alrededor de principios que garanticen la legitimidad objetiva y la estabilidad de esa práctica constitucional. La tarea de los aplicadores del derecho –jueces, abogados, funcionarios y auxiliares de la justicia- es la de preservar esos componentes sobre la base de principios morales, mejorables, e interpretar a su vez los materiales normativos nacidos del consenso democrático y como resultado de la discusión colectiva y de la desarrollada en los órganos representativos.

³³ Bobbio, Norberto; *La función promocional del derecho*, en Cárcova; *La opacidad...*, ib., p. 86.

CAPÍTULO IV

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: SISTEMAS.

OTROS INSTITUTOS TUTELARES. JUSTIFICACIÓN.

4.1. SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. CLASIFICACIÓN.

El control de constitucionalidad constituye uno de los instrumentos principales para promover la más adecuada práctica constitucional y resulta de la nulificación de normas jurídicas de diferente índole. La justicia impacta en esta práctica y, además, en el reconocimiento de los derechos y garantías individuales, para materializar los principios constitucionales y evitar las oscilaciones que los comprometen, sea mediante su acción directa o mediante la transformación de la organización del poder.

Asimismo, a través del control de constitucionalidad, puede buscarse un consenso profundo alrededor de principios que garanticen la legitimidad objetiva y la estabilidad de esa práctica constitucional. La relación entre el Poder Judicial y los otros poderes del Estado, y el rol de los jueces y los demás operadores jurídicos en el Estado de Derecho, en el que se respete la garantía del debido proceso, incluye estipular la definitud de los hechos —excluyendo las presunciones fácticas *iuris et de iure* del legislador— y la aplicación de las normas del sistema jurídico. Además, demanda una interpretación inherentemente valorativa a fin de preservar la práctica jurídico constitucional sobre la base de principios morales mejorables e interpretar, a su vez, los materiales normativos nacidos del consenso democrático como resultado de la discusión colectiva y de la desarrollada en los órganos representativos.

El control de constitucionalidad, destinado a mantener el equilibrio de los derechos de los ciudadanos, que torna posible enfrentar la inaplicación de una norma constitucional y, en especial, sus efectos, ostenta un crecimiento vinculado

proporcionalmente al fortalecimiento democrático del Estado de Derecho. Esto implica una atenuación de la teoría de la decisión mínima, favorecida en aquellos sistemas en que el control descansa en un Tribunal que actúa como máxima instancia en asuntos ordinarios y constitucionales, y aparece, subyacente y paradójicamente, con un poder decisonal concentrado.

El sistema de control de constitucionalidad ofrece básicamente variantes derivadas de los órdenes jurídicos inglés, continentales-europeos y americanos. Puede clasificarse según los órganos con poder de ejercerlo, la forma en que se plantea y resuelve la cuestión constitucional y, en aquellos con intervención judicial, los efectos alcanzados por la decisión jurisdiccional. A continuación se exponen los diferentes sistemas de control de constitucionalidad identificados en el tema.

4.1.1. SISTEMA JURÍDICO PARLAMENTARIO.

En Gran Bretaña –y semejantemente, en Holanda y otros países escandinavos- no puede, en principio, ningún juez ni el Tribunal, superior constituido por la Cámara de los Lores, declarar la inconstitucionalidad de una ley dictada por el Parlamento sobre la base de violar la Constitución británica, consuetudinaria y no documentada. Por sobre el control de constitucionalidad, el principio dominante es que el poder legal soberano reside en la ‘Reina en Parlamento’, dictando la ley. De manera que el Parlamento es quien ostenta la autoridad para hacer, confirmar, extender, restringir, abrogar y explicar la ley, aun en materia de derechos individuales, y aplicable en el derecho interno, lo cual afecta la posición de los jueces pues juzgan en nombre de la Corona.

Sin embargo, las Cortes han ido interpretando los textos legales o *statute* en protección del ciudadano, y construyendo a la par, por control general, el *common law* mediante la acumulación de sentencias -designado como Derecho judicial o hecho por los jueces, que actúa complementando y no como antagónico-, y pergeñando principios que nutren el Derecho Administrativo británico, que serán

analizados en el siguiente capítulo, y reduciendo contemporáneamente diferencias con el derecho continental al ingresar el Reino Unido a la Comunidad Europea y a la labor del Tribunal de la Comunidad.

4.1.2. SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD CONCENTRADO.

El sistema concentrado o ‘austriaco’, vigente en gran parte de Europa continental, asigna el control a un solo órgano judicial especial que se ejerce por una vía principal o directa, es decir, a través de un proceso constitucional específico y autónomo, por medio de una acción especial; la decisión ostenta efecto constitutivo, *erga omnes*, y derogatorio.

La incorporación del sistema de justicia constitucional se produce en Europa una vez finalizada la guerra mundial de 1919. Se diferencia una primer etapa originada en la articulación del imperio alemán y la monarquía austrohúngara, que concluye en la Constitución de Weimar, la cual establece un tribunal con competencia en los conflictos de poderes y entre los entes territoriales federales. La siguiente etapa, concluida la segunda guerra mundial, registra la transformación del sistema en una función de legislación negativa — en términos de Hans Kelsen—, no judicial, por la cual el tribunal constitucional ante la incidencia suscitada por un tribunal *a quo*, a cargo de resolver un hecho singular, juzga sólo el problema abstracto de compatibilidad lógica entre el pronunciamiento, también abstracto, de una ley y la norma abstracta constitucional.

El sistema se presenta en Europa continental con dispar temporalidad, constitución y competencias. Así en una primera etapa se crean las Cortes constitucionales en Checoslovaquia y Austria en 1920, y España en 1931; en la segunda etapa se produce el restablecimiento de la austríaca en 1945, y se constituyen en Italia en 1948, Alemania en 1949 y en Francia el Consejo Constitucional francés en 1959; y finalmente se produce la creación de los

Tribunales constitucionales portugués en 1976, español en 1978, griego en 1975, polaco en 1982 y húngaro en 1984³⁴.

4.1.3. SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DIFUSO.

El sistema difuso o americano distribuye el control de constitucionalidad entre varios órganos judiciales ordinarios y su ejercicio es por la vía incidental, en ocasión de un proceso; en cuanto al debate sobre la constitucionalidad de la norma es para el caso concreto, a tratar por el juez con competencia para resolver la cuestión surgida y con carácter declarativo. Ese control judicial, en el que todos los jueces ostentan competencia para no aplicar las leyes que juzgan contrarias a la Constitución, irrumpe pretorianamente en Estado Unidos en el Siglo XIX (“Marbury vs. Madison”, 1803), y se replica en la República Argentina en 1887 (“Sojo”; Fallos: 32:120). Reconoce a la adjudicación una función propia dentro del Estado moderno, cuya proyección institucional es la declaración de inconstitucionalidad que, aun con los límites adelantados, implica enervar la validez y eficacia de una ley sancionada por el Poder Legislativo o un decreto dictado por el Poder Ejecutivo.

Es necesario señalar que en un sistema difuso —atendiendo a variantes generadas a partir de modelos de derecho constitucional, con influencias en la composición histórica de las Constituciones, o por lo menos en la interpretación de las mismas— arroja un conjunto de visiones a veces coincidentes y a veces conflictivas, que traducen discontinuidades o fracturas en sus estructuras. Tal circunstancia, permite observar un paralelismo en materia de control de constitucionalidad, que toma en consideración diferentes factores: la evolución de la división de los poderes del Estado, las limitaciones implícitas o de distribución de competencias federal y locales, la regularidad gubernamental, el criterio de protección derechos y garantías, la tensión entre el contralor al gobierno y el fortalecimiento de sus capacidades. Así, en Argentina, resulta de la

³⁴ véase Nino; *Fundamentos de derecho constitucional*, ib., pp. 659-662.

‘constitucionalización del amparo’ establecido por la reforma constitucional de 1994, cuyo debate con sustento en la supremacía constitucional y en el principio *iura novit curia*³⁵, otorga un carácter insoslayable al control de constitucionalidad alentando a los jueces a su aplicación de oficio. Esa instauración y la seguida promoción del control de constitucionalidad, implica una confrontación de la teoría de la ‘decisión mínima’ o del ‘minimalismo’.

Esa teoría de la decisión mínima o minimalismo, se encuentra favorecida en aquellos sistemas -como en Estado Unidos- en los que el control descansa en un tribunal que actúa como máxima instancia en asuntos ordinarios y constitucionales lo que, sustancialmente, no satisface la demanda expresa o tácita, de que el juez aplique la norma que es aplicable. Por el contrario, sin perjuicio de la adjudicación respecto a la legalidad o ilegalidad del acto impugnado, sustenta una manera de sortear la valoración constitucional de la norma o, en su caso, de un acto general o reglamento. Aún en conocimiento de los reproches por infracción, aplicación indebida, desconocimiento o violación de la ley, que implica para las instancias menores un alejamiento del campo del conflicto constitucional, aparece apoyada en aspectos formales y procesales. Encuentra respaldo en la circunstancia de que la siguiente instancia “garantiza” la revisión, sea asumiendo la primer decisión o su rectificación y, paralelamente, posibilitando el acceso al máximo grado jurisdiccional a cargo, con “*facultad y deber principal*”, del control de constitucionalidad.

Corresponde ahora destacar que el sistema instituido en la reformada Constitución argentina —en cuya defensa, puede reivindicarse como mayor garantía la diversidad y amplitud que ostenta— la declaración de inconstitucionalidad, ya sea por parte del Máximo Tribunal o por los inferiores, ajustada al caso mantiene válida la norma enfrentada con la Constitución hasta su derogación legislativa. La mayor o menor eficacia de la misma se relaciona con el grado de tolerancia al enfoque de la politicidad raigal del fenómeno jurídico, con el alcance de la doctrina del *estare*

³⁵ Quiroga Lavie, Humberto; *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Zavalía, Buenos Aires, 1997, pp. 232 y ss.

*decisis*³⁶, o con el capacidad de la democracia deliberativa en el respeto de “la autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona”.³⁷

Además, tal cuestión, común en el universo jurídico, se presenta en el ámbito del Derecho administrativo con características particulares vinculadas a los poderes del Estado y su función administrativa, de la cual emanan actos administrativos generales o reglamentos. Estos sustentan los actos administrativos particulares -en materia de empleo público, sanciones disciplinarias, cesantías, en materia previsional, tributaria, de obra pública, de ejercicio del poder de policía, etcétera-, con peculiaridades relacionadas con la vigencia de la norma impugnada y el equilibrio, la interrelación y los límites de la discrecionalidad de los poderes.

4.2. EL CONTROL JUDICIAL CONSTITUCIONAL EN ARGENTINA.

En Argentina, la constitucionalización del amparo en la reforma constitucional de 1994 —cuyo debate con sustento en la supremacía constitucional y en el principio *iura novit curia*—, reconoce un carácter insoslayable al control de constitucionalidad. Cuenta con limitados precedentes favorables que se consolidan, finalmente, en el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* “Banco Comercial Finanzas S.A. -en liquidación B.C.R.A.- s/ quiebra” (19.8.2004), en el cual se insta a su aplicación de oficio por los jueces. A continuación se detallan los precedentes referidos.

4.2.1. PRECEDENTES DEL MÁXIMO TRIBUNAL NACIONAL. EVOLUCIÓN.

Como es sabido, cuando se habla de que un juez o tribunal pueda ejercer de oficio el control de constitucionalidad debe existir una causa, ya sea que se trate de una norma legal o reglamentaria, o de una previsión de cualquier rango, incluso

³⁶ Sola, Juan V.; *Control judicial de constitucionalidad*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, pp. 163 y ccs.

³⁷ Cuadros, Oscar A., *Fundamentos del control judicial de constitucionalidad en la teoría del derecho de Carlos S. Nino*, El derecho, Bs. As., t. 2003, p. 238.

constitucional, pero de orden local o provincial. Aun cuando se admita que los jueces puedan examinar la compatibilidad constitucional de cualquier norma sin petición concreta, deberá existir una causa judicial de su competencia que, de no haber mediado declaración de inconstitucionalidad, hubiera resultado aplicable. Asimismo, se insiste en que el control de constitucionalidad, en nuestro ordenamiento jurídico, se halla asignado a la justicia, sin distinción de instancia, y sólo se ejerce en los casos concretos sometidos a la decisión de los tribunales, careciendo de efectos *erga omnes*.

Formulada esta aclaración, los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación permiten distinguir, al menos, cuatro etapas diferenciadas. Así, inicialmente, una primera etapa, en autos “Municipalidad de la Capital contra Isabel A. Elortondo” (1888, Fallos: 33:162), en los que se declara la inconstitucionalidad de una ley de expropiación de terrenos para trazar la Avenida de Mayo, se señala que *“el control constitucional de las leyes (...) es un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyentes y legislativo que hace la Constitución”*, enfatizando así que se trata de una especie de mandato o deber con el que deben cumplir los jueces. A ese fin no existen determinación de recaudos. Tampoco existieron en el citado antecedente “Marbury v. Madison”. Es decir, que el anunciado control se ejerce de manera oficiosa. No obstante, en 1934 se adopta una postura estricta en la causa “Cabeza, García y Cía. contra Provincia de Tucumán” (Fallos: 170:158) en la cual, a diferencia de “Elortondo”, los actores habían invocado expresamente la inconstitucionalidad de una ley que creaba un impuesto al consumo de vino en la provincia de Tucumán. El Alto Tribunal, que hizo lugar a la pretensión, establece como condición para demostrar la invalidez del estatuto, la existencia del daño como resultado de una sanción, su insuficiencia, si el perjuicio era general o sufrido indefinida y simultáneamente con las otras personas.

Entre 1940 y 1983 se puede establecer la segunda etapa, caracterizada por receptor la ‘teoría prohibitiva’ del control de constitucionalidad de oficio. En ese

sentido en autos “S. A. Ganadera Los Lagos contra Nación Argentina” (Fallos: 190:98), se establece la regla que ante un acto de autoridad o poder que lleva consigo la presunción de validez es *“indispensable en el derecho público argentino que la inconstitucionalidad de las leyes y de los decretos sólo pueda pronunciarse a petición de parte, es decir, por aquellos a quienes perjudique”*. El Tribunal agrega que a la administración de justicia no le ha sido dado el control de los actos legislativos o los decretos del ejecutivo; y que para mantener la supremacía de la Constitución y el equilibrio de los tres poderes, es necesario un pleito que posibilite el examen jurisdiccional “a pedido de algunos de los litigantes”, a fin de cotejar si la ley o el decreto conforman sus disposiciones a los principios y garantías de la Constitución Nacional. Sostienen que *“Como lo ha dicho Cooley es indispensable un conflicto judicial y un peticionante cuyos derechos personales se encuentren realmente afectados”*, con la finalidad de evitar *“la absorción del Poder Judicial en desmedro de los otros dos”*. Desde entonces predominaron los explicitados criterios restringidos como puede verse en “Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires contra Rodríguez”, 1946, (Fallos: 204:676); “Morales contra Canovas”, 1956, (Fallos: 234:335); “Kelly”, 1958, (Fallos: 242:112); “Sluzevsky”, 1967 (Fallos: 269:225). En síntesis, la posición restrictiva se asienta en la división de los poderes, la presunción de validez de los actos estatales y el derecho de defensa en juicio. La única excepción a esta doctrina, fueron aquellos casos en los se encontraba en riesgo la competencia originaria de la Corte y, en tanto se cercenaran atribuciones constitucionales, se tornaba posible la defensa *ex officio* de ellas; *in re* “Partido Provincial Unión Santiagueña”, (Fallos: 238:288); “Bianchi contra Fisco Nacional”, (Fallos: 248:398).

En el período comprendido entre los años 1983 y 2001 se desarrolla la tercera etapa. En ella irrumpe en el Máximo Tribunal una posición de minoría favorable al control constitucional de oficio, convirtiendo en mayoritaria la posición absoluta precedente. Los votos disidentes en diversos pronunciamientos sustentados en el deber de aplicación del derecho vigente, sin supeditación al requerimiento de parte,

sostienen la facultad de los jueces de examinar las leyes en los casos concretos que se presentan a su decisión, cotejándolas con el texto y la significación de la Ley Fundamental, y de abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición. Esta disidencia, que se constituiría en la posición mayoritaria, se registran *in re* “Juzgado de Instrucción Militar de Rosario No. 50”, 1984; “Pérez contra Entel” y “Peyru”, 1987; y “Pintos contra Provincia de Buenos Aires”, 1988 (Fallos: 306:303; 310:1090; 310:1401, 311:2593 respectivamente). En general, en los citados fallos imperaba el criterio por el cual del artículo 31 de la Constitución Nacional deriva la facultad precedente de los jueces sin distinción de fueros, jurisdicción y jerarquía, nacionales o provinciales, de examinar las leyes que se presentan a su decisión. En razón de que el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los aplicadores de suplir el derecho que las partes no invocan erradamente implica, ante la colisión de normas, el deber de aplicar la de mayor rango.

La cuarta etapa se identifica a partir de la causa “Mil de Pereyra” del 27 de septiembre de 2001 (Fallos: 324:3219). Prevalece en la misma la postura tradicional de los Ministros de la Corte doctores Fayt y Belluscio, que fuera seguida por el Ministro Boggiano (Fallos: 321:993, 321:1058) y, finalmente, adoptada mayoritariamente por el cuerpo. Al votar, expresan que *“no puede verse en la admisión de esa facultad la creación de un desequilibrio de poderes a favor del Judicial y en mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay”*. Tampoco se oponen a la declaración de inconstitucionalidad de oficio respecto de la presunción de validez de los actos administrativos y estatales en general, dado que esa presunción cede cuando contrarían a una norma superior, *“lo que ocurre cuando una ley se opone a la Constitución”*. Añaden que aquella no constituye un menoscabo al derecho de defensa de las partes, ya que significaría la descalificación de cualquier

aplicación de oficio de una norma legal no invocada por ellas “*so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación en el caso*”.

Además, expresan que el ejercicio de tal facultad, a fin de mantener el imperio de la Constitución, se autoriza para situaciones precisas, de estricta necesidad, cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta, indubitable e irreconciliable; que la invalidez de una norma no implica, por razones de seguridad jurídica, su abrogación; que su ejercicio no admite las declaraciones en abstracto, fuera de una causa concreta en la que debe optarse entre la aplicación de una norma de rango inferior en pugna con la Constitución. De tales recaudos se deriva el ‘carácter incidental’ de las declaraciones de inconstitucionalidad, en el sentido de que, por definición y al ser oficiosa, “*no habrá sido solicitada por las partes*”. En suma, remover una norma inconstitucional para posibilitar la aplicación directa de la Ley Fundamental, sólo produce efecto dentro de la causa, está vinculada a las relaciones jurídicas que la motivaron y no tiene efecto derogatorio genérico.

En síntesis, el control judicial de constitucionalidad, con el alcance desarrollado, y especialmente en el último período, viene siendo propiciado por la Corte nacional desde hace al menos veinte años³⁸, postulación que se consolida a través de pronunciamientos que reafirman la potestad que ostentan los jueces en ese sentido, aún cuando en ejercicio del principio *iura novit curia* deben suplir el derecho que las partes invocan erradamente o no lo hacen, en una causa delimitada (“Banco Comercial de Finanzas S.A.”, citado).

4.2.2. ALGUNOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES SANTAFESINOS.

En la provincia de Santa Fe, alineada al control de constitucionalidad difuso, pueden destacarse los recientes pronunciamientos de la Corte local en los autos “Keaodeelert” (A. y S. T. 204, pág. 254; del 29.12.2004), “Navarrete” (A. y S. T. 207, pág. 334; del 8.6.2005), declarando en sendas causas la inconstitucionalidad del

³⁸ Fayt, Carlos S.; *La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia...*, ídem, pp. 166-172.

artículo 130, anexo I, de la ley 9286 Estatuto y Escalafón del Personal de Municipalidades y Comunas, que dispone: *"En caso de fallecimiento del agente, la autoridad competente deberá designar, por el conducto legal pertinente, a la viuda o a un hijo de aquél, directamente sin prueba de selección, en un cargo vacante de nivel inferior en la especialidad, y según las condiciones que posea el postulante. El nombramiento tendrá lugar, cuando se reúnan los requisitos exigidos por el ingreso"*.

Aparecen en esas causas la diversidad anticipada: en la primera, precedida esa declaración de una expresa impugnación de inconstitucionalidad por la parte demandada, la cual resultó acogida al considerarse que la citada norma *"en cuanto dispone el deber de la Administración municipal de proceder a la designación de la viuda del agente municipal fallecido directamente, sin prueba de selección, debe ser declarado inconstitucional por resultar incompatible con el artículo 16 de la Constitución nacional y 14 de la Constitución Provincial"*; y en la segunda, supliendo el Alto Tribunal el derecho no invocado y declarando 'de oficio' la inconstitucionalidad.

En contrario, en "Barrios" (A.yS. 4:398; del 8.5.2006), la Cámara de lo Contencioso Administrativo Nº 1 desestimó por mayoría³⁹ el pedido de declaración de inconstitucionalidad del artículo 30 de la ley 11.330 —Ley de Procedimiento Contencioso Administrativo—, el cual dispone para el proceso un plazo de 'caducidad' de tres meses, con sustento en la razonabilidad de la norma cuestionada *"en pos de un interés público específico vinculado a la naturaleza de control de legitimidad de los actos administrativos que se ejerce en el proceso contencioso"*

³⁹ En el citado fallo, por minoría, se propuso en 'disidencia' *hacer lugar a la declaración de inconstitucionalidad* solicitada, argumentando que el "[...] Máximo Tribunal [nacional] desde un tiempo considerable propicia el control judicial de constitucionalidad, de tipo difuso (cfr. Fayt, Carlos S.; La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia..., La Ley, Buenos Aires, 2004, pp. 166-172), fortaleciéndose concretamente esa postulación a través de pronunciamientos que reafirman la potestad que ostentan los jueces en ese sentido, aún cuando en ejercicio del principio *iura novit curia* deben suplir el derecho que las partes invocan erradamente o no lo hacen, en una causa delimitada (C.S.J.N.: "Banco Comercial de Finanzas S.A." [19.8.2004]; y seguido, con variantes, por la S.C.B.A. en "Zaniratto" [22.12.2004], y la Corte local en "Keaodeelert" [A. y S. T. 204, pág. 254], entre otros)".

administrativo” a fin de hacer cesar “cuanto antes la situación de interinidad que... implica toda impugnación a su gestión” , y señalando que “no puede soslayarse que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional y última ratio del orden jurídico, por ende, un remedio extremo, al cual sólo cabe acudir cuando no existe otro modo de salvaguardar el derecho o garantía que, amparado por la Constitución, se ve obstaculizado por una norma de jerarquía inferior” (Fallos: 247:387; 249:51; 303:248; 304:849 y 1069; 311:394).

Refiere, además, la mayoría de esa Cámara, que *“en similar sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, siguiendo a Cooley en sus “Principios generales de Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América” (Peuser, Bs. As., 1898, págs. 142 y ss.), ha expresado que los jueces no deben disponer la inconstitucionalidad de las leyes ‘a no ser que sea absolutamente necesario para la decisión de una causa. Por consiguiente.... si [en] el expediente se presenta algún otro fundamento claro, sobre el cual la Corte pueda apoyar su fallo y hacer perder con ello la importancia de la cuestión constitucional, la Corte adoptará ese camino dejando la consideración del poder constitucional, hasta que se presente un caso que no pueda resolverse sin considerarla y en el que, por consiguiente, sea inevitable una decisión sobre dicha cuestión” (“Atienza”, A. y S. T. 175, págs 70/81).*

4.3. OTROS INSTITUTOS DE GÉNERO TUTELAR VINCULADOS AL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD, Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

Se destaca al inicio de este capítulo que el control de constitucionalidad constituye uno de los principales instrumentos de la promoción de la práctica constitucional, el cual se despliega con sus efectos jurídicos diversamente a través del proceso administrativo, cuyo estudio compone el objeto de esta tesis, entre otros institutos de género cautelar, que serán analizados, y ampliados cada cual en su naturaleza al control de convencionalidad.

De manera liminar se puede señalar que, conforme al mandato constitucional, es función del Estado *de iure* garantizar el derecho a la jurisdicción, y con ello a cada sujeto de derecho que pueda ocurrir ante los tribunales y utilizar un proceso eficaz. Se trata pues del ejercicio del derecho de defensa en juicio que posibilita realizar ante un órgano judicial todos los actos razonablemente encaminados a una articulación de hechos y pruebas que permitan al juez valorar la verdad objetiva.

4.3.1. LA ACCIÓN DE AMPARO. EL ARTÍCULO 43 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL.

En la línea anunciada se enmarca la acción de Amparo, largamente identificada como un remedio “excepcional” o “heroico”, entre otras, y así concebido, producto de considerar su acceso vinculado a una realidad casi forzada a superar otras vías [*v.gr.*: la administrativa; siendo que siempre existiría un proceso ordinario que lo remplace y también, el interés de que las decisiones del Estado se mantengan] con el acogimiento que recibe de la reforma constitucional de 1994, mediante la incorporación del artículo 43 de la Constitución Nacional, se posiciona y con esa jerarquía, como un proceso más apto y operativo frente a actos que lesionan derechos fundamentales y de aquellos reconocidos proveniente de los tratados internacionales, habilitando en términos legales y de razonabilidad vías defensivas eficientes y reparadoras.

Así, desde la existencia pretoriana a partir de la causa “Siri”⁴⁰, y de la ley *-de facto-* 19.896, se produce la constitucionalización del amparo completando el vacío normativo en el máximo ordenamiento jurídico nacional, que abandona el criterio restrictivo y garantiza el debido proceso a través de la actividad de conocimiento a la que se debe abocar el juzgador y a la par, que aporta la tutela de todos los derechos de esa jerarquía constitucional, comprendiendo a los derechos individuales y a los

⁴⁰ C.S.J.N. Fallo: 239:459.

derechos públicos de la sociedad a través del *hábeas corpus* y *hábeas data*, respectivamente.

El citado artículo 43 de la Constitución Nacional prescribe que: “[t]oda persona puede interponer una acción expedita y rápido de amparo siempre que no exista otro medio judicial más idóneo”; implicando, con ello, una acción libre de obstáculos procesales y un trámite útil, sin pérdida tiempo, en relación al objeto de la tutela: el ejercicio pleno del derecho lesionado, coartado, alterado o amenazado, y excluyendo el agotamiento de las vías en sede administrativa -que establecía aquella ley 16.896- y consiguientemente el excesivo ritualismo procesal como fuente de denegación de justicia, colocando esa exigencia en el campo de la inconstitucionalidad.

De tal manera, a la vez que restringe el acceso en orden a la existencia de otro recurso más apropiado de acuerdo con la naturaleza de la pretensión, y para la mejor protección del derecho subjetivo en juego, preserva el carácter sumario y de excepción, evitando la ordinarización del proceso amparatorio.

Ese proceso se extiende: “*contra todo acto u omisión de autoridades públicas o privadas que en forma actual o inminente, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta derechos y garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley*”; de forma que el apercibimiento alcanza a las autoridades públicas y a cualquier particular, consorcios, sindicatos, asociaciones profesionales y grandes empresas, tal se consagra en el precedente “Kot”⁴¹, abarcando a los tres poderes del Estado y los tres niveles de la descentralización política del poder público: nacional, provincial y municipal, y comprende, asimismo, a todos los habitantes del país sin interesar la jurisdicción en la que se encuentren.

Del imperativo constitucional se puede establecer que, sin avasallar la reserva de las provincias y con base en los artículos 5, 31, 75, inc, 12, y 106 de la

⁴¹ C.S.J.N. Fallo: 242:291.

Constitución Nacional, la protección de derechos y garantías es una potestad concurrente entre la Nación y las Provincias, prevaleciendo aquella más favorable al titular del derecho o garantía. Asimismo, que el carácter de acto lesivo de derecho proviene de su actualidad o inminencia y de la patente arbitrariedad o ilegalidad que cuenta, recogiendo los reconocidos criterios de *periculum in mora* y *fumus bonis iure*.

Se establece, además, que: “[e]n el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva”; contraviniendo la prohibición de la citada ley 16.896 cuando el acogimiento del amparo se siguiera contra leyes, decretos u ordenanzas, aunque atemperada antes de la reforma de 1994 en la causa “Outon”⁴², al pronunciarse la Corte nacional respecto de que esa prohibición “[...] no es absoluta [...] no puede constituir obstáculo para que se restablezca de inmediato el goce de la garantía constitucional vulnerada...”.

Se posibilita ahora que esa declaración de inconstitucionalidad, aunque excluyendo la acción directa al ser necesario que la impugnación de la legislación por vicios objetivos tenga previsión expresa en el ordenamiento jurídico, cuando –a cambio- el inicio de una causa judicial lo realice una parte con derecho a ella, se realice aún de oficio con sustento en la supremacía de la Constitución y por el principio *iura curia novit*.

En lo que hasta aquí interesa, continúa diciendo la norma que “[p]odrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protejan el 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, registrados conforme a la ley, que determinará los requisitos y formas de su organización...”, regulando de esa forma la protección a la sociedad como ‘ente moral o colectivo’, a través de los

⁴² C.S.J.N. Fallo 267:215.

denominados 'derechos públicos subjetivos de la sociedad' o 'derechos colectivos', saldando un vacío vinculado al artículo 33 de la Constitución Nacional cuando refiere a "[...] los derechos y garantías no enumeradas; pero que hacen a la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

De esa manera, se reconoce y pone en valor respectivamente el conjunto de derechos de incidencia colectiva comprendidos, con remisión al artículo 43, en los artículos 36 a 42 y aquellos que surjan de los tratados internacionales, que alcanzan en ese marco el derecho [subjetivo] de todos los ciudadanos a la resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza o cometieren delitos dolosos que conlleve enriquecimiento; los derechos políticos a la participación y a la igualdad de género en los partidos políticos, y de éstos a actuar; los derechos de iniciativa y consulta popular; los derechos [subjetivos, y de incidencia colectiva] a un ambiente sano, y a la protección de la salud.

Asimismo, los derechos a la protección de los consumidores y usuarios de bienes y servicios en la relación de consumo; a la seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno; y, también, los derechos a la defensa de la competencia contra toda distorsión en los mercados; al control de los monopolios naturales y legales; a la calidad y eficiencia de los servicios públicos; a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios; a la participación e integración ciudadana en la dirección de los servicios públicos; y a la información pública con garantía de audiencia, y como forma de articular el derecho de defensa previa; y finalmente, el derecho a oponerse cualquier forma de discriminación en lo relativo a los derechos que se describen.

De esa manera, con la incorporación de esos derechos de incidencia colectiva se habilita la tutela y la legitimación activa, para estar en juicio, de aquellos que poseen un 'interés legítimo' más sin ostentar un 'derecho subjetivo', concreto. Quedan sin ingresar en el campo anunciado los denominados 'derechos difusos', y

ello en razón que aquellos aprehenden situaciones de afectación individual, aún las de menor dimensión (*v.gr.*: del pequeño usuario), aún con daño determinado, y lo trasladan a un colectivo de derechos de las personas en equivalente situación, que a la vez legitiman al Defensor del Pueblo o a las asociaciones autorizadas para actuar a través de la acción de amparo legislada constitucionalmente.

4.3.2. EL AMPARO DE LOS DERECHOS DIFUSOS. LEY 10.000, SANTA FE.

Los intereses difusos, se puede establecer que comprenden aquellos derechos subjetivos e intereses legítimos que corresponden a personas indeterminadas, pertenecientes a grupos sociales diversos, distribuidos en amplios sectores, que abortan o dificultan el ejercicio a través de los instrumentos adecuados a la tutela de los propios intereses.

Los intereses difusos pertenecen al género de los intereses colectivos, en claro distingo a los intereses jurídicos, de corte individual, que corresponden a sujetos determinados, en lo cuales prevalece el criterio de supraindividualidad, relativo al hecho de que el interés es común a más de un individuo, y de indivisibilidad, siendo que el hecho afecta a todos los actores, sin que importe la inexistencia de una relación jurídica anterior entre ellos.

Así, pues, con la irrupción de los intereses difusos en el plano jurídico se actualizan cuestiones de interés legítimo, al colocar en ese rango aquellos intereses que, aun cuando se presentaran como simples, afectan a un colectivo de personas, no organizados, no identificadas, cuales resultan lesionadas en la esfera jurídica que las comprenden a raíz del menoscabo de los derechos e intereses que ostentan.

Esa categoría de intereses difusos aparece fuertemente vinculada al concepto de derecho humanos, cuando son aparejados a situaciones jurídicas subjetivas

(activas), que no alcanzan el carácter de derechos personales mas que precisan la atención y protección del ordenamiento jurídico en torno a promover y asegurar el mejoramiento de las condiciones de vida humana y social; de lo cual resulta el ámbito donde los derechos humanos podrán gozar de vigencia sociológica.

En ese marco, podría entenderse que los intereses difusos implican el reconocimiento de los derechos humanos llamados económicos, sociales y culturales, diferenciados de los derechos cívicos y políticos, en razón de la dificultad que ofrecen de determinar el alcance jurídico del contenido y la forma de otorgar su satisfacción, al punto que al ser compartidos por un grupo de personas podría albergar un estricto derecho subjetivo.

Es lo que acontece cuando se afectan bienes esenciales de la vida, no sólo individual, sino de una pluralidad de individuos al trasladarse la incumbencia del interés del colectivo, que presenta un interés subjetivamente compartido por todos en determinado lugar o espacio ambiental, al derecho propio y personal de cada miembro del colectivo, y éste derecho es individual, en tanto que el interés difuso en el que cada cual tiene su parte de subjetividad es el mismo de todos.

Como fue dicho, la reforma constitucional de 1994, en Argentina, reconoce e incorpora respectivamente, un conjunto de derechos de incidencia colectiva, con remisión al artículo 43, comprendidos en los artículos 36 a 42 y aquellos que surjan de los tratados internacionales, que alcanzan a cualquier forma de discriminación en lo concerniente 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; a la vez que legitima para el efectivo ejercicio de la acción al “afectado”, el “defensor del pueblo” y las “asociaciones” que propendan a esos fines, registradas legalmente.

De tal manera que aquel colectivo social, y en orden al anunciado artículo 43 (ib.), aparece en principio carente de la legitimidad necesaria para actuar en defensa de los intereses que se encuentran afectados, y que pueden quedar comprendidos

entre los intereses anunciados u otros que se amplían o generan en la demanda social -verbigracia: el acceso a la cultura, el derecho a la protección de la familia y de la madre soltera y de la tercera edad, la calidad de consumo, la veracidad de la publicidad, la vivienda, al urbanismo, al equilibrio ecológico, la flora, la fauna, al paisaje, a los monumentos históricos, entre otros-, y que a la par, hacen nacer renovadamente intereses difusos, colectivos, supraindividuales.

Superada en gran medida una discusión de la teoría constitucional, que niega la categoría de los intereses difusos sustentada en la clasificación del derecho administrativo, que admite el clásico concepto de 'derecho subjetivo', 'interés legítimo' e 'interés simple'; y por lo que si el derecho objetivo no amplía los conceptos o expresamente no incluye la categoría de los intereses difusos, entonces niegan la existencia y por ende, la protección de esos derechos; se señala, con razón, como interpreta la Corte en las causas "Siri" y "Kot" (ib.), que la Constitución contiene garantías directamente operativas y que el juzgador debe suplir las omisiones del legislador y se dice, en similar sentido, que la mora del legislador al requerimiento expreso de una ley reglamentaria no puede obstar a su aplicación judicial ("Ekmekdjian"; Fallo: 308:647).

Añadiéndose, asimismo, en ese precedente, que "[d]e nada valdría el capítulo de 'nuevos derechos y garantías' si hubiera que quedar supeditado a la falta de ley [...] ya de antaño hay casos en que el derecho puede ser ejercido por terceros en defensa de otro sujeto de derecho que forma, o no, parte de ella como asociado. Esto es muy importante pues a veces el propio interesado es renuente a acudir a la vía judicial, o no tiene los medios suficientes para hacerlo, e interesa al orden jurídico, en ciertos casos, que la lesión a determinadas circunstancias jurídicas individuales no quede sin corrección, lo que las transforma entonces en generales o colectivas..." .

Ahora bien: de poca utilidad resultaría el instituto si no se hubiera avanzado en torno a la construcción de la operatividad anunciada y, por fortuna, esa vista

puesta adelante por la adjudicación y los demás operadores jurídicos, posibilitó, y posibilita, interpretar la dinámica de los derechos atenta a las modificaciones sociales que torna cada día más demandante a la sociedad de cara a las renovadas realidades que se presentan.

LEY 10.000, DE PROTECCIÓN DE INTERESES DIFUSOS EN SANTA FE. Cabe destacar, por su anticipación, que en el año 1986 la provincia de Santa Fe sanciona y aprueba la ley 10.000, de protección de intereses difusos, y tal se anticipa en el Mensaje del Poder Ejecutivo “[...] se procuraba instituir ‘un régimen jurídico de favor, similar al recurso de amparo’ [entendiendo por ello] que el ‘recurso contencioso-administrativo sumario’ es, en verdad, un subtipo de amparo” .

Ese recurso o acción, de cuyo debate se dará cuenta más adelante, requiere el estudio la naturaleza jurídica que nutre el trámite, los sujetos que con legitimación pueden intervenir, los derechos que encuentran amparados y los actos lesivos comprendidos.

Así respecto de la naturaleza del trámite del recurso, se anotan como dato esencial su condición de “instrumental”, al ser un medio jurídico de tutela de los intereses simples o difusos; “judicial”, siendo deducible jurisdiccionalmente; de “recurso”, previsto contra actos de autoridad pública o de particulares en ejercicio de esas funciones, y sometido a un plazo de caducidad; “sumario”, por la brevedad de los plazos procesales y el carácter expeditivo; “subsidiario”, porque opera en la ausencia de otras normas tutelares; y de “legitimidad” .

Respecto de la última condición, no podría soslayarse el carácter controversial que reviste si se piensa desde la perspectiva del derecho administrativo, siendo que implica valorar la violación de disposiciones de ese orden, y con ello el acierto, oportunidad y conveniencia que la componen, a fin de determinar si es arbitrario legítimo el quehacer de la Administración. Ni tampoco, de la postura por la cual se considera en relación al recurso tratarse de una acción

judicial popular, siendo que no se requiere para su ejercicio de un derecho subjetivo o un interés legítimo previamente perjudicado, ni que se trata de un recurso contencioso administrativo por la violación de normas administrativas, sino que el objeto es la tutela de los intereses difusos.

En orden a la legitimación pasiva el artículo 1 de la ley 10.000, dispone que el recurso procede contra “una autoridad administrativa provincial, municipal o comunal o de entidades o personas privadas en ejercicio de funciones públicas...”, y eximida fáctica y jurídicamente aquella discusión al no contemplarse los actos de particulares que lesionan los intereses difusos, y en razón del artículo 41 de la Constitución Nacional al posibilitar la tutela por medio de la vía de amparo, queda por decir que también las otras autoridades públicas son aprehendidas en la tipificación cuando actúan ejerciendo medidas de gobierno que interesen a los derechos protegidos.

Respecto de la legitimación activa, según lo establece el artículo 5 (ib.), puede ser deducida “por la persona física o jurídica interesada, por sí o por apoderado, incluyendo las asociaciones específicamente constituidas con la finalidad de defensa del interés respectivo”, incorporando aquella especie de acción popular a favor de cualquier persona física o jurídica interesada y que ostenta un ‘interés simple’ o ‘difuso’ o ‘colectivo’, más o menos circunscripto de acuerdo con el derecho vulnerado, y que se distingue de otras situaciones en las cuales los sujetos con un ‘derecho subjetivo’ o ‘un interés legítimo’ deben ocurrir a las vías del amparo u a otros procesos.

También se encuentran legitimados para obrar “las asociaciones específicamente constituidas con la finalidad de defensa del interés respectivo” (artículo 5, ib.), y que involucran los “intereses que son derivados de la actividad que despliega la Administración Pública en satisfacción de intereses públicos, y que generan ‘intereses individuales’ en los integrantes de la comunidad, que se convierten así, en portadores de un interés ‘difuso’ por su naturaleza, reconociendo [...] amplia portada a la legitimación...” (voto del doctor Ulla) .

Cabe agregar que la ley 10.000 no regula ni alienta un criterio restrictivo en relación a la legitimación activa, viabilizando la intervención individual o asociativa y la de un particular afectado que actúa en representación de un grupo, aún careciendo de mandato; y finalmente, que la ley 10.396 le confiere legitimación al defensor del pueblo, al poner “a su cargo la defensa de los intereses difusos y derechos colectivos de la comunidad...” (artículo 1, in fine).

En lo concerniente a los actos lesivos de los intereses simples o difusos de los habitantes de la Provincia, quedan comprendidos la tutela de la salud pública, la conservación de la fauna, de la flora y del paisaje, la protección del medio ambiente, la preservación del patrimonio histórico, cultural y artístico, la correcta comercialización de mercaderías a la población “y, en general, en la defensa de valores similares de la comunidad” (artículo 1, ley 10.000).

De tal manera, la norma no cierra la posibilidad de incorporar la protección de nuevos intereses, sujetos, como fue dicho, a la dinámica social y a la producción a derechos razonables y proporcionados a esa demanda.

Corresponde, por fin, interrogar si resulta procedente el planteo por el recurrente de una cuestión de INCONSTITUCIONALIDAD a través del recurso de protección de intereses difusos. La factibilidad de ese planteamiento, y del siguiente CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, aparece lógico desde la perspectiva jurídica, y ello con sustento en el ya comentado artículo 43 de la Constitución Nacional, que faculta al “juez [...] a declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”, que alcanza a la acción de amparo y a la vez, introduciéndose en el ordenamiento jurídico nacional y local, en base al principio *iura novit curia*.

4.3.3. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

El CONTROL DE CONVENCIONALIDAD se presenta como un nuevo paradigma en el campo del derecho público y demanda un replanteo sobre las categoría

dogmáticas conocidas, y con la aparición de otras, posibilitando considerar un *bloque de convencionalidad* que muta de manera positiva el principio de supremacía constitucional por la inconventionalidad de las normas locales, y el siguiente control y su declaración.

Ello presupone una relación entre el derecho internacional y el derecho nacional o interno de cada nación, y la imprescindible compatibilización de la supremacía de la Constitución política, a la que se subordina el ordenamiento jurídico infraconstitucional de un Estado y cuyo control es capaz de hacer caer la presunción de constitucionalidad que goza la ley formal, y la supremacía de convenciones y tratados supranacionales, que reconocen derechos y hacen adquirir obligaciones entre las naciones de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de esos derechos.

El anunciado presupuesto de interrelación entre las normas locales e internacionales, y sin elidir la importancia del debate académico, mantiene en el campo jurisdiccional la distinción entre los sistemas de Tribunales Constitucionales, en los cuales el control de convencionalidad significa la expulsión del ordenamiento jurídico con autoridad de cosa juzgada constitucional por medio de sentencias vinculantes y con efectos *erga omnes*, que declaran la nulidad de una norma o disposición local por contrariar el parámetro de convencionalidad; y de aquéllos donde impera el control de convencionalidad difuso ejercido por diversos órganos judiciales, y de los que resulta que los jueces de legalidad pueden desaplicar para el caso concreto y con limitados o relativos efectos jurídicos o *inter partes* la norma o disposición local *inconventional*.

Se sostiene, con acierto, que el control de convencionalidad, entendido como control de compatibilidad realizado en sede judicial entre un tratado internacional y una norma nacional o local, o un acto u omisión de la autoridad pública, no aparece autónomo al control de constitucionalidad; y se afirma que “[n]o hay un control de convencionalidad ‘por fuera’ del control de constitucionalidad” ya que los tratados “no

observan desde un empíreo” sino que integran el orden jurídico, sin descartar por el “control jurídico ‘nuevo’” el “control jurídico ‘viejo’”⁴³.

En nuestro país se puede visualizar la evolución de aquella compatibilización a partir de la Constitución histórica [1853/1860], que consagra un sistema de supremacía y subordinación a los principios de derecho público contenidos en aquella (artículos 27 y 31, C.N.), y de igualdad jerárquica entre leyes y tratados, en el cual una ley se deroga por otra y un tratado por otro; constituyendo el criterio que predomina en la Corte Nacional -de primacía de la Constitución, y de igualdad entre leyes y tratados internacionales- (Fallos: 257:99; 271:7; 257:99).

Esa postura se modifica en la causa “Ekmekdjian c. Sofovich” (Fallos: 315:1492), en 1992, en la cual el Alto Tribunal decide otorgar primacía a los tratados internacionales por sobre las leyes de derecho interno, consagrando, en ese mismo orden, la violación de tratados a través de normas que prescriban conductas contrarias o que omitan hacer posible su cumplimiento, y ello con base en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados -ley 19.685-, y reconociendo pretorianamente el control de convencionalidad y, a la par, el concepto de que “las normas internas deben ser constitucionales y convencionales”.

Con la reforma constitucional de 1994, en el artículo 75, inciso 22, y diversamente a las disposiciones antes analizadas (artículos 27 y 31, C.N.), se establece el principio general que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”, zanjando la cuestión referida a la relación jerárquica entre leyes y tratados e intercalando en el bloque de constitucionalidad federal, a los tratados entre la Constitución y las leyes.

La anunciada constitucionalización del control de convencionalidad sigue la corriente imperante en el derecho constitucional comparado de internacionalización

⁴³ Conf. Rosatti, Horacio D.; El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en Argentina, en La Ley, 2012-A, 911.

de los derechos humanos, y si bien la citada norma refiere expresamente a dos declaraciones y nueve convenciones internacionales de derechos humanos, ello importa fundamentalmente el otorgamiento de un rango de igualdad constitucional, con un marco restricto de denuncia o incorporación de nuevos tratados para alcanzar jerarquía constitucional, sujeto al voto de las dos terceras partes de cada Cámara del Congreso.

El referido orden de prelación determinado por la reforma de 1994 deviene apropiado a los controles de constitucionalidad y convencionalidad, y ello implica en la jurisdicción nacional extremar las interpretaciones de las normas locales en convergencia a los tratados internacionales. Sin perjuicio de esa actividad, la pendencia de la inconvencionalidad convoca la jurisdicción internacional, y, tal el caso de los países adheridos a la Convención Americana de Derechos Humanos, y a los órganos creados en ese ámbito, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según el reparto de competencias.

Desde esa perspectiva la interpretación de normas y los tratados concordantes, se complementa con fuentes diversas como los informes, opiniones consultivas, recomendaciones y sentencias de esos órganos, las cuales adquieren jerarquía constitucional, tal como se pronuncia la Corte Nacional en las causa “Giroldi” (1995), “Bramajo” (1996) y “Acosta” (1998)⁴⁴, y en línea con el criterio sustentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Almonacid Arellano” (2006).

4.4. JUSTIFICACIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

Ahora bien: el Derecho, en la totalidad de las ramas que lo conforman, reúne en su aplicación los principios provenientes de la doctrina de la supremacía legislativa, que incluye el respeto a los actos de legislación, y de la práctica de los precedentes, que reflejan el valor y la eficiencia de la coherencia. Sin lugar a dudas

⁴⁴ C.S.J.N. Fallos: 318:514; 319:1840; y, 321:3555; respectivamente.

implica la observación de importantes estándares sin que ello constituya un obstáculo para abordar, desde la jurisdicción, la búsqueda de respuestas más adecuadas a requerimientos sociales nuevos o complejos, promoviendo una mirada favorable a los cambios en oposición a la mera continuidad de las formas.

Esa acción renovadora encuentra mayor justificación cuando la insatisfacción involucra 'derechos fundamentales'. Cada día más, se fortalece un amplio consenso que atribuye a los ciudadanos un derecho para demandar del Estado, concebido integralmente, la protección frente a intervenciones o ataques diversos, de personas privadas o públicas, y la organización y los procedimientos adecuados para el disfrute de aquellos. De tal manera, el más pleno funcionamiento del Estado de Derecho acrecienta el control de constitucionalidad, y esa circunstancia implica mejorar el acceso a los controles judiciales.

Por esa razón, en el orden anunciado, la actividad dirigida a superar las prescripciones y los usos jurídicos de tipo restrictivo o minimalistas, lleva a avanzar en el concepto del derecho concebido desde una noción de ciencia identificada con la objetividad o la neutralidad valorativa, para visualizar, a la par, el *plus* que la dinámica social demanda, adecuándolo a las denominadas tesis liberalizadoras o pos-positivistas. Esto adquiere una mayor significación cuando se consideran, por una parte, los aportes del *iuspositivismo* al reivindicar, en el origen del Derecho, el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica y concebirlo como objeto observable en contextos espacio-temporales -y ello, sin perjuicio de admitir que la importancia de esa perspectiva se vio atenuada por las controversias sobre la validez de la ciencia, la exactitud de la lógica y la matemática, la humanización del conocimiento y su condición histórica, el paradigma de una gramática universal u otras dificultades que afrontó la actividad científica-, y, por otra parte, la flexibilización que la Epistemología siguiente introduce en la noción de ciencia.

Así, la introducción de una visión epistemológica que coloca al derecho como objeto de la ciencia, tal el análisis *in extenso* formulado en el Capítulo II, torna

observable -en gruesas líneas, y como se anuncia- el avance de una Espistemología antigua, desde los griegos hasta el Congreso de Praga de 1929, del cual surge el Círculo de Viena, y una segunda Espistemología más rigurosa y comprometida en la búsqueda y de fundamentos más precisos del conocimiento, y que dan cuenta que existen en el ámbito de la comunidad jurídica posicionamientos teóricos que consideran que debería ser un conocimiento objetivo y neutral (Kelsen, 1960; Salmond, 1966); para otros que debería ofrecer solución a los problemas prácticos (Dworkin, 1993); también hay quienes entienden que la usual denominación de ciencia jurídica es una técnica, opuesta a quienes la consideran una pseudociencia que posee funciones ideológicas; y es frecuente la presencia de asimetrías entre su programa y lo que realmente ofrece (Alchourrón y Bulygin, 1971, Atienza, 1985, etcétera) ⁴⁵.

En ese marco una visión *ius-positivista*, que identifica el postulado epistémico del positivismo jurídico con el 'principio de legalidad', permite reflexionar sobre cuál es el ámbito del estatuto epistemológico de la ciencia jurídica que concibe el derecho como 'objeto' y su correspondencia —bajo pena de falsedad o falta de fundamentación o invalidez— con lo que dicen las normas dictadas por el legislador.

En relación, cabe recorrer la flexibilización que la epistemología actual ha introducido en la noción de ciencia, es decir, la transformación de la idea que postula el positivismo. Esta corriente, desde el Círculo de Viena, defendió una noción 'fuerte' de ciencia sostenida por el método de conocimiento de hechos empíricos observables; utilizó principalmente como herramientas para la tarea cognoscitiva la observación, limitada al mundo de los hechos —negando la existencia de lo ultramundano o metafísico y las disciplinas que trasciendan ese ámbito—, y la experimentación, que permite el conocimiento de la realidad. Desde esa perspectiva, el sujeto se presenta como un observador neutral que se limita a conocer los hechos ofrecidos a los sentidos, y en ese contexto emergen enunciados que bien son

⁴⁵ Calsamiglia A., *Ciencia Jurídica*, en Derecho y Justicia, Trota [Consejo Superior de Investigaciones Científicas], 2ª ed., Madrid, 2000, p. 17.

analíticos, verdaderos pero no verificables, propios de la matemática o la lógica, o bien son sintéticos, y verificables empíricamente, los llamados protocolos o enunciados protocolares.

Ese modelo de ciencia unificada en torno a una epistemología empirista, sin constituir un paradigma definitivo o implicar la tesis de la autodestrucción del positivismo⁴⁶, se debe señalar, no sobrellevó con total éxito los embates que atenúan la exactitud de la lógica e incluso de la matemática; ni los que en relación con los hechos dan cuenta de la humanización del conocimiento y su condición histórica; ni tampoco los cambios en los estudios del lenguaje que se suscitaron al oponer el paradigma de una gramática universal contra una visión pragmática que vincula las proposiciones y los contextos en que son empleadas.

La misma dificultad afrontó a partir de las objeciones o precisiones metodológicas vinculadas con la actividad científica. Ya Karl Popper destacó el carácter hipotético o conjetural de la ciencia al demostrar que muchos de sus enunciados universales no pueden corroborarse empíricamente y que es tarea del científico probar su falsación; lo que no significa descubrir respuestas verdaderas sino distanciarse del error, desistiendo, de esa manera, de la 'presunta' objetividad de la ciencia para convertir el conocimiento científico perfecto en una 'discusión crítica', cuyo resultado se traduce en un incremento del conocimiento y de la evolución de aquella.

En suma, la epistemología *pos-positivista*, junto con otras disciplinas, liberalizó el concepto excesivamente estricto de ciencia⁴⁷, exhibiendo un carácter flexible o abierto, admitiendo el 'pluralismo metodológico' tanto en las ciencias

⁴⁶ Navarro, Pablo F.; *Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico*, "en" *Doxa* n° 24, 2001, pp. 133-163.

⁴⁷ Admite Luigi Ferrajoli que "... las tesis liberalizadoras y pos-positivistas de Villa, que tienen carácter descriptivo de algunos de los aspectos de las teorías científicas, son indudablemente adecuadas" y agrega "pero estas tesis no nos dicen absolutamente nada de lo que distingue la ciencia de otro tipo de discurso o de perspectivas cognoscitivas" (*Epistemología jurídica y garantismo*, Coyoacán, México, 2004, p. 78).

sociales y jurídicas, cuyo objeto incluye normas y valores, como en las ciencias naturales, que sin ser pura y completamente asertivas, incluyen siempre una dimensión valorativa y normativa en la construcción de los conceptos y teorías, y en las estrategias de investigación empírica, lo cual posibilita reconocer la existencia en la práctica de determinados criterios para acceder al conocimiento científico.

De tal forma, se podría concluir, que la Epistemología pos-positivista lejos de ocasionar debilidad al andamiaje científico del Derecho reafirma la existencia en la práctica de determinados criterios para acceder al conocimiento científico. La dependencia que se produce entre el aspecto conceptual del derecho con sentido objetivo, de carácter objetualista, y el aspecto metodológico de la ciencia jurídica que versa sobre el hacer de los juristas, de carácter objetivista, determina una noción de ciencia identificada con la objetividad o la neutralidad valorativa. Esto conlleva, por un lado, la separación del derecho positivo de la moral y de la política, y, por el otro, de la misma ciencia jurídica; y, a la vez, que el derecho se independiza como objeto empírico, aunque relativamente, de la actividad de los juristas.

El problema en estudio se suscita en torno a los usos que permitirán establecer el equilibrio al que está destinado el 'control judicial de constitucionalidad'. En ese sentido, el aseguramiento del común interés público, nutrido de los bienes colectivos, aparece como un elemento determinante en las decisiones jurisdiccionales. Posibilita que todos los derechos constitucionales puedan ser ejercidos y armonizados unos con otros para que todos rijan, siendo éste el único límite imaginable que les confiere el carácter de relativo en la doctrina constitucional. De manera que, despejadas las consecuencias que derivan de esa intervención que restringe derechos fundamentales en razón de los mencionados bienes colectivos, distanciado de un orden de prelación de aquellos respecto de estos últimos, y que permite establecer, verbigracia, que el 'derecho de propiedad' no es ni absoluto ni universal, el interrogante que emerge es saber sí, como tal, puede alterar otros

derechos, también consagrados constitucionalmente, que ostenta el conjunto de los ciudadanos.

El papel que le corresponde a los 'derechos fundamentales' en el sistema jurídico, entonces, es el aseguramiento de que sus contenidos esenciales cobren significado en todas las áreas del derecho. Este concepto sintetiza las posturas que visualizan al citado sistema concretando esos derechos o, por oposición, lo hacen sólo como garantías restringidas y puntuales⁴⁸. Por lo tanto, según surge, el aspecto a considerar es la dimensión de los derechos fundamentales y la posibilidad de que sean restringidos. De ello se sigue el examen del conflicto normativo cuya dilucidación sólo es posible, como enseña la doctrina, si existe una cláusula de excepción a una de las dos normas o, en su defecto, si se declara la invalidez de una de ellas⁴⁹.

Al respecto, se puede indicar que en la práctica constitucional, y cuidando de no cercenar las competencias con base en cada uno de los poderes, es necesario buscar un equilibrio entre la ponderación y la restricción como alternativa de solución de aquellas normas que entran en colisión, y, como tal, aparece adecuada la aplicación del 'principio de la proporcionalidad', el cual se origina en el mandato de la máxima realización posible en relación con las posibilidades jurídicas, que significa que cuando mayor es el grado de incumplimiento de un derecho, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro, que se encuentra en pugna.

Ese análisis conduce a medir la dimensión de cada norma en conflicto; y para ello, no obstante constituir un método de la 'teoría de los principios' –y comprender *mandatos de optimización* caracterizados por admitir su cumplimiento en diferentes grados de acuerdo a las circunstancias fácticas y, especialmente, jurídicas, por principios que juegan 'en sentido contrario'- dicho método resulta reproducible en el

⁴⁸ Alexis, Robert; *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 36-37.

⁴⁹ Dworkin, Ronald; *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 74 y siguientes.

nivel de las reglas o normas, las que a la par de constituir *mandatos definitivos* aparecen subordinados de manera cualitativa a determinaciones fácticas y jurídicamente posible según normas de grada superior, ya que aquella teoría permite describir por qué una norma que debe ceder en la ponderación no resulta vulnerada ni se declara inválida sino que permanece siendo válida, y sin vulnerar el sistema formal legislativo.

La idea de la optimización de un derecho fundamental y la aplicación de las consecuencias jurídicas que de él derivan adquiere en esas condiciones, y para un caso, un mayor peso, y a la vez que da cuenta de su dimensión y la inoponibilidad de los demás derechos, determina su precedencia o prioridad. De esa relación se sigue que la aplicación de la consecuencia jurídica de una norma constitucional o legal, de manera semejante a un principio, prevalece siempre y cuando no existan dudas respecto de que el derecho vulnerado alcanza una menor dimensión que el que ostentan el otro derecho o los bienes colectivos opuestos, cuya garantía de efectiva concretización justifica la restricción indicada, y sin que, por la exclusividad, el ceder signifique la derrotabilidad de aquel derecho.

El aspecto señalado, que justifica que una norma no sea aplicada por carecer de una validez satisfactoria al caso y existiendo otra u otras normas que garantizan la invulnerabilidad del derecho en juego, sin perder aquella su condición por encontrarse sujeta a mecanismos abrogatorios formales; al igual que la distribución del control de constitucionalidad entre varios órganos judiciales ordinarios, constituyen, junto al ejercicio incidental, en ocasión de un proceso, y para un caso concreto, por su efecto declarativo, otros de los caracteres del sistema difuso vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en cuya defensa se destaca la mayor garantía, la diversidad y amplitud que ostenta.

CAPITULO V

CONTROL JURISDICCIONAL ADMINISTRATIVO.

EFFECTOS DE LA ANULACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

5.1. EL CONTROL JURISDICCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO.

La vigencia del Estado de Derecho presupone fundamentalmente la reacción frente a la violación de la juridicidad, y de persistir la autoridad pública en esa posición, la de ocurrir ante un órgano imparcial a cargo de la función jurisdiccional, de control externo e independiente de la Administración, tendente a restablecer aquella situación violada.

En ese marco, se establecen diferentes regímenes de control; en un primer régimen se le confiere a un organismo que compone la Administración, independiente de otros órganos del poder administrador, sin vínculos con el Poder Judicial, no siendo revisables las decisiones de carácter final. Un segundo régimen coloca el control en un poder distinto, el Poder Judicial; y un tercer régimen, por el cual se distribuyen los asuntos de diversa naturaleza jurídica en tribunales judiciales ordinarios y tribunales administrativos.

En razón de esa anterior distinción los regimenes se pueden agrupar⁵⁰, según la predominancia organizacional, en 'Sistemas monistas con tribunales administrativos' (Francia); 'con Justicia Especial' (países receptores del sistema continental europeo: Colombia, Uruguay y Argentina, y Estado Unidos y el régimen del *common law* de Gran Bretaña) y 'de Jueces Comunes' (Brasil, Bolivia, Chile y Cuba); y 'Sistema Mixto, con Tribunales Administrativos y Judiciales' (Italia).

⁵⁰ Hutchinson, T.: *Derecho procesal administrativo*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, t. I., p. 67.

5.1.1. SISTEMA MONISTA CON TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS.

FRANCIA. La instauración del Sistema Monista con Tribunales Administrativos, que sigue a la Revolución Francesa de 1789, ejerce una importante influencia en el mundo jurídico y en los demás países. Uno de las preocupaciones más relevantes consistió, entonces, en no superponer —se normaba: “no prevaricar”— funciones que correspondía a los cuerpos administrativos. Los jueces no podían inmiscuirse en funciones administrativas ni emplazar a los administradores en materia de trabajos u obras públicas, daños con ese origen, contribuciones directas, maguer reconocerles competencia sobre impuestos indirectos, policía de agua, monedas.

Con la Constitución de 1791, antijudicialista, la Administración asume por completo la justicia administrativa y resuelve los litigios contenciosos administrativos a través del Consejo de Estado (1790) con una serie previa del ‘ministro-juez’ — hasta el *arrêt* Cadot, 1889—, cuyo abandono consolida el nacimiento de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en cabeza de aquel Consejo, y organizada territorialmente con los Prefectos y Consejos de Prefectura, sustituidos en la actualidad. Esa fuerte impronta administrativa se sucede a la caída del *ancien régime* —que durante la monarquía reunía funciones de Cámara de Cuentas, Corte de impuestos indirectos, monedas— y el establecimiento de la SEPARACIÓN DE PODERES bajo la teoría de Montesquieu, influenciada a la vez por el origen noble o burgués de los *parlements* y la impulsada limitación del poder monárquico.

Sin perjuicio que la estructura descrita implica una completa separación de las jurisdicciones administrativa y judicial, paulatinamente, la “jurisdicción administrativa” o “tribunales cuasi judiciales” se separan de la Administración activa y se genera una jurisdicción de control mediante tribunales no judiciales, encabezado, como se dijo, por el Consejo de Estado, e integrado por los Tribunales Administrativos (1953) y Tribunales de Apelación Administrativos (1989), probablemente inspirada en la interpretación francesa de la separación de poderes,

que: *“juzgar a la administración es también administrar”*, a la par que estableciendo la inmunidad de los funcionarios frente a los jueces comunes⁵¹.

La competencia asignada al Consejo de Estado comprende los Recursos por Exceso de Poder dirigidos contra ordenanzas del ejecutivo de jerarquía legislativa, decretos presidenciales, disposiciones generales ministeriales, la oposición a la designación de representantes parlamentarios europeos, regionales o provinciales; la de Instancia de Apelación de los recursos de anulación contra reglamentos, recursos contenciosos de legalidad; la de Tribunal de Casación controlando las sentencias de los Tribunales Administrativos y en caso de anulación, su reenvío a un tribunal diverso para resolver el fondo si lo amerita el interés de la buena administración.

Entiende también en cuestiones nuevas de Derecho que le son sometidas por los Tribunales Administrativos; interviene como asesor en consultas sobre cuestiones indeterminadas de legislación —obligatoriamente en proyectos de ley, ordenanzas y decreto— y organización administrativas del Ejecutivo, Primer Ministro, ministros, así como en inspecciones y elaboración de proyectos solicitados.

En orden a la organización jurisdiccional administrativa se distinguen los Tribunales administrativos, que conforman una primera instancia y jueces de derecho común de lo contencioso administrativo; los Tribunales Administrativos de Apelación, que conocen de las sentencias de primera instancia y poseen funciones conciliatorias y consultivas; y ambos tribunales con las reservas competenciales que le atañen al Consejo de Estado. El rol del 'juez de medidas urgentes' o 'cautelares' le corresponde a los Presidentes de los Tribunales Administrativos.

En el procedimiento contencioso administrativo se cuentan las pretensiones deducibles por medio de los recursos administrativos, ante la Administración, y los recursos contenciosos, sustanciados ante los Tribunales Administrativos; y en ese

⁵¹ conf. Hutchinson, ib., T. I., p. 67.

marco aparecen los Recursos de Anulación destacándose el RECURSO POR EXCESO DE PODER, que implica mayormente el contralor de la discrecionalidad de la Administración, y dirigido contra un acto considerado ilegítimo —sin que sea necesario que el recurrente posea un derecho subjetivo; lo cual connota un efecto *erga omnes* — tendente a obtener su nulidad. Se excluían los actos de gobierno que afectaban a los particulares.

Asimismo, los RECURSOS DE PLENA JURISDICCIÓN, requieren su ejercicio por el titular del derecho subjetivo, y facultan al juez administrativo declarar su nulidad, disponer indemnizaciones u otras medidas. Existen, además, los RECURSOS DE APRECIACIÓN DE LA LEGALIDAD, referidos a actos administrativos en relación a resoluciones en un proceso judicial determinado; DE INTERPRETACIÓN, a fin determinar el sentido del acto, y CONTENCIOSO DE REPRESIÓN, relativo a las sanciones a cargo de la Administración.

5.1.2. SISTEMA MONISTA CON JUSTICIA ESPECIAL.

COLOMBIA. Aun cuando influenciada por el Derecho Administrativo francés, adopta el titulado Sistema Monista con Justicia Especial, estableciendo una separación entre el ‘contencioso judicial’ y el ‘contencioso administrativo’. Esa dualidad de jurisdicciones se caracteriza a la vez por la organización de tribunales especializados en lo contencioso administrativo diferentes de los tribunales comunes u ordinarios. La particularidad más destacada -mientras la justicia ordinaria es encabezada por la Corte Suprema de Justicia- la constituye que el más alto tribunal en lo contencioso administrativo es el Consejo de Estado, sin ser un órgano administrativo.

Las cuestiones de competencias —que en la justicia administrativa se determinan por ley, y en la justicia común según que los asuntos provengan de los Derechos Civil, Comercial, Laboral o Penal— se adjudicaban a un Tribunal de

Conflictos⁵² hasta la sanción de la Constitución de 1991, que coloca a esas cuestiones en la esfera del Consejo Superior de la Judicatura.

La solución de los conflictos generados por las decisiones o actos de los órganos de gobierno, se prevé ante la Administración una 'vía gubernativa' o 'procedimiento gubernativo' a cargo de recepcionar y tratar los recursos propuestos por quienes se consideren afectados, expeditando en su caso el curso al juez administrativo.

La justicia contenciosa administrativa, encargada dirimir esos conflictos opuestos por los interesados al Estado, se organiza a través del 'Consejo de Estado', como órgano superior, 'Tribunales Administrativos departamentales o regionales', que poseen facultad de suspensión provisional sobre aquellos actos susceptible de impugnación judicial, y 'Juzgados Administrativos', y con competencia territorial esos últimos órganos en los distritos judiciales administrativos, y según la índole y cuantía del asunto el pronunciamiento se cumple en una instancia o en dos instancias.

Le corresponde al Consejo de Estado las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo; entender en las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos gubernamentales, que no le competan a la Corte Constitucional; actuar como órgano consultivo del gobierno en cuestiones de la administración, y según se determine legalmente (asuntos de tránsito de tropas extranjeras, navegación, proyectos de reforma constitucional y leyes, pérdida de fuero de congresistas, etcétera).

URUGUAY. Se enrola en el mismo sistema. Destacándose la dualidad de la jurisdicción por la pertenencia de la justicia administrativa al Poder Judicial. En este país -como en Colombia- existen tribunales especializados.

⁵² Ese Tribunal de Conflictos aparece en la reforma constitucional de 1945, y aunque sin funcionar, se creó mediante decreto 528/1964 (Hutchinson, ib., T.I, p. 89).

Originariamente, el régimen contencioso administrativo se asienta en el sistema 'judicialista', ostentando el Poder Judicial la competencia para entender en acciones de particulares contra el Estado por causa de sus actos o hechos, y del Estado contra los particulares, con base en principios no sistematizados y en principios civilistas en lo relativo a responsabilidad administrativa. Ese régimen, antagónico a tribunales separados del Poder Judicial, admite la especialización de jueces creándose en 1892 el Juzgado Nacional de Hacienda, circunscripto a la primera instancia y entendiendo en litigios en los cuales intervenía el Estado como actor o demandado, con exclusión de las demás personas públicas y de cuestiones del Derecho Privado.

En 1934, con la aprobación de la Constitución, se abandona la unidad de jurisdicción al ser consagrados los tribunales especiales y crearse separadamente del Poder Judicial un Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a la vez que independiente de la Administración. Su competencia comprende conocer en las demandas de anulación de resoluciones ilegales administrativas, mientras que las correspondientes a 'reparaciones patrimoniales' permanecen en la esfera de la Justicia Ordinaria.

Esa regulación recibe con la reforma constitucional de 1942, la incorporación de la autorización a la jurisprudencia de afirmar soluciones con ajuste a los fundamentos de leyes análogas, principios generales del derecho y la doctrina aceptada, aun cuando no existiere regulación legislativa; un recurso ante el Poder Judicial denominado 'acción de ilegalidad' a favor de particulares en orden a la defensa de sus derechos —que aparece como una omisión programática en la competencia del anterior Tribunal—, a solicitar la reparación patrimonial, la revocación del acto, o ambas. Si el acto era considerado ilegal y podía causar perjuicios irreparables, se otorgaba la facultad al juez ordinario para suspender sus efectos.

La nueva Carta de 1952 crea el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la Procuraduría de lo Contencioso Administrativo; y atendiendo a esa conformación, se presume una intención del legislador de ser equiparado aquel con la Corte Suprema. Ese Tribunal emerge como un órgano jurisdiccional del Estado, y con autonomía funcional y presupuestaria, similar a la Corte Electoral y el Tribunal de Cuentas; y la Procuraduría con funciones de asesoría especializada del Tribunal, preceptiva, no vinculante. La Constitución de 1997 introduce cuestiones relativas a vacancias, recusaciones, excusaciones e incompatibilidades en el Tribunal, y la potestad de crear mediante ley órganos inferiores.

En lo relativo a la competencia del Tribunal Contencioso Administrativo, se le atribuye entender en las demandas de nulidad de los actos administrativos definitivos a fin de juzgar su juridicidad —contrarios a Derecho o con desviación de poder—, y la debe ejercer el titular del derecho o interés directo, personal y legítimo lesionado⁵³. Esos actos pueden ser sólo confirmados o anulados, y no reformados. Basta la simple mayoría del Tribunal para declarar la nulidad del acto cuando lesione un derecho subjetivo. En los demás casos se requieren cuatro votos concordantes, de los cinco de sus miembros que componen el Tribunal, y con tres votos concordantes justificatorios de la nulidad se reserva al demandante la acción de reparación⁵⁴.

⁵³ Constitución de la República Oriental del Uruguay, artículo 309: “El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo conocerá de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, cumplidos por la Administración, en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder. La jurisdicción del Tribunal comprenderá también los actos administrativos definitivos emanados de los demás órganos del Estado, de los Gobiernos Departamentales, de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados. La acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto administrativo”

⁵⁴ Ib., artículo 310: “El Tribunal se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo. Para dictar resolución, deberán concurrir todos los miembros del Tribunal, pero bastará la simple mayoría para declarar la nulidad del acto impugnado por lesión de un derecho subjetivo. En los demás casos, para pronunciar la nulidad del acto, se requerirán cuatro votos conformes. Sin embargo, el Tribunal reservará a la parte demandante, la acción de reparación, si tres votos conformes declaran suficientemente justificada la causal de nulidad invocada”.

En cuanto a lo concerniente a los efectos de la declaración de nulidad por el Tribunal de un acto administrativo cuya impugnación se sustente en causar lesión a un derecho subjetivo del particular, su efecto se limitara al proceso en que se dicte. Cuando, distintamente, esa decisión de nulidad del acto se declare en interés de la regla de derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos⁵⁵.

La acción de reparación de los daños causados por los actos administrativos se deducirá sólo ante la jurisdicción determinada legalmente y por aquellos que ostenten legitimación activa para demandar la anulación del acto. Podrá el actor optar entre la anulación del acto o la reparación ante la sede correspondiente. Si ejerciere primero la acción reparatoria quedará excluida la anulación, sin interesar el contenido de la sentencia. Para la hipótesis que la sentencia del Tribunal fuere confirmatoria de la nulidad del acto, y suficientemente justificada esa causal, podrá también demandarse la reparación⁵⁶.

El Tribunal entenderá, además, en las contiendas de competencia fundadas en la legislación y en las diferencias que se susciten entre el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, y, también, en las contiendas o diferencias entre uno y otro de estos órganos; y en aquellas que se susciten entre los miembros de las Juntas Departamentales, Directorios o Consejos de los Entes Autónomos o Servicios Descentralizados,

⁵⁵ Ib., artículo 311: "Cuando el Tribunal de lo Contencioso - Administrativo declare la nulidad del acto administrativo impugnado por causar lesión a un derecho subjetivo del demandante, la decisión tendrá efecto únicamente en el proceso en que se dicte. Cuando la decisión declare la nulidad del acto en interés de la regla de derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos".

⁵⁶ Ib., artículo 312: "La acción de reparación de los daños causados por los actos administrativos a que se refiere el artículo 309 se intepondrá ante la jurisdicción que la Ley determine y sólo podrá ejercitarse por quienes tuvieren legitimación activa para demandar la anulación del acto de que se tratare. El actor podrá optar entre pedir la anulación del acto o la reparación ante la sede correspondiente. No podrá, en cambio, pedir la anulación si hubiere optado primero por la acción reparatoria, cualquiera fuere el contenido de la sentencia respectiva. Si la sentencia del Tribunal fuere confirmatoria, pero se declara suficientemente justificada la causal de nulidad invocada, también podrá demandarse la reparación".

siempre que no hayan podido ser resueltas por el procedimiento normal de la formación de la voluntad del órgano⁵⁷.

Por último cabe destacar que el contencioso de derecho público en Uruguay se distribuye diversamente, correspondiendo a la Suprema Corte de Justicia: a) el contencioso administrativo, incluyendo el interorgánico, fundado en la Constitución; b) la acción por lesión de la autonomía departamental; c) la declaración de inconstitucionalidad de las leyes o decretos departamentales con fuerza de ley. Mientras que al Tribunal Contencioso Administrativo se le asigna: a) el contencioso administrativo de anulación de actos administrativos; b) el contencioso, con más el interorgánico, fundado en la ley. A la Corte electoral, la jurisdicción electoral; y a distintos órganos del Poder Judicial: a) el contencioso de la reparación; b) la acción de amparo; c) el resto del contenido represivo; d) el contencioso aduanero; e) el resto del contencioso administrativo⁵⁸.

ESPAÑA. Adscribe igualmente al sistema judicialista. Con la sanción de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 1998 se reforma la tradicional jurisdicción contenciosa administrativa por la de “*orden jurisdiccional contencioso administrativo*”, significando su correspondencia a la jurisdicción ordinaria e integrada a otras jurisdicciones diferenciadas en razón de la materia —civil, penal, laboral— y no de la función.

Mantiene de sus precedentes legislativos, una delimitación entre las materias positivas, que conoce, y negativas, de las que no conoce, de la jurisdicción para configurar la idea de universalidad o principio de control judicial de la actividad administrativa. Ese ‘principio de universalidad’ ostenta en la ley una proyección objetiva al asignar competencia a los ‘Juzgados y Tribunales del Orden Contencioso Administrativo’ respecto de pretensiones suscitadas en la actuación de la Administración y sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales

⁵⁷ Ib., artículo 313.

⁵⁸ Conf. Durán Martínez, Augusto; *Contencioso Administrativo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007, pp.15 y ss.

de rango inferior a la ley, y a entender cuando los decretos legislativos —que expresan el accionar de la Administración— exceden los límites de la delegación.

También se incluyen dentro de esa competencia las pretensiones relacionadas con actos y disposiciones atinentes al personal, patrimoniales sujetos al Derecho Público, y que fueran adoptados en el ámbito del Poder Legislativo, Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, Tribunal de Cuentas, Asambleas Legislativas de Comunidades Autónomas, Defensor del Pueblo, Administración Electoral y otras determinadas por leyes. Asimismo, la protección de los derechos fundamentales y resarcitorios en relación con los actos del Gobierno en general, los contratos administrativos y actos preparatorios de adjudicación, actos de control y fiscalización respecto de los concesionarios de servicios públicos, y responsabilidad patrimonial de la Administración, e inhibiendo la jurisdicción civil.

La organización judicial de la jurisdicción se establece con la integración del fuero de Juzgados de lo Contencioso-administrativo —con competencia en asuntos menor cuantía y trascendencia, y reiterados—, Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo —con competencia en asuntos de mayor trascendencia, y de orden nacional—, Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, Salas de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y Salas de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

En relación a la legitimación, son legitimados ante el fuero las personas físicas o jurídicas que ostentan un derecho o interés legítimo, y también las corporaciones, sindicatos, asociaciones o uniones admitidas aun cuando carecieran de personería jurídica, que resulten afectados o legalmente habilitados a defender los derecho e intereses legítimos colectivos. Asimismo, la Administración del Estado para impugnar actos o disposiciones en general de la Administración de las Comunidades Autónomas y de los organismos públicos vinculados a éstas y entidades locales conforme a las determinaciones normativas. También se prevé la 'acción popular' a favor de cualquier ciudadano; a favor de la Administración la

'acción de lesividad' a favor de la Administración; y la 'acción de los vecinos' en nombre e interés de las Entidades locales según rige la legislación local.

La actividad impugnativa supera el 'proceso al acto', y admite el recurso contencioso administrativo en relación con disposiciones de carácter general, con los actos expresos y presuntos de la Administración que finalizan la vía administrativa de manera definitiva o de trámite imposibilitando la continuidad del procedimiento. También es admisible el Recurso Contra la Inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vías de hecho. Asimismo, de actos de alcance general que no precisen de actos de aplicación, contratos o convenio administrativo que impongan obligaciones de prestaciones a favor de una o varias personas, quienes para ejercer ese derecho estarán facultadas ante la administración a reclamar su cumplimiento, deducir recurso contencioso administrativo, solicitar la ejecución de actos firmes, e intimar la cesación de las vías de hecho. Se mantiene el 'régimen del agotamiento de la vía administrativa' y la pérdida de la acción de aquellos actos confirmatorios por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

De tal manera, se reconoce, en la pretensión anulatoria de un reglamento administrativo, que los efectos jurídicos se extiendan también a quienes no fueron parte en el proceso. En esa concepción, se manifiesta con mayor fortaleza el criterio igualitario.

5.1.3. SISTEMA MONISTA CON JUECES COMUNES.

BRASIL. Rige el sistema anunciado a modo de Jurisdicción Única, siendo el Poder Judicial el cargado de decidir exclusivamente en todo conflicto de Derecho que involucre un 'caso', cualquiera sean los litigantes y la naturaleza de la controversia. Prevalece el 'principio de universalidad de la jurisdicción', y con él la amplitud del control del Poder Judicial sobre la actividad administrativa del Estado. Se patentiza en ese esquema el 'principio dispositivo', y consiguientemente la

ausencia de competencia de sus órganos para instaurar de oficio un proceso judicial con destino al control de validez de un acto administrativo.

Se diferencia el control jurisdiccional de los actos administrativos 'en abstracto', caracterizado por la revisión de la validez del acto administrativo sin interesar su aplicación ni la existencia del conflicto entre sujetos. Ese control se reserva constitucionalmente para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes o de actos normativos, y puede la justicia revisar la legitimidad de la actividad de la Administración, anular conductas ilegítimas, compeler el cumplimiento de aquellas obligatorias y condenar a indemnizar a los perjudicados. Y, 'en concreto', dirigido a componer una controversia de intereses entre partes, y relacionado con el derecho subjetivo cuando el control de aquel se instaura, privatistamente, por invocación de la tutela judicial en protección de la participación del sujeto en una relación jurídica y específica ventajosa, generalmente patrimonial, en su beneficio.

A la vez, el control relacionado con el 'interés legítimo' se realiza independientemente de una relación jurídica específica entre partes. El actor no hace valer una facultad en derecho propio ni invoca un derecho subjetivo para beneficiarse, sino que invoca su condición de miembro de la comunidad en busca de la autorización de la ley del control judicial sobre el acto administrativo, tal acontece con la 'acción popular'.

Entre los medios de impugnación se cuentan las medidas comunes al Derecho Privado, las acciones ordinarias de indemnización o defensa o reintegro de posesión, las cautelares, y contra las omisiones del Estado se encuentran el *habeas corpus*, *mandato de segurança* individual o colectivo, *habeas data*, *mandato de injunção*, acción popular, acción directa de inconstitucionalidad, entre otras.

REINO UNIDO. Presenta, además de una justicia ordinaria sin especialización, particularidades que atañen a la cultura del *common law* y diferencias importantes en relación al Derecho continental europeo, abarcando ellas el contralor jurisdiccional de la Administración y el Derecho Administrativo. Como es

conocido, la Constitución británica, no escrita, se funda en la *rule of law*, y también en el poder legal soberano que reside en la Reina en Parlamento, dictando la ley. Empero las Cortes se manifiestan por la interpretación de los textos legales produciendo en defensa de los ciudadanos principios coherentes que suplen la ausencia de códigos, leyes o actos administrativos. Ese derecho, denominado *common law*, se basa en las sentencias de los jueces, y por esa razón designado como 'Derecho Judicial' o 'Hecho por los Jueces', en contraposición al 'Derecho Legislado' o la 'Ley del legislador'⁵⁹.

El control jurisdiccional de la Administración esta a cargo de Tribunales judiciales ordinarios, independientes y, como principio, encargados de juzgar la legalidad de los actos de gobierno. Existen Tribunales Administrativos especializados en razón de la materia, que a través de métodos de *adjudication* — enjuiciamiento o juzgamiento—, enlazados a formas que se emplean en la resolución de los conflictos deciden controversias entre partes, las cuales quedan sometidas a la revisión judicial.

Tales tribunales se incrementaron sincronizadamente con el cambio del rol de gobierno, comprendiendo progresivamente aquellas materias de orden general — defensa, orden público, salubridad—, a las cumplidas por autoridades locales, limitando, se dice, los derechos individuales en favor de la salud, seguridad y bienestar comunitario, control colectivo laboral, entre otras condiciones necesarias de la población.

Así, en 1854 el Parlamento regula el transporte de carga en ferrocarriles, y la posibilidad de elevar las quejas a la *Court of Common pleas* (Corte de Quejas Comunes), la cual dictaba *injunctions* prohibiendo prácticas abusivas y aplicaba sanciones. Esa Corte fue reemplazada sucesivamente por Comisionados, Tribunal Ferroviario de tasas o costos, hasta que con la nacionalización en 1947 del ferrocarril, se denomina *Transport Tribunal*. A la Junta de Negocios —*the Board of*

⁵⁹ Veáse Hutchinson, *ib.*, pp. 195 y ss.

Trade—, con la intervención del Tribunal Administrativo de Negocios y Comercio, se le encomiendan funciones judiciales en materia de precios de importaciones.

Los Tribunales de Salud, 1949, resuelven localmente y en primera instancia los conflictos de inscripción en las listas del Servicio Nacional de Salud, y con apelación ante el Ministerio de Salud. Por la *Children Act*, 1948, son creados Tribunales para resolver cuestiones en asilos infantiles. También por el Estatuto del Seguro Nacional, 1946, se crean Tribunales para el Seguro Nacional de Empleo y Enfermedad, con apelación ante el Comisionado de Seguro; Tribunales de Accidentes de Trabajo, 1946, entre otros.

En 1958 se reorganiza el sector administrativo a través de la *Tribunals an Inquiries Act*, innovando con la creación del *Council on tribunals* (Consejo de los Tribunales) con funciones de supervisión sobre los tribunales administrativos. Se precisa, además, que los *tribunals* de existencia permanente, se encargan de conocer hechos, aplicar reglas legales y obtener una decisión vinculante de naturaleza *cuasijudicial*; y los '*inquiries*', de existencia provisional, después de conocer los hechos hacen recomendaciones de naturaleza administrativa.

La Revisión Judicial, como fue dicho, asignada a los tribunales con amplia jurisdicción basada en el *common law* y jurisprudencialmente, se funda en la supremacía parlamentaria y en la ley; exige que la Administración, y todos sus órganos, en el ejercicio de facultades de fuente legal o prerrogativa real, respeten el ordenamiento jurídico y sean responsables de sus actos civil y penalmente. La competencia de las *Courst* alcanza, en general, el conocimiento en los litigios con la Administración.

El accionar de la Administración sometida a *judicial review* se agrupa en los siguientes casos: a) 'ilegalidad', interpretación inadecuada e inaplicación del derecho que involucra: (i) incompetencia del funcionario, (ii) actuación distinta a la normada o sin considerar discrecionalmente alternativas o circunstancias individuales; b) 'irrazonabilidad', decisión contraria a la lógica o estándares morales, o los principios

de razonabilidad o proporcionalidad entre lo fáctico y lo jurídico; y, c) 'impropiedad procesal': inobservancia de reglas procedimentales establecidas en defensa de derechos individuales, tácitas o implícitas, reglas o principios de justicia, imparcialidad, etc.

Los órganos judiciales a cargo de esa revisión son las *Courts*, con base en los Juzgados o Cortes de Condados, que resuelven pleitos de cuantía limitada y los jueces son itinerantes. La organización de segundo grado de jurisdicción se compone de la Corte Suprema de la Judicatura, que comprende la Alta Corte de Justicia y las Cortes de Apelación.

5.1.4. SISTEMA MIXTO: CON TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS Y TRIBUNALES JUDICIALES.

ITALIA. Tiene instituido un sistema mixto que adjudica a la 'jurisdicción judicial' cuestiones vinculadas a 'derechos subjetivos', y a la 'jurisdicción administrativa' aquellas caracterizadas por un 'interés legítimo'.

El sistema nace en 1886, con una jurisdicción judicial única que distinguía entre 'derechos', cuya vulneración habilitaba el concurso a la justicia, e 'intereses', que facultaba la participación del juez ordinario, civil, a fin de controlar la legitimidad o constatar la ilegitimidad de un acto administrativo, y limitado ese conocimiento de los efectos del acto a impedir la modificación o anulación de ese acto. Se configuraba así una acción de resarcimiento que conocía el juez ordinario y comprensible de derechos civiles o políticos, y una acción de anulación tutelar de intereses. La competencia judicial común en derechos subjetivos prospera, sin que la solución ideada respecto de recursos administrativos en la protección de los intereses legítimos resultara suficiente.

La aparición de la 'doble vía' se manifiesta con la creación, en 1989, del Consejo de Estado dedicado a decidir los recursos de incompetencia, por exceso de poder o infracción a la ley, contra actos de una autoridad administrativa y dirigidos a

proteger los intereses legítimos de los individuos o entes, asumiendo atribuciones anulatorias y un rol de 'juez administrativo', independiente de la Administración, inamovibles y ajenos al Poder Judicial. Sucesivamente se le nutre de reglamentos de ejecución y procedimiento, y de funciones jurisdiccionales a través de órganos de contralor —las Juntas Provinciales Administrativas, con competencia de legitimidad o mérito para entender en litigios entre autoridades locales y sus agentes—, asimismo, se le atribuyen cuestiones de mérito y se organiza la Asamblea Plenaria a fin de decidir cuestiones de competencia.

Con la Constitución republicana de 1948 se consolidan los lineamientos analizados, los cuales son completados y mejorados por la voluntad del constituyente al afirmar una completa paridad de las jurisdicciones judicial y administrativa. Al respecto se establece el acceso de todos los sujetos a la jurisdicción administrativa o judicial en defensa de sus derechos e intereses legítimos. Organiza la 'jurisdicción judicial' —tribunales judiciales ordinarios—, y la 'jurisdicción administrativa', 'justicia administrativa' o 'jueces administrativos', constituida por el Consejo de Estado y la Corte de Cuentas, garantizando la independencia de esos órganos frente al Gobierno.

El Consejo de Estado ejerce funciones consultivas entre los órganos auxiliares del Gobierno, y funciones jurisdiccionales junto con los demás órganos de la justicia administrativa, destinadas a la protección frente a la Administración Pública de los intereses legítimos, y en materias que la ley indique. La organización comprende los 'Tribunales Administrativos Regionales' como primera instancia. Están compuestos por jueces profesionales. Excepcionalmente se requiere la asistencia de un profesional del Derecho. Rige el principio dispositivo. Se establece en las regiones autónomas órganos administrativos de supervisión del ejercicio de funciones administrativa y de control de legitimidad de los actos administrativos, de primer grado y siendo de instancia final el Consejo de Estado.

En relación a los recursos, el Consejo de Estado conoce de aquellos determinados por su competencia jurisdiccional, y ejercidos por el titular del interés legítimo, personal y directo. Así, en los 'recursos de legitimidad' procede la 'acción de nulidad' contra actos administrativos de autoridades administrativas con base en la demostración de ilegitimidad, y efectos de nulificación total o parcial. La apertura del recurso responde a cuestiones de incompetencia, la violación de la ley y el exceso de poder, son los "*vizzi di legittimità*"⁶⁰.

También en la 'jurisdicción de mérito'. Los jueces administrativos pueden anular, reformar o sustituir total o parcialmente el acto. Se trata de una jurisdicción excepcional que considera los vicios de legitimidad y, también, los de mérito, oportunidad o conveniencia —cumplimiento de sentencia favorable del juez ordinario, si el órgano se resistiera o sustrajera de la obligación; negativa a comparecer a los estrados de personas públicas; litigios en obras y trabajos públicos o de bienes dominiales; litigios limítrofes en provincias y comunas; etcétera—. En la 'jurisdicción exclusiva' se descarta la participación del juez ordinario, y puede resolver sobre derechos subjetivos y considerar también el interés legítimo. La materia más importante es la de empleo público. Se excluyen cuestiones que interesen derechos patrimoniales.

En lo relativo a la 'vía administrativa previa', los recursos jurisdiccionales prevalecen a los recursos administrativos —de oposición, jerárquico y extraordinario—. Como 'medidas cautelares' la ley autoriza la suspensión del acto mediando razones y daños graves —*fumus boni juris* y *periculum in mora*—. La ejecución de sentencia se confía al Consejo de Estado.

La Jurisdicción Judicial abarca una amplia competencia en materia administrativa. Comprende aquellas cuestiones en las cuales se debate un derecho civil o político de interés de la administración o de medidas tomada por el Poder Ejecutivo o la autoridad administrativa. La acción judicial no requiere recurso

⁶⁰ Conf. Hutchinson, ib., t. I, pp.176 y ccs.

administrativo ni agotamiento de vía previa; se ejerce ante el juez ordinario contra el Ministro del ramo. La sentencia judicial no suspende el acto administrativo. Si se condena a la reparación del daño, la sentencia se ejecuta por las vías del Derecho común. Si la sentencia es declarativa, le corresponde a la Administración su ejecución.

El 'reparto de las competencias' entre ambas jurisdicciones radica en la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo vinculada a los conceptos de competencia reglada y poder discrecional. No obstante el interés legítimo tutelado por los tribunales administrativos debe ser un interés personal y propio del afectado, y no común a los miembros de la sociedad, que ostentan un 'interés simple' sin amparo por la acción de anulación. En la jurisdicción judicial la *causa petendi* es la lesión de un derecho subjetivo por la Administración, y su *petitum* consiste en el reclamo de los daños y perjuicios o declarar irregular la lesión a su derecho. En la jurisdicción administrativa la *causa petendi* consiste en una lesión al interés legítimo, y la *petitium* consiste en una petición de anulación o reforma del acto.

5.2. EFECTOS JURÍDICOS DE LA ANULACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES O REGLAMENTOS EN EL DERECHO COMPARADO.

El examen precedente, concerniente al derecho comparado, del control constitucional de los actos administrativos de alcance general o reglamentos, implica, además, abordar los efectos jurídicos y procesales que alcanzan los pronunciamientos judiciales al acoger las pretensiones anulatorias de esos actos; mas sin perjuicio de ello, y aunque abundante, es oportuno aclarar que los actos administrativos individuales o particulares derivados, admiten el control de legalidad, alineado como género del control del control de constitucionalidad y, si resulta atinente, de la consiguiente anulación judicial.

En el orden preanunciado, se puede destacar que en aquellos sistemas de control judicial que reciben acogimiento las pretensiones anulatorias de los reglamentos administrativos, también se reconoce que los efectos jurídicos se extiendan a quienes no fueron parte del proceso. Esa situación no deviene extraña aun cuando el control judicial de legalidad de los reglamentos no se concentra en un único tribunal superior o constitucional, sino que forma parte del proceso contencioso en la jurisdicción, con competencia material para el control de normas de la naturaleza mencionada, tal acontece en **Alemania**, donde, no obstante que la competencia de declarar la inconstitucionalidad de la ley formal se le asigna exclusivamente al Tribunal Federal Constitucional, el control de ilegalidad de las normas ‘infralegales’ o ‘sublegales’ puede ser ejercida por tribunales inferiores y declarar estas nulidades *erga omnes* respecto de determinados reglamentos y disposiciones legales: ordenanzas o estatutos.

También **España**, que ofrece un principal antecedente en la Constitución republicana de 1931⁶¹, legisla en 1956 incorporando la ‘Pretensión Procesal Anulatoria Contra Reglamentos Ilegales’ y, aunque las sentencias alcanzan efectos respecto de los litigantes, la evolución de ese principio en la jurisdicción contencioso administrativa progresivamente admite e incorpora excepciones en el proceso administrativo. Tal es el caso de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998, al prescribir el efecto de la anulación de una disposición o acto para todas las personas afectadas y, además, los efectos generales de una sentencia firme que anula una disposición general desde la publicación fehaciente del fallo y de los preceptos anulados; adquiriendo esa decisión anulatoria una eficacia jurídica *erga omnes* (Artículo 72, Nº 2).

⁶¹ “en el caso, que cuando la jurisdicción mantiene la condenación del reglamento ilegal y la Administración continúa su aplicación, se genera un semillero de pleitos, inútiles por prejuizgamientos, siempre costosos, de riesgo para los derechos y de confrontaciones ‘poco edificantes de los poderes públicos’, que hacían necesario la implementación de un recurso directo”; conf. Alcalá Zamora, Niceto; en Casagne, Revista..., ib., p. 285. A ello se debe agregar, de manera insalvable, la inesperada familiaridad del análisis realizado entonces por el autor con los sucesivos acontecimientos judiciales en nuestro país, fuente de la problemática en estudio padecida por los justiciables y la justicia.

Francia, como se anticipa en el apartado precedente (5.1.1.), desarrolló a través del Recurso de Exceso de Poder, y el Consejo de Estado, un recurso caracterizado por la eficacia *erga omnes* contenida en las sentencias anulatorias de reglamentos ilegales. No obstante interpretarse inicialmente que se trataba de un 'proceso al acto', sin partes, y que la decisión era de naturaleza administrativa, se admitió luego la intervención de terceros y, con ello, el carácter de un recurso jurisdiccional. En los sistemas hasta aquí anunciados, en símil dirección al 'recurso de exceso de poder' francés, la consagración del efecto *erga omnes* de los fallos anulatorios de los reglamentos ilegales resulta compatible con el principio de la separación de poderes.

El derecho de **Estados Unidos** —de incidencia en el derecho constitucional argentino— limita el efecto *erga omnes* de las sentencias anulatorias de reglamentos ilegales, lo cual predomina en los sistemas concentrados analizados hasta aquí, consagrando el límite de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes al caso o a la controversia suscitada. Esa línea sistémica admite, por cierto, excepciones; así lo destaca alguna doctrina atribuyendo, como lo hizo Cooley, efecto extra partes a una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley⁶², o cuando la ley fuera manifiestamente inconstitucional, o los reglamentos de las 'agencias' reguladoras que en la emisión de normas generales hubieren omitido el procedimiento de audiencia pública y que habilitan al tribunal a declarar la nulidad automática por ausencia de 'buena causa'.

5.3. EL CONTROL JURISDICCIONAL ADMINISTRATIVO ARGENTINO.

La MATERIA ADMINISTRATIVA en nuestro país se enlaza con la organización representativa, republicana y federal según el Artículo 1 de la Constitución Nacional, y de ese sistema político se derivan las administraciones nacional, de las provincias y de la ciudad autónoma de Buenos Aires. En tanto, que en materia judicial se

⁶² Bianchi, Alberto B.: *Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad de una teoría general del contrato administrativo (Una perspectiva general desde el derecho administrativo de los Estados Unidos)*, ED, 184-9000 y ss.

replica ese modelo organizacional de doble jurisdiccionalidad a través de la justicia nacional —que comprende la justicia federal y la justicia nacional ordinaria, la cual entiende en cuestiones civiles, comerciales, penales, de minería, del trabajo y de la seguridad nacional (Artículos 75, Inciso 12, Constitución Nacional y Ley 24.588)—, de las justicias provinciales, y de la ciudad de Buenos Aires.

Preliminarmente, habrá que destacar que la actividad administrativa debe ajustarse al DERECHO CONSTITUCIONAL, siendo sus preceptos los que limitan la acción del Estado y de los ciudadanos, en ambos sentidos. No se trata de derechos absolutos, sino que:

“... [estos] derechos no desconocen la subordinación del individuo al Estado, pero garantizan que ella opere en los límites impuestos por el Derecho: en estos actúa un suerte de coordinación entre los ciudadanos y el Estado, resultando que los límites para los primeros son también límites para el segundo”⁶³.

5.3.1. CONTROL JURISDICCIONAL ADMINISTRATIVO.

De manera que el CONTROL PÚBLICO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA se encarga de verificar o inspeccionar que los órganos del Estado obren sujeto a las leyes y en relación al interés general, a fin de asegurar la JURIDICIDAD de sus actividades, con sometimiento a la ley y al derecho, asimismo, y con 'economía, eficacia y eficiencia'. En ese ámbito se distinguen controles internos ejercidos por la Sindicatura General de la Nación, Unidades de Auditoría Interna; de legalidad, por la Procuración del Tesoro de la Nación y la Dirección General del Cuerpo de Abogados del Estado; entre otras delegaciones en Direcciones de Asuntos Jurídicos y Asesorías Letradas que atraviesan los órganos administrativos; y del Congreso Nacional con facultades constitucionales de enjuiciamiento político y destitución del Poder Ejecutivo, entre otros.

⁶³ Quiroga Lavié, H.; Los derechos humanos y su defensa ante la justicia, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 418

5.3.2. CONTROL JURISDICCIONAL JUDICIAL.

El control jurisdiccional se alista en el SISTEMA JUDICIAL o de jurisdicción única, atribuyendo ese control a 'órganos o tribunales judiciales especializados' con muchas excepciones, de lo que resulta que el proceso contencioso administrativo en un gran número de provincias se mantiene diversamente en la competencia de los Máximos Tribunales locales. Es decir, Argentina se ubica en el SISTEMA JUDICIALISTA y la Corte Suprema de Justicia asumió, con variantes epocales, como se analizó, controlar la actuación del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo.

Ese control jurisdiccional de la Administración se realiza sobre una causa o controversia determinada, que sometida a un órgano judicial y en el marco de un proceso administrativo posibilita dejar sin efecto el acto administrativo, o un acto de alcance general, o un contrato administrativo, o bien un acto particular de aplicación de un reglamento, o hacer cesar un hecho administrativo, e imponer condena tendente a restablecer la situación jurídica vulnerada, contrato o hecho contrarios a Derecho.

A diferencia de lo que acontece en el '*procedimiento administrativo*' en el cual la Administración, que es parte, es quien dirige el procedimiento hasta decidir, en el *PROCESO JURISDICCIONAL ADMINISTRATIVO* el poder administrador y el particular son colocados en igualdad frente a la regla de derecho y ante el órgano judicial independiente y supraordenado a las partes, que garantiza la aplicación y ejecución del Derecho. En síntesis, el proceso contencioso administrativo es el trámite judicial impugnativo de conductas estatales omisivas o activas ante el juez —como órgano imparcial e imparcial— con el propósito de que sea revisada la legitimidad y declare, en su caso, la invalidez de las mismas.

La Constitución Nacional que organiza el Poder Judicial no crea el fuero contencioso administrativo o, más correctamente: el fuero administrativo. Su origen y competencia procede de la ley —con mayor precisión, por su indubitable

trascendencia, de la Ley de Procedimientos Administrativo número 19.539— adquiere y se desarrolla a través de la jurisprudencia. Cabe destacar que producto de esa evolución legislativa y pretoriana, se establece una doble instancia judicial caracterizada por Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal y una Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, y también se le confiere a esta Cámara competencia para actuar como instancia única en los recursos judiciales directos comprensivos de numerosas normas (de Entidades Financieras, de Servicio Público de Transporte, y de Pasajeros, de Distribución de Electricidad, y de Gas Natural, de Regulación de Empleo Público Nacional, entre otras).

5.3.3. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

El imperio del CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DIFUSO en el orden nacional determina que la inconstitucionalidad de la ley o el reglamento sea controlada por cualquier órgano judicial competente en un caso judicial y que la declaración de invalidez tenga efecto exclusivo para el caso. Esa materia es ajena a la competencia de los órganos ejecutivos; aunque la Procuración General de Tesoro admita excepcionalmente esas declaraciones cuando entran en juego facultades constitucionales del órgano o cuando una sucesión de decisiones judiciales de inconstitucionalidad haga prever un sinnúmero de litigios adversos a la Administración.

En cambio, si bien en el orden de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires prevalece ese control difuso de constitucionalidad, no existe —como anota Hutchinson, 2009— una regulación obstativa del control constitucional concentrado de inconstitucionalidad, así acontece en las provincias de Buenos Aires (art. 161, Constitución Provincial), Catamarca (art. 203, CP.), Córdoba (art. 165, CP.), Chaco (art. 162, CP.), Chubut (art. 179, CP.), Entre Ríos (art. 167, CP.), Formosa (art. 170, CP.), Jujuy (art. 164, CP), La Pampa (art. 97, CP.), La Rioja (art. 141, CP.), Mendoza (art. 144, CP.), Misiones (art. 145, CP.), Neuquén (art. 170, CP), Río Negro

(art. 207, CP.), Salta (art. 153, CP.), San Juan (art. 208, CP.), San Luis (art. 213, CP.), Santa Cruz (art. 132, CP.), Santa Fe (art. 93, CP), Santiago del Estero (art. 194b, CP.), Tierra del Fuego (art. 157, CP.) y Tucumán (art. 89, ley 6944), y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 113, Est.CABA).

Ello promovió que alguna corriente jurisprudencial considerara que no podía atacarse la constitucionalidad de una norma por el proceso administrativo, al contarse con la citada acción directa⁶⁴. Lo cierto es que el objeto del proceso lo constituyen actos jurídicos administrativos con rango inferior a la ley —sin que participen normas nacionales—, y también que pueden impugnarse la validez de normas o actos administrativos respecto a la Constitución provincial, si el planteo de inconstitucionalidad es un argumento indirecto. Ello da cuenta de la competencia del tribunal como órgano judicial en materia procesal administrativa para declarar la inconstitucionalidad de normas aplicables al caso, y de que esa competencia no puede estar ausente en aquellos órganos judiciales encargado de resolver conflictos administrativos, generalmente Tribunales Superiores, y que inhibidos tendrían menos facultades que un juez común.

5.4. TEORÍAS RESPECTO DEL EFECTO *ERGA OMNES* EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO, Y LA CONTRAPUESTA SEPARACIÓN DE LOS PODERES.

En un enfoque inicial se debe indicar que a diferencia de la doctrina constitucional, interesada principalmente por la INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, en la doctrina jurídica administrativista y en el derecho procesal administrativo, en el ámbito nacional, se encuentran criterios positivos a la eficacia *EXTRA PARTES* respecto de aquellas sentencias anulatorias de los reglamentos. Esto resulta comprensible desde la perspectiva activa que presentan cada vez, y a partir de una

⁶⁴ Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, causas: B 47579/78, 47846/79, 47962/79, entre otras.

creciente y mejor calidad del Estado de Derecho, el principio de igualdad y la tutela judicial efectiva en la materia.

De tan propicia tendencia, con un destacado reconocimiento maguer sin trascender importantemente un estado teórico, emergen sectores de la doctrina controversiales en los cuales persisten posturas negativas, más o menos conservadoras, aferradas en algunos casos a condiciones formales y metodológicas de la DEMOCRACIA POLÍTICA —sufragio universal y principio de las mayorías— y de escasa aproximación a la conceptualización de la DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL —de la sustancia o contenidos—, que trasladan los argumentos de la doctrina y la jurisprudencia constitucional atinentes a la restricta declaración de inconstitucionalidad de leyes, a la anulación o invalidación de los reglamentos ilegítimos, indistintamente, sea por ilegales o inconstitucionales.

Prevalece en esa situación, en general, y vale señalar como un dato histórico relevante, una relación directamente proporcional: *‘con la menor calidad del Estado de Derecho se registra un menor control constitucional’*, y, opuestamente, *‘ese control constitucional se incrementa cuando mejora aquella calidad’*, especialmente y de manera previsible, en los turnos democráticos, según se puede visualizar sincrónicamente en el campo de la jurisprudencia, en el cual, si bien el instituto mantiene una génesis pretoriana, su presencia, según se identifique más o menos con concepciones liberales conservadoras o igualitarias, o analíticas, o comunitaristas o republicanas⁶⁵, más o menos minimalistas, aparece con intensidad diferente al ritmo de los avatares políticos conforme se reseña en el Capítulo IV, precedente.

Esas resistencias, negando el efecto *erga omnes* de la declaración de inconstitucionalidad, especialmente de una ley, encorsetan sus consecuencias jurídicas en la presupuesta soberanía de la ley y se trasladan a los Reglamentos

⁶⁵ Gargarella, Roberto; *La teoría de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Paidós, Barcelona – Buenos Aires – México, 1999, pp. 45, ss. y ccs.

Generales ora inconstitucionales, ora ilegales, ora ilegítimos. Esgrimen como argumento, entre otros, la incompatibilidad del sistema con el 'principio de separación de poderes' que instituye el sistema constitucional cuando, contrariamente, esa división de competencias⁶⁶ alcanza operacionalmente un grado de superior fortaleza y garantía, siendo que el control de aquellas categorías salen, o deben salir, de la orbita de la Administración y que son, con origen en la organización republicana de gobierno, receptadas en el Poder Judicial.

En ese marco, en el cual domina la división republicana de los poderes, sin que obste a la Administración revisar en su jurisdicción los actos administrativos que emite a través de procedimientos establecidos y aun cuando se guarden las formas del derecho de defensa, se manifiesta acertada la eximición a aquélla de 'juzgar sus propios actos' a fin de evitar vulnerar el rol de PARTIALIDAD que de manera directa e inevitable le atañe, y al alejar, a la vez, toda presunción de PARCIALIDAD al no diferenciarse el órgano acusador de aquel encargado de la resolución del conflicto, imponer sanciones, etcétera, y que, en cambio, por razones netamente axiológicas se distingue en la esfera de la jurisdicción judicial.

Cabe agregar que nadie —o casi nadie, aun aquéllos que abonan la teoría de los denominados “actos jurisdiccionales administrativos” provenientes de decisiones de contiendas o conflictos intersubjetivos entre dos partes en sede administrativa (vgr.: Tribunal Fiscal de la Nación, Tribunal Administrativo de la Navegación, etcétera) y que debaten la naturaleza jurisdiccional (judicial) o administrativa o cuasijurisdiccional de esos actos⁶⁷— discute en orden a la imposibilidad de crear tribunales administrativos para juzgar a la Administración, al modo de Francia, sin modificar la Constitución. La Corte nacional se ha pronunciado a ese respecto⁶⁸. Más no puede privarse a la justicia de revisar la actividad administrativa. En el

⁶⁶ Fait; ob. cit., p.1 y ccs.; sostiene que “la Constitución Nacional ha puesto el gobierno de la Nación en manos de tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. En el ámbito de sus competencias, cada un de ellos cumple con la función de gobernar la Nación...”.

⁶⁷ Conf. Luqui, Roberto Enrique: *Revisión judicial de la actividad administrativa*, ibídem, t. 1, pp. 55 y ss.

⁶⁸ CSJN, Fallos: 247:646, y su citas.

ordenamiento constitucional argentino le está vedado al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales.

Debe señalarse, sin que resulte extraño en línea a la tesis postulada y, por ende, respecto de los efectos *extra partes* en el proceso administrativo, que el debate sobre el control de constitucionalidad de las leyes aún adeuda una respuesta a la cuestión suscitada en torno de los conceptos formales de 'Validez' y 'Vigencia' que involucra a los diversos sistemas. Así, en el ordenamiento francés, mientras la ley no ha sido declarada inválida por el *Conseil Constitutionnel* resulta inatacable; o en el austríaco, en el que puede reclamarse únicamente por ante determinados tribunales superiores; o en el estadounidense, en el cual ese control de tipo difuso no conlleva la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico sino la inaplicación de la norma en el caso concreto y, especialmente, si dicha inconstitucionalidad es pronunciada por el Tribunal Supremo, resultando la caducidad de hecho vinculado al valor del precedente.

No obstante en esa diversidad de sistemas, por cierto relevantes, sus ordenamientos carecen de capacidad explicativa acerca de la 'validez' -por cualquier razón- de las normas inconstitucionales, ni de la función crítica de la ciencia jurídica acerca de la invalidez de esas normas. Lo concreto es que esa tesis [en un marco teórico-político] intenta explicar la debilidad de las garantías constitucionales secundarias, siendo que en el plano de la dogmática jurídica no podría afirmarse que un conflicto entre una norma legal con la Constitución no determina su invalidez cuando en un mismo ordenamiento la validez [vinculado a las formas del acto normativo] y la vigencia [vinculado además a su contenido o significado] de las leyes coinciden. Se perdería el concepto de mayor jerarquía de la Constitución sobre las normas de rango legal, y también la distinción entre 'vigencia' y 'validez' (e invalidez), concepto el último que designa la conformidad y coherencia (o la discrepancia o la incoherencia) de una norma respecto de las normas sobre su producción.

Tampoco lo pueden explicar los ordenamientos más complejos, dotados de norma constitucionales superiores y de normas legales ordinarias. Señala Ferrajoli al respecto que “[e]s... *la tesis kelseniana de la identidad entre vigencia y validez la que carece de capacidad explicativa en las actuales democracias constitucionales, en las que la prescripción normativa y la actividad concreta de las jurisdicciones constitucionales muestran... la existencia de normas vigentes pero inválidas*”, y que teorizando en un mayor grado de intensión, pero no menor de extensión, que sirve para dar cuenta únicamente de los estados legislativos de derecho, y que lo contrario sería negar los conceptos de ‘derechos fundamentales’ o de ‘igualdad jurídica’ o ‘separación de poderes’ o de ‘representación política’ por el hecho de que existen ordenamientos elementales carentes de esos conceptos⁶⁹.

5.5. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO.

Sin desechar la profundidad que amerita en el orden constitucional el debate precedente, no agotado pese al extenso abordaje doctrinario, y ajustado a la específica temática postulada en esta tesis, paradójicamente se observa que la jurisdicción administrativa [es decir, la Administración], aun con discrecionalidad, con menoscabo de los anunciados principios de parcialidad y parcialidad, resuelve con potestades mayores los efectos anulatorios que le son reconocidos a la jurisdicción judicial.

Así, en lo inherente, el régimen administrativo local no se desentiende de la pretensión impugnatoria contra actos administrativos de alcance general, como se adelanta, ofrece una ‘vía directa’, o sea, antes de que ese acto de alcance general sea aplicado en particular. Tal impugnación constituye el remedio administrativo tendente a que el órgano administrativo que dictó un acto de alcance general o reglamento ‘lo deje sin efecto’ antes de ser aplicado al impugnante, quien ostenta la facultad de interponer con ese fin el ya analizado ‘Reclamo Impropio’.

⁶⁹ Ferrajoli; *Garantismo...*, ob. cit., pp. 58 y ss.

Si ese reclamo, sujeto a los recaudos que serán analizados en el Capítulo VI, *infra*, resulta acogido por la Administración, ello implica que el mismo órgano que dictó el reglamento lo revoque o dicte uno nuevo, siempre con efectos extra partes, o sea, generales. En cambio, si el reclamo impropio es 'denegado' expresa o tácitamente, tal decisión es 'irrecurrible' y agota la vía administrativa, deja expedita la instancia judicial.

El acceso al Poder Judicial, al cual además puede arribarse a través del instituto de la tutela efectiva instaurado por la reforma constitucional de 1994, no goza de aquella completud. Así, en tal caso, si el juez declara la nulidad del acto administrativo general o reglamento, esa nulidad ya no alcanzará efectos generales —como hubiera sucedido si era la Administración la que acogía el reclamo impropio— sino efectos únicamente respecto de quien promueve la acción judicial de nulidad, y no así para el resto de los particulares afectados por el mismo reglamento.

De esa manera, centralmente, se manifiesta la problemática de la eficacia *erga omnes* de las sentencias anulatorias de los reglamentos. Es decir, en una clara limitación de los efectos jurídicos según el control de constitucionalidad lo ejerza el Poder Judicial o por contrapartida, de toda amplitud si lo ejerce la propia Administración. En ese dilema se resume la cuestión: o sea, si modificar ese efecto limitativo avanzando hacia un Poder Judicial con potestades plenas en el sentido de la completitud anunciada, lesiona la división de poderes, o es la Administración quien causa esa lesión al resultar adjudicataria de potestades que la colocan en la posibilidad de decidir con liberalidad sobre sus actos y respecto de los ciudadanos que quedan comprendidos.

Por cierto que a dicha circunstancia dilemática factual y jurídica, resulta débil oponer la argumentación jurisprudencial y doctrinaria que traslada como imposibilidad la declaración de inconstitucionalidad de la ley, a la invalidación de reglamentos (ilegales o inconstitucionales), sin exclusión de los rangos normativos

intervenidos, es decir, sin distinguir el juzgamiento de la validez de normas de inferior grada. Asimismo otras posiciones que limitan el efecto a las partes en litigio, o que interpretan fatalmente que la aceptación del efecto *erga omnes* de la declaración de inconstitucionalidad de la ley implica el conferimiento de funciones legislativas al Poder Judicial.

En ese sentido podría decirse que la responsabilidad no se visualiza en cabeza de la Administración, sino en la política organizacional del Estado al disponer potestades detraídas al control judicial, que impide la consolidación de un *status* que entrañe igualdad entre Poderes, y mientras el debate continúa, factual y hasta jurídicamente, la sociedad avanza anticipando algún modo de dilucidar el intrínquilis.

Así, en esa dirección, irrumpe la causa “Monge”⁷⁰, en la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación entiende en el conflicto que suscita en la decisión del Consejo Superior de la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires, al mantener diversas disidencias de carácter público con el Consejo Directivo de la Universidad de Buenos Aires, entre otras, respecto de la existencia del Ciclo Básico Común establecido por la Universidad como requisito para el ingreso a las carreras que se dictaban en las facultades de su jurisdicción, y que llevan a aquel primer Consejo a dictar la resolución 1219/95 que crea un Curso Preuniversitario de Ingreso en sustitución del Ciclo Básico Común. Por su parte el Consejo Directivo de la Universidad dicta la resolución 2314/95, y deja sin efecto aquella resolución.

Analía Monges, aspirante al ingreso a la Facultad de Medicina, dedujo el recurso judicial directo previsto en el artículo 32 de la ley 24.521 contra la resolución 2314/95 del Consejo Directivo de la Universidad, tendente a que se declare su nulidad por violar el artículo 50 de esa Ley de Educación Superior, y se reestablezca

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación: [“Monges, Analía M. c. Universidad de Buenos Aires”, 26.12.1996, La Ley 1997-C, 150 \(Origen: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I.](#) Sentido del pronunciamiento: Confirma la sentencia de la instancia previa).

la vigencia de la resolución 1219/95 del Consejo Directivo de la Facultad de Medicina. La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, hace lugar al recurso, y deja sin efecto la resolución recurrida. Contra esa decisión la Universidad de Buenos Aires interpone recurso extraordinario, y concedido, la Corte nacional dicta sentencia confirmatoria de la sentencia del tribunal *a-quo*, que había llegado recurrida.

En ese fallo la Corte fija criterios respecto de la autonomía universitaria reconociendo a las universidades nacionales -y sin injerencia de los Poderes de Estado, con excepción del Poder Judicial en la resolución de conflictos jurídicos institucionales- la potestad de dictar sus estatutos, comprendiendo sus instituciones internas o locales y regirse por ellas, elegir autoridades, designar profesores, fijar el sistema de nombramientos y disciplina interna, y con el fin de garantizar con libertad la creación, mediante la investigación y la distribución del conocimiento en todas las ramas, a través de la docencia y la extensión. También que con la reforma de 1994, que incluye el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 75, inciso 22, Constitución nacional), se le confiere a esa autonomía rango constitucional.

Asimismo, y en razón del achaque de inconstitucionalidad formulado por la Universidad, legitimada para actuar en el pleito, se declara que la prescripción del artículo. 50, *in fine*, de la ley 24.521, a cambio de desconocer, afirma la autonomía de las universidades al ser el Congreso quien atribuyó esa facultad a órganos integrantes de aquéllas de fijar planes de admisión que garanticen la capacidad de los aspirantes a las facultades pertenecientes a universidades con más de cincuenta mil estudiantes, sin contradecir el artículo 29 de esa norma siendo que se regula en general y en particular, al distinguir situaciones especiales o distintas. Que por así reglar, sin determinar contenidos de admisión, mientras que se preserven las prerrogativas derivadas de la jerarquía de contralor de razonabilidad y eficiencia que ostentan las Universidades sobre el ejercicio por las Facultades de las atribuciones

que tienen conferidas, no hace de esa ley un acto legislativo arbitrario e inconstitucional.

Se agrega que la finalidad de la atribución legal conferida a las facultades, es asegurar que se incluyan en los planes de ingreso los conocimientos específicos adecuados a la rama científica que se estudia en cada una de las diversas carreras, exigencia sin la cual la autonomía universitaria sería una potestad meramente nominal y frustrante de las finalidades esenciales de excelencia académica que ha de inspirarla, expresadas en la ley de educación superior; y con esos fundamentos, entre otros también trascendentes, la Corte confirma la declaración de nulidad de la resolución 2314/95 del Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires, que a su vez había dispuesto dejar sin efecto la resolución 1219/95 dictada por el Consejo Directivo de la Facultad de Medicina por la que se creó el denominado "curso preuniversitario de ingreso".

Ahora bien, la Corte al sentenciar, en razón de la naturaleza derogatoria de la decisión respecto de un acto administrativo de carácter general [resolución –UBA-2314/1995], y el consecuente reestablecimiento de la resolución 1219/1995, que instituye el ‘curso preuniversitario de ingreso’, dispone que esos efectos regían para el futuro a fin de evitar perjuicios a los aspirantes a ingresar a la Facultad de Medicina, que ajenos al conflicto hubieran asistido y aprobado el [abrogado] ‘ciclo básico común’; y a la vez que asegura al Estado el cumplimiento de velar porque las normas internas no contradigan la norma del tratado internacional con jerarquía constitucional y que fuera aprobado en 1994.

Se destaca de lo analizado que ese Máximo Tribunal declara el efecto *erga omnes* de la invalidez de un reglamento, y para el futuro, constituyendo una novación jurídica trascendente en el campo de la doctrina administrativa; decisión que se re proyecta en las causas “Blas” y “Barsanti”, entre otras, y en las que la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, su Sala I, señala, sintetizando, que: ante un recurso articulado en los términos del artículo 32 de la ley

de educación superior 24.521, por una alumna cursante del Ciclo Preuniversitario de Ingreso (C.P.I.) para la carrera de medicina, corresponde estarse a lo resuelto por la Corte Suprema en un caso análogo -Monges, La Ley 1997-C, 150-- en tanto ésta autoatribuyó a su sentencia efectos "erga omnes", los que se proyectan sobre el caso sub-examine, gobernándolo y tornando inconducente todo pronunciamiento concreto a su respecto por parte de la Cámara. Subsidiariamente, en el supuesto que no se comparta los efectos que a criterio de la sala acordó la Corte Suprema al pronunciamiento citado, el mismo resultará, no obstante, aplicable por razones de economía procesal⁷¹

⁷¹ CNApel.Cont. Administrativo Federal, Sala I: "Barsanti, A. c. UBA.". 20/11/1997, La Ley, 1998-A, 293 - DJ1998-2, 545; y "Blas, H. c. UBA.", 27/11/1997, La Ley, 1998-A, 288 - DJ1998-2, 606.

CAPITULO VI

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: EN LA ADMINISTRACIÓN

6.1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

En el ámbito de la Administración, con variantes según los órganos intervenidos, y en el de la actividad administrativa de los otros poderes Legislativo o Judicial, el denominado PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO [a diferencia del 'proceso judicial': el cual se manifiesta como un concepto totalizador de los procedimientos operados en diferentes etapas o instancias e impregnados de un fuerte carácter axiológico al estipular en la actividad judicial formas dirigidas igualar a los sujetos de derechos y a la par que proporciona herramientas que garantizan el derecho de defensa, tal se desarrollará en el Capítulo VII, *infra*] se distingue básicamente por no contar con la participación de un órgano imparcial, independiente y supraordenado a las partes. Tampoco ostenta —y por ende, no podría delegar— la potestad declarativa del derecho, constituyéndose en un mecanismo de debate entre partes ante una autoridad, que se someten al curso establecido por la ley, sin definitividad y sujeto al 'control judicial'.

Por cierto, su vigencia y la profusa aceptación que recibe, así como su concreto entrelazamiento con el DERECHO ADMINISTRATIVO, torna necesario un abordaje conceptual y normativo del PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL. En este marco, puede observarse que reúne el conjunto de formalidades y trámites que debe observar la Administración Pública para emitir sus decretos, disposiciones o resoluciones, constituyendo, pues, la vía a seguir para llegar al acto administrativo. A la vez, constituye la parte del derecho administrativo que estudia las reglas y los principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa.

Así entendida, la finalidad del procedimiento tiende, en primer lugar, a asegurar la inmediatez y eficaz satisfacción del interés público. En esta tarea utiliza diferentes tipos de procedimientos —referentes, por ejemplo, a la preparación y elevación del presupuesto, a los pasos previos a un llamado a licitación pública, etcétera—; cualquiera sean, siempre está conformado por distintas prerrogativas de las que la Administración es titular, a fin de asegurar la satisfacción del interés público. En este sentido, el procedimiento administrativo garantiza el ejercicio del poder por parte de la Administración.

En segundo lugar, tiende a garantizar los derechos de los ciudadanos en tanto en el ejercicio de la función administrativa que aún cuando siga el curso procedimental previsto, puede la Administración causar perjuicios a los particulares, constituyendo ese procedimiento administrativo al prescribir formas, modos y plazos la garantía de los particulares de ejercer la defensa de los derechos que resultan vulnerados (vgr.: vista de las actuaciones, plazos para interponer recursos administrativos, etcétera).

6.2. CLASES DE PROCEDIMIENTOS.

Esa doble incumbencia del procedimiento administrativo permite la siguiente clasificación:

- **PROCEDIMIENTOS TÉCNICOS:** están destinados al acopio, por la Administración, de datos, informaciones y elementos de juicio vinculados al interés general, y no al derecho o interés de los particulares, a fin de decidir acciones de fomento del bienestar público. Esas decisiones o medidas administrativas pueden o no requerir de una previa sustanciación; en su caso, se caracterizan, en general, por la inexistencia de particulares interesados, aun cuando fueren impulsadas por un particular. Si bien esos procedimientos pueden implicar derechos o intereses susceptibles de ser protegidos, los particulares no tienen rango de interesados, sino de meros afectados por ese

procedimiento, o por la decisión que en él se tome. Así acontece cuando la Administración proyecta ejecutar la construcción de una obra pública, pavimentación de calles, modificación de servicios o creación de otros nuevos, etcétera.

- PROCEDIMIENTOS DE GESTIÓN: por lo cuales se relaciona la Administración con uno o más particulares interesados, que controvierten a fin de lograr una decisión de la Administración respecto de la existencia, o no, del derecho o interés del particular jurídicamente protegido. Pueden ser agrupados en el siguiente orden:
 - PROCEDIMIENTOS RECLAMATORIOS: a través de ellos los particulares con sustento en derechos legítimo o en intereses legítimos persiguen obtener a su favor de la Administración el cumplimiento de una obligación de dar (se le abone un salario adeudado), o de hacer (se suscriba un contrato que le fue adjudicado), o de no hacer (que no se le descuente una suma del sueldo).
 - PROCEDIMIENTOS IMPUGNATORIOS: los particulares procuran que la Administración deje sin efecto, modifique o sustituya un determinado acto administrativo, y para lo cual se impulsa el dictado de un nuevo acto administrativo que deje sin efecto uno anterior.
 - PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES: su finalidad consiste en la indagación de una extralimitación cometida en el ámbito administrativo, la ponderación de las circunstancias que la rodean y la aplicación de la sanción pertinente. Contienen una naturaleza de índole reparadora y sancionadora; y se distinguen entre PROCEDIMIENTOS SANCIONATORIOS CORRECTIVOS, contra particulares, y PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES DISCIPLINARIOS, contra los funcionarios públicos cuando violan sus deberes.

6.3. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL: LEY 19549.

Corresponde precisar que el derecho administrativo es de neto corte local. Las provincias conservan sin delegar la facultad de legislar sobre derecho administrativo, como rama del derecho público, en el Congreso Nacional⁷² y, por ende, debe ser regulada y aplicada por los órganos locales.

Así el procedimiento administrativo, como perteneciente al derecho administrativo, por su carácter, igualmente local, permite distinguir las siguientes categorías:

- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL. Se encuentra reglado, en general, por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, ley 19.549 (desde ahora: la “LNPA.”), dictada por el Congreso de la Nación y que rige, aunque en todo el territorio de la Nación, sólo respecto de los órganos administrativos federales, o sea, nacionales. En ese sentido el Máximo Tribunal de la Nación⁷³ la ha caracterizado como una ley federal. Más no puede entenderse que el antes anunciado carácter “local” de la ley limita, como ocurre en ese tipo de leyes, su aplicación en la Capital Federal y en los lugares sujetos a jurisdicción federal, sino que regula, en general, todos los procedimientos concernientes al gobierno federal.

La citada LNPA, lo cual explica lo ineludible de su estudio, contiene normas de procedimiento administrativo; asimismo, contiene preceptos de derecho administrativo de fondo, como la teoría del acto administrativo, e incluso de derecho

⁷² Constitución Nacional, artículo 75, inciso 12: “Corresponde al Congreso:... 12) Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”.

⁷³ CSJN, Fallos 311: 1974; 314:322; 313:63; 319:1532; 321:336; entre muchos otros.

procesal administrativo, tal la habilitación de la instancia judicial. A su vez, la LNPA. ha sido reglamentada por el decreto 1759/72 (en adelante: el “RNPA”), de lo que resulta, por lo dicho precedentemente, que su aplicación se corresponde en el ámbito federal, o sea, respecto de la actividad desarrollada por organismos públicos nacionales. Vale destacar, según se adelantara respecto de las cuestiones conceptuales, que la necesidad del estudio del procedimiento administrativo nacional estriba, además, en que la regulación de aquel contenida en la LNPA. y el RNPA, presenta analogías con las normas de procedimientos provinciales e incluso municipales.

- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PROVINCIAL. Las provincias, como fue señalado, se reservaron la facultad de regular sus propios procedimientos administrativos, es decir, de legislar mediante normas de su jurisdicción el conjunto de trámites que reglamentan la actuación de los órganos públicos provinciales. Como se viene diciendo, esas normas, leyes o decretos de procedimientos administrativos provinciales, se rigen por principios similares a los contenidos en la LNPA, prevaleciendo en el análisis de cada caso el procedimiento administrativo localmente legislado.
- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO MUNICIPAL. El régimen autonómico de los municipios, garantizado por la Constitución Nacional, condujo a que estos entes territoriales cuenten con normas propias de procedimiento destinadas a regir los trámites a seguir por las intendencias, comunas y demás órganos administrativos municipales.

6.4. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LNPA.

Precisada la aplicación de la LNPA y el RNPA únicamente a la actividad desarrollada por los órganos administrativos nacionales, y no a los provinciales ni municipales, se debe hacer lo propio respecto de la comprensión competencial del ámbito federal, y en ese orden si comprende la actividad administrativa ejercida por

los órganos ejecutivo, legislativo y judicial nacional, o si, en cambio, se acota al ámbito de sólo alguno de ellos.

El artículo 1 de la LNPA⁷⁴ dispone su aplicación en los trámites administrativos que se cumplen ante:

- ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL CENTRALIZADA. O sea, los órganos que dependen jerárquicamente del Poder Ejecutivo Nacional, del Presidente de la Nación, tales como la jefatura de gabinete de ministros, los ministerios, las secretarías, las subsecretarías, las direcciones generales, las secretarías de Presidencia, etcétera. Es decir, quedan comprendidos aquellos órganos que no tienen personalidad jurídica propia sino que actúan en nombre del Estado Nacional y dependen jerárquicamente del Poder Ejecutivo Nacional. Quedan excluidos de esa aplicación de la LNPA los procedimientos administrativos que tienen lugar ante el Poder Legislativo y el Poder Judicial de la Nación.
- ÓRGANOS DESCENTRALIZADOS. Los órganos o entes descentralizados cuentan con personalidad jurídica propia y, por ende, no dependen jerárquicamente del Poder Ejecutivo Nacional. Tal las empresas del Estado, las sociedades de economía mixta, las sociedades con participación estatal mayoritaria, etcétera. También lo son los entes autárquicos, aquellos que se administran a sí mismos como acontece con el Ente Nacional Regulador del Gas, el Banco Central de la República Argentina, entre otros. De esta descripción se excluyen las sociedades del Estado, ya que si bien son entes descentralizados y, por ello, tienen personalidad jurídica propia, la ley 20.705, encargada de su regulación, dispone la expresa inaplicación de la LNPA a aquellas.

⁷⁴ Ley 19.549, artículo 1: “Las normas del procedimiento que se aplicará ante la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad...”.

En cambio, la LNPA. no se aplicará en los casos que se detallan a continuación:

- Organismos militares de defensa y de seguridad. En el ámbito de esas fuerzas rigen procedimientos administrativos que exigen modos vinculados a la misión y funciones propias de esas instituciones estructuradas sobre la base del ejercicio de mando y de disciplina, lo que impone la necesidad de contar con procedimientos administrativos especiales que tomen en cuenta dichos requisitos. La aplicación de tales procedimientos especiales se circunscriben al personal militar y en el ámbito interno. Sin embargo, en los procedimientos típicamente administrativos que pueden desarrollar dichos organismos militares y de defensa y seguridad, como es el supuesto de contrataciones, no existiría dificultad en aplicar la norma; y ello sin eludir los encontrados criterios que se han sustentado al respecto⁷⁵.
- En los casos de procedimientos especiales *strictu sensu*. En cuanto a estos regímenes especiales, la regla es que el procedimiento especial prevalece sobre el general. Se aplica éste último únicamente con carácter supletorio y ante lagunas u omisiones de aquel. No obstante los reconocidos inconvenientes que presenta la ausencia de uniformidad de trámite, que complica al particular y burocratiza el ejercicio de la función administrativa, el origen de aquellos provienen del artículo 2 de la LNPA⁷⁶ al disponer que en el

⁷⁵ CSJN: “Bagnat”, 10.5.1988, LL 1988-D, 788; “Altamirano”, 19.9.1989, LL 1990-A, 301.

⁷⁶ LNPA, artículo 2: “Dentro del plazo de 120 días, computado a partir de la vigencia de las normas procesales a que se refiere el artículo 1º, el Poder Ejecutivo determinará cuáles serán los procedimientos especiales actualmente aplicables que continuarán vigentes. Queda asimismo facultado para: Paulatina adaptación de los regímenes especiales al nuevo procedimiento a) Sustituir las normas legales y reglamentarias de índole estrictamente procesal de los regímenes especiales que subsistan, con miras a la paulatina adaptación de éstos al sistema del nuevo procedimiento y de los recursos administrativos por él implantados, en tanto ello no afectare las normas de fondo a las que se refieren o apliquen los citados regímenes especiales. La presente ley será de aplicación supletoria en las tramitaciones administrativas cuyos regímenes especiales subsistan. b) Dictar el procedimiento administrativo que regirá respecto de los organismos militares y de defensa y seguridad, a propuesta de éstos, adoptando los principios básicos de la presente ley y su reglamentación. Actuaciones reservadas o secretas c) Determinar las circunstancias y autoridades

plazo de 120 días de entrar en vigencia aquella, el Poder Ejecutivo debía determinar cuáles de los procedimientos administrativos especiales vigentes en aquel entonces seguían rigiendo. Con posterioridad, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 9101/72 estableciendo, en forma casuística y asistemática, una enumeración de los distintos procedimientos especiales que continúan vigentes. La inexistencia de criterios uniformes permitió que, con el tiempo, los procedimientos administrativos especiales fueran multiplicándose. Por ello, con el decreto 1883/91 dispuso que los organismos de nivel ministerial informaran cuáles eran los procedimientos especiales que se encontraban vigentes y que eran de aplicación efectiva. Con dicha información el Poder Ejecutivo dictó el decreto 722/96⁷⁷ que estableció las materias que estarían regidas por un procedimiento especial.

- En aquellos casos que atañen al Poder Legislativo y al Poder Judicial. Que cuentan con actuaciones y procedimientos administrativos autónomos, y excluidos de la LNPA.

6.5. LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

En lo que se refiere a los principios que operan en el procedimiento administrativos, es posible establecer la siguiente caracterización:

- PRINCIPIO DE LEGALIDAD. El procedimiento administrativo tiende, como se ha señalado, a la protección jurídica del recurrente y a la defensa norma jurídica

competentes para calificar como reservadas o secretas las actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que deban tener ese carácter, aunque estén incluidos en actuaciones públicas”.

⁷⁷ Decreto 722/1996, artículo 2º del: “Sin perjuicio de la aplicación supletoria de las normas contenidas en la LPA y en el RLPA aprobado por Decreto 1759/72, continuarán en vigencia los procedimientos administrativos especiales que regulen las siguientes materias: a) Las correspondientes a la Administración Federal De Ingresos Públicos — Dirección General de Aduanas y Dirección General Impositiva—. b) Minera. c) Régimen de contrataciones del sector público nacional. d) De las Fuerzas Armadas, de Seguridad, Policiales e Inteligencia. e) Regímenes de derecho de reunión y electoral. f) Procedimientos sumariales y lo inherente al ejercicio de la potestad correctiva interna de la Administración Pública Nacional. g) Regímenes de audiencias públicas. h) Procedimientos ante Tribunales Administrativos”.

objetiva, con el fin de mantener el imperio de la legalidad y la justicia en el funcionamiento administrativo. La legalidad se compone de dos fases que conjugan armónicamente el proceder del órgano administrativo. Por una de ellas, la legalidad que procura ajustar el obrar administrativo al ordenamiento jurídico positivo, mediante la limitación o el condicionamiento del poder jurídico del órgano que lleva a cabo la función administrativa. Por la otra, la razonabilidad de la función administrativa; ella exige que los actos y conductas estatales posean un contenido justo, razonable y valioso. En síntesis, el principio de legalidad constituye la piedra angular de todo el procedimiento administrativo en cuanto de él derivan los demás principios de aquel.

- DEBIDO PROCESO ADJETIVO. Este principio constituye una derivación de la garantía de defensa prevista en el artículo 18 de la Constitución Nacional y se encuentra regulado expresamente en el artículo 1º, inciso f), de la LNPA.⁷⁸. Tal como lo indica dicha norma, el principio del debido proceso adjetivo implica que el particular afectado pueda ejercer tres derechos básicos:
 - Derecho a ser oído: comprende el de expresar las razones de las pretensiones y defensas antes de la emisión del acto administrativo, el de

⁷⁸ Ley 19.549, artículo 1, inciso f): "Las normas del procedimiento... se ajustarán a las propias de la presente ley y a los siguientes requisitos:... f) Debido proceso adjetivo: Derecho de los interesados al debido proceso adjetivo, que comprende la posibilidad : 1º) Derecho a ser oído: de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente. Cuando una norma expresa permita que la representación en sede administrativa se ejerza por quienes no sean profesionales del Derecho, el patrocinio letrado será obligatorio en los casos en que planteen o debatan cuestiones jurídicas; 2º) Derecho a ofrecer y producir pruebas: De ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, dentro del plazo que la administración fije en cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto y a la índole de la que deba producirse, debiendo la administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva; todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el procedimiento probatorio; 3º) Derecho a una decisión fundada: Que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso.

acceder al expediente administrativo mediante la vista, el de interponer y fundar recursos contra el acto en cuestión.

- Derecho a ofrecer y producir pruebas: implica garantizar que el particular tenga la posibilidad de ofrecer la prueba que haga a su descargo. Por su parte y en la medida en que dicha prueba sea razonable para el dictado del acto administrativo⁷⁹, la Administración debe tomar a su cargo su realización en forma efectiva. Este principio importa, además, el deber de la Administración de que la producción de la prueba sea anterior al dictado del acto como así también la facultad del particular de controlar la producción de la prueba sustanciada por la Administración.
- Derecho a obtener una decisión fundada: significa el deber de la autoridad administrativa de fundar adecuadamente el acto. Ello a fin de que el particular pueda eventualmente impugnar dicho acto, rebatiendo eficazmente los argumentos expuestos en él. Si, por el contrario, la Administración omitiese motivar sus actos, el particular no podría conocer las razones por las que este fue dictado ni, por ende, rebatir consideración alguna.
- PRINCIPIO DE LA VERDAD JURÍDICA OBJETIVA. Este principio, previsto en el artículo 1º, inciso f)⁸⁰, apartado segundo, de la LPA, conduce a que —diferentemente de lo que acontece en sede judicial, donde el juez se circunscribe a los dichos y a la prueba ofrecida por las partes— la Administración ajuste, por cierto, de manera ideal, su actuación a la verdad objetiva o material, con prescindencia,

⁷⁹ Ya que de lo contrario —o sea, si la prueba es inconducente para el caso— su producción puede ser válidamente denegada sin que ello implique afectación del derecho de defensa (CSJN, Fallos 193:487; 199:284).

⁸⁰ Ley 19.549, artículo 1º, inciso f), apartado segundo: "...debiendo la Administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva...". Artículo 1º, inciso a), de la LPA: "Las normas del procedimiento... se ajustarán a las propias de la presente ley y a los siguientes requisitos: a) Impulsión e instrucción de oficio, sin perjuicio de la participación de los interesados en las actuaciones".

o no, de lo alegado y probado por los particulares que intervienen. En otras palabras, en el procedimiento administrativo –distinto al proceso judicial– la Administración no tiene por objeto resolver un conflicto entre partes. Siendo ello así, la Administración no se encuentra vinculada por el accionar de los particulares intervinientes sino que, más bien, debe adecuar su accionar —sin excluir ni elidir el principio de la buena administración y la buena fe— a la verdad jurídica objetiva y superar las restricciones cognoscitivas que puedan derivar de la verdad jurídica meramente formal presentadas por aquellos.

- **PRINCIPIO DE OFICIALIDAD.** En íntima relación con el anterior se encuentra el principio de oficialidad, en virtud del cual la Administración, en carácter de gestora del bien común, tiene el deber de actuar de oficio en la prosecución del interés público. Para ello, a fin de su concreción, debe la Administración ser la impulsora del procedimiento, cualquiera sea la intervención de los particulares. En efecto, si bien el procedimiento puede ser iniciado e impulsado por la parte, por regla, tal impulso corresponde de modo principal a la Administración⁸¹.

En este sentido, el procedimiento administrativo se distingue del proceso judicial en lo siguiente: mientras que en el procedimiento administrativo rige el PRINCIPIO INQUISITIVO, en virtud del cual la Administración debe impulsarlo aún de oficio, en el proceso judicial impera el PRINCIPIO DISPOSITIVO, por el cual son las partes quienes tienen la carga de impulsar el proceso. La distinción se justifica ya que el procedimiento administrativo tiende a la prosecución del interés público, que la Administración está llamada a resguardar; mientras que el proceso judicial suele

⁸¹ Ibídem, artículo 1º, inciso a): “Las normas del procedimiento... se ajustarán a las propias de la presente ley y a los siguientes requisitos: a) Impulsión e instrucción de oficio, sin perjuicio de la participación de los interesados en las actuaciones”. RNPA, artículo 4º dispone: que “todas las actuaciones administrativas serán impulsadas de oficio por el órgano competente, lo cual no obstará a que también el interesado inste el procedimiento. Se exceptúan de este principio aquellos trámites en los que medie sólo el interés privado del administrado, a menos que, pese a ese carácter, la resolución a dictarse pudiese llegar a afectar de algún modo el interés general”.

perseguir intereses particulares. Por aplicación de aquel principio inquisitivo puede la autoridad administrativa revocar un acto una vez dictado y notificado, como así también ordenar la producción de toda clase de medidas de prueba, aún cuando ellas no fueran solicitadas por los particulares. Sin embargo, la oficialidad no implica que la Administración esté obligada, siempre y en todos los casos, a proveer a la instrucción oficiosa porque existen casos en los que el procedimiento responde al sólo interés privado.

- **PRINCIPIO DE INFORMALISMO.** Corresponde se conciba a favor del particular y no de la Administración, y tiende a que aquél pueda superar los inconvenientes de índole formal que presenta el procedimiento y, así, obtener el dictado de un acto sobre el fondo del asunto. El fundamento ha sido hallado en la ausencia de la necesidad de que el particular actúe frente a la Administración con representación o patrocinio letrado, y en los principios de verdad objetiva y de oficialidad. Si bien la LNPA prevé este principio en términos generales⁸², permitiendo que se excuse a los interesados de la inobservancia de exigencias formales no esenciales, que puedan cumplir a posteriori, contiene además numerosas normas que implican regulaciones especiales de este principio⁸³. De todos modos, la aplicación del principio

⁸² Ley 19.549, artículo 1º, inciso c): “Las normas del procedimiento... se ajustarán a las propias de la presente ley y a los siguientes requisitos:... c) Informalismo: Excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente”.

⁸³ Decreto 1759/72, artículo 25: “Presentación de escritos, fecha y cargo:... En caso de duda deberá estarse a la fecha enunciada en el escrito y, en su defecto, se considerará que la presentación se hizo en término... El escrito no presentado dentro el horario administrativo del día en que venciese el plazo, sólo podrá ser entregado válidamente, en la oficina que corresponda, el día hábil inmediato y dentro de las dos (2) primeras horas el horario de atención de dicha oficina”.

Íbidem, artículo 77: “La presentación de los recursos administrativos deberá ajustarse a las formalidades y recaudos previstos en los artículos. 15 y siguientes, en lo que fuere pertinente, indicándose, además, de manera concreta, la conducta o acto que el recurrente estimare como legítima para sus derechos e intereses. Podrá ampliarse la fundamentación de los recursos deducidos en término, en cualquier momento antes de la resolución. Advertida alguna deficiencia formal, el recurrente será intimado a subsanarla dentro del término perentorio que se le fije, bajo apercibimiento de desestimarse el recurso”.

Íbidem, artículos. 22 y 23: “El domicilio real de la parte interesada debe ser denunciado en la primera presentación que haga aquélla personalmente o por apoderado o representante legal. En caso contrario --como así también en el supuesto de no denunciarse su cambio-- y habiéndose constituido domicilio especial se intimará que se subsane el defecto, bajo apercibimiento de notificar

podría resumirse diciendo que por su intermedio la Administración debe, ante el incumplimiento por el particular de un deber formal no esencial, optar por la solución que sea más favorable para aquel. La Corte Suprema de Justicia ha entendido que frente a este principio resulta incongruente negar en el procedimiento administrativo lo que está permitido en el ámbito de la justicia⁸⁴.

- PRINCIPIO DE CELERIDAD, ECONOMÍA, SENCILLEZ Y EFICACIA. Se tratan de pautas generales aplicables a todo procedimiento. En términos generales el principio se encuentra previsto en el artículo 1º, inciso b), de la LNPA⁸⁵. Sin embargo, al igual que sucede con otros principios, el plexo normativo tiene regulaciones específicas de aquél⁸⁶. Este principio ha sido asimismo reconocido por la jurisprudencia, que ha dicho que –si bien es cierto que el particular participa en las actuaciones, es colaborador de la Administración en ellas y puede controlar su desarrollo– no debe olvidarse que los principios que rigen el procedimiento administrativo imponen que los trámites deben efectuarse con celeridad, economía, sencillez y eficacia. De todos modos –y como se ha dicho⁸⁷ – celeridad no puede identificarse con apresuramiento, economía con mezquindad, sencillez con simplificación, ni eficacia con activismo administrativo inescrupuloso y displicente respecto de la juricidad. En suma, si

en este último todas las resoluciones aun las que deban efectuarse en el real” y “si en las oportunidades debidas no se constituyere domicilio especial ni se denunciare el real, se intimará que se subsane el defecto en los términos y bajo el apercibimiento del artículo 1º, inciso c), apartado 9 de la ley. Las providencias ordenando las intimaciones quedarán firmes a los diez días de notificadas automáticamente, a cuyo fin se considerarán de nota los días martes y viernes o el siguiente hábil si alguno de ellos fuere inhábil administrativo”. *Ibidem*, artículo 81: “los recursos deberán proveerse y resolverse cualquiera sea la denominación que el interesado les dé, cuando resulte indudable la impugnación del acto administrativo”; etc.

⁸⁴ CSJN, “Fundación Universidad de Belgrano”, 5.10.1978, LL 1979-B, 107.

⁸⁵ Ley 19.549, artículo 1º, inciso b): “Las normas del procedimiento...se ajustarán a las propias de la presente ley y a los siguientes requisitos: b) Celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites quedando facultado el Poder Ejecutivo para regular el régimen disciplinario que asegure el decoro y el orden procesal”.

⁸⁶ Decreto 1759/72, artículo 5, inciso b): “El órgano competente dirigirá el procedimiento procurando:... b) Proveer en una sola resolución todos los trámites que, por su naturaleza, admitan su impulsación simultánea y concertar en un mismo acto u audiencia todas las diligencias o medidas de prueba pertinentes”.

⁸⁷ CNFed. CA, Sala IV, “Campos”, 7.5.1998.

todas estas reglas pudieran resumirse en una ella sería la de “racionalidad” en el empleo del tiempo, de los medios y en la configuración de las formas.

- PRINCIPIO DE GRATUIDAD. Tal como se puso de manifiesto más arriba, a diferencia de lo que acontece con el proceso judicial, el procedimiento administrativo debe ser gratuito. Ello es así ya que en él se busca que el particular colabore con la autoridad administrativa en el control del ejercicio de la función administrativa. En otras palabras, en tanto el superior jerárquico se encuentra obligado de todas formas a realizar un determinado control, no se justifica que se grave con una tasa la interposición de un recurso administrativo contra un determinado acto. De todas maneras y aún cuando la gratuidad debe ser la regla, existen excepciones tales como la posibilidad de imponer cauciones para impugnar decisiones que se han tomado en una licitación pública, o cuando se pretende que el Estado realice una tarea certificante. Ahora bien, la gratuidad no implica que el particular no deba asumir los costos que su propia conducta le genera a él mismo en cuanto requiera el auxilio de profesionales o la realización de diligencias probatorias que demanden una erogación.

6.6. LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: DECRETO 1759/72 [RNPA].

El artículo 3 del RNPA⁸⁸ determina las condiciones que deben alcanzar aquellos sujetos que participaran en calidad de partes en el procedimiento administrativo. Al efecto, prescribe:

⁸⁸ Decreto 1759/72, artículo 3: “El trámite administrativo podrá iniciarse de oficio o a petición de cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo; éstas serán consideradas parte interesada en el procedimiento administrativo. También tendrán ese carácter aquellos a quienes el acto a dictarse pudiere afectar en sus derechos subjetivos o intereses legítimos y que se hubieren presentado en las actuaciones a pedido del interesado originario, espontáneamente, o por citación del organismo interviniente cuando éste advierta su existencia durante la sustanciación del expediente. Los menores adultos tendrán plena capacidad

- Que “cualquier persona física o jurídica” puede ostentar la calidad de parte en el procedimiento administrativo. Así, en cuanto a las personas físicas, rigen los principios de la capacidad del derecho civil aunque con algunos ajustes propios del derecho administrativo en los casos siguientes:
 - Menores adultos, mayores de 14 años y que aún no han alcanzado la mayoría de edad. A diferencia del proceso judicial, en el que no pueden ser parte sino por medio de sus representantes, por el citado artículo 3 se dispone que tendrán plena capacidad para intervenir directamente en procedimientos administrativos, como parte interesada en la defensa de sus propios derechos subjetivos o intereses legítimos.
 - Sordomudos y dementes. El Código Civil dispone la capacidad civil del sordomudo que puede darse a entender por escrito. En cuanto a la capacidad administrativa, en el RNPA. se establece la capacidad del sordomudo para ser parte en el procedimiento administrativo siempre que pueda actuar con intérprete habilitado por la Administración Pública. De lo contrario debe actuar por medio de su representante.
- Que en lo concerniente a las personas jurídicas de carácter “pública o privada”, deben actuar en el procedimiento por medio de sus representantes legales: presidente de la sociedad anónima, socio gerente de la sociedad de responsabilidad limitada, apoderado, etcétera. De lo que resulta que las personas privadas pueden ser parte del procedimiento, y también las públicas. Entre estas últimas, se incluyen:
 - Entes estatales dotados de personalidad jurídica: provincia, municipio, ente autónomo o autárquico;

para intervenir directamente en procedimientos administrativos, como parte interesada en la defensa de sus propios derechos subjetivos o intereses legítimos”.

- Entes públicos no estatales: vgr.: colegios profesionales.

En relación a esa participación cabe destacar que aún cuando, como lo dispone la norma, los entes estatales pueden, como principio, ser parte de la generalidad de los procedimientos administrativos, no pueden serlo de los procedimientos declarativos de impugnación. O sea, que no pueden interponer recursos administrativos contra resoluciones dictadas por la propia Administración⁸⁹.

- Que respecto de *“aquellos a quienes el acto a dictarse pudiere afectar en sus derechos subjetivos o intereses legítimos y que se hubieren presentado en las actuaciones a pedido del interesado originario, espontáneamente, o por citación del organismo interviniente cuando éste advierta su existencia durante la sustanciación del expediente”*. La noción de ‘tercero’ tiene en el procedimiento administrativo un alcance distinto al asignado en el derecho procesal, en tanto el tercero deja de serlo al presentarse en las actuaciones administrativas adquiriendo el carácter de parte y como tal, de titular de un derecho subjetivo o interés legítimo. De ello, que cualquier relación entre un particular y la Administración puede tener algún alcance sobre, por lo menos, intereses legítimos de otros aparentemente ajenos a la cuestión original definida. Esta afectación a ‘terceros’ los convierte en ‘parte’ en el procedimiento administrativo. La intervención del tercero puede ser:
 - voluntaria: cuando se produce por su libre y espontánea decisión, es decir, cualquiera sea el estado en que se encuentre el procedimiento administrativo, sin posibilidades de retrotraer o suspender el mismo, y por cualquiera que pueda verse afectado por la resolución a dictarse en él.

⁸⁹ Ibídem, artículo 74 : “Los organismos administrativos subordinados por relación jerárquica no podrán recurrir los actos del superior; los agentes de la Administración podrán hacerlo en defensa de un derecho propio. Los entes autárquicos no podrán recurrir actos administrativos de otros de igual carácter ni de la Administración Central, sin perjuicio de procurar al respecto un pronunciamiento del Ministerio en cuya esfera común actúen o del Poder Ejecutivo, según el caso”.

- obligada: cuando ya no por decisión del tercero, sino porque quien es parte inicial solicite su intervención o porque la Administración así lo decida. En ambas circunstancias es la autoridad administrativa la que cita al tercero.
- Que se “*que invoque un derecho subjetivo o interés legítimo*”. Sea que se trate de una persona física o jurídica, para poder ser parte del procedimiento administrativo -como en un proceso judicial- se requiere ostentar legitimación para ello, es decir, aptitud de aquél que como parte originaria o tercero invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo.
 - El derecho subjetivo, requerido para ser parte, presupone la existencia de una lesión a una situación jurídica protegida por el ordenamiento a favor de un determinado sujeto, a quien, ante una particular afectación, se le otorga la posibilidad de exigir la realización de determinados actos. La ley protege esa determinada situación jurídica de modo inmediato y directo, y exclusiva de un sujeto, quien, con la tutela, se convierte en el sujeto activo de la relación jurídica. En el ámbito del derecho público, se habla de ‘derecho subjetivo público’, que son aquellos garantizados en una relación en la que el Estado u otra persona jurídica pública es sujeto activo o pasivo. En estos casos, cuando los intereses individuales se presentan distintos y autónomos con relación al interés general y, eventualmente, contrapuestos⁹⁰, se dice que hay derecho subjetivo.
 - Asimismo, y alternativamente, el interés legítimo implica un interés individual estrictamente conectado con un interés público, y que ostenta menor intensidad que un derecho subjetivo. Precisamente por esa última razón, la ley no protege de manera directa e individual aquel interés,

⁹⁰ CNFed. CA, Sala II, 19/6/84, ED 112-265.

aunque comprenda a un grupo de personas, que se presenta en el mismo sentido que el interés público. No cuenta ese interés particular, denominado interés legítimo, con una efectiva protección en el ordenamiento jurídico, como sí ocurre en el derecho subjetivo, sino por medio de la tutela jurídica del interés público genérico.

- Por cierto, y como tercer variante, se presenta el interés simple de todo habitante, en que se cumpla con la juricidad. Los titulares de un 'interés simple' —o sea, aquellas personas que, sin ostentar un derecho subjetivo ni un interés legítimo, sólo tienen interés en la buena marcha de la cosa pública— no tienen legitimación para ser parte en el procedimiento. Su actuación queda limitada a la posibilidad de formular una denuncia sin poder ser parte en el procedimiento que se sustancia con motivo de ella, exigir su resolución (la Administración puede, o no, dar curso a la denuncia) ni, tampoco, impugnar los actos que se dicten como consecuencia de aquella.

6.7. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994: LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA, Y EL EFECTO EN LA CALIDAD DE PARTES.

Con la reforma de la Constitución Nacional, a través del artículo 43, se modifica la anterior distinción tripartita entre 'derecho subjetivo', 'interés legítimo' e 'interés simple', también denominados 'difusos', al incorporar al procedimiento administrativo las consecuencias derivadas de la TUTELA JUDICIAL de los DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA. La incorporación de los elementos que provienen de esa nueva acción, más que a inconstitucionalizar la norma analizada en el apartado precedente, como se sostiene, concurren a ampliar el campo de la legitimación en un sentido positivo.

Es así que la CONSTITUCIONALIZACIÓN de esos derechos que se relacionan, en principio, con la protección del medio ambiente, la competencia, el usuario y el

consumidor, se tutelan mediante el ejercicio de una acción colectiva. Al respecto, los precedentes jurisprudenciales atinentes a la materia de legitimación colectiva impacta inevitablemente en el procedimiento administrativo al incorporar como parte al 'sujeto colectivo', lo cual resulta lógico, ya que sería irrazonable que la legitimación del interés colectivo, reconocida en sede judicial y hasta consagrada legislativamente —*v.gr.*: Ley 10.000, de intereses difusos; Provincia de Santa Fe—, se reconozca o se limite en sede administrativa. No obstante, la Corte Suprema exige la existencia de un 'caso', 'causa' o 'controversia' para poder acceder a la justicia⁹¹.

En la legitimación de las 'asociaciones representativas de intereses sectoriales' en el procedimiento administrativo existe una primera etapa, en la cual la Administración fue reacia a reconocer con amplitud la representación de intereses colectivos en manos de asociaciones o cámaras constituidas al efecto⁹², y una segunda etapa, en la que revista esa postura negatoria.

En esa evolución, en la que sucesivamente interviene la Procuración del Tesoro de la Nación (desde ahora: el PTN), se pueden señalar que la admisión de la legitimación de aquellas asociaciones representativas de intereses sectoriales, se ajusta, como primer recaudo, a la Defensa del interés legítimo del Sector. En tal caso, la PTN había dictaminado que no existe legitimación de las asociaciones representativas si estas invocaban la lesión de un derecho del que sólo era titular el asociado agraviado; en cambio, dice, tendría legitimación cuando concurriera al

⁹¹ CSJN, "Consumidores Libres", 7/5/98, LL 1998-C, 601 y "Prodelco", 7/5/98, LL 1998-C, 572.

⁹² Dictámenes 68:239; 77:220; 79:233. En todos ellos el máximo cuerpo de asesoramiento legal exigió —a la Cámara de Envasadores de Aceites Comestibles, a la Asociación de Empresarios Cinematográficos y a la Asociación de Compañía de Seguros—, a fin de tener por acreditada la legitimación, que dichas asociaciones acompañaran un poder para defender los derechos subjetivos de sus afiliados, demostrando que los podían representar particularmente y por asuntos propios de ellos.

procedimiento administrativo en defensa de los intereses legítimos del sector representado.

En otro precedente ese organismo establece: *“que siendo el interés legítimo aquel que afecta a una categoría definida y limitada de individuos, si estos se asocian para defenderlos, es incongruente negarle tal derecho a la asociación creada a tal fin; que la solución contraria exigiría a cada uno de los asociados presentarse individualmente; que creada la asociación para defender el interés de los asociados, al vulnerarse el interés de estos se está agraviando a la propia asociación en su fin último, por lo que esta tiene –entonces– un interés directo e inmediato en presentarse en sede administrativa”*⁹³. Y como segundo recaudo, que *“el interés defendido puede no ser el de uno de los asociados”*. La PTN sostuvo que ‘el interés de todos’ no es ‘todo en interés de todo’ pudiendo, por ende, existir colisión entre el interés del colectivo y el de uno de sus integrantes. Sostuvo, además, que en dichos casos debe presumirse que, si la asociación se presentó por mandato de los órganos sociales facultados para ello, lo hizo representando el interés común del sector encontrándose, por lo tanto, la asociación legitimada para defenderlos aún en ese caso⁹⁴.

6.8. RÉGIMEN DE LAS NOTIFICACIONES ADMINISTRATIVAS.

Las notificaciones administrativas pueden ser caracterizadas de acuerdo a los elementos que se presentan a continuación.

- Conocimiento y eficacia del acto administrativo. La publicidad de la actividad de la Administración resulta imprescindible. De ella se sigue que los particulares puedan conocer de los actos administrativos que se dictan y que pueden afectar sus derechos subjetivos o intereses legítimos, propiciando las condiciones, en su caso, de ejercer el derecho de defensa interponiendo para ello los recursos administrativos pertinentes. Asimismo, tratándose de actos

⁹³ Ídem, Dictámenes 168:292.

⁹⁴ Ib., Dictámenes 178:165.

administrativos, que su conocimiento por el particular hace que el acto comience a producir efectos jurídicos. En otros términos, los actos administrativos sólo tienen eficacia desde el momento de su conocimiento por parte de los particulares, y tomando en cuenta eficacia y tiempo se debe distinguir :

- el acto administrativo dirigido a una persona o a un grupo de personas determinados, de alcance particular o individual, produce efectos respecto de esa persona o grupo de personas sólo desde el momento de su notificación a aquellos de manera fehaciente, e importando el conocimiento respectivo desde una fecha cierta y desde la que se computa el plazo para la deducción de reclamaciones o recursos;
- el acto administrativo dirigido a un número indeterminado o indeterminable de personas, tengan o no carácter normativo, de alcance general, produce efectos desde el día en que aquel lo determine y, si guarda silencio, desde los ocho días después de su publicación en el Boletín Oficial.

La publicación y la notificación no son intercambiables, no podría pretenderse notificado a un particular de un determinado acto administrativo de alcance individual mediante su publicación en el Boletín Oficial. Tales actos administrativos particulares no pierden validez, y no producen efectos jurídicos —son ineficaces— hasta su notificación⁹⁵.

- De las Notificaciones.

⁹⁵ CNFed. CA, Sala IV, "Banco Latinoamericano S.A. c/ BCRA s/resol. n° 228/92", 11/9/1997; Sala I, "Banco del Buen Ayre S.A. c/ B.C.R.A.", 27/12/1994 y "Frávega S.A. s/rec. de apelación", 12/9/1995. En esta última se debatía a partir de qué momento debía computarse el plazo a los efectos de determinar si había prescrito una diferencia de derechos aduaneros. El actor sostuvo que el acto producía efectos desde su notificación y que, por ende, desde entonces debían computarse los plazos. El voto minoritario entendió que la publicidad era forma esencial del acto administrativo porque su ausencia o defectuosa puesta en práctica no llevaban a viciar su eficacia sino que sólo incidían sobre su validez.

- Destinatarios. Los actos administrativos de alcance particular, de acuerdo a lo establecido en el artículo 11 de la LNPA., deben ser notificados “al interesado”. Reviste ese carácter quien ha sido citado al expediente administrativo, y también aquellos a quienes el acto pudiera afectar en sus derechos subjetivos o intereses legítimos. Sin embargo, si el acto administrativo de alcance particular pudiere causar perjuicios a un número indeterminados de personas, aquel puede ser comunicado mediante su publicación en el Boletín Oficial. Los actos administrativos de alcance general, son informados a la población mediante la publicación en el Boletín Oficial.
- Materia. En lo concerniente a la materia objeto de notificación, el artículo 39 del DNLPA. dispone los actos que deben ser notificados, así:

“a) Los actos administrativos de alcance individual que tengan carácter definitivo y los que, sin serlo, obstan a la prosecución de los trámites”. Esa notificación del acto de alcance “individual” o particular, esta dirigida a un individuo determinado o a un grupo de personal determinadas; y tanto si ostentan un “carácter definitivo”, que se refiere al acto que trata el fondo del asunto planteado en las actuaciones administrativas, como al “acto que sin ser definitivo obsta a la prosecución de los trámites”, que es aquel que, aunque no se pronuncia sobre el fondo del asunto, obsta a que el particular prosiga con su reclamo o recurso administrativo (vgr.: el acto que declara la caducidad de las actuaciones administrativas).

“b) Los que resuelvan un incidente planteado o en alguna medida afecten derechos subjetivos o intereses legítimos”. En el primer caso, se refiere a los actos que resuelven las incidencias que pudiesen plantearse en el expediente administrativo (vgr. en cuanto a la

procedencia de la apertura, o no, de la causa a prueba). En el segundo caso, se trata de un supuesto del inciso anterior.

“c) Los que decidan emplazamientos, citaciones, vistas o traslados”;
“d) Los que se dicten con motivo o en ocasión de la prueba y los que dispongan de oficio la agregación de actuaciones”; y,

“e) Todos los demás que la autoridad así dispusiere, teniendo en cuenta su naturaleza e importancia”. Siendo que el expediente administrativo no se localiza en una misma dependencia, se afectaría el derecho de defensa si se estableciera la notificación de determinadas resoluciones mediante días de nota. Por ello, los actos que deciden en general citaciones, vistas, traslados o emplazamientos, o en la etapa de prueba y cuando son agregadas actuaciones, deben ser notificados al particular. Por fin, se faculta a la Administración a decidir los demás actos que deben ser objeto de notificación a los particulares.

- Diligenciamiento. En orden a su diligenciamiento, el artículo 40 del DNLPA.⁹⁶ prescribe como recaudos formales y de cumplimiento, que todas las notificaciones administrativas se diligenciarán dentro de los cinco días computados a partir del día siguiente al del acto objeto de

⁹⁶ RNPA, artículo 40: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 47, in fine, las notificaciones se diligenciarán dentro de los cinco (5) días computados a partir del día siguiente al del acto objeto de notificación e indicarán los recursos que se puedan interponer contra dicho acto y el plazo dentro del cual deben articularse los mismos, o en su caso si el acto agota las instancias administrativas. La omisión o el error en que se pudiere incurrir al efectuar tal indicación, no perjudicará al interesado ni permitirá darle por decaído su derecho. No obstante la falta de indicación de los recursos, a partir del día siguiente de la notificación se iniciará el plazo perentorio de sesenta (60) días para deducir el recurso administrativo que resulte admisible. Si se omitiera la indicación de que el acto administrativo agotó las instancias administrativas, el plazo para deducir la demanda indicada en el artículo 25 de la Ley de Procedimientos Administrativos comenzará a correr transcurrido el plazo precedentemente indicado. En los procedimientos especiales en que se prevean recursos judiciales directos, si en el instrumento de notificación respectiva se omite indicarlos, a partir del día siguiente al de la notificación, se iniciará el plazo de sesenta (60) días hábiles judiciales para deducir el recurso previsto en la norma especial. Si las notificaciones fueran inválidas regirá lo dispuesto en el artículo 44, segundo párrafo”.

notificación; y con indicación de los recursos que se puedan interponer contra dicho acto y el plazo dentro del cual deben articularse los mismos, o en su caso si el acto agota las instancias administrativas. A la inmediatez del trámite, se agrega la noticia de su continuación teniendo en cuenta que en el procedimiento administrativo no se requiere asistencia letrada. La omisión o el error de esa indicación de los recursos y el plazo para su deducción, no torna inválida a la notificación sino que, como la norma lo indica, hace que se inicie un único plazo perentorio de sesenta días hábiles administrativos para deducir el recurso administrativo correspondiente. Si, en cambio, la omisión comprende la indicación de que el acto agota la instancia administrativa, el plazo de noventa días para promover la demanda judicial de nulidad del acto comienza a correr una vez transcurrido el citado plazo de sesenta días.

- Forma. El artículo 41 del RNPA, como principio general, establece, que “las notificaciones podrán realizarse por cualquier medio que de certeza de la fecha de recepción del instrumento en que se recibió la notificación y, en su caso, el contenido del sobre cerrado si éste se empleare”.

A la vez, de manera específica, se prevén las notificaciones:

- Por acceso directo de la parte interesada, su apoderado o representante legal al expediente, al tomar vista, debiéndose dejar constancia expresa y previa justificación de identidad del notificado; y se entregará copia íntegra del acto certificada copia íntegra del acto, “si fuere reclamada”.
- Por presentación espontánea en el expediente de la parte interesada, su apoderado o representante legal, en la que

manifiesten o de la que resulten estar en conocimiento fehaciente del acto.

- Por cédula, acompañada de copia íntegra del acto o de su transcripción, y con los recaudos del anterior artículo 40 (ibídem).
 - Por telegrama o con aviso de recepción u otras variables, y por carta documento, con los recaudos anteriores.
 - Por oficio impuesto como certificado expreso con aviso de recepción, debiendo ser exhibido junto a los documentos anexos al agente postal habilitado, antes del despacho, para su sellado y el de las copias que serán glosadas en el expediente. Y por otros medios que resulten contrastables.
- Contenido. El artículo 43 del RNPA. dispone en las notificaciones administrativas la transcripción íntegra de los fundamentos y la parte dispositiva del acto objeto de notificación, con excepción del uso de los edictos o la radiodifusión que será admitida se transcribirá la parte dispositiva del acto. En las cédulas y oficios se podrá, además, agregar copia íntegra y autenticada de la resolución, con constancia en la cédula u oficio.
 - Invalidez de las notificaciones administrativas. Como principio general, se establece que las notificaciones efectuadas contraviniendo los requisitos precedentes, son inválidas. Sin embargo, el artículo 44 del RNPA, en su segunda parte, dispone un régimen de convalidación de aquellas notificaciones administrativas cuando del expediente resultare que la parte interesada recibió el instrumento de notificación. En esos casos, de manera similar a lo dispuesto en el artículo 40 (ídem), se inicia el plazo perentorio de sesenta días hábiles administrativos para

deducir el recurso administrativo que resulte admisible o para el cómputo del plazo para la promoción de la acción judicial de nulidad.

- Cómputo del plazo de impugnación. El plazo para recurrir un acto administrativo se cuenta desde el siguiente día hábil al de la notificación realizada, a su vez, en día hábil⁹⁷.

6.9. LOS PLAZOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

Los plazos o términos en el procedimiento administrativo, constituyen básicamente los intervalos de tiempo que se computan en las distintas etapas o fases procedimentales y a los cuales las partes se encuentran obligatoriamente sometidos. Asimismo, se establece para impugnar en sede administrativa los diversos actos administrativos a través de los pertinentes recursos. La obligatoriedad de los plazo legalmente establecidos⁹⁸, que rigen para los interesados y la Administración teniendo por igual el deber de cumplirlos, implica la posibilidad de exigir ese cumplimiento en sede administrativa o judicial.

En principio no son perentorios. La perentoriedad implica el decaimiento del derecho cuando no es utilizado en el plazo correspondiente, aún de pleno derecho⁹⁹, o sea, sin necesidad de que así se declare. Además, en el procedimiento administrativo, son prorrogables, pudiendo antes del vencimiento del plazo la Administración o por pedido del interesado, disponer una ampliación de tiempo razonable, fundada y que no cause perjuicios¹⁰⁰.

De manera que los plazos del procedimiento administrativo son obligatorios y prorrogables, pero no perentorios. Ahora bien, la inobservancia de esa obligatoriedad de los plazos por el particular implica la pérdida del derecho dejado de usar, mientras que, cuando es la Administración quien incurre en esa

⁹⁷ CNFed. CA, Sala IV, "Parodi, Fernando A.", 10/4/1986, LL 1986-E, 562.

⁹⁸ Ley 19.536, artículo 1, inciso e), ap. 1º.

⁹⁹ CSJN, "Empresa Nacional de Telecomunicaciones c/ Provincia de Santa Cruz", LL 102-704.

¹⁰⁰ *Ibidem*, artículo 1, inciso e), ap. 5º.

inobservancia, se puede tener por configurado un 'acto denegatorio tácito', o, en cambio, se puede promover una 'acción de amparo por mora'¹⁰¹.

En el cómputo de los plazos, como lo establece la LNPA. en el artículo 1, incisos e), aps. 2º y 3º, se cuentan únicamente los días hábiles administrativos, salvo que exista una disposición legal contraria o se disponga una habilitación de días de oficio o a petición de parte, y a partir del día hábil inmediato siguiente al día que tuvo lugar la notificación. Tratándose de plazos relativos a actos que deben ser publicados, rige lo dispuesto en el artículo 2 del Código Civil.

La norma distingue los plazos relacionados con 'actos de alcance particular', que comienzan a ser contados desde el siguiente día hábil administrativo desde su notificación, de aquellos vinculados con 'reglamentos', que empiezan a contarse a partir de los ocho días de su publicación en el Boletín Oficial. Asimismo, determina un plazo común de diez días hábiles administrativos si el ordenamiento administrativo aplicable a un trámite particular o, de no existir éste, el procedimiento administrativo genérico, no estableciera un plazo determinado para la realización de los trámites, notificaciones y citaciones, para el cumplimiento de intimaciones y de emplazamientos y para la contestación de traslados, vistas e informes.

También el llamado 'plazo de gracia' es acogido en el procedimiento administrativo¹⁰². Así, aun cuando haya vencido el plazo establecido legalmente para la realización de una presentación determinada, ésta puede ser válidamente

¹⁰¹ Ídem, artículos 10, y 28, respectivamente.

¹⁰² RNPA, artículo 25, séptimo párrafo: "El escrito no presentado dentro del horario administrativo del día en que venciere el plazo, sólo podrá ser entregado válidamente, en la oficina que corresponda, el día hábil inmediato y dentro de las dos (2) primeras horas del horario de atención de dicha oficina". Sin perjuicio de que esta norma contempla expresamente –desde la reforma de la LPA por el Decreto 1883/91– la validez de los escritos presentados dentro del "plazo de gracia" en el procedimiento administrativo, anteriormente ello había sido convalidado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sobre la base de la remisión supletoria que el RLPA realiza a las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dicho tribunal entendió aplicable al procedimiento administrativo el artículo 124 de dicho código (CSJN, "Fundación Universidad de Belgrano", 1978, Fallos 300:1070, LL 1979-B, 105).

efectuado en las 'dos primeras horas de atención de la oficina' en la que corresponda presentar el escrito.

A la anunciada prorrogabilidad de los plazos administrativos, se agrega que cuando el pedimento en ese sentido del particular sea denegado, se le deberá notificar con una antelación no inferior de dos días al vencimiento del plazo cuya prórroga se pretendía.

En orden a la interrupción o suspensión de los plazos debe atenderse que el artículo 1, inciso e), apartado 7º de la LNPA., prescribe que la deducción del pedimento interrumpirá el curso del plazo para recurrir aun cuando hubiere sido mal nominada o con defectos formales o sustanciales o lo fuera ante órgano incompetente por error excusable. En tanto que en el apartado 9º, se dispone que las actuaciones por ante órgano competentes suspenderán -más ampliamente- los plazos legales y reglamentarios que atañen a los recursos, las mismas actuaciones e incluso aquellos relativos a la prescripción, los cuales se reiniciarán "a partir de la fecha en que quedare firme el auto declarativo de caducidad".

6.10. LA VISTA DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS.

El derecho de defensa en sede administrativa comprende a todas las personas, y para su efectivo ejercicio, tal lo determina el artículo 38 de la LNPA., deviene imprescindible el acceso al expediente administrativo y la consiguiente 'vista', a fin de que aquéllas restrictamente puedan conocer los aspectos de la cuestión que intervienen sus derechos subjetivos o intereses legítimos en forma directa o a través de apoderados que lo representen legalmente o letrados patrocinantes; a diferencia del derecho procesal que, equiparada al traslado, posibilita el acceso irrestricto a las actuaciones judiciales.

De modo que toda persona física o jurídica, pública o privada afectada o que invoque una afectación de un derecho subjetivo o interés legítimo por la decisión o por tomarse en una actuación administrativa, adquiere el carácter de parte en el

procedimiento administrativo iniciado de oficio o a pedido del interesado. Además cuenta con la posibilidad de acceder a la vista de las actuaciones en forma: a) directa y personal, b) por apoderados que acrediten esa representación o personería a través del acompañamiento del poder legal o convencional correspondiente, c) por letrado patrocinante, quien puede acudir a la vista sin necesidad de invocar derecho subjetivo o interés legítimo, ni que se trate de una cuestión encomendada¹⁰³.

El ejercicio de la vista podrá ejercerse desde el inicio hasta la terminación del trámite; lo cual impide la negación del acceso a las actuaciones aun cuando se encuentren sometidas a estudio. El pedido de la vista puede solicitarse verbalmente y, en esa hipótesis, se la concede en la dependencia en que se halla radicado el expediente administrativo sin necesidad de resolución. También puede ser por escrito, en cuyo caso se dirige a la repartición, se concede mediante resolución expresa de la Administración y, si no dispusiera del expediente, por el principio de informalismo, se deberá encausar el pedido a la dependencia correspondiente. Si se solicitara, la Administración debe fijar un plazo para el acceso al expediente, y en toda circunstancia, esa vista se entiende concedida por el término de diez días¹⁰⁴.

La vista debe permitir el pleno conocimiento del expediente, posibilitando al interesado compulsar materialmente las actuaciones, obtener copias, etcétera, de manera que el efecto jurídico de aquella se materialice en el ejercicio del derecho de defensa, de ser oído y ofrecer y producir pruebas, y vinculado con el principio de debido proceso adjetivo¹⁰⁵. El impedimento o la limitación injustificada de la vista

¹⁰³ Ley 23.187, artículo 8: “Sin perjuicio de los demás derechos que les acuerdan las leyes, es facultad de los abogados en el ejercicio de su profesión requerir a las entidades públicas información concerniente a las cuestiones que se les hayan encomendado, y asimismo, tener libre acceso personal a archivos y demás dependencias administrativas en las que existan registros de antecedentes. Se exceptúan de esta disposición aquellas informaciones de carácter estrictamente privado y aquellos registros y archivos cuyas constancias se declaren reservadas por disposición legal. En estos casos el abogado deberá requerir el informe por intermedio del juez de la causa”. CNFed. CA, Sala II, “Sibura, J. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social)”, 26/11/92, ED 152, 265.

¹⁰⁴ LNPA., artículo 1º, inciso e), apartado 4º.

¹⁰⁵ LNPA.; artículo 1º, inciso f].

puede causar la nulidad del acto administrativo que se dicte en el procedimiento respectivo¹⁰⁶.

El pedido de vista por escrito suspende el plazo para impugnar hasta que se concede la vista; y la vista de las actuaciones pedida igualmente, tendente a fundar un recurso administrativo contra un acto dictado en un expediente, una vez concedida suspende el plazo hasta que expire el término fijado al respecto por la Administración, y desde su expiración, de modo ininterrumpido, se reanuda el plazo para interponer ese recurso administrativo¹⁰⁷. Antes del vencimiento del plazo de la vista fijado, el interesado puede solicitar que sea prorrogada. En el caso de resultar concedida la prórroga por determinado lapso, la suspensión de los plazos para recurrir seguirá operando por ese término; de ser denegada, deberá comunicarse con dos días de anticipación por lo menos al vencimiento del plazo que se desea prorrogar. El tomar vista de las actuaciones, y dejar constancia de ello, no exime a la Administración de notificar ni implica la notificación del interesado de las resoluciones dictadas en el expediente no notificadas.

No obstante que el instituto de la vista se constituye a modo de un derecho subjetivo favorable a los interesados, la norma le confiere a la Administración la potestad de declarar la reserva de la vista de algunas partes de las actuaciones. Para ello, el órgano debe ser competente, y, además, individualizar las piezas en cuestión y fundar esa decisión. La competencia del órgano, según el artículo 38 del

¹⁰⁶ La CSJN ha sostenido que "la negativa a otorgar vista de las actuaciones... constituye un acto ilegítimo, que vulnera derechos de raigambre constitucional" (CSJN, "La Buenos Aires Cía. de Seg. S.A. c/ Petroquímica Bahía Blanca SA", Fallos, 311-1:751, ED, 129-266). También se ha resuelto que el BCRA no puede negar vista de las actuaciones que realizase a quien resultó sujeto pasivo de un débito en su cuenta corriente, so pretexto de que ellas se encuentran reservadas, pues de ese modo se estaría vulnerando su derecho al debido proceso legal al no poder tener conocimiento de las razones que llevaron a la demandada a efectuar el mentado débito (CNFed. CA, Sala IV, "The Bank of New York S.A. c/ Banco Central de la República Argentina/Resol. 26/98 s/ amparo ley 16986", 27/8/1998).

¹⁰⁷ RNLP., artículo 76: "Si a los efectos de articular un recurso administrativo, la parte interesada necesitare tomar vista de las actuaciones, quedará suspendido el plazo para recurrir durante el tiempo que se le conceda al efecto, en base a lo dispuesto por el artículo 1º, inciso e), apartados 4º y 5º, de la LPA. La mera presentación de un pedido de vista, suspende el curso de los plazos, sin perjuicio de la suspensión que cause el otorgamiento de la vista. En igual forma a lo estipulado en el párrafo anterior se suspenderán los plazos previstos en el artículo 25 de la LPA".

RNPA, proviene de la declaración formulada por el “subsecretario del ministerio” del órgano, o por el “titular del ente descentralizado de que se trate”; el acto dispositivo debe ser fundado y precedido del asesoramiento del servicio jurídico que sea atinente. Tales recaudos responden al cercenamiento implicado en la reserva respecto del acceso a las actuaciones —por consiguiente, del derecho de defensa del interesado— y limitada por la norma a “actuaciones, diligencias, informes o dictámenes”, sin que pueda entenderse destinada a la reserva absoluta de las actuaciones.

6.11. LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: OBJETO. OFRECIMIENTO. ADMISIBILIDAD. CARGA DE LA PRUEBA. MEDIOS DE PRUEBA.

El procedimiento administrativo -a diferencia de lo que acontece en el proceso judicial- se rige por el ‘principio de verdad material’. Ello implica la mayor obligación de la Administración para conocer los hechos del caso y, si resultare posible, hasta superar los elementos probatorios de juicio que puedan aportar los interesados. En este contexto, la producción de la prueba como actividad procesal se dirige a originar en el órgano administrativo el conocimiento y la certeza sobre los hechos que sustentarán el acto administrativo a dictar.

Esa actividad, asimismo, contribuye a que el interesado acredite los hechos que invoca y se materialice, de ese modo, el ‘principio de debido proceso adjetivo’ en cuanto al derecho de ofrecer y producir pruebas. De ahí que, antes de emitir el acto administrativo, la Administración debe convocar al presunto afectado a fin de posibilitarle el ejercicio de sus derechos, argumentar a su favor y producir la prueba que estime necesaria. También contribuye, de manera fundamental, si el acto

administrativo resulta recurrido judicialmente al tornar disponible las pruebas para el análisis por el Tribunal¹⁰⁸.

Son características generales de la prueba los aspectos que se señalan a continuación:

- En lo concerniente al OBJETO DE LA PRUEBA, la Administración dispondrá la producción de aquella que se corresponda con los hechos que aparezcan conducentes a la decisión, sin comprender el derecho nacional cuyo conocimiento se presume. En cambio, quien invoque el derecho extranjero deberá probarlo por intermedio del Ministerio de Justicia¹⁰⁹.
- En cuanto al OFRECIMIENTO DE LA PRUEBA, siendo que el procedimiento posibilita su iniciación de oficio o a petición de parte interesada, aquellos elementos que permita demostrar los hechos en los cuales se base al acto a dictarse deben ser ofrecidos en la primera oportunidad posible¹¹⁰. Para ese ofrecimiento por el particular no existen términos ni formas especiales, prevaleciendo en el supuesto el 'principio de informalismo' a favor del administrado. En el procedimiento administrativo -y a diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial, en el cual opera el instituto de la preclusión en defensa del intereses de las partes en el litigio- la hipótesis de la omisión de ofrecer la prueba en la primera oportunidad no implica la preclusión del

¹⁰⁸ Se ha dicho que "la prueba documental es de trascendental importancia dentro del proceso contencioso administrativo, por ser la forma documental la que predomina en la esfera administrativa. En la Administración se desenvuelve una actividad que genera una documentación propia, ya que ella es casi siempre formal, escrita o actuada. Dicha documentación está insita en la actividad administrativa" (CNFed. CA, Sala IV, "Valado, Roberto J. c/ ENTel s/daños y perjuicios", 29/10/85).

¹⁰⁹ El Decreto-ley 21447/1976 aprobó el "Convenio sobre información en materia jurídica respecto del derecho vigente y su aplicación", celebrado en Brasilia en 1972 y posteriormente el Decreto 525/1977 designó al Ministerio de Justicia "para ejercer las funciones de órganos de recepción y transmisión prevista en el artículo 20" del convenio citado. Este procedimiento probatorio ya fue sugerido por la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN, Dictámenes 142:130).

¹¹⁰ RNPA, artículo 46 : "La Administración de oficio o a pedido de parte, podrá disponer la producción de prueba respecto de los hechos invocados y que fueren conducentes para la decisión. Se admitirán todos los medios de prueba salvo los que fueren manifiestamente improcedentes, superfluos o meramente dilatorios".

derecho del particular a hacerlo en el futuro, siendo que no existe “parte” contraria sino que el particular aparece coadyuvando en la búsqueda de la verdad objetiva y la Administración, a quien le corresponde asegurar su efectivo conocimiento, no podría negar la inclusión de medios probatorios en la causa. Esa posibilidad no se agota y el particular la mantiene aun si recurriere el acto administrativo, pudiendo ofrecer medidas de prueba y su ampliación, con anticipación a la decisión.

- En lo que atañe a la ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA, aún cuando en el procedimiento administrativo la consideración de esos medios no son limitados, se considera pertinente cuando existe congruencia entre el hecho o la afirmación que se pretende acreditar y la eficacia del medio propuesto, de tal forma que sean aptos para ese asunto. La denegación *in limine* de la prueba ofrecida sólo corresponde cuando su impertinencia sea manifiesta, sea irrelevante, o no porte idoneidad para la pretensa probación del hecho.
- La carga e impulsión en la PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA, una vez ofrecida, en razón de del ‘principio de oficialidad’, le corresponde a la Administración, y por excepción, si así lo dispone la reglamentación, esa carga de impulsar o producir la prueba que ofrece el interesado se traslada a él. ABIERTA a prueba, la actuación administrativa no opera ni puede disponerse la caducidad del procedimiento, con excepción del supuesto precedente, siendo que si bien nada impide la colaboración del particular en la producción de la prueba, sí se sucede la inversión de los roles asignados asume las consecuencias de la inactividad.
- En lo concerniente a los MEDIOS DE PRUEBA, como se anticipa, prima en la admisión de la prueba un criterio amplio y así lo dispone el RNPA en el artículo 46 resguardando aquellos medios de prueba “*que fueren manifiestamente improcedentes, superfluos o meramente dilatorios*”;

deviniendo aceptables las pruebas autorizadas por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹¹¹, y las reguladas en el siguiente orden:

- Prueba de informes (artículo 48, RNPA). Se constituye con la reunión de los datos obtenidos de la documentación, archivos, registros, entre otros medios, de la entidad de naturaleza pública o privada a la que se le requiere la información, y siendo que el ente ya debe tener conocimiento y poseer constancia documental o registral con anterioridad a la solicitud. Tales pedidos de informes se originan por solicitud del particular o de oficio por la Administración, y los plazos máximos para su contestación, según sean técnicos o no, se establecen en veinte o diez días respectivamente, pudiéndose ampliar a pedido del organismo oficiado y por motivos atendibles para ello, por el tiempo razonable necesario. Esa obligatoriedad de la contestación de los informes sólo se prevé respecto de los organismos administrativos y no de los organismos privados, a quienes la Administración no podría conminarlos a contestar sin requerir el auxilio judicial, y se dispone en el caso que la falta de contestación en término conduce a la prescindencia de la prueba. Por fin, en lo atinente a los informes de índole técnica, resulta aceptado que "merecen plena fe, siempre que resulten suficientemente serios, precisos y razonables, no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor"¹¹².
- Dictámenes ¹¹³. La señalada reglamentación incluye los dictámenes conexamente a la prueba informativa, y alcanza el carácter de prueba

¹¹¹ PTN, Dictámenes 90:286.

¹¹² PTN, Dictámenes 146:180; 207:343; 214:134; 228:6; 237:524; 239:547; 241:515; entre otros.

¹¹³ RNPA, artículo 48: "Sin perjuicio de los informes y dictámenes cuyo requerimiento fuere obligatorio, según normas expresas que así lo establecen, podrán recabarse, mediante resolución fundada, cuantos otros se estimen necesarios al establecimiento de la verdad jurídica objetiva. En la tramitación de los informes y dictámenes se estará a lo prescripto en el artículo 14. El plazo máximo

sólo cuando su emisión data anteladamente a la requisitoria, configurándose alternativamente como prueba documental o mantener la calidad de informes o dictámenes.

- Prueba de testigos (artículos 49/53, RNPA). La probanza testimonial implica la declaración de una persona física respecto de hechos que le son conocidos por una intermediación directa con ellos, a través de su percepción sensorial o deducciones lógicas recaídas sobre hechos pasados. Prestar declaración en el procedimiento administrativo no constituye –salvo excepciones¹¹⁴– un deber jurídico sino una carga procesal, y ello en tanto no existe conducta ilícita en el caso de incumplimiento, ni eso da origen a sanción alguna. El testigo tiene la carga de comparecer a la sede del organismo competente, donde su declaración será tomada por el agente a quien se designe al efecto. La autoridad administrativa fija la fecha y hora establecida para la primera audiencia y la supletoria, las cuales serán notificadas por la propia Administración —operando del 'principio de oficialidad'— en forma conjunta al testigo. En cuanto a la parte proponente de los testigos, ésta debe procurar la asistencia de ellos a prestar la declaración. En el caso de inasistencia a la primera audiencia como a la supletoria, la parte que propuso los testigos pierde el derecho de volver a citarlos. Si la ausencia es del interesado, procede la interrogación de los testigos de oficio por la Administración. El número de testigos no puede

para evacuar los informes técnicos y dictámenes será de veinte (20) días, pudiendo ampliarse, si existieren motivos atendibles y a pedido de quien deba producirlos, por el tiempo razonable que fuere necesario. Los informes administrativos no técnicos deberán evacuarse en el plazo máximo de diez (10) días. Si los terceros no contestaren los informes que les hubieren sido requeridos dentro del plazo fijado o de la ampliación acordada o se negaren a responder, se prescindirá de esta prueba. Los plazos establecidos en los párrafos anteriores sólo se tendrán en cuenta si el expediente administrativo fue abierto a prueba”.

¹¹⁴ Tratándose de la declaración de un empleado público en la instrucción de un sumario, la ley de 25.164 –de empleo público– dispone, en su artículo 23 inciso i), que dicha concurrencia por parte del agente es un deber. Además la citada ley encuadra dentro de las causales de cesantía, y tomando en cuenta la magnitud y gravedad de la falta, el incumplimiento del deber previsto en el artículo 23.

exceder de cinco. Con relación a la promesa de decir verdad, por remisión al artículo 440 del CPCCN, se establece que los testigos deberán prestar juramento o promesa de decir verdad y, asimismo, que serán informados de las supuestas consecuencias penales a que puedan dar lugar las declaraciones falsas. Sin embargo, la eventual declaración falsa ante la autoridad administrativa 'no podría ser considerada un delito', dado que aquella conducta no está tipificada en ley penal alguna.

- Prueba de peritos (artículos 54/57, RNPA). En el marco del procedimiento administrativo se entiende como la actividad desarrollada a solicitud del particular y en virtud de un encargo de la Administración, por un tercero distinto de las partes del procedimiento, especialmente calificado por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se pretende ilustrar o hacer conocer al órgano administrativo que decide acerca de los hechos que hacen al derecho del administrado y al interés público. Sólo el particular puede solicitar la realización de la pericia; la que puede denegar la Administración por improcedente. Por su parte, la Administración debe abstenerse de designar peritos, contando con la posibilidad de requerir informes técnicos. El proponente debe explicitar los puntos sobre los cuales deberá expedirse el perito ("puntos de pericia"), los que podrán ser ampliados u observados por la Administración o por terceros que intervengan en el procedimiento. La aceptación del cargo por el perito reviste carácter de facultativo. Transcurrido el plazo de cinco días para la aceptación sin que ella tenga lugar, el particular pierde el derecho a valerse de esta prueba. A la Administración le corresponde impugnar la pericia en tiempo y forma si lo cree necesario y pedir la nueva realización de la prueba conforme al procedimiento formal previsto en la reglamentación. En contrario, debiera, por principio, atenerse a los

resultados de la pericia de parte; su propia inacción probatoria la obliga a aceptar la prueba aportada por el interesado y no refutada. Esa impugnación contra aquellos aspectos de la pericia que desea descalificar; también la puede ejercer el particular que ofreció la prueba e, incluso, eventuales terceros que hayan intervenido en el procedimiento administrativo.

- Prueba documental (artículo 58, RNPA). La prueba documental y, en particular, el documento, constituye la representación material del pensamiento, y la principal forma, entre otras, a través de la cual se expresa la Administración. Su adecuada presentación se corresponde con el inicio de la gestión ante la Administración, o en su defecto corresponde la mención de su localización o ubicación —archivo, oficina u otra dependencia— donde puedan encontrarse. La documentación adjunta inicialmente en original o testimonio o en copia certificada por la Administración, si requiere el particular, puede consistir en instrumentos públicos, que hacen plena fe mientras no se arguya de falsedad la existencia material de los hechos en ellos enunciados, o privados, lo cuales alcanzan valor probatorio al ser reconocida la firma por el autor o así declarada debidamente reconocida por el juez. También se encuadran en este tipo de pruebas las demás cosas que sirven para representar hechos (vgr. planos, cuadros, películas cinematográficas, discos y cintas grabadas, etcétera).
- Prueba de confesión (artículo 59, RNPA). La confesión o absolución de posiciones implica la declaración de cada una de las partes en relación a los hechos controvertidos sea que la afecten o favorezcan. En principio, en el procedimiento administrativo no es exigible la prueba confesional por la Administración de los particulares ni tampoco estos pueden requerirla de los funcionarios públicos intervinientes. El

supuesto final resulta de la imposibilidad de los agentes de comprometer el interés público y el patrimonio del Estado en tanto ellos con la intervención de órganos administrativos, lo cuales verían modificado el valor y la eficacia de las formas esenciales de los actos administrativos intervenidos. Tales límites, —de todos modos, no impiden la comprobación de los hechos que interesen a través de otros medios de pruebas testimoniales, reconocimientos, etcétera—, contando la forma escrita que deben los actos dictados en el procedimiento administrativo por los funcionarios respectivos. Los particulares pueden voluntariamente absolver posiciones.

6.12. ALEGATOS.

El alegato, regulado facultativamente en el procedimiento administrativo, constituye el acto final por el cual el interesado ostenta la posibilidad de ejercer el derecho de defensa. La pieza comprende que quien alegue formule, desde su perspectiva, el análisis y conclusiones respecto a lo actuado en las series procedimentales, concretando así su derecho a ser oído, y se pronuncie, a la vez, valorativamente, sobre el mérito de las pruebas, indicando en ese sentido contradicciones y falencias que advirtiera o pudieran ser advertidas, o explicitando las presunciones que puedan resultar de las pruebas reunidas en el expediente¹¹⁵. En ese estadio la Procuración del Tesoro de la Nación ha dictaminado que:

“no es procedente que en oportunidad de presentar el alegato se introduzcan cuestiones o defensas (...) que no fueron propuestas en la etapa procesal oportuna

¹¹⁵ RLPA, artículo 60: “Sustanciadas las actuaciones, se dará vista de oficio y por diez (10) días a la parte interesada para que, si lo creyere conveniente, presente un escrito acerca de lo actuado, y en su caso, para que alegue también sobre la prueba que se hubiere producido. La parte interesada, su apoderado o su letrado patrocinante podrán retirar las actuaciones bajo su responsabilidad dejándose constancia en la oficina correspondiente. El órgano competente podrá disponer la producción de nueva prueba: a) de oficio, para mejor proveer; b) a pedido de parte interesada, si ocurriere o llegare a su conocimiento un hecho nuevo. Dicha medida se notificará a la parte interesada y con el resultado de la prueba que se produzca, se dará otra vista por cinco (5) días a los mismos efectos precedentemente indicados. Si no se presentaren los escritos -en uno y otro caso- o no se devolviera el expediente en término, si hubiere sido retirado se dará por decaído el derecho”.

*por cuanto el alegato es el escrito en el cual las partes manifiestan sobre el mérito de la prueba producida y no es el estadio donde se pueden introducir nuevas cuestiones, pues constituye el momento en que debe revalorizarse el proceso en función de lo ya pedido y de la prueba aportada para demostrar los hechos"*¹¹⁶.

A fin de alegar, existiendo un solo interesado se estipula el plazo de diez días, y con facultad de retirar el expediente. Para el supuesto de multiplicidad de interesados será de aplicación las normas del proceso ordinario que regula el CPCCN, tendente a garantizar la igualdad en el acceso a las actuaciones, e inclusive la pérdida del derecho de alegar.

La apreciación de la prueba, y según la remisión del RNPA¹¹⁷, deberá ajustarse a la regla de la "sana crítica", es decir, deberá valorar lo ocurrido, o la situación de hecho determinada, de manera que trascienda las consideraciones de oportunidad o mérito y se ciña a la realidad fáctica o material, razonablemente y sin desconocimiento de la prueba rendida en el procedimiento. Este criterio anticipa la eventual revisión judicial, si lo decide el interesado, se enlaza con los del derecho procesal, de necesaria identidad.

6.13. LA CONCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

El procedimiento administrativo puede concluir diversamente por resolución expresa o tácita, por caducidad o por desistimiento del procedimiento o del derecho. Al respecto, esa conclusión del procedimiento se puede ordenar como modo regular, cuando lo es a través de los actos administrativos definitivos, o como modo irregular, constituido cuando aquel concluye por medio de resolución tácita, caducidad o desistimiento del procedimiento o del derecho.

¹¹⁶ PTN, Dictámenes 227:157, 25/11/1998.

¹¹⁷ RLPA, artículo 62: "En la apreciación de la prueba se aplicará lo dispuesto por el artículo 386 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación".

- En el primer modo se ubica la RESOLUCIÓN EXPRESA configurada por el dictado del acto administrativo por el cual la Administración, de acuerdo a la cuestión planteada por el particular, se pronuncia sobre el fondo del asunto y pone fin al procedimiento; esta alternativa constituye integralmente la satisfacción del debido proceso. Para ello el acto debe contener los elementos legalmente conformantes —competencia, causa, objeto, procedimiento, motivación, y finalidad— y resolver sobre las cuestiones planteadas, y respetar las formas prescriptas y a la vez constitutivas —escritural, lugar, fecha y firma—.
- En el modo irregular se ubica la anunciada RESOLUCIÓN TÁCITA, configurada a través del 'silencio administrativo' producido por la inactividad de la Administración frente al reclamo del particular, que alcanza el grado de una denegatoria tácita. El autor del pedimento obtiene el efecto denegatorio, con la siguiente posibilidad de continuar la vía impugnativa administrativa o en sede judicial¹¹⁸.
- La CADUCIDAD¹¹⁹ aparece como una sanción a la ausencia de impulsión del procedimiento administrativo por el particular, que conlleva la clausura del trámite y el archivo del expediente. Al efecto, se deben reunir la paralización del procedimiento por causa imputable al particular; y por el lapso total de noventa días. En orden a ese plazo, es deber el órgano administrativo competente notificar al vencimiento de los primeros sesenta días al particular que en el supuesto de prolongarse por otros treinta días esa inactividad, procederá de oficio la declaración de la caducidad del procedimiento y el archivo de las actuaciones administrativas; circunstancia que se concreta a

¹¹⁸ LNPA, artículo 10 de la LPA: "El silencio o ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros treinta días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración". RNPA, artículo 65: "La resolución tácita (...) resultará(n) de las circunstancias a que se alude en el artículo. 10... de la Ley de Procedimientos Administrativos".

¹¹⁹ LNPA, artículo 1, inciso e), ap. 9.

través de la emisión de un acto administrativo. Se consideran excepcionados de la regla precedente los procedimientos relativos a la previsión social, los que a juicio de la Administración deben continuar por sus particulares circunstancias o aquellos en los cuales se encuentra comprometido el interés público, lo cual visibiliza la conjugación de la caducidad de los procedimientos con el principio de oficialidad. Por último, la declaración de caducidad del procedimiento administrativo no impide que el particular ejerza sus pretensiones en un nuevo expediente en el que podrá hacer valer las pruebas acompañadas al trámite declarado caduco.

- El DESISTIMIENTO¹²⁰ expreso del interesado puede dirigirse al 'procedimiento administrativo' iniciado. En tal supuesto, ello importa la clausura de las actuaciones administrativas en el estado que se encuentren y queda disponible la posibilidad de un planteo futuro de igual pretensión, con atención de los efectos operados en materia de prescripción. Si el desistimiento se refiriera a los trámites de un recurso, el acto impugnado se tendrá por firme. También se puede dirigir al 'derecho sustancial' que sustenta la pretensión. Ello afecta la a relación jurídica administrativa de fondo, impidiendo la promoción de otra pretensión con identidad de objeto y causa. En ambos supuestos, el desistimiento debe ser formulado de manera expresa y fehaciente por el interesado; ser acogido por acto administrativo expreso emanado de órgano competente para resolver el fondo de la cuestión.

6.14. EL DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN DE PRONUNCIARSE. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO.

La Administración tiene el 'deber de decidir' respecto de todas las peticiones que le sean formuladas por los particulares a través de simples solicitudes,

¹²⁰ RNPA, artículos 66/70.

reclamaciones, recursos, entre otros modos¹²¹, lo cual constituye un principio moderno del ESTADO DE DERECHO. Esa obligación se origina en los artículos 14 y 18 de la Constitución Nacional, a *contrario sensu* del derecho de todos los habitantes de petionar ante las autoridades, y a fin de garantizar el derecho de defensa frente a la impugnación de un acto cuya motivación resulta desconocida.

Los particulares, por su parte, tienen el 'derecho a exigir' ese pronunciamiento expreso. Esa facultad, comprendida en el artículo 18 de la Constitución, se reconoce también en el artículo XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de jerarquía constitucional. En virtud de lo dispuesto en el artículo 75, inciso 22, se establece expresamente *"el derecho de toda persona a presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente y el de obtener una pronta resolución"*.

A fin de impedir la ineffectividad de ese derecho, generalmente producida por la morosidad en pronunciarse por la Administración, el ordenamiento jurídico prevé los siguientes remedios:

- El silencio administrativo. Su presencia, o mejor, la ausencia de actividad procedimental o decisional atribuible a la Administración, implica la denegación de la petición formulada ante aquélla, lo cual habilita la instancia recursiva administrativa o judicial siguiente. Esos efectos jurídicos conferidos al silencio administrativo, tipificados ficcionalmente como un acto tácito denegatorio, y a favor de los particulares, no puede entenderse como un acto administrativo, so pena de premiar la inactividad de la Administración. Para que ese silencio alcance efectos jurídicos debe encontrarse normatizado, y en ese sentido se puede ordenar un 'efecto positivo', cuando la ausencia de

¹²¹ La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que la Administración no sólo tiene que decidir las cuestiones que se plantean sino que también debe hacerlo en término ("Villareal, Clara Baudilia c/ ANSES s/ reajustes por movilidad", 24/4/01). CNFed. CA, Sala II, "Maciel Miguel Santiago c/ Jefe del Estado Mayor General del Ejército s/ amparo por mora", 20/6/96.

pronunciamiento de la Administración importa que se ha hecho lugar al pedido del particular. Esa consideración actúa como excepción cuando así se lo dispone legalmente¹²², y resulta de interpretación restrictiva¹²³.

- En lo concerniente al 'efecto negativo', o sea, cuando la ausencia de pronunciamiento de la Administración es considerada como el rechazo del pedido formulado, el plazo previsto es para la generalidad de los casos en que no se dispone lo contrario (artículo 10, LNPA). Al respecto debe transcurrir un plazo especial fijado y en el cual la Administración debe pronunciarse en torno al pedido; de no existir se determina ese plazo en sesenta días 'hábiles' administrativos. Transcurrido esos plazos, el particular, sin que impere un término para ello, debe se presentar el 'pronto despacho' a la Administración. Desde entonces, aguardar treinta días hábiles administrativos, y si no se obtiene un pronunciamiento, puede el particular, opcionalmente, prolongar la espera, o configurar el silencio administrativo, mediante la presentación del recurso administrativo o judicial contra la denegación. Asimismo, puede 'promover una acción de amparo por mora', opción que se encuentra disponible ante el mero incumplimiento del plazo originario por parte de la Administración.
- En contrario, a las 'peticiones innominadas', para el caso de los recursos de reconsideración y jerárquico, en los que transcurrido el término previsto legalmente para su resolución —treinta días— se configura el silencio, sin necesidad de presentar pronto despacho.

6.15. CONTROL Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE IMPUGNACIÓN.

¹²² V. gr.: decretos 1842/1987 y 1470/1997.

¹²³ Se ha sostenido que el silencio positivo debe ser interpretado restrictivamente toda vez que es un "instrumento peligroso" debido a que —luego de transcurridos los plazos legales— el particular estaría habilitado para realizar actividades sometidas a su control, sin que éste se efectivizara (conf: CNFed. CA, Sala II, "Worthing Arg. S.A.I.C. s/rec. de apelación", 15/9/1992).

La Administración, quien tiene la obligación de ajustar su actuación a las normas que la rigen y a la finalidad que sustenta su existencia: el bien común, ejerce el control el control administrativo. Ese control se origina de las siguientes formas:

- De oficio: cuando la Administración, sin intervención de los particulares, realiza el control de sus propios actos. Este control puede ser posterior (ejemplo, aprobación, revocación de oficio, saneamiento) o previo al dictado del acto administrativo.
- A instancia de los particulares: quienes en ejercicio de sus derechos intervienen en el procedimiento administrativo señalando los defectos que puedan presentar el trámite o el acto administrativo dictado como culminación de aquel. El control administrativo a instancia de los particulares también puede ser previo o posterior a la emisión del acto.
 - El control previo abarca el proceso de formación desde su origen hasta la emisión y notificación de la resolución administrativa. Es ejercido a través de la participación del interesado mediante mecanismos previstos por el ordenamiento a ese fin (*v.gr.*: ofrecimiento de prueba, audiencias públicas).
 - El control posterior a la emisión del acto administrativo es activado por el particular que afectado por aquel, interpone contra él un recurso administrativo.

En el caso en que se trate de control administrativo a instancias de particulares, estos disponen de los siguientes medios:

- La denuncia. Puede ser presentada por *“cualquier ciudadano interesado en la correcta marcha de la cosa pública”*, sin que se requiera una afectación en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, sino por ser titular de un interés simple. Su origen puede provenir de un hecho, omisión, acto o reglamento y

cualquier persona física o jurídica puede formular a través de la 'simple presentación' de un escrito ante la Administración destacando acerca de la irregularidad detectada. Frente a la denuncia, cuyo promotor no es titular de un derecho subjetivo ni de un interés legítimo —de serlo estaría en condiciones de deducir un reclamo o un recurso administrativo, según su pretensión— es facultativo de la Administración tramitarla o no, dependiendo de la 'verosimilitud' que aquella ostente. Para el caso el denunciante no será parte en el procedimiento, no puede instarlo ni tampoco impugnar la decisión a la cual se arribe. Guarda en su desarrollo similitud con el 'control de oficio por la Administración'; la actuación del particular se limita a hacer conocer a la Administración la irregularidad en cuestión.

- El reclamo. Constituye un 'pedido' efectuado por el particular a la Administración, con o sin contenido jurídico, en ejercicio de la facultad constitucional de peticionar ante las autoridades administrativas, y tendente a: (i) que se revise un reglamento administrativo o (ii), que se reconozca un determinado derecho a favor del particular relacionado con un hecho o una omisión (por ejemplo, el pago de un salario atrasado). No procede contra los actos administrativos, rigen contra ellos los recursos administrativos. Ese pedido efectuado por el particular a la Administración se debe basar en 'un derecho subjetivo' o en 'un interés legítimo' del que el reclamante es titular. Por ello, precisamente, a diferencia de lo que sucede en el caso de la denuncia, la Administración tiene el deber de tramitarlo y de resolverlo.
- El recurso administrativo. Configura el medio por el cual los particulares, y titulares a la vez de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, pueden impugnar actos administrativos que los afectan a fin de lograr la revocación, modificación o sustitución de esos actos por la Administración, obligada a resolver sea a través del mismo órgano que los dictó o por uno superior. Los reclamos administrativos, como se adelantara, no son medios para impugnar actos administrativos, sino que constituyen pedidos, con contenido jurídico o

no, efectuados en ejercicio de la facultad constitucional de peticionar ante las autoridades administrativas y tendentes a que se dicte un acto administrativo que reconozca un derecho a favor del peticionante. En tanto el recurso administrativo presupone la existencia de un previo acto administrativo que se considera 'ilegítimo' o 'inconveniente' —y, por ende, se impugna a fin de que sea 'revocado, modificado o sustituido'—, por el reclamo el particular efectúa un pedido a la Administración que no se satisface mediante la revocación de acto administrativo alguno —de hecho, ese acto no suele existir— sino más bien mediante el dictado de un acto que hace lugar al pedido efectuado por el particular.

6.16. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA.

Si bien la posibilidad de impugnar la actividad administrativa mediante recursos administrativos o reclamos aparece como una garantía para los particulares, siendo que se dirige a que la Administración revise el acto por ella dictado o, en su caso, considere la petición efectuada por la Administración, se presenta también como una prerrogativa de la autoridad administrativa, en virtud de la cual ésta no puede ser demandada judicialmente si el particular no ha sometido previamente la cuestión a su decisión, o sea, si aquel no ha agotado la vía administrativa. En la forma de agotar la vía administrativa se distingue:

- PRETENSIÓN IMPUGNATORIA (artículos 23 y 24, LNPA). La pretensión del particular consiste en que se deje sin efecto un determinado acto administrativo. Para ello ese agotamiento de la vía difiere según se trate de actos administrativos de alcance particular o general
 - Actos administrativos de alcance particular, en los cuales se requiere la deducción contra el acto administrativo particular los recursos administrativos atinentes. Como tal, el único 'recurso obligatorio' para agotar la vía administrativa es el 'recurso jerárquico', o sea aquel

tendente a que “*el órgano superior jerárquico de aquel que dictó el acto lo deje sin efecto*”. Deducido y rechazado el recurso jerárquico, se encuentra agotada la vía administrativa y el particular puede acceder a la vía judicial para promover la correspondiente ‘acción judicial de nulidad’ de dicho acto administrativo. Si, en cambio, el acto administrativo emana del órgano superior de un ‘ente descentralizado’, el particular se encuentra en condiciones de “*acceder directamente a la sede judicial o recurrirlo administrativamente mediante el recurso de alzada, a ser resuelto por la Administración Central*”.

- Actos administrativos de alcance general. En este caso, la pretensión presenta dos formas:
 - Directamente, es decir, antes de la aplicación del acto de alcance general al particular. A tal fin se debe interponer el denominado RECLAMO IMPROPIO ante el órgano que dictó el acto de alcance general. El acogimiento del reclamo implica la derogación del acto general; la denegación deja expedita para el particular la vía judicial.
 - Indirectamente, o sea, una vez que el acto de alcance general es aplicado al particular por medio de un acto de alcance particular. En el supuesto es dictado un acto administrativo de carácter ‘individual’ que aplica el acto administrativo general; el cual [ese acto individual] puede ser impugnado *con fundamento en el acto de alcance general*, de igual manera que se impugnan los actos de alcance particular.
- PRETENSIÓN RECLAMATORIA (artículo 30 y ss., LNPA). El particular, a cambio de la revocación de un acto administrativo, persigue el reconocimiento de un derecho subjetivo o un interés legítimo por la autoridad administrativa y que

ésta brinde una específica prestación de dar, hacer o no hacer. En el caso, debe quien se sienta afectado —previo al inicio de la demanda judicial tendente a lograr la prestación en cuestión— formular en sede administrativa con el mismo objeto un RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO dirigido al Ministerio, Secretaría de la Presidencia, o autoridad superior de la entidad autárquica. Rechazado el reclamo administrativo previo o configurado el silencio, el particular puede promover la acción judicial pertinente. Por último, maguer se trate de una pretensión impugnatoria o reclamatoria, el pretensor debe, para acceder a la justicia, demandar a la Administración en esa jurisdicción dentro del plazo de noventa días hábiles judiciales desde el día siguiente al de la notificación del acto en cuestión.

6.17. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS.

- Presupuestos para su procedencia, en general:
 - La existencia de un acto administrativo, o declaración unilateral de la Administración con efectos particulares (no generales) y directos respecto de la persona. Esos recursos resultan improcedentes contra actos de la Administración que sean preparatorios (dictámenes, informes, etcétera), que no produzcan efectos.
 - Que el promotor del recurso administrativo sea una persona física o jurídica, no estatal, y titular del derecho subjetivo o interés legítimo afectado. Los órganos públicos carecen de legitimación para deducir recursos administrativos.
 - El cumplimiento de plazos perentorios para la deducción de aquellos -a diferencia de la obligatoriedad de otros plazos del procedimiento administrativos-.

- Extensión del control. El recurso puede fundarse:
 - En RAZONES DE LEGITIMIDAD, o sea, en que el acto no se adecua al ordenamiento jurídico, o sea, a la Constitución Nacional, a los tratados internacionales, a las leyes formales, a los reglamentos, etcétera;
 - En RAZONES DE OPORTUNIDAD, MÉRITO O CONVENIENCIA, o sea, la conformidad del acto administrativo con la consecución del bien común.

- Efectos de la interposición. La deducción de un recurso administrativo interrumpe los plazos que le están corriendo al interesado; e inicia a la vez los plazos de resolución del recurso por la Administración. No suspende automáticamente los efectos del acto impugnado, pero la autoridad administrativa puede disponer tal suspensión.

- RECURSO DE RECONSIDERACIÓN, 'en particular' (artículos 84/85, RNPA). Es el remedio tendente a que el mismo órgano del que emanó un acto administrativo, por contrario imperio, lo revoque, sustituya o modifique. Procede contra actos definitivos o equiparables que impidan la tramitación y contra los actos interlocutorios o de mero trámite. Es optativo.

- RECURSO JERÁRQUICO (artículos 89/93, LNPA). Tiende a que el órgano superior jerárquico del órgano que dictó el acto (Presidente, Ministros y Secretarios de la presidencia) revoque, sustituya o modifique. En los entes descentralizados es la forma de acceder a la máxima autoridad a fines de que revise la decisión dictada por un inferior. También procede contra actos definitivos o equiparables, más no contra actos interlocutorios o de mero trámite. Es obligatorio.

- RECURSO DE ALZADA (artículos 94/99, LNPA). Constituye un medio jurídico para impugnar un acto administrativo emanado del órgano superior jerárquico

de una entidad descentralizada ante el Ministro o Secretario en cuya jurisdicción funcione dicha entidad. Si el ente autárquico fue creado por ley, el Secretario o Ministro sólo puede revisar la 'legitimidad' del acto. En cambio, si el ente fue creado por decreto del Poder Ejecutivo, puede revisar también la 'oportunidad, mérito o conveniencia' del acto impugnado. Procede contra actos definitivos o equiparables. No procede contra actos interlocutorios o de mero trámite. En cuanto a los entes cuyos actos pueden ser recurridos o excluidos de la alzada, resultan contempladas las empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado, y se exceptúan los actos inherentes a la actividad privada de la empresa. Es opcional, no es requisito para agotar la vía administrativa, y puede ser desistido.

- RECURSO DE REVISIÓN (artículo 22, LNPA). Configura una vía excepcional procedente:
 - Si el acto no está firme, sólo en los siguientes casos normatizados:
 - Cuando existan contradicciones en la parte dispositiva del acto
 - Cuando luego de dictado se recobrasen documentos decisivos ignorados o que no se pudieron presentar.
 - Cuando el acto fue dictado en base a un documento declarado falso.
 - Cuando fue dictado mediante cohecho, prevaricato o violencia.
 - Si el acto adquirió firmeza: cuando han sido emitidos por medios ilícitos o irregulares, sin culpa o negligencia del particular. A tal fin se prescinde o se incorpora nuevos elementos de prueba al expediente.

Se deduce ante el órgano que emitió el acto cuya revisión se solicita y, en su caso, el órgano competente para resolver el recurso jerárquico. Su

excepcionalidad, no lo torna obligatorio para el agotamiento de la vía administrativa.

- RECURSO DE ACLARATORIA (artículo 102, RNPA). Se trata de una vía procedimental no se dirige a revocar, modificar o sustituir un acto, sino a que la Administración aclare alguna posible 'contradicción en su parte dispositiva', entre la motivación y la parte dispositiva o cualquier omisión sobre alguna de las peticiones que fueran realizadas por el administrado. Procede cuando se dan los siguientes casos:
 - Cuando existe contradicción en la parte dispositiva.
 - Cuando existe contradicción entre la motivación del acto y la parte dispositiva.
 - Cuando existe una omisión entre alguna petición del particular o sobre cuestiones planteadas. Debe tratarse de 'casos que no vicien el acto', pues de lo contrario procede un recurso administrativo (reconsideración, jerárquico o alzada). Contra actos definitivos o asimilables a definitivos. Optativo. No agota la instancia administrativa. La aclaratoria no interrumpe los plazos para deducir otros recursos (reconsideración, jerárquico o alzada), por lo que en el supuesto de solicitar una aclaratoria deben considerarse los plazos para interponer el recurso pertinente. Se deduce ante el mismo órgano que dictó el acto cuya aclaración se solicita.
- RECTIFICACIÓN DE ERROR MATERIAL (artículo 101, RNPA). Se trata de un remedio tendente a que el mismo órgano que dictó el acto administrativo rectifique los errores materiales o de hecho y los aritméticos de los que aquel adolece. Ello sin alterar lo sustancial de la decisión adoptada. Procede ante la existencia de errores materiales (numéricos, cuestiones aritméticas, error en

la transcripción de un nombre o apellido, etc.) que se encuentran plasmados en el acto administrativo. Optativo. Se deduce ante el mismo órgano que dictó el acto cuya rectificación se solicita.

6.18. LA DENUNCIA DE ILEGITIMIDAD: REQUISITOS, LEGITIMACIÓN.

Una vez vencido los plazos para incoar los recursos administrativos —que, como se anuncia, son perentorios, y no obligatorios, se insiste, como ocurre en el procedimiento administrativo— el particular pierde de manera automática el derecho a recurrir en el futuro. Sin perjuicio de esa consecuencia, con la finalidad de armonizar la perentoriedad de los plazos y los principios de informalismo, verdad material y la impulsión de oficio, en el artículo 1º, inciso e), apartado 6º, de la LNPA se recepta legislativamente el instituto de la DENUNCIA DE ILEGITIMIDAD.

Esa norma establece que la pérdida del derecho a interponer un recurso administrativo, por haber vencido el plazo fijado al efecto,

“no obstará a que se considere la petición como denuncia de ilegitimidad por el órgano que hubiere debido resolver el recurso, salvo que este dispusiere lo contrario por motivos de seguridad jurídica o que, por estar excedidas razonables pautas temporales, se entienda que medio abandono voluntario del derecho”.

En suma, la denuncia de ilegitimidad constituye una subsanación implícita de la extemporaneidad.

- Requisitos. Esa denuncia debe reunir como requisitos positivos, la existencia de un acto administrativo, estos es que debe dirigirse contra una declaración unilateral emitida por un organismo estatal o un ente no estatal, en ejercicio de la función administrativa. En lo atinente a los recursos administrativos que habilitan la denuncia de ilegitimidad, pueden ser considerados cualquier recurso 'tardíamente interpuesto', con excepción de la 'aclaratoria' y la 'queja'

por no constituir verdaderos recursos, siendo que no se dirigen a revocar o modificar actos administrativos. En lo relativo a la posibilidad de que se adopte en calidad de denuncia de ilegitimidad un recurso dirigido contra actos de alcance *general*, debe distinguirse si estos se impugnan directamente, en cuyo caso el 'reclamo impropio' no tiene plazo de interposición y, por ende, falta un presupuesto que posibilita la denuncia de ilegitimidad, o indirectamente, entonces si la denuncia de ilegitimidad es procedente. Asimismo, otro requisito lo conforma la existencia de un plazo de impugnación vencido, de lo cual resulta que sólo procede tramitar un recurso administrativo como denuncia de ilegitimidad cuando la irregularidad existente consiste en el vencimiento del plazo para su deducción. No procede, en cambio, cuando el recurso no reúne los recaudos exigibles o adolece de otras fallas. Es por ello que, como se ha dicho, la denuncia de ilegitimidad se encuentra supeditada a la admisibilidad formal del recurso tardíamente interpuesto, y en ese marco, en lo concerniente a su ejercicio, la denuncia de ilegitimidad opera como un 'sustituto del recurso extemporáneo' resultando exigible al particular los recaudos de legitimación requeridos para el recurso administrativo, esto es que puede ser deducida por aquellos que invoquen un derecho subjetivo o un interés legítimo. En carácter de requisito negativo debe contarse la facultad legal que ostenta la Administración para rechazar válidamente el trámite de denuncia de ilegitimidad al recurso extemporáneo, cuando existen fundadas razones de seguridad jurídica o el transcurso en exceso del tiempo. Se procura de esa manera evitar la tramitación como denuncia de ilegitimidad de un recurso por el cual se ha demostrado un marcado desinterés en función del cumplimiento de un lapso irrazonable contado desde el vencimiento para su interposición.

- El trámite de la denuncia de ilegitimidad. El trámite se inicia con la extemporánea deducción de un determinado recurso por parte del particular, y aún cuando no lo peticione de manera expresa, debiendo la Administración evaluar si corresponde o no, tramitarlo como denuncia de ilegitimidad. Así

dispuesto, por consistir en una cuestión jurídica con incidencia en los derechos subjetivos o intereses legítimos de la persona involucrada, el organismo de asesoramiento jurídico permanente debe dictaminar al respecto. Con ello, decidido el curso de la denuncia de ilegitimidad se constatará previamente la presencia de los requisitos precedentes. Frente a la inexistencia de aquellos deberá la Administración emitir un acto administrativo en el que desestime por motivos 'formales' la denuncia de ilegitimidad. Si, en cambio, los entiende reunidos deberá tramitar el recurso extemporáneo como denuncia de ilegitimidad. El acto administrativo que contiene la desestimación formal de la denuncia 'es susceptible de recursos administrativos' y, en su caso, de una 'impugnación judicial'. En cualquier caso, la impugnación deberá basarse, en contraposición de lo resuelto por la Administración, que sí concurren en el caso los recaudos positivos y negativos que le imponen a aquella la tramitación del recurso extemporáneo como denuncia de ilegitimidad. Si la denuncia de ilegitimidad resulta admitida formalmente, la Administración debe darle trámite, sin diferencias al curso de los recursos administrativos. Se debe garantizar el debido proceso, integralmente (series, y plazos). La violación del derecho de defensa generará la ilegitimidad del acto administrativo que se pronuncie sobre el fondo y, por ende, la posibilidad de su impugnación por el demandante. Finalizado el procedimiento que conlleva la denuncia de ilegitimidad, la Administración, a través del órgano competente para resolver el recurso extemporáneo, debe abocarse al análisis de la cuestión de fondo y pronunciarse en plazo legal en cuanto a la admisibilidad formal, o no, de la denuncia de ilegitimidad. Como principio, atendiendo que el vencimiento de plazos para recurrir hace extinguir ese derecho, el acto administrativo denegatorio por razones de fondo de una denuncia de ilegitimidad es irrecurrible administrativa o judicialmente¹²⁴.

¹²⁴ La Corte Suprema de Justicia de la Nación la que –si bien en un principio lo contrario [Fallos 195:276]– tiene dicho que “la decisión administrativa que desestima en cuanto al fondo un recurso extemporáneo tramitado como denuncia de ilegitimidad no es susceptible de ser impugnado en sede

6.19. LOS RECLAMOS ADMINISTRATIVOS.

Los reclamos administrativos —a diferencia de los recursos administrativos, que presuponen la existencia de un acto administrativo y la búsqueda de su revocación— principian con un pedido del particular a la autoridad administrativa que se satisface a través de la emisión de un acto que lo acoge. La Administración, en principio, *no se encuentra obligada* a tramitar ni a dictar resolución definitiva, salvo cuando quien reclama fuese titular de un derecho subjetivo o interés legítimo, tal acontece en los supuestos de ‘reclamo impropio’ o ‘reclamo administrativo previo’. En ese marco se distinguen:

- Los RECLAMOS INNOMINADOS, los cuales provienen de peticiones diversas a la Administración realizadas por aquellos particulares que invocan legitimación suficiente tendente a instar y obtener la rectificación de un hecho o conducta que produce efectos jurídicos. Esa reclamación, que aparece como un medio procedimental idóneo, se debe impetrar ante el órgano superior con competencia para agotar la vía administrativa, y proceden en tanto no se impugnen actos administrativos ni cuando correspondan los reclamos nominados.
- Los RECLAMOS NOMINADOS resultan específicamente reglados en el ordenamiento jurídico, tal el RECLAMO IMPROPIO (artículo 14, inciso a, LNPA), cuyo objeto lo constituye la impugnación de actos administrativos de alcance general o reglamento tendente a que el órgano administrativo emisor lo deje sin efecto antes de ser aplicado al impugnante, quien ostenta el carácter de

judicial porque, al haber dejado vencer el interesado el término para deducir los recursos administrativos, ha quedado clausurada la vía recursiva y, por ende, la posibilidad de agotar la vía administrativa, requisito insoslayable para la habilitación de la instancia judicial (artículo 23, inciso a, LPA)”, entendiéndose además que “sería claramente irrazonable otorgar el mismo efecto a la denuncia de ilegitimidad —que no es más que una impugnación tardíamente interpuesta— a un recurso deducido en término. Ello implicaría colocar en pie de igualdad al particular que se comporta en forma negligente respecto de aquel que actúa con diligencia para proteger sus derechos” (conf. Fallos 322:73).

titular de un derecho subjetivo y sea afectado de un modo actual o inminente. Se deben deducir ante el órgano que dictó el acto de alcance general, sin que exista un plazo legal al efecto, quien tendrá que resolverlo dentro del plazo establecido al efecto en el ordenamiento o en defecto en el plazo legal (artículo 10 LNPA, sesenta días). El acogimiento del reclamo por la Administración implicará que el órgano que dictó el reglamento lo revoque o dicte uno nuevo, con efectos *erga omnes*. Si, en cambio, es denegado expresa o tácitamente esa decisión es irrecurrible y agota la instancia administrativa, habilitando a la vez la instancia judicial hasta por el término de noventa días contados desde la notificación del acto negativo.

A cambio, en el supuesto de que un juez haga lugar a la ACCIÓN JUDICIAL DE NULIDAD DEL REGLAMENTO, ese efecto se limitará al promotor de la demanda, es decir, carecerá de efectos generales o *erga omnes*.

- El RECLAMO ADMINISTRATIVO PREVIO (artículos 30/32, LNPA) constituye un remedio por el cual el particular solicita a la Administración una determinada prestación de dar, hacer o no hacer. Su presentación no se sujeta a formas, más allá de la conveniencia del principio de congruencia. El reclamo debe ser dirigido al Ministro o Secretaría de Presidencia u órgano superior de la entidad autárquica, quien deberá resolver en noventa días y en defecto, el particular debe presentar 'pronto despacho', y después de treinta días sin respuesta quedará expedita la sede judicial para accionar. Tal se anuncia, el particular no pretende que se deje sin efecto acto administrativo ni particular ni general —impugnación comprendida por un recurso administrativo o un reclamo impropio, respectivamente—. La demanda no será de 'nulidad' sino, más bien, una típica 'demanda reclamativa' de una determinada prestación de dar, hacer, o no hacer, por la Administración. En ese sentido, el objeto de la demanda debe ser el mismo al planteado en el reclamo administrativo previo. Por fin, la LNPA dispone que no será necesario deducir reclamo administrativo previo contra el Estado cuando se repitiera el pago de

una ejecución o gravamen indebido, cuando se reclamen daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual, ni cuando implique un ritualismo inútil o lleve previsible denegación¹²⁵.

6.20. SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

El acto administrativo conclusivo de todo procedimiento administrativo continúa produciendo efectos, sin que la interposición por el particular de los correspondientes recursos administrativos o judiciales, suspendan la ejecución de aquel. Esa circunstancia reconoce su origen en la PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD Y LA EJECUTORIEDAD que revista el acto administrativo.

La presunción de legitimidad con que cuenta todo acto administrativo —es decir, toda declaración unilateral de voluntad ejercida en ejercicio de función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y directos—, presupone su arreglo a derecho, lo cual le confiere validez jurídica sin necesidad de proclamación por la jurisdicción judicial, diversamente a lo que acontece con los actos jurídicos privados. Constituye una presunción *iuris tantum*, que se pierde si se demuestra que el acto contiene alguna nulidad.

Es así que en cuanto a los alcances de la presunción de legitimidad, los actos administrativos no admiten descalificación por la sola manifestación de voluntad del particular, y se los considera válidos desde su nacimiento y hasta tanto se haya declarado judicialmente su 'ilegitimidad'.

La ejecutoriedad del acto administrativo se presenta como derivado de la presunción de legitimidad. En tanto, el acto administrativo se presume legítimo alcanza fuerza suficiente para ser ejecutado por la Administración sin la intervención o auxilio de los jueces. Ese carácter del acto administrativo no se suspende, y sigue

¹²⁵ CNFed. CA., Sala I, "Young", 15/3/2001; ídem "Ramos", 18/9/2001; ídem, Sala IV, "Bejarano", 30/10/2001; ídem "Adidas Argentina SA", 9/4/2002; ídem, "Morello", 10/6/2004; ídem, Sala V, "Chazarreta", 6/6/2001

produciendo efectos jurídicos desde su notificación, aún cuando el particular interponga contra él recursos administrativos o judiciales.

La excepción a esa regla surge en aquellos casos en los cuales la Administración no puede ejecutar los actos administrativos que dicta, y tal ocurre cuando una norma expresamente otorgue efectos suspensivos a un determinado recurso contra un determinado acto, o cuando una norma expresamente disponga que –aunque no medie recurso administrativo– la ejecución de determinados actos requiere la intervención judicial, o cuando –aunque no exista norma en el sentido citado– la naturaleza de los derechos [de rango constitucional] hace necesaria la intervención judicial.

La SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO impugnado (Artículo 12, LNPA), contando la presunción de legitimidad y de fuerza ejecutoria que imposibilita la suspensión por medio de recursos administrativos o judiciales, debe ser solicitada expresamente por el particular. Ese pedimento debe ser formulado al iniciarse o durante el tiempo en que tramite el recurso en sede administrativa, siempre con anterioridad a que recaiga resolución definitiva del recurso.

La Administración puede [de oficio o a pedido de parte] suspender la ejecución por razones de INTERÉS PÚBLICO, no del interés público genérico sino de un interés público ‘específico’ cuya singular trascendencia exige la EJECUCIÓN INMEDIATA del acto; o a fin de EVITAR PERJUICIOS GRAVES al interesado, no irreparables, sino imposibles de compensar los daños o reponer las cosas a su estado anterior; o cuando se invocare fundadamente una NULIDAD ABSOLUTA, con razonable grado de certeza o con verosimilitud del derecho postulado.

Si el pedido, en cambio, resulta rechazado por la Administración o no existe pronunciamiento en los diez días hábiles administrativos siguientes, el particular podrá formular ese pedido de la suspensión del acto mientras dure la tramitación del recurso ante la Administración, en sede judicial.

La SUSPENSIÓN EN SEDE JUDICIAL (Artículo 230 y ss., CPCCN), se trata por cierto de una MEDIDA CAUTELAR AUTÓNOMA que rige durante el procedimiento administrativo de impugnación y a fin de garantizar el cumplimiento de un eventual acto que revoque el acto administrativo impugnado; que tramita sin dependencia respecto de un proceso judicial principal, aunque ligada a un procedimiento administrativo en el que cursa el recurso administrativo interpuesto por el particular.

En lo demás, los tribunales han requerido, en cambio, los clásicos presupuestos de las medidas cautelares: (i) verosimilitud del derecho invocado por el particular¹²⁶; (ii) peligro en la demora; y, (iii) contracautela; y en algunos precedentes se han agregado: (i) existencia de perjuicios graves; y, (ii) que la medida cautelar no afecte el interés público¹²⁷.

De considerar reunidos los citados requisitos el tribunal dispondrá –como medida cautelar autónoma– la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado. Esa medida cautelar regirá hasta la conclusión del recurso administrativo deducido por el particular. Desde el rechazo del recurso administrativo la medida cautelar autónoma caducará automáticamente y, por ende, el acto administrativo impugnado, confirmado por la Administración, volverá a producir efectos.

Si el particular solicita judicialmente la anulación del acto administrativo que considera ilegítimo, puede –en oportunidad de deducir tal acción judicial o diez días antes¹²⁸– pedir nuevamente el dictado de una medida cautelar suspensiva de los

¹²⁶ CNFed. CA, sala IV, "Coelho, Guillermo I. E. c. EN (MOSP) s/ nulidad de resolución", 14/5/85; ídem Sala V, "Giardineri de Arturo Eladia c. Ministerio de Cultura y Educación s/ medida cautelar autónoma", 31/10/95. C.S.J.N.: "Obra Social de Docentes Particulares c/ Provincia de Córdoba", 15/2/94; "Espinoza Buschiazzo, Carlos A. c/ Provincia de Buenos Aires", 11/4/95, LL 1995-D, 199.

¹²⁷ CNFed. CA, Sala IV, "Metalúrgica Bellucci S.A. c. YPF", 13/6/91.; "Banco Comercial del Norte SA y otro c/ Banco Central s/ apelación res. 582/91", 9/10/92.

¹²⁸ CPCCN, artículo 207: "Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso, si tratándose de obligación exigible no se interpusiere la demanda dentro de los DIEZ (10) días siguientes al de su traba, aunque la otra parte hubiese deducido recurso. Las costas y los daños y perjuicios causados serán a cargo

efectos del acto administrativo que ataca. En ese supuesto se tratará una medida cautelar accesoria de un proceso judicial principal o de la acción judicial de nulidad, y no una 'medida cautelar autónoma' como la antes analizada.

6.21. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. DECRETO 10.254/58, DE SANTA FE.

Si bien es altamente justificada una posición crítica respecto al procedimiento administrativo que en particular se vincula con la vía previa y especial, que deben los ciudadanos seguir para reclamar al Estado, no es posible obviar el análisis precedente respecto de la legislación aplicable en el orden nacional, y el siguiente (Capítulo VII, *infra*), que comprende el Decreto 10.204 dictado el 16 de diciembre de 1958 y que desde entonces regula las actuaciones reclamatorias, en general, en el ámbito de la Administración Pública de la Provincia de Santa Fe.

Ese reglamento, que no difiere relevantemente del régimen estatuido por la LNPA, y el RNPA, resistió la reforma de la Constitución provincial de 1962, rigiendo con leves modificaciones desde su emisión y hasta el presente. Por él se establece el procedimiento a seguir en los conflictos suscitados entre las personas y el Estado provincial, con origen en hechos o actos administrativos. Abarca conflictos de naturaleza laboral —de la totalidad de las relaciones del empleo público—, de obras y servicios públicos, previsional, tributarios, y del ejercicio de las facultades de policía y, se debe destacar, es de 'obligatorio cumplimiento', insoslayable, para acceder a la justicia por medio del denominado proceso contencioso administrativo instituido por la ley 11.330.

No podría decirse del citado decreto si no que ha sido un instrumento útil al ordenar modos de reclamación frente al Estado y de éste, entendido ampliamente,

de quien hubiese obtenido la medida, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción del proceso; una vez iniciado éste, podrá ser nuevamente requerida si concurrieren los requisitos de su procedencia. Las inhibiciones y embargos se extinguirán a los cinco (5) años de la fecha de su anotación en el Registro que corresponda, salvo que a petición de parte se reinscribieran antes del vencimiento del plazo, por orden del juez que entendió en el proceso”.

en cuanto a reafirmar el PRINCIPIO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN que le debe a lo ciudadanos. No obstante, a tenor de los nuevos contenidos jurídicos que provienen de derechos de rango constitucional y de una sociedad cada día con un rol más demandante, surge la necesidad de encarar una reforma del régimen de procedimiento administrativo provincial.

Así, entre otras, y que, en general, serán abordadas en la conclusiones, no podría perderse de vista en una futura reforma el salto cualitativo que presupone el reemplazo del decreto acuerdo (de Ministros) 10.254/58 por una LEY, lo cual resultaría de la intervención de los PODERES EJECUTIVO Y LEGISLATIVO, involucrando en ese aspecto por antonomasia la representación ciudadana directa legitimando y dotando a un nuevo instrumento de mayor jerarquía normativa.

CAPITULO VII

EL PROCESO JUDICIAL ADMINISTRATIVO. ELEMENTOS ORGÁNICOS. COMPETENCIA ADMINISTRATIVA

7.1. EL PROCESO ADMINISTRATIVO.

El proceso administrativo, comprendido en el proceso judicial, puede decirse, que participa de las implicancias del concepto que unifica los procedimientos que atañen a las diversas instancias que se presentan en el Poder Judicial a fin de garantizar condiciones igualitarias de defensa, 'con todos', como se desarrollará más adelante.

No obstante, se debe reseñar que mientras un sector de la doctrina que estudia el derecho procesal desconoce la existencia del derecho procesal administrativo, tal la postura de Lino Enrique Palacio al sostener, que: .

"... en el derecho positivo argentino... cabe reconocer a dos tipos de procesos judiciales -el civil y el penal- suficiente autonomía como para justificar la existencia de sendas ramas del Derecho Procesal... que [aunque] ambos procesos presentan elementos comunes que legitiman la construcción de una teoría general del proceso, la contraposición existente entre los principios básicos que, en general, informan a uno y otro, y que son el resultado de la distinta índole de los intereses comprometidos en ellos, no admite su tratamiento científico conjunto (...) y además, que: "... en nuestro sistema jurídico tampoco cabe reconocer autonomía... [al] Derecho Procesal Administrativo, no [siendo] computable a esa disciplina, el hecho de que en nuestro sistema jurídico, la materia 'contencioso administrativa' sea resorte de los tribunales judiciales, así como tampoco el de que existan códigos específicamente destinados a regir los procesos relativos a dicha materia, pues los principios generales del Derecho Procesal Civil no sufren en aquellos procesos, alteración sustancial alguna..."¹²⁹,

en otro sector de la doctrina, en contrario, surgen posiciones que propician la comprensión del Derecho Procesal Administrativo como una 'disciplina autónoma'.

¹²⁹ Palacio, Lino E, *Derecho Procesal Civil*, Abeledo Perrot, B.A., 1977, T. 1 pp. 18-20.

Tal es el caso de Tomás Hutchinson, entre otros autores, quien ubica el proceso administrativo como uno de los aspectos procesales centrales, junto a otros específicos del derecho administrativo. Esta perspectiva toma en cuenta – justificadamente- la reducción de los niveles de incertidumbre generada por la mayor y cada día creciente complejidad de las relaciones jurídicas¹³⁰.

Ahora bien: corresponde señalar que el proceso administrativo, controversialmente denominado Proceso Contencioso Administrativo¹³¹, comprende aquella circunstancia en la cual la Administración, como parte, es sometida o somete a otra parte a juicio ante un órgano imparcial, independiente, supraordenado respecto a los contendientes, permanente e instituido por el Estado para dirigir el proceso, declarar el derecho o restituir una situación jurídica vulnerada u ordenar a una parte la satisfacción de la pretensión de la otra parte. De esta manera, en el proceso se destaca la presencia del órgano judicial a cargo del examen jurídico de las pretensiones presentadas por las partes, de proporcionar la satisfacción jurídica de esas pretensiones ajustadas a derecho, y una vez ejecutada la decisión judicial que sea en forma definitiva y compulsiva. La función descrita, connotada de manera directa al ejercicio del poder que monopoliza el Estado, evita la primitividad de otras formas de justicia.

El concepto de PROCESO ADMINISTRATIVO ha sido denominado, como se señalara antes, de diferentes modos. Así, en el derecho francés se designa como

¹³⁰ Hutchinson; *Derecho Procesal Administrativo*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, T. I, pp. 25 y ss.

¹³¹ “La expresión contencioso-administrativo expresa una contradicción, que sólo se justifica por los motivos que concurrieron a su origen, pues se pretendía para la administración funciones como la de la justicia...” (Fiorini, Bartolomé; *Qué es el contencioso*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 65). Concerniente a esa dilemática nominación cabe indicar su origen como derivación de la Revolución Francesa disponiendo a través de las leyes de la Asamblea Constituyente de 1789 y 1790, que el juzgamiento de la Administración resultó excluido de la esfera de los órganos judiciales, y sometida, en una primera etapa, al ‘ministro-juez’ para resolver conflictos con particulares previo dictamen del *Consejo de Estado*, pasando luego esa resolución al citado Consejo de Estado y a los *Consejos de Prefectura*, más tarde *Tribunales Administrativos* (1953) y *Tribunales de apelación el contencioso administrativo* (1983); y, en una segunda etapa, aquel juzgamiento se somete a órganos de origen administrativo que no integran la Administración (*vide* Hutchinson, *ib.*, T. I, p. 30).

'contencioso administrativo' y en el derecho español como 'justicia administrativa', con un alcance actual más diverso.

Más allá de la selección del nombre con que se refiere, este concepto debe entenderse *DIRIGIDO A LA RESOLUCIÓN DE AQUELLOS CONFLICTOS EN QUE INTERVIENEN DERECHOS SUBJETIVOS O INTERESES LEGÍTIMOS DE LOS PARTICULARES QUE HUBIEREN SIDO AFECTADOS POR UNA DECISIÓN ADMINISTRATIVA, HACIÉNDOSE EXTENSIVO INTEGRATIVAMENTE AL CONFLICTO JURÍDICO EN EL CUAL LA ADMINISTRACIÓN ES PARTE Y SIENDO NECESARIO DIRIMIR TAL CONFLICTO, EN LO FUNDAMENTAL, EN EL CAMPO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.*

De tal manera, que abarque el conflicto jurídico entre la Administración y el particular suscitado en un acto, en un contrato, o en un reglamento administrativo, de alcance particular o general, y en hechos administrativos, y también, considerando los aspectos procesales, a los procesos de amparo, expropiación, apremios y de otras competencias más o menos limitadas, según confieren las normas de la nación o provinciales.

7. 2. ELEMENTOS DE LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO.

La pertenencia del PROCESO ADMINISTRATIVO EN EL PROCESO JUDICIAL, y en el mundo jurídico, determina desarrollar el origen constitucional del Poder Judicial y, por consiguiente, de los elementos organizacionales que corresponden a esa jurisdicción. De tal manera, como es conocido, la Constitución Nacional organiza el gobierno de la Nación a través de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial; y en el ámbito de sus competencias, cada uno cumple con la función de gobernar sin interferencias y sólo el menoscabo de derechos, declaraciones o garantías constitucionales autorizan la intervención de los jueces.

De ello se sigue que la actividad de la justicia está dirigida a garantizar la supremacía de la Constitución y el funcionamiento del gobierno en el marco de las

atribuciones que aquélla le ha concedido, sin entorpecer el ejercicio de las facultades de los otros poderes y antes bien, de contribuir en beneficio de la sociedad.

El artículo 5 de la Constitución Nacional prescribe: *“Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo estas condiciones, el gobierno federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus funciones”*.

La anunciada garantía denota una doble garantía de supremacía constitucional a favor del Estado federal, para hacer prevalecer la Constitución Nacional y los principios del artículo 5, y a favor de las provincias, a fin de impedir que ningún poder EXTRACONSTITUCIONAL las pueda avasallar (artículo 31, Constitución Nacional). Asimismo, connota ambas caras de esa supremacía federal al reglar la INTERVENCIÓN FEDERAL por parte del *“gobierno federal en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno...”* (artículo 6, Constitución Nacional).

7.2.1. LA JURISDICCIÓN. ACEPCIONES.

El lenguaje jurídico acuerda al vocablo ‘jurisdicción’ diversos significados. Desde un punto de vista técnico, el más destacable considera la JURISDICCIÓN, junto con la ‘legislación’ y la ‘administración’ —asignadas al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, respectivamente—, como una de las funciones del Estado. Desde esa perspectiva, se concibe como la función mediante la cual los órganos judiciales del Estado ‘administran justicia’ en los casos de litigio.

Además, la acepción presenta otras particulares, a saber:

- Denota límites territoriales, en los cuales los órganos del Estado ejercen sus funciones específicas; sean judiciales (competencia territorial de los jueces) o administrativas (circunscripción asignada a una seccional policial, o de una oficina del registro civil, etc.).
- Reconoce legalmente la aptitud o capacidad a un juez o tribunal en determinada categoría de pretensiones o de peticiones.
- Poder de los órganos estatales sobre los ciudadanos (jurisdicción del parlamento, tribunal de justicia o entidad administrativa).

7.2.2. CLASIFICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN.

La clasificación de las jurisdicciones admiten criterios diferentes a saber:

- Genéricamente, desde el punto de vista del 'órgano facultado para decidir', se distinguen las jurisdicciones:
 - Administrativa: cuando el Estado aplica sanciones a los ciudadanos o funcionarios o agentes de la propia administración, o interviene en el conocimiento de reclamaciones y recursos promovidos por las mismas personas, con el objeto de asegurar la legitimidad en ese ámbito. Las decisiones, con excepción de aquellas que se ejercen y agotan privativamente en la Administración (v.gr. la jurisdicción militar, que comprende los delitos y faltas contemplados en el Código de Justicia Militar), son revisables por los jueces y tribunales de justicia.
 - Judicial: la que despliega el Poder Judicial conforme a la competencia asignada por las leyes para conocer de conflictos suscitados entre personas, o entre personas y el Estado en su carácter de poder público, cuando en ejercicio de facultades regladas afecta un derecho subjetivo del ciudadano, comprendido por el derecho administrativo o "en ciertos casos

y sólo en parte... [cuando] el objeto del acto está alcanzado parcialmente por el derecho privado”¹³².

- En lo concerniente a la 'jurisdicción judicial', la coexistencia del Estado nacional y de los Estados provinciales, atinente al sistema de gobierno adoptado y plasmado en la Constitución, y conforme al poder político del que emanan las atribuciones de administrar justicia, permite observar la siguiente división:
 - Jurisdicción nacional: se originan en el poder del Estado nacional (artículos 108/119, Constitución Nacional).
 - Jurisdicción provincial: ejercida por jueces y tribunales provinciales que emanan de las respectivas autonomías provinciales (artículos 5 y 123, Const. Nacional; artículos 83/97, Const. Provincial de Santa Fe).

7.2.3. LA JURISDICCIÓN JUDICIAL: FUNCIÓN Y ELEMENTOS.

Todo acto cumplido por un juez o tribunal de justicia resulta de **JURISDICCIÓN JUDICIAL** cuando reúne los siguientes elementos:

- La intervención de un **ÓRGANO TERCERO IMPARCIAL** ajeno al conflicto. Cabe destacar que esa circunstancia rige por razones axiológicas en la esfera de la jurisdicción judicial; se encuentra ausente en aquellos supuestos en que interviene la Administración imponiendo sanciones de esa naturaleza, en tanto no se halla prevista la actuación de un órgano acusador, diferenciado al órgano habilitado para imponer la sanción.
- La observancia de determinadas formas previas a la decisión que garanticen efectivamente el **DERECHO DE DEFENSA**. Esas formas responden también a

¹³² Balbín, Carlos Francisco, *Curso de derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. II, p. 21 y siguientes.

consideraciones axiológicas, y cuentan incluso con respaldo constitucional (artículo 18, Constitución Nacional, y artículo 9, Constitución Provincial Santa Fe).

- El efecto de COSA JUZGADA atribuible a la respectiva decisión. Dicho estado, si bien no conforma un criterio pacífico —así, para algunos la cosa juzgada pertenece a la esencia de la jurisdicción, y para otros que son razones de oportunidad, consideraciones de utilidad social, las que hacen poner término a la investigación judicial, y tratar la sentencia como una ley irrevocable para el caso concreto—, sí se le reconoce concordantemente un efecto necesario al determinar una cierta estabilidad jurídica.

En ese orden importa señalar que *“siempre que medie un conflicto entre particulares, o entre particulares y el Estado, referente a derechos subjetivos privados de aquellos, o se encuentre en debate la aplicación de una sanción penal, la intervención de un órgano judicial resulta constitucionalmente ineludible”* (artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional). De tal exigencia se desprenden, además, los siguientes elementos a tener en consideración:

- La garantía de defensa en juicio, que implica el derecho de los ciudadanos para ocurrir a un órgano judicial con el propósito de obtener la protección de los derechos que se estiman amenazados o lesionados.
- La prohibición al Presidente de la República de ejercer funciones judiciales y, correlativamente, de los funcionarios y demás órganos de la Administración.
- Esa prohibición constitucional no es absoluta; fundada en la complejidad de las funciones asignadas y en la necesidad de hacer más expedita la tutela de los intereses públicos, se admite desde la jurisprudencia la actuación de los órganos administrativos con atribuciones para decidir asuntos de la mencionada índole pero siempre sujetas al control judicial suficiente —el cual permite la revisión del procedimiento en una instancia judicial ulterior y según

las modalidades que cada situación jurídica ofrezca—.

- Tales principios no rigen al mediar un acto preexistente de adhesión, aceptación o sometimiento a un órgano administrativo ajeno al poder judicial.

Por último, se registra el concepto de **JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**. Así se designa, tradicionalmente, a la función que ejercen los jueces con el objeto de integrar, constituir o acordar eficacia a ciertos estados o relaciones jurídicas privadas. No trata asuntos contenciosos, sino voluntarios, no contradictorios; sin perjuicio de que sus efectos puedan derivar en una contienda de donde se sigue la conveniencia que ciertos actos de particulares cuenten con una previa comprobación o fiscalización. No existe conflicto a resolver. Tampoco partes, sino 'peticionantes' o 'pretensores' o 'solicitantes'. No existe bilateralidad y los jueces emiten declaraciones basados en elementos de juicios unilateralmente aportados por el peticionario o los peticionarios.

7.2.4. CARACTERES GENERALES DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.

La función judicial presenta las siguientes características generales que se detallan y algunas de las consecuencias que se vinculan, a saber:

- El deber de comprender, tanto la facultad del juez o tribunal de decidir sobre asuntos sometidos a su conocimiento, como el deber de administrar justicia en un caso concreto cuando le sea requerido. Se trata de un PODER-DEBER. Corresponde distinguir que en la JURISDICCIÓN CONTENCIOSA, basta que se invoque ante un juez o tribunal la existencia de un 'conflicto' y que concurren los requisitos de admisibilidad de la pretensión, para que se produzca la intervención judicial. En tanto, en el ámbito de la JURISDICCIÓN VOLUNTARIA la intervención judicial corresponde cuando existe una ley expresa que lo autorice.

- El de ser ejercida por órganos independientes, que integran el poder del Estado de manera autónoma con relación a los otros poderes. Sólo las normas jurídicas determinan el obrar judicial.
- El de ser indelegable. En razón de las aptitudes requeridas para desempeñar el cargo de juez. La excepción la constituyen razones de competencia territorial, que determinan comisionar a otros jueces el cumplimiento de alguna diligencia. El juez es el aplicador del derecho. Su rol, proveniente del conferimiento de la autoridad del Estado para administrar justicia o de ejercer la jurisdicción de acuerdo a las leyes, lo faculta para dirigir el proceso y a través del conocer, interpretar, valorar, deslindar, estipular y adjudicar o dictar sentencia, cuya implicancia es la creación de un acto o norma individual, con el fin de dirimir una contienda u homologar un estado jurídico legalmente autorizado, y, por fin ejecutar, garantizando el honor, la vida y los bienes de los ciudadanos. El juez, quien cumple los requisitos legales y constitucionales, ha sido investido del poder de juzgar en determinada relación con la materia, cuantía, grado, valor y territorio, ostentando competencia objetiva y subjetiva respecto del caso; es decir, le debe corresponder su atención y no deben existir impedimentos causantes de su excusación o recusación.

7.2. 5. LA COMPETENCIA. NOCIONES.

Los órganos judiciales se caracterizan, frente a los restantes órganos del Estado, por el hecho de encontrarse investidos de la potestad consistente en satisfacer las pretensiones o peticiones extracontenciosas que pueden constituir el proceso. Esa potestad es única y privativa de cualquier órgano judicial; no obstante, tres circunstancias imponen la necesidad de distribuir el ejercicio de la función judicial, a saber:

- Extensión territorial del Estado.

- Diversa índole o materia, e importancia económica.
- Posibilidad de reexamen en instancias superiores.

La necesidad de distribuir el trabajo entre los distintos órganos judiciales determina la formulación de reglas legales tendentes a satisfacerlas, y posibilitan definir a la competencia como: *“la capacidad o aptitud que la ley reconoce a cada órgano o conjunto de órganos judiciales para ejercer sus funciones con respecto a determinadas categoría de asuntos o durante una determinada etapa del proceso”*¹³³.

Tal noción es consustancial a la idea de potestad judicial; una vez establecida de acuerdo con normas legales, los órganos del Estado están facultados para entender en pretensiones o peticiones extracontenciosas. Las ‘reglas de competencia’ fijan cuál de dichos órganos debe conocer en el asunto, con exclusión de los demás. La competencia se presenta, en ese orden, como *“la medida de la jurisdicción”*¹³⁴.

La competencia constituye un requisito extrínseco de admisibilidad en todo proceso. Si un órgano judicial carece de aquella aptitud, será incompetente para pronunciarse sobre la cuestión sometida a su jurisdicción.

7.2.6. CLASIFICACIÓN DE LA COMPETENCIA.

La distribución de la potestad judicial entre los distintos órganos responde a las circunstancias referidas anteriormente, apareciendo los siguientes criterios:

- Territorial. Atiende la problemática geográfica del territorio, al que divide en ‘circunscripciones judiciales’ y se asigna el conocimiento de los asuntos a los órganos más próximos al lugar que se encuentra ubicado algunos de los elementos de la pretensión o petición que constituye el objeto del proceso. Se

¹³³ Palacio; ib., tomo II, p. 366.

¹³⁴ Palacio; ib., p. 367.

trata de la aproximación entre la sede del órgano y el lugar de los hechos facilitando la etapa probatoria. El doble orden judicial instituido por la Constitución Nacional determina las competencias ordinaria y federal, las cuales representan manifestaciones de la autonomía de las provincias y soberanía de la Nación.

- **Objetivo.** Tiene en cuenta la naturaleza jurídica de las cuestiones debatidas en el proceso y, por otro lado, el valor del objeto litigioso; lo cual establece las 'reglas de la competencia' que distribuyen el conocimiento de las causas en el aspecto cualitativo –competencia en razón de la materia- y cuantitativo –competencia en razón del valor-.
- **Funcional.** Contempla las diversas etapas que componen todo proceso y la posibilidad que en ellas intervengan un órgano distinto y adecuado. En nuestro sistema jurídico, ese criterio se presenta en la división del proceso en distintas instancias, y la consecuente fijación de reglas atributivas de competencia por razón de grado.
- Se distingue, también, la competencia personal. El artículo 116 de la Constitución nacional determina la competencia federal en asuntos donde se encuentren implicados diplomáticos, litigios entre provincias o entre una de ellas y vecinos de otras, o vecinos de distintas provincias, o con un Estado extranjero. En la provincia de Santa Fe el artículo 93, incisos 3 y 7 de la Constitución provincial le confiere competencia original a la Corte Suprema local en los juicios de expropiación deducidos por la Provincia, y por responsabilidad de magistrados judiciales. También en razón de los sujetos implicados se establece una competencia de 'menores'. Otro supuesto, lo constituye la competencia en los procesos contencioso administrativos impetrados por los municipios contra la Provincia (artículo 2, ley 11.330).

7.2.7. EL PROCESO JUDICIAL. ACEPCIONES.

El PROCESO constituye un conjunto de actos necesarios, en cada caso, para obtener la decisión de un caso concreto por parte de determinados órganos. El término JUICIO significa la existencia de una controversia o, por lo menos, de un conflicto entre partes; en cambio, la palabra PROCESO denota tanto aquellos casos en los que media conflicto pero no controversia (v.gr. el proceso en rebeldía), denominados procesos contenciosos, como aquellos en los que no existe conflicto, tal como acontece en los denominados procesos de jurisdicción voluntaria o voluntarios.

Por otra parte, el PROCEDIMIENTO se configura con cada etapa o fase del proceso. Así, al procedimiento de primera instancia puede seguir, en el caso de apelación, un procedimiento de segunda instancia, en cuyo caso el proceso se integra con dos procedimientos; o por el contrario, puede contener menos de un procedimiento si se extinguiera con anterioridad al pronunciamiento o sentencia de primera instancia, la cual, ordinariamente y en un proceso contencioso, es precedida por la demanda, contestación de demanda, etapa probatoria y la formulación de alegatos.

Se dice que *“para distinguir mejor entre proceso y procedimiento se puede pensar en el sistema decimal: el procedimiento es la decena; el proceso es el número concreto, el cual puede no alcanzar la decena o bien comprender más de una”*¹³⁵.

7.2.8. ELEMENTOS DEL PROCESO.

Los elementos que componen todo proceso pueden ser clasificados en la siguiente forma:

¹³⁵ Véase Carnelutti, *Instituciones*, “en” Palacios, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Abeledo Perrot, B.A., 1977, tomo I, p. 227.

- Subjetivo: representado por las personas facultadas para iniciarlo, impulsarlo, extinguirlo y decidirlo. A la vez, se distinguen:
 - sujetos primarios que, según se trate de procesos contenciosos, son:
 - el órgano judicial, como titular del poder público que ostenta un plano supraordinado al imponer, a través de actos de creación normativa individual —la sentencia— determinadas conductas y utilizar para ello en forma lícita la coerción;
 - las partes; el actor, quien formula la pretensión que debe ser satisfecha por el órgano, y el demandado, la persona a quien se le formula dicha pretensión. Ambos se encuentran por debajo del órgano judicial, aunque en una posición jerárquicamente igualitaria, --en 'procesos voluntarios', los sujetos primarios existen, también en una relación infraordenada con respecto al órgano, como uno o más peticionarios-;
 - sujetos secundarios, que son personas requeridas para el cumplimiento integral de las funciones procesales, y actúan en el proceso como 'auxiliares' del órgano —secretarios, oficiales de justicia, peritos, etcétera— o de las partes o peticionarios —abogados, procuradores—.
- Objetivo: puede hallarse constituido por una 'pretensión' o por una 'petición extracontenciosa', según que la intervención del órgano sea llamada para resolver un conflicto o para constituir, integrar o acordar eficacia a una relación jurídica. Se sigue de ello que la pretensión y la petición extracontenciosa configuran el objetivo, respectivamente, del proceso contencioso y del proceso voluntario. La pretensión, especialmente en el proceso de los denominados derechos privados —civil, comercial, etc.—, versa sobre una relación o estado de derecho material que, por lo general, no trasciende el interés privado de las partes; de allí que el actor pueda 'desistir'

de su pretensión o 'renunciar' al derecho invocado mediante ella, el demandado allanarse a la pretensión ejercida por el actor, y ambas partes 'transigir'. Con excepciones, al intervenir cuestiones de orden e interés público, también es posible recurrir en algunas de las materias que componen el derecho administrativo a esos medios conclusivos. Esta disponibilidad que las partes tienen sobre sus derechos subjetivos, aun cuando el Estado es parte, es lo que en mayor medida separa el proceso civil del proceso penal.

- Actividad: finalmente, comprende el conjunto de actos que los sujetos procesales deben cumplir, desde el comienzo del proceso hasta la decisión que le pone fin.

7.3. LA COMPETENCIA ADMINISTRATIVA JUDICIAL.

7.3.1. ADMINISTRACIÓN Y JUSTICIA.

La protección de los derechos individuales despierta en las personas un doble interés, frente a sus semejantes y, mayormente, frente los actos del poder administrador, el Estado, quien manda, ordena, restringe, impone deberes y monopoliza la coacción. De ello se sigue que al Estado se le demanda garantizar la seguridad individual —física, civil, laboral, económica, entre otras— y, sobre todo, jurídica, que pudieran implicar cualquier violación o menoscabo de derechos sea que provengan de terceras personas o cuando es el Estado el causante del agravio.

Cuando un proceder antijurídico agravia, causa un perjuicio, o suscita un conflicto, es necesario que el Estado, a quien la sociedad le asignó el rol de aplicar el derecho objetivo, brinde los medios para dirimir y restablecer el derecho vulnerado, sin distinción, frente a terceras personas, y al Estado y sus agentes. La evolución lógica del derecho ha producido la JURIDIZACIÓN de la Administración Pública lo que se evidencia en la aceptación de la REVISIÓN JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. Esta situación, que encuentra su origen a partir del primer tercio del siglo pasado, le otorga mayor dimensión y capacidad de intervención en la sociedad,

lo que presupone mayores riesgos de lesionar los derechos de las personas y la necesidad simétrica, entonces, de un incremento en el sistema de control judicial.

A esto debe agregarse la existencia de nuevos intereses protegidos por el derecho que resultan de una concepción diferente del Estado, del diferente protagonismo de los individuos en la sociedad, y que obligan a un replanteo permanente, orientado a generar mecanismos de garantía más adecuados. Estos tenderán a abortar y reparar las arbitrariedades que han provenido o puedan provenir del Estado, encuadrado, con el advenimiento del constitucionalismo moderno, en el ordenamiento normativo, que reconoce la preexistencia de los derechos subjetivos de los individuos, y establece el remedio jurisdiccional como forma de corregir las desviaciones del poder público.

El sometimiento de la Administración Pública al derecho es uno de los postulados fundamentales del Estado de Derecho, al punto que no existiría allí donde los ciudadanos carecieran de medios jurisdiccionales impugnativos de los actos antijurídicos, y que tornen inoperativas las declaraciones de derechos y garantías constitucionales, en general, y contra los actos del Estado, en particular. La limitación de facultades de la Administración y la existencia de un órgano independiente que revise los actos apartados de la legalidad, causal de agravios, del poder administrador, son dos presupuestos indiscutidos en la modernidad, y también de compleja instrumentación cuando deben debatirse los intereses protegidos por el derecho, hasta dónde debe llegar la revisión y cuál es el órgano facultado.

Esta complejidad del derecho administrativo, a diferencia de lo que acontece en otras ramas del derecho, no debiera ser si se tiene en cuenta la importancia la defensa de los derechos individuales intervenidos. Sin embargo, este fenómeno se registra debido a la dispersión de la legislación administrativa, el difícil acceso a su conocimiento y vigencia, y a una doctrina que dirigió mayormente sus esfuerzos a los diversos sistemas de lo contencioso administrativo extranjeros, los cuales, si bien contribuyeron científicamente, demoraron el desarrollo de un sistema de revisión

judicial de la actividad administrativa con principios y presupuestos más adecuados a la realidad jurídico-político y social local.

Los efectos de esa complejidad pone en evidencia una concepción del Estado y un sistema jurídico imperativo en los cuales, con base en normas de grado inferior, se incumplen normas jerárquicamente superiores. Esto hace necesario reivindicar, desde el campo de la teoría de la justicia, la impronta que postula el *jus gentium*, que se encarga de reglar una dimensión mayor e indesechable para la consecución de organizaciones democráticas, estrategia dirigida a superar, entre otros aspectos, el ABSOLUTISMO BENIGNO que, aun cuando reconozca derecho lo hace de manera desordenada y negativamente¹³⁶, abortando la función transformadora que el Derecho esta llamado a cumplir en las sociedades actuales.

7.3.2. NATURALEZA DE LA REVISIÓN JUDICIAL. PRINCIPALES CRITERIOS JURÍDICOS.

Con el fin de salvar cualquier connotación, aun de tipo semántica, respecto del CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD, es preciso destacar que ‘juzgar’, es decir el derecho en el caso controvertido, consiste en resolver contiendas de intereses entre partes. ‘Controlar’, en cambio, significa genéricamente intervenir en el obrar de otro ejerciendo una autoridad de mando o de preponderancia jerárquica.

La justicia juzga a la Administración, mas no la controla. Es así que cuando la justicia decide en un pleito promovido contra la Administración y declara la ilegitimidad, su función es resolver la contienda generada en el agravio producido por el acto administrativo impugnado, o por un comportamiento ilegítimo particular, con garantía del debido proceso —pretensiones y defensas articuladas, y pruebas aportadas— a fin de hacer asequible un marco cognoscitivo satisfactorio y, a la postre, sustentatorio del pronunciamiento.

¹³⁶ Rawls, Jhon, *El derecho de gentes, y “Una revisión de la idea de razón pública”*, Paidós, trad. Hernando Valencia Villa, Barcelona - Buenos Aires, 2001, pp. 14 y concordantes.

Cabe distinguir, en los ordenamientos normativos no concentrados, que en la hipótesis del litigio que alcanza a un acto administrativo individual en materia de agravio, si corresponde la declaración de ilegitimidad, comprenderá sólo a ese acto. Si el acto tuviere un alcance general, o particular con alcance de pluralidad de sujetos pasivos, la sentencia no invalidará el acto administrativo ilegítimo en general, sino que comprenderá la invalidez o la inaplicación al caso. En tanto, el reglamento o el acto pluripersonal, mantendrá su vigencia respecto de aquellas personas que no lo impugnaron judicialmente. Esas circunstancias asemejan la cuestión a la declaración de inconstitucionalidad de las normas, aplicable sólo al caso fallado; lo cual identifica el sistema de CONTROL DIFUSO.

Es lo que acontece cuando en la justicia se acoge la pretensión de un particular dirigida a que la Administración efectúe una prestación determinada o se abstenga de realizar cierta conducta. Los jueces no ejercen control alguno, resuelven contiendas entre las partes cuyo objeto lo constituyen prestaciones o abstenciones. No obstante, si bien el derecho administrativo avanza en la juridización y en un creciente predominio del principio procesal dispositivo que posibilita al juez no atender la pretensión —por defectuosa, insuficiencia de pruebas, modo negligente o imperito de articular la nulidad, siendo la cuestión de hecho y pruebas— aún si entendiere el acto como ilegítimo o el comportamiento como antijurídico, no puede perderse de vista que con la constitucionalización del principio *iure novit curia* -por extensión a la acción de amparo- dirige a la adjudicación a suplir el derecho erróneo o no invocado.

Esa impronta constitucional, que confronta el crítico método de la DECISIÓN MÍNIMA, lejos de elidir el principio dispositivo procesal lo fortalece en la medida en que conforma una dimensión de mayor accesibilidad a la jurisdicción y a la tutela judicial. Además, pone en evidencia que cuanto mayor calidad alcanza la democracia más se incrementa la intervención judicial, a fin de restaurar principios y normas constitucionales que aparezcan lesionados. El Poder Judicial no sólo resuelve el conflicto sentenciando en el caso concreto y con alcance particular,

decidiendo sobre derechos o intereses de las partes protegidas por el derecho objetivo, cuya lesión constituye el agravio objeto del juicio, sino que, producto de la reforma constitucional de 1994, los fallos emitidos en defensa de derechos de incidencia colectiva pueden alcanzar efectos *erga omnes*.

Resolver pleitos no es controlar a la Administración: “...cuando una sentencia declara la nulidad de un acto administrativo, es necesario que la Administración dicte un nuevo acto para cumplir con la decisión judicial. La sentencia no reemplaza, ni sustituye, ni modifica el acto administrativo...”¹³⁷. Si no se cumpliera la sentencia deberá pedirse su ejecución, de lo contrario la anulación alcanzaría el grado de una mera declaración de derecho. Los fallos judiciales restablecen la legalidad; la intervención y función del órgano jurisdiccional se dirige a conocer y decidir pretensiones materiales administrativas, implicando la revisión judicial de la actividad administrativa.

En ese sentido, corresponde distinguir un primer criterio que interpreta que la jurisdicción, en materia administrativa, tiene un carácter 'revisor' y, por tanto, es función del tribunal juzgar la legalidad del acto administrativo dictado como resolución, previamente originado en la reclamación o en el procedimiento determinado por ante la Administración. Cuando se le otorga al silencio una calidad denegatoria, el acto administrativo conclusivo, o provocado o sustituido, constituye el objeto del proceso judicial, el cual deberá coincidir con la pretensión ejercida en el orden administrativo; siendo la condición de aquella preexistencia la que lleva a titular la acción como 'recurso'.

En este sistema se reconocen una matriz de tipo histórico, más que jurídica, con influencias del ordenamiento francés en el cual los recursos contenciosos o administrativos contra las decisiones de los funcionarios o agentes de la Administración, eran juzgados por la Administración a través del ministro. La figura del 'ministro-juez' fue abandonada; sin embargo se mantuvo la regla de la decisión

¹³⁷ Luqui, Roberto Enrique, *La revisión judicial de la actividad administrativa*, Astrea, B.A., 2005, t. I, pp. 141 y concordantes.

previa y, en otras legislaciones, ampliada a la determinación de la materia litigiosa, instancia conciliatoria y autotutela de la Administración.

La regla de la decisión previa y el carácter revisor de la justicia contenciosa administrativa, no exentas de críticas por la moderna doctrina¹³⁸, fueron adoptados en varios países y en Argentina por algunas provincias. Esta regla exige de modo excluyente el 'agotamiento de la vía administrativa', ya sea por medio de una decisión expresa, provocada, o sea de manera tácita o presunta tal como se establece para la provincia de Santa Fe, entre otras. Este último presupuesto se conforma al transcurrir un determinado plazo de inactividad procedimental o de ausencia de aquella decisión, y constituye una 'denegación'.

Como segundo criterio, en el orden nacional impera el principio general de agotamiento de las vías administrativas, es decir, cuando un particular impugna cualquier decisión estatal primeramente deberá hacerlo ante la Administración y sólo después ante el juez. Ese recaudo no determina para el juez el rol de revisor del procedimiento administrativo, ya que el límite judicial lo conforma el objeto o la pretensión del interesado. El juez deberá atender las pretensiones presentadas ante la Administración, maguer no está constreñido en las cuestiones de hecho o derecho, las probanzas o las prestaciones conexas, por el planteo o no en el trámite administrativo.

En el marco descrito un tercer criterio aparece postulando un principio contrario a los anteriores: el no agotamiento de la vía. Esa ausencia posibilitaría —o posibilita, según los defensores de la teoría— el libre arribo de las personas a la jurisdicción judicial "*por aplicación del criterio constitucional de acceso y control judicial oportuno...*"; tal como acontece en el régimen jurídico de la Ciudad de Buenos Aires¹³⁹. Desde esa última postura se interpreta que los criterios precedentes —exigiendo la decisión previa o sus variantes, o el agotamiento de las

¹³⁸ García de Enterría, *Curso de derecho administrativo*, t. II, pp. 574 y ss.; Nieto, *La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo*, RAP, n^o 55, pp. 65 y ss.; entre otros.

¹³⁹ Véase Balbín; ib., T. II, p. 663.

vías administrativas— constituyen situaciones de privilegios a favor del Estado de carácter exorbitante en comparación con el derecho privado.

7.4. IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

7.4.1. EL RÉGIMEN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS PARTICULARES.

Los recursos administrativos judiciales proceden, en principio, contra los actos administrativos de alcance particular, más precisamente, definitivos o de mero trámite, que lesionan derechos subjetivos o intereses legítimos. No comprende esa actividad recursiva los actos de la Administración de carácter preparatorios, informes o dictámenes, que no produzcan efectos.

La legitimación para la deducción de esos recursos judiciales administrativos comprende a los promotores, ya sean personas físicas o jurídicas no estatales, que ostenten la titularidad de los derechos subjetivos o intereses legítimos. Ningún órgano puede recurrir los actos de los órganos superiores, ni los entes autárquicos los de los otros entes, ni de la Administración central. Sí puede el agente público hacerlo respecto de los actos de los superiores en defensa de sus intereses.

El acceso a la sede judicial implica, pues, el agotamiento previo de la vía administrativa por ante la Administración, lo cual presupone el ejercicio de la reclamación y los recursos prescritos en el ordenamiento específico a fin de obtener la emisión de un acto administrativo expreso o configurado por el silencio; la deducción de la acción o recurso judicial en el plazo establecido y el cumplimiento de los demás requisitos legales. Producida las series ordinarias concluye el proceso declarando la procedencia o improcedencia del recurso y, en cada caso, la nulidad o la confirmación del acto administrativo, respectivamente.

7.4.2. EL RÉGIMEN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES.

Al ser considerado el reglamento como una especie de acto de alcance general, la observancia del principio de legalidad inherente a la Constitución y los tratados internacionales, justifica el control jurisdiccional de la actividad reglamentaria. Ese control permite verificar un incremento en la vulneración de la legalidad, ora provengan anómalamente de cambios normativos con intención de forzar el contenido de normas jerárquicamente superiores, modificando una determinada situación política o económica o social, ora de aquellos decretos delegados, de necesidad y urgencia (Artículos 76 y 99, inciso 3, de la Constitución Nacional), de ejecución, incorporándose en esa hipótesis límites constitucionales y legales, que derivan de potestades encuadradas en el ordenamiento jurídico, no originarias, sea de una habilitación legal¹⁴⁰ o convencional.

A esa problemática del control judicial de constitucionalidad de la actividad reglamentaria —condiciones de admisibilidad, efectos de la sentencia anulatoria, entre otros— se agregan, con la recepción de la tutela judicial efectiva por la reforma constitucional de 1994, las cuestiones que pueden devenir con la derogación de principios o normas incompatibles con ese principio, o la extensión de algunos preceptos como el concerniente a la legitimación procesal. En tren de analizar la impugnación judicial respecto de los actos de alcance general, habrá de distinguirse entre reglamento y mero acto de alcance general.

El “reglamento” aparece en el ordenamiento jurídico como producto de una actividad materialmente legislativa, “ordinamental”, que crea situaciones abstractas, impersonales u objetivas, y con diversa permanencia. Se diferencia del acto administrativo por el carácter concreto y subjetivo, el alcance individual, y el efecto consuntivo o de agotamiento que ostenta, siendo éste un acto “ordenado” en aquel marco (las comillas destacan el uso lingüístico que hace la doctrina española)¹⁴¹. De esa distinción, según la situación que enfrente el particular, surge una situación

¹⁴⁰ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de derecho administrativo, 9a. ed., Madrid, 1999, t. 1, p. 174.

¹⁴¹ González, Pérez, Jesús, y González Navarro, Francisco: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativos Común*, Madrid, 1997, t.1., p. 921.

jurídica distinta siendo que el reglamento, por sus notas, requiere de un acto concreto de aplicación para generar efectos subjetivos, personales. Por otra parte, se anota el “mero acto de alcance general”, colocado en un grado intermedio, que bien pueden tener un alcance general sin integrar el ordenamiento y se agota en su cumplimiento (*v. gr.*: la disposición de un día feriado), al igual que los actos administrativos.

Consideradas esas peculiaridades, en relación a las diferencias sustantivas que presentan los regímenes relativos a los actos de alcance general y particular, sin obviar los disímiles criterios doctrinarios existentes¹⁴², se observa que las mismas no se concretan puramente en el sistema impugnatorio judicial. Así, la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, N° 19.549 (LNPA), no formula distinciones en cuanto al régimen de ‘actos de alcance general’ ni dispone, por su artículo 24, la exclusión de aquellos ‘meros actos de alcance general’ para la impugnación de actos generales. Se facilita, así, el acceso a la justicia al no ser exigido el agotamiento de la vía administrativa y la inexistencia de los plazos de caducidad en la acción judicial directa.

Acontece que es el contenido el que caracteriza los diversos actos — decretos, ordenanzas, resoluciones, disposiciones, etcétera— normativos o generales. Estos últimos no aparecen clásicamente integrando el ordenamiento jurídico, o los actos de alcance individual, típicamente considerados actos administrativos en el régimen jurídico nacional; y es así que el ámbito de la impugnación judicial de los actos de alcance general comprende también a los actos de alcance general que no poseen contenido normativo, lo cual resulta del principio de que aquellos actos que producen efectos fuera de la Administración se extiende a los actos dictados en ejercicio de la actividad interna de la Administración, cuando

¹⁴² Grecco, Carlos M.: *Impugnación de disposiciones reglamentarias*, B.A., 1988, pp. 446 y s.; en otro sentido, Gordillo, Agustín A.: *Tratado de derecho Administrativo*, t. III, pp. 26 y s., quien se inclina por una tesis que supere la tesis restrictiva del reglamento, y Cassagne, Juan C.: *El control jurisdiccional de la actividad reglamentaria y demás actos de alcance general*, en *Actualidad del Derecho Público*, 15 /16, B.A., 2001, p. 269.

lesionen derechos subjetivos o afecten intereses legítimos de agentes públicos o de particulares.

Se puede distinguir que en la impugnación de los actos de alcance general, en el objeto de la revisión judicial la materia no alcanza un rol más preponderante que la potestad de la Administración o de los órganos intervinientes al ejercer una actividad reglamentaria, pero ocurre que los límites sustanciales y formales están reglados por el derecho administrativo, y esa circunstancia amplía sustancialmente la cuestión 'contenciosa-administrativa', atrayendo o universalizando toda categoría de reglamentos, sean estos autónomos o delegados y aún, como sostiene Cassagne, los de necesidad y urgencia, con origen en el principio general de la tutela judicial efectiva¹⁴³.

El objeto de enjuiciamiento de un reglamento que aparece limitado a razones de ilegitimidad, constreñido a la verificación de violación del ordenamiento jurídico, reconoce, en la práctica, causas inherentes a su contenido y también, alternativamente, a los vicios que afectan la voluntad del órgano administrativo, la forma y finalidad del acto administrativo. En efecto, la actividad jurisdiccional puede extenderse a las causales de mérito u oportunidad cuando se incurra en arbitrariedad o en desviación de poder, y aún cuando sea necesario examinar criterios de razonabilidad y de ejercicio de los poderes de la Administración, cuya discrecionalidad se presenta, a mi criterio, promisoriamente, cada vez más ajustada al Estado de Derecho.

Esa circunstancia de tipo limitativa representa hogaño un avance fuerte en relación a los procesos o recursos de anulación objetivos contra el acto administrativo y la 'imparcialidad' de la Administración, al ser admitido el órgano estatal como parte ante el demandante, independientemente, y al discutirse la legitimidad del acto o reglamento implicando para el Estado esa capacidad de ser parte, una proyección en el proceso de la capacidad jurídica o de derecho, que junto

¹⁴³ Cassagne ; ib., p. 271.

a la capacidad procesal o de obrar, constituye un reconocimiento igualitario del ciudadano. Ello, con inclusión de la intervención de terceros con carácter principal — en la hipótesis de los procesos múltiples: implicando la incorporación en un proceso pendiente con una pretensión incompatible a la del actor o adhesiva—, o accesorio —autónoma o *litis consorcial*, demostrando la legitimación para estar en juicio—, o coactiva a pedido de las partes o de oficio, de la cual se deriva la oponibilidad de la sentencia.

7.4.3. LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DIRECTA.

En el orden nacional, la LNPA, al regular la figura de la impugnación judicial directa contra reglamentos y demás actos de alcance general —que antes de la sanción de esa ley, se encontraba sujeta a la impugnación judicial indirecta de los reglamentos y regidas por normas procesales civiles—, no exige para su procedencia la existencia de un acto administrativo anterior de aplicación, conformándose de esa manera en un proceso de carácter facultativo y autónomo de impugnación que coadyuva proactivamente a sortear rigorismos procesales o formales, en el acceso a la jurisdicción y en la búsqueda de la tutela judicial efectiva. El uso del anunciado medio impugnatorio previene para su procedencia de una serie de recaudos tipificantes y, a la par, legitimatorios; por cierto, cada vez más asequible.

Esos recaudos, por razones descriptivas, no taxativas, pueden ordenarse de la siguiente manera:

- La afectación o existencia de una *“lesión o amenaza inminente de lesión de derechos subjetivos, o del particular”*, que demanda, por un lado, la acreditación de la *“ilegalidad”* y el *“daño”*, actual o potencial, una vez vigente el reglamento, y por el otro lado, esa inminencia alude al plazo de inicio de la vigencia de la norma, y no a la proximidad temporal de su emisión y el daño;

en cada caso, determinable por el juzgador al relacionar los hechos y los derechos lesionados por aquél.

- La protección jurídica de los “*intereses legítimos*”, antes restringida a la “*titularidad de un interés legítimo*”¹⁴⁴, sea que, como situación jurídica subjetiva, se interprete que ese interés comporta un “*derecho subjetivo reaccional*” o que protege un “*derecho subjetivo subyacente*”, como anota la doctrina española¹⁴⁵. Siendo que con la juridización alcanzada en la tutela de los intereses de categoría pública en Argentina, con origen en la reforma constitucional de 1994, se incluye en esa legitimación para impugnar, o amparar (artículo 42, Constitución Nacional), reglamentos, a las situaciones jurídicas subjetivas calificadas como derechos legítimos y, también, los derechos de incidencia colectiva, sin implicar hasta ahora —pese a ampliarse su ejercicio al Defensor del Pueblo o asociaciones legales— una acción popular de pura defensa de la legalidad o basadas en lesiones genéricas, sino interrelacionando ‘ilegalidad’ y ‘perjuicio’ derivada del acto o reglamento sobre una persona o un grupo de personas.
- La impetración de un ‘reclamo previo ante la autoridad emisora del reglamento’, también denominada “*reclamo impropio contra normas generales*”, diferenciado de la reclamación administrativa previa requerida en demandas contra el Estado, actos administrativos individuales como inicio de la vía administrativa, según diversos ordenamientos, etcétera. Para el completamiento del reclamo no se requiere el agotamiento de las instancias administrativas ni tampoco se determinan plazos de resolución; sin que sea óbice la configuración de plazos legales determinativos del silencio administrativo, los cuales, en principio, favorecerán al ciudadano afectado bloqueando los efectos jurídicos de la caducidad.

¹⁴⁴ CNCont.Adm.Fed.: “*Colegio de Escribanos c/ Gobierno Nacional*”, LL., 1987-A-655.

¹⁴⁵ Cassagne ; ib., p. 275.

- Finalmente, se ordena la 'decisión acerca del reclamo' y su carácter adverso a la pretensión ejercida, o configurado el supuesto de silencio o ambigüedad — en sentido lato, comprendiendo el silencio como abstención o la decisión incierta de la Administración que no resuelve la petición—, enlazada la segunda hipótesis al crítico “pronto despacho”, que no ayuda a mantener el principio de legalidad ni la defensa de los derechos afectados por un acto de alcance general.

Complementando el análisis hasta aquí realizado, habrá que apuntar que los elementos, invalidez y vicios de los reglamentos, más la 'publicidad del acto', sumado al elemento 'forma', empatizan con los atribuidos al acto administrativo; de manera, que los elementos del acto administrativo individual se consideran aplicables a los reglamentos y demás actos de alcance general, pese a ser producto de la actividad normativa de la Administración.

También lo son las categorías de invalidez: nulidad y anulabilidad, implicando en el derecho administrativo nacional una equivalencia entre nulidad absoluta y relativa, respectivamente, y extensivas a la determinación del régimen de impugnación y causales basadas en los vicios violatorios del ordenamiento jurídico; caracterizando al régimen diferente y menos restrictivo, que otros regimenes que vinculan esa violación con la nulidad absoluta, en Francia, o de pleno derecho, en España. Resulta viable, además, la prescripción parcial de invalidez cuando el reglamento fuera divisible, y sea posible la impugnación parcial a fin de obtener la declaración judicial de una parte del mismo.

Asimismo, debe indicarse que si la potestad reglamentaria reconocida a la Administración viola la Constitución, los tratados internacionales o la ley que reglamenta, se constituye en un vicio, y como tal, por constituir el mayor grado de lesión del ordenamiento jurídico, se configura como una invalidez absoluta o nulidad. Ese defecto constitucional, tipificable como un “*exceso o abuso del poder reglamentario*”, y, por ende, de nulidad absoluta e insanable, desplaza, con anclaje

en el artículo 31 de la Constitución nacional, cualquier otro vicio de nulidad relativa. En el mismo orden, la presencia de un vicio patente en el reglamento hace perder la presunción de legitimidad que carga ese acto general, tornándose su aplicación vulnerables a las medidas tutelares administrativas o judiciales, o de oposición a la ejecución del acto por excepción.

La promoción de esta impugnación directa, denominada 'reclamo impropio' contra un acto de alcance general, que no constituye un típico recurso administrativo, no se sujeta a plazo alguno para su interposición; diferenciándose de la impugnación judicial promovida mediando una decisión expresa previa o el silencio de la Administración, sometida a plazos para la interposición generalmente diversos, maguer que en la hipótesis del silencio, también denominada: denegación tácita o presunta, no se operaría la caducidad, manteniéndose la situación de interinidad.

7.4.4. LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL INDIRECTA.

La impugnación judicial de un acto general o reglamento también puede impulsarse desde la impugnación de un acto individual de aplicación ejecutado por la Administración en función de ese acto de alcance general, una vez que aquél adquiere, como requisitos, su condición de definitivo y se encuentran agotadas sin éxito las series de la reclamación administrativa. De esa intermediación, ejercida a través de la impugnación de un acto de alcance particular, y que permite, en síntesis, obtener una satisfacción procesal de la pretensión anulatoria, surge su denominación.

Valen, para finalizar este tópico, dos aclaraciones; la primera, que la legislación local no exige al mismo tiempo impugnar judicialmente el acto de alcance particular, ni cancela la acumulación de ambas pretensiones; la segunda, que el no haberse impugnado judicialmente el acto de aplicación de un reglamento no hace perder el derecho a promover la 'impugnación judicial directa', ni tampoco la promoción de la 'impugnación judicial indirecta' respecto de los siguientes actos de

aplicación; y ello, porque la legitimidad inherente al ejercicio de la potestad administrativa no queda librada al consentimiento de los destinatarios del acto general, sino por el principio de la tutela judicial efectiva reformista, dirigida a vedar cualquier obstáculo que dificulte el acceso a la jurisdicción.

7. 5. EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN SANTA FE.

7.5.1. LA LEY 11.330.

La ley 11.330¹⁴⁶ concibe el actual recurso contencioso administrativo (en adelante: el RCA) unificando el anterior régimen recursivo establecido por la ley 4106. Este último distinguía entre RCA. de 'plena jurisdicción', encaminado a la protección de un derecho subjetivo —el cual constituía un juicio pleno que resolvía sobre la validez o la nulidad del acto administrativo y, a la vez, restablecía la situación jurídica vulnerada del recurrente (derecho subjetivo) o la sustituía por una indemnización, solo con efecto entre las partes—, y RCA. de 'ilegitimidad', dirigido a la tutela de un interés legítimo —en el que la jurisdicción se limitaba a la anulación del acto, un juicio al acto, una especie de contralor de legitimidad en interés general, impulsado por un interés diferencial, según Bielsa—.

Las condiciones de admisibilidad del RCA según el Artículo 12, establecen que una vez presentado el recurso, el Presidente de la Corte o de las Cámaras en lo Contencioso Administrativo¹⁴⁷, es el encargado de verificar, oyendo previamente al Procurador General o al Fiscal de Cámara, si manifiestamente ha sido deducido en término corresponde la competencia del Tribunal, se ajusta a las formas legales y concurren las demás condiciones de admisibilidad prescriptas, y según sea el caso lo declara o no admisible.

¹⁴⁶ Ley 11.330, B.O. 29.1.1996.

¹⁴⁷ Ley 11.229, B.O. 21.1.1996, de creación de las Cámara de lo Contencioso Administrativo N° 1 –Santa Fe- y N° 2 –Rosario-.

Por otra parte, el Artículo 13 establece que debe determinarse la PROCEDENCIA, admisión sustancial, y la ADMISIBILIDAD, admisión formal, del RCA. contra los actos de la Administración pública que se pretendan lesivos, de un modo directo y actual, de un derecho subjetivo o de un interés legítimo emergente del ordenamiento jurídico administrativo. Sea contra actos definitivos o, siendo de trámite, si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto concluyéndolo o impidiendo su continuación.

La procedencia apunta al 'primer acto administrativo': aquella decisión administrativa que se juzga ilegal o irregular y que motiva la reclamación hasta agotar la vía administrativa por el recurso jerárquico o una etapa de decisión que no pueda reverse por la Administración. La admisibilidad lo hace respecto del 'segundo acto administrativo', por el cual la Administración rechaza la reclamación. Puede ocurrir que exista 'un solo acto administrativo', cuando el hecho ilícito de la Administración causa un daño y la reclamación es denegada.

En lo que se refiere a sus fundamentos, el Artículo 14 restablece que se debe fundar en un VICIO DE ILEGITIMIDAD del acto administrativo, que haya influido en su emisión o contenido, y se propondrá la reparación de los efectos del vicio mediante la anulación total o parcial del acto, y en su caso el reintegro del recurrente en la situación jurídica vulnerada.

Se realiza de tal manera un CONTROL DE LEGITIMIDAD, y también de LEGALIDAD, en tanto la Administración Pública debe desarrollar su actividad en el marco del ordenamiento jurídico que surge del conjunto de normas reguladoras de su actividad. El acto ilegítimo o ilegal se encuentra viciado; ese vicio resulta invalidante, con tal entidad, que influye en la EMISIÓN DEL ACTO, es decir: en la *COMPETENCIA* del órgano emisor y en la *FORMA* del acto que incluye el *PROCEDIMIENTO* previo — expreso, escrito, no oral o se convierte en una vía de hecho—, y la *COMUNICACIÓN*.

También influye en el CONTENIDO, abarcando diversos aspectos:

- La *CAUSA*: el control de los antecedentes del acto la verificación judicial de lo fáctico y la apreciación de los hechos —el contenido real de una falta, o de una vacante—.
- El *OBJETO*: relación entre la potestad del órgano y las medidas por él adoptadas regladas o discrecionales, sin eludir el principio de legalidad.
- La *MOTIVACIÓN*, la determinación a través de la fundamentación fáctica y jurídica tendente a demostrar la Administración Pública la legitimidad y oportunidad de su decisión —puede ser contextual o *in aliunde*, en otro escrito contemporáneo, no posterior, motivación *per relationem*—.
- La *FINALIDAD* debe dirigirse a la satisfacción del interés público, del bien común, lo cual legitima el actuar estatal —contrariamente la “*desviación de poder*”, utilización del mandato y facultades con un fin distinto en actos administrativos y en la potestad reglamentaria—. La nulidad o la anulabilidad del acto debe ser declara por sentencia judicial, hasta tanto resulta pleno y eficaz al gozar de la presunción de legitimidad manteniendo fuerza ejecutoria.

7.5.2. ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: ARTÍCULO 5.

Los actos de la Administración pública regidos por el ordenamiento comprende los de carácter general o individual dictados en función administrativa por el Gobernador de la Provincia, los Intendentes y Concejos Municipales y las Comisiones Comunales, originariamente o por autoridades inferiores sometidos a la revisión judicial. Así, diferenciado del 'primer acto administrativo' comprendido en el Artículo 3, aparece regulado el 'segundo acto administrativo', al que se arriba por vía del agotamiento del *iter* procedimental prescripto en el Artículo 7 y contra el cual se admite el recurso.

La clasificación contenida en la norma de los actos administrativos individuales y generales levanta un importante debate en torno a considerar al 'acto individual', abarcando la noción de acto administrativo, y reservando al 'acto general' el carácter de acto materialmente legislativo y, por tanto, justificando que sólo podían

ser dictados por el Poder Legislativo. Dicha postura fue refutada con acierto al considerarse que *“mientras la ley puede solo puede referir a materias constitucionalmente atribuidas al legislador, el reglamento estatuye sobre materias constitucionalmente atribuidas al Poder Ejecutivo”*¹⁴⁸. Al respecto, se ha propuesto denominar ACTO ADMINISTRATIVO a todos los productores de efectos jurídicos: individuales (actos en sentido estricto), generales (reglamentos) y bilaterales (contratos administrativos)¹⁴⁹.

En síntesis, la ley comprende las nombradas categorías de actos administrativos, debiendo diferenciarse que el acto individual se agota en su aplicación, en tanto el acto de carácter general contempla una hipótesis de hecho abstracta y repetible, impugnabile si su contenido no es normativo o simplemente generales (concurso, licitaciones, régimen tarifario), o no impugnabile si su contenido es normativo (reglamentos, decretos).

Esos actos dictados 'en función administrativa' connotan, por un lado, la calidad teleológica de la misma apuntada a satisfacer intereses públicos; y, por el otro, la actividad de la Administración pública ejercida de conformidad a un procedimiento jerárquico y emergente de la competencia asignada por la Constitución provincial, y diversas de otras actividades del Estado de naturaleza política, legislativa o jurisdiccional, y que realizan también en cada ámbito los otros poderes estatales.

Por otra parte, el Artículo 6 establece como ACTOS EXCLUIDOS, que no corresponden a la jurisdicción contenciosa administrativa, los siguientes casos:

- Los actos que comporten el ejercicio del poder político del Estado. La sustracción conlleva una enorme complejidad ya que —con excepción de algunas facultades irrevisables del P.E. como la convocatoria sesiones

¹⁴⁸ Veáse Marienhoff; en Martínez, Hernán; *RCA. en la provincia de Santa Fe*, Zeus, Rosario, 1999, p. 74.

¹⁴⁹ Gordillo; *ib.*, p. 74.

extraordinarias de la Legislatura; la designación y remoción de ministros o funcionarios; la disposición de las fuerzas policiales; la facultad de indulto o conmutación de penas— los actos de gobierno o políticos, causados en el 'interés general', resultan difíciles de determinar, y bien puede pensarse al respecto en un criterio dinámico de revisión o control que avanza cuanto más lo hace el Estado de Derecho y el estado de las garantías de las personas.

- Los que se relacionen con derechos o intereses tutelados por el derecho privado, y asignados a la jurisdicción ordinaria. Alejada ya de la teoría de doble personalidad, la doctrina de la personalidad única funda el carácter de persona de derecho público del Estado, en cuanto a la competencia del órgano, la formación de la voluntad, etc., que determinan la legitimidad del acto, y en determinadas circunstancias se admite la intervención del derecho privado en lo referido al contenido del acto o contrato.
- Los actos discrecionales, en cuanto deban reputarse tales. Su exclusión, a mi juicio, constituye una rémora de la vieja concepción del Estado, e incorporada por el viejo procedimiento español, superado por la reforma de 1956 que dejó sin efecto esa distinción admitiendo la impugnación judicial de ese tipo de actos. Básicamente la facultad discrecional se opone a la facultad reglada, y su aceptación se reduce a la precedencia de elementos reglados. Son revisables cuando importen arbitrariedad, ya que su formación no puede soslayar los elementos exigidos al acto reglado —competencia, causa, objeto y finalidad— y, por ende, ser objeto de revisión. También en ello opera como limitante el avance del Estado de Derecho.
- Accidentes de trabajo de los agentes estatales. Se vincula con la admisión proveniente del artículo 35 de la ley 8525, Estatuto General de la Administración Pública Provincial, del derecho de los agentes a la indemnización regulada por la Ley de Accidentes de Trabajo (24.457).
- Los actos que sean reproducción, confirmación o ejecución de otros anteriores consentidos por el interesado. Inhibe la admisibilidad del recurso contra resoluciones que reproduzcan otras anteriores que causen estado y

consentidas por el interesado, a fin de preservar la seguridad jurídica, y evitando que quien conociendo la resolución administrativa que lo afecta, la consiente, pueda a posteriori, reeditar el reclamo.

7.5.3. RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA: ARTÍCULO 7. DECRETO 10.204/58.

Para ejercer el RCA. es requisito el agotamiento de la vía administrativa mediante los recursos reglamentados en sede administrativa. En la instancia judicial sólo podrán juzgarse y ejercerse las mismas pretensiones propuestas y resueltas, expresa o presuntamente, en la reclamación administrativa previa.

La norma a través de esas dos exigencias, se sostiene:

“demuestran que la jurisdicción contencioso administrativa es ‘privilegiada’ y ‘revisora’, [y aluden] la primera, al agotamiento de la vía administrativa previa, y, la segunda, a la naturaleza revisora de la jurisdicción contenciosa administrativa. Ambas, tienden a preservar el principio de la ‘decisión previa’... [y] están claramente distinguidas en la ley, pero a la vez, claramente vinculadas... al señalar[se] que ‘el agotamiento de la vía administrativa aparece... como un requisito de admisibilidad del recurso jurisdiccional impuesto por la naturaleza revisora de las decisiones administrativas, que lo caracteriza, y que supone, obviamente la preexistencia de éstas...”¹⁵⁰

El agotamiento de la vía previa y la implícita resolución administrativa, que cause estado, se apoya en el artículo 72, incs. 1 y 18 de la Constitución de Santa Fe, al conferir al Gobernador la atribución de resolver en última instancia los recursos administrativos, sea en contra de sus propios actos, los de sus inferiores y los de las entidades autárquicas del Estado, respondiendo en el marco constitucional anunciado al carácter de jefe de la Administración Pública. Abierta la vía

¹⁵⁰ Lisa, Federico J. y Weder, Rubén L.; *El proceso contencioso administrativo en la Provincia de Santa Fe. Ley 11.330. Doctrina jurisprudencial*, Juris, Rosario, 1998, T. 1, pp.197-198.

administrativa, es de orden público agotarla primeramente, y, sin perjuicio de esa exigencia, rige el 'principio de informalismo' que implica:

- No esta sujeta a expresiones anticipatorios del RCA.
- La Administración Pública tiene el deber formal de corregir equivocaciones en la presentación (reorientación del reclamo ley 7234, por decreto 10.204/58),
- No se somete a formalidades rigurosas, sino a interpretaciones benignas

También rige el 'principio de congruencia' que supone la correspondencia entre las series procedimentales administrativa —reclamo previo, revocatoria, etc.—, y de estas respecto al RCA en sede jurisdiccional. Su alcance involucra a los hechos, no al derecho, ya puede en cada caso acumularse nuevos argumentos defensivos de la pretensión. Se registra como excepción el caso en que los intereses pueden ser planteados en la reclamación judicial ya que conlleva la determinación de la 'mora' en el deudor o la 'tasa' aplicable.

A continuación se describen algunas características de la reclamación administrativa a fin de establecer sus particularidades.

- Particularidades: la 'inconstitucionalidad' es un juicio privativo del Poder Judicial, la declaración por un órgano administrativo torna al caso 'federal', siendo que pugna con el principio de división de poderes. La facultad de declarar la inconstitucional las leyes, y la de anular los actos consecuentes, es competencia de los tribunales judiciales. No pueden el Poder Ejecutivo ni la Administración Pública erigirse en órganos de control de los otros poderes; esa facultad la ostenta el Poder Judicial, en tanto el ordenamiento jurídico le confía el control de constitucionalidad sobre ellos. No podría la Administración Pública dejar de cumplir leyes bajo crítica de 'inconstitucionalidad' y la declaración unilateral, excluyendo al Poder judicial, porque generaría respecto de las personas una inseguridad jurídica impropia al Estado de Derecho al convertirse en parte y aplicador (Salvia c/ Municipalidad de Rosario, 17.11.93). El reclamo administrativo previo a la jurisdicción (Artículo 7), se

compatibiliza porque la Administración Pública no se encuentra inhibida de 'revisar sus propios actos' y, frente al planteo de inconstitucionalidad del interesado en el marco del procedimiento administrativo, puede verificar la constitucionalidad y dejar sin efecto lo actuado.

- El procedimiento administrativo: la impulsión del procedimiento administrativo es de 'oficio'. La persona es un colaborador para llegar a la decisión administrativa, más allá de defender un derecho subjetivo o interés legítimo. La Administración Pública tiene la potestad del impulso para la conformación del acto. Las reglas de 'interpretación' del procedimiento administrativo sustentan el estándar de la buena administración: una pauta de actuación de la Administración Pública y del interesado dirigida a dar solución concreta al conflicto; y el estándar *in dubio pro actione*: la mejor protección al particular y pauta de interpretación para la conformación del acto administrativo.
- Reclamo o reclamación Decreto 10.204/58: es el nexo entre el acto de la administración activa que se estima irregular y la resolución de la Administración Pública que dará lugar a los recursos, lo que lo constituye como la vía primaria. El 'reclamo administrativo previo', implica el conjunto de reclamo y recursos que conforman la resolución definitiva de la AP, susceptible de impugnación jurisdiccional regulado, entre otras normas, por el decreto 10.204/58.
- Recurso de revocatoria o reconsideración: deducible contra decretos y resoluciones de trámite administrativos y cualquier decisión de autoridad administrativa competente que niegue derechos o imponga obligaciones. Debe interponerse dentro de los 10 días de la notificación (art. 42), y ante la autoridad que dictó la resolución cuestionada. Procede contra actos definitivo o de trámite, que producen efectos jurídicos directos sobre el trámite o el fondo del asunto, quedando excluidos de medidas preparatorias, dictámenes, pericias, o actos ya reconsiderados. Puede solicitarse el traslado de las actuaciones para su estudio, el plazo será el de 10 días o el que restará para la presentación del recurso. La autoridad administrativa debe dictar resolución

en el plazo de 30 días y quedará firme a los 10 días, salvo que habiendo sido dictada por una autoridad inferior, en ese término sea interpuesto el recurso de apelación ante el Poder Ejecutivo. Si el recurso de revocatoria fue interpuesto contra un decreto o resolución del P.E., la resolución que éste dicte sobre el mismo pondrá fin a la vía administrativa. En el procedimiento administrativo nacional, ley 19.549, Decreto Reglamentario 1759/72, la reconsideración es resuelta por el órgano delegado, a excepción del derecho de avocación del delegante o la cesación de la delegación anterior a la resolución de la impugnación.

- Criterios: la denegación expresa, después de vencido el término para la denegación tácita de un recurso de reconsideración, reabre el término para recurrir en apelación a partir de la notificación. Si la revocatoria deducida fuera de término se resuelve expresamente, su decisión reabre la vía siguiente de apelación al desconocerse la situación procesal consolidada por la preclusión (CSJP: Moyano, 23.9.92). Se ha sostenido que el recurso de revocatoria ante la misma autoridad, es optativo; en contrario, que la opción acordada es a los fines de 'no consentir' la resolución y, a la vez, que le otorga al órgano que dictó el acto irregular la posibilidad de corregir, a modo de privilegio, la denominada decisión previa. Cualquier decisión administrativa competente es impugnabile por revocatoria sin distinción de la jerarquía del órgano, si fue de oficio o a pedido de parte, y su decisión es apelable. El interesado, ante un acto administrativo, puede consentirlo o impugnarlo; en el segundo supuesto debe hacerlo según el artículo 42. La apelación directa y resuelta por la Administración Pública exime otros recursos (Niklison, 1954). Si la decisión atacada proviene del P.E. es necesaria, y es suficiente, la revocatoria, aunque el agotamiento de la vía 'retrocede' ante la concepción de la tutela judicial efectiva y el Artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica. No corresponde recurrir las resoluciones del P.E. dictadas por vía de apelación o recurso jerárquico y provenientes de decisiones de órganos inferiores, lo cual agota la vía administrativa.

- **Recurso de apelación:** se interpone en subsidio con el de revocatoria o de modo principal, contra la resolución que deniega total o parcialmente aquélla, dentro de los 10 días hábiles y ante la autoridad que dictó la resolución, sin fundar; concedido el recurso y radicado ante el ministerio, se correrá traslado al apelante para expresar agravios por 10 días bajo apercibimiento de declararse desierto según el Artículo 49. Pueden ser ofrecidas nuevas pruebas y su producción no puede exceder los 5 días, las posteriores serán antes de dictar resolución. El P.E. podrá solicitar informes a la repartición que lo precedió u otros organismos técnicos, e indefectiblemente dictamen del Fiscal de Estado. La resolución del P.E. respecto de un recurso de apelación pone fin a la instancia administrativa. Si la decisión que se impugna proviene de organismos descentralizados (Caja de Jubilaciones) o de reparticiones autárquicas (Empresa Provincial de la Energía), la apelación se deduce ante el P.E. En el último supuesto el PE. limita la revisión del acto al 'control de legitimidad', y no a su oportunidad o conveniencia, porque ello contradiría la autarquía.
- **Recurso Jerárquico:** procede por 'denegación tácita o retardación' de la autoridad administrativa que debe resolver, previa interpósición ante la misma de 'pronto despacho' y una vez transcurrido el plazo de 30 días, ante el P.E. por vía del ministerio que corresponda. Se dice que se trata de una 'queja'. En suma, si el recurso de revocatoria, o de apelación, no es resuelto en el plazo de 30 días, se interpone pronto despacho y luego de 30 días, sin decisión, queda abierto el recurso jerárquico. El ministerio formará expediente, solicitará informe a la repartición inferior de origen, y elevará las actuaciones al conocimiento y decisión del P.E., produciéndose los traslados al recurrente en la forma y plazos de los recursos anteriores. Requerido y producido el dictamen del Fiscal de Estado, el P.E. resolverá en 30 días, quedando firme la resolución a los 15 días de notificada. EL RJ comprende a las reparticiones autárquicas y organismos descentralizado. El régimen de los recursos

administrativos de Municipalidades y Comunas se rigen por las leyes 2.756 y 2.439, respectivamente.

7.5.4. EL REQUISITO IMPOSITIVO: ARTÍCULO 8.

Cuando la resolución administrativa que origina el RCA. ordenase el pago de contribuciones fiscales, deben las mismas satisfacerse previamente a su interposición, sin que tal recaudo comprenda recargos multas o intereses. Si durante la substanciación del RCA. vencieran los plazos de una obligación tributaria, deberá el recurrente acreditar su cumplimiento dentro de los 10 días bajo apercibimiento de tenerlo por desistido del mismo.

El requisito es exigible si la resolución ordena el pago. Se justifica el principio en razones de orden práctico —no perturbación del Estado por una recaudación anómala—, presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos como complemento del límite del Poder Judicial sobre los actos de la Administración Pública; cuestión prejudicial y excepción procesal. No obstante, como se destaca, es “*novedosa*” la segunda parte del artículo en análisis, al autorizar el cumplimiento de la exigencia mediante convenio de pago celebrado con la Administración¹⁵¹.

El Artículo 8 lo regula como una excepción procesal y verificable de oficio por el Presidente, entre las demás condiciones de admisibilidad, con revocatoria ante el Tribunal. La Administración Pública puede oponer ‘defensa previa’, en contrario de la admisibilidad que no exija el *solvet et repet*. Contiene un objetivo político al proteger la recaudación impositiva para el desarrollo el Estado. La CSJN reafirma su constitucionalidad, aunque la modera en el sentido que su cumplimiento no debería importar una desproporción tal entre la capacidad económica del interesado que torne ilusorio su derecho. Esa situación debe ser acreditada. El Pacto de San José de Costa Rica no deroga el principio.

¹⁵¹

Lisa y Weder; *ib.*, pp. 243 y ss.

La *mere declarativa*, a través de la cual se pretende eliminar un estado de incertidumbre objetivo que recae sobre la naturaleza y extensión de una relación jurídica, en la medida que ese estado cause un 'perjuicio', no ha tenido recepción en nuestra jurisprudencia contenciosa administrativa en cuanto al principio *solvet et repet*. La Corte Nacional la admite bajo las siguientes premisas: a) si reúne los requisitos de la *mere*; b) las actividades gravadas deben hallarse cumplidas u omitidas y "no" futuras; c) las acciones declarativas de inconstitucionalidad no impiden el cobro compulsivo de impuestos discutidos hasta la sentencia; d) la autoridad no debe haber aplicado la norma, ya no habría incertidumbre.

7.5.5. EL PLAZO DEL RECURSO: ARTÍCULO 9.

El plazo del recurso es de 30 días desde la notificación de la resolución denegatoria del derecho o interés legítimo. Se distingue la "denegatoria presunta", si la AP no se pronunciara dentro de los 60 días de encontrarse en condiciones de resolver, o si paralizará injustificadamente el trámite por 30 días. En ambos casos queda expedita la vía jurisdiccional.

7.5.6. CONTENIDO DEL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: ARTÍCULO 10.

El recurso contencioso administrativo debe contener una relación ordenada y sintética de los hechos a fin de determinar la *causa petendi*, razón o fundamento de la pretensión que se deduce. Asimismo, la más precisa invocación del derecho, y los vicios achacados, en tanto se impugna un acto administrativo que ostenta una presunción de legitimidad y que debe ser analizado en relación al ordenamiento que lo rige, de por sí diverso, complejo y desconcentrado en función del uso normativo en la Administración.

El anuncio de la pretensión deducida debe ser eficiente, y posibilitar su cabal conocimiento, y, por ende, el efectivo ejercicio del derecho de defensa por la Administración y el conocimiento del objeto de la demanda por el Tribunal, so pena

de la excepción por defecto legal en el modo de su proposición. También deberán denunciarse las actuaciones administrativas que correspondan, lo cual, enlazado con el Artículo 13, faculta al Tribunal de oficio o a petición de parte solicitar a la Administración la remisión de los expedientes y antecedentes que la conformen en un plazo determinado –de diez días- y bajo apercibimiento de proceder de inmediato y sin más trámite a entender en el recurso con base en la exposición del recurrente.

Deberá acreditarse la personería del recurrente que se representa y la concurrencia de los requisitos de admisibilidad del recurso; y acompañarse testimonio del acto impugnado y documentos vinculados, o el lugar donde se encuentren.

CAPITULO VIII

CONCLUSIONES

A modo de inicio de las siguientes conclusiones señalaré que aun cuando en cada tema abordado, incluidos aquellos de carácter descriptivos, he fijado posturas que me pertenecen, mayormente críticas, y sin pensar que puedan constituir la última palabra, se manifiesta importante resaltar que la diversidad de los aspectos que rodean el Instituto en estudio, ayudan como visión inicial a situar a la Ciencia Jurídica en el contexto del conocimiento y la consagración, en ese marco, de una forma de organizar el saber y designar, a través de los métodos, un tipo de práctica que tienen al Derecho como objeto, enlazado al principio de legalidad, dependiente de una estructura normativa, y a la par, encargada nada menos que de dar cuenta de las contradicciones, cuando existen, entre la ley y los acontecimientos fácticos o jurídicos ubicados fuera del mundo jurídico.

Son tales acontecimientos, lo cuales como fenómenos sociales dinámicos demandan de manera constante incorporación en ese mundo con la finalidad de quebrar desequilibrios y lograr la igualdad de los Derechos entre los constituyentes y protagonistas principales del Estado, es decir, con los individuos, y entre los individuos y el Estado. Dicho requerimiento asentado en una base ética proviene de manera fundamental de una democracia de contenido, no meramente formal, construida y a construir cada día, sobre la interrelación de las competencias de los Poderes estatales para garantizar la JUSTICIA, CON TODOS.

Por cierto, en respuesta al primer interrogante formulado sobre la problemática objeto de esta tesis, puede decirse que el CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DIFUSO imperante en la doctrina jurídica administrativa y en el derecho procesal administrativo nacional, no aparece restaurando satisfactoriamente la vulneración de derechos lesionados por actos administrativos de alcance general

o reglamentos, y replicados en gran número en actos administrativos de alcance particular, por mayor que sea el esfuerzo puesto en las actuales condiciones en el sistema, provengan ellos de la Administración o la Jurisdicción.

Así, sea porque el régimen administrativo aun cuando ofrece a la pretensión impugnatoria una vía directa [el RECLAMO IMPROPIO, analizado en el Capítulo VI] a través del 'órgano administrativo emisor' de aquel acto o reglamento que puede dejarlo sin efecto o revocar o dictar un nuevo acto antes de ser aplicado en particular al impugnante que se alza en su contra, y con efecto *erga omnes*, puede también denegar ese reclamo de manera expresa o tácita, e irrecurrible, habilitando la vía judicial; o sea porque el acceso a la jurisdicción judicial, en tal caso, si el juez hace lugar a la acción judicial anulatoria del reglamento, dicha decisión no tendrá efectos para el resto de los afectados por el reglamento, sino únicamente a favor del promotor de la acción judicial.

Es decir, esas circunstancias, que muestran un predominio, y a la par la discrecionalidad para la ADMINISTRACIÓN, y los límites en la JURISDICCIÓN JUDICIAL, traducen una desigual consideración entre los individuos e igualmente, entre los individuos y el Estado; requiriendo o determinando -sin pretensión de único criterio- el acometimiento de una reforma que comprenda, por una parte, el PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA ADMINISTRACIÓN, y por otra parte, el cambio de los efectos jurídicos que provienen del sistema de control constitucional en el PROCESO ADMINISTRATIVO JUDICIAL.

Los objetivos a lograr, son: reducir la complejidad del procedimiento administrativo en la Administración; también, la complejidad derivada de la 'duplicidad' de ese procedimiento administrativo y del proceso judicial, que se analiza *in extenso*; y, por último, instalar los efectos extra-partes en el proceso judicial por su eminente carácter axiológico al garantizar a través del PODER JUDICIAL la participación de los órganos judiciales imparciales y sobreordinados, y el concurso de las partes, maguer los intereses contrapuestos, tendente a la nulificación de

normas lesivas de derechos y garantías, materializando el predominio de los principios constitucionales.

Así, UNA PRIMERA CONCLUSIÓN, en el ámbito de la Administración, sin desconocer –y, suficientemente reconocido en este estudio- que la misma se asienta en criterios rectores, tal acontece con la LNPA., entre otras numerosas y no menos importantes normas, y en una práctica trascendente de la materia administrativa, se trata, por una parte, de la creación de un procedimiento que posibilite [a la Administración] conocer la oposición del afectado y, a la vez, conservar la potestad de ratificar o rectificar las condiciones y consecuencias del acto administrativo; y, por la otra parte, garantizar a los sujetos de derechos que una vez revisado el acto por la Administración, y de ser al caso, la posibilidad de someter con inmediatez el Derecho que invocan a un CONTROL JUDICIAL SUFICIENTE.

Es decir, construir herramientas procedimentales que a cambio de un procedimiento alongado en sede administrativa, o de cualquier ocurrencia que lleguen a incrementar las actuales dificultades, faciliten el acceso a la jurisdicción de los ciudadanos, y para ello, se torna imprescindible la necesidad de generar un régimen diverso que agilice el tránsito del conflicto de intereses por ante la Administración de aquéllos que se sientan intervenidos, y lo sea a fin de obtener prontamente una decisión judicial sobre los reclamos formulados, que eliminen interinidad y otorguen certeza a las partes sobre dichos intereses.

En ese sentido, como es conocido, la Administración ostenta la potestad de dictar actos o producir hechos administrativos con efectos jurídicos y, además, posee la potestad de revisar esos efectos, y ratificar o anular sus actos al resultar confrontados. Recién entonces, de mantenerse la vigencia del acto, queda habilitada -puede concluirse: con desventaja- la posibilidad de ocurrir por ante el Poder Judicial, una vez que se ejerza y agote, inexorablemente, ante la Administración la reclamación y los recursos de revocatoria, apelación, jerárquico y alzada, entre otros.

No pasa desapercibido que en ese régimen, en el que se exige el previo agotamiento de la vía administrativa, no se prescinde de la participación ineludible de diversos órganos estatales sujetos a funciones y a términos que suman más tiempo en el procedimiento por ante la Administración Pública, los cuales -también se sabe- no resultan ni reducidos ni escasos, constituyendo, como se anuncia, la ineludible antesala del siguiente PROCESO JUDICIAL, también atado a formas y plazos perentorios, y en el cual el ESTADO, en el marco de la organización republicana tiene la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos de las personas -en lo que ahora es de interés- frente a los actos del poder administrador.

En ese sentido, se distingue contundentemente que es el Estado quien de manera integral manda, ordena, restringe e impone deberes, monopoliza el poder y ejerce la coacción, y, por tanto, que es el Estado quien tiene a cargo a través del Poder Judicial la aplicación del derecho objetivo dirigido a garantizar la seguridad individual y jurídica, que pudieran significar cualquier violación o menoscabo de derechos, y sea que el agravio antijurídico y el perjuicio provengan de terceras personas o del Estado, o sus agentes.

Sobre esas bases, la evolución del Derecho ha producido la JURIDIZACIÓN de la Administración pública y una creciente aceptación del control judicial de la actividad administrativa, respondiendo a la mayor intervención del Estado en la sociedad, con mayor riesgo de lesionar los derechos de las personas y la necesidad simétrica, entonces, de un incremento de ese control judicial reconociendo la existencia de nuevos intereses protegidos por la juridicidad, como resultado de una concepción diferente y producto de un diferente protagonismo de los individuos.

Esa última circunstancia justifica la demanda de un planteo reformista de los mecanismos de garantía tendentes o tendientes a abortar y reparar las arbitrariedades que puedan provenir del Estado, encuadrado, con el advenimiento del constitucionalismo moderno, en el ordenamiento normativo que reconoce la preexistencia de los derechos subjetivos de los individuos, y estableciendo el

remedio jurisdiccional como forma de corregir las desviaciones del poder público.

De cara a ese desafío epocal y la afloración de derechos cada vez más demandados ya no se manifiesta sustentable la disyuntiva de mantener las condiciones de los procedimientos estudiados o la sustitución por otros más o menos largos o complejos o, eventualmente, ni tampoco con aumentadas potestades jurisdiccionales de la Administración pública. Sino lo contrario, se torna necesario encaminarse hacia un sistema que coloque el Derecho debatido en el ámbito de la justicia con inmediatez, más alejado de la discrecionalidad o de la incertidumbre.

Ello presupone superar sin temor -como lo hizo antaño el ordenamiento francés: con la idea del 'ministro-juez'- las reglas de la 'decisión previa' o ampliada a la determinación de la materia litigiosa, la instancia conciliatoria y autotutela de la Administración o el pretendido carácter 'revisor' de la justicia contenciosa administrativa o el 'agotamiento de la vía administrativa' expresa o provocada, con la finalidad de contribuir a un arribo con inmediatez y seguridad de las personas a la jurisdicción *"por aplicación del criterio constitucional de acceso y control judicial oportuno..."* (Balbín,C; 2008).

Consiste, pues, en reformar con amplitud el PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA ADMINISTRACIÓN, adoptando un principio diverso a los precedentes dominantes y decidir por adoptar un 'agotamiento de la vía' notoriamente circunscripta a una reclamación frente al órgano administrativo emisor o responsable y una vía recursiva de apelación o queja para ante el Poder Ejecutivo, limitado de manera perentoria e improrrogable, y de silencio positivo, con efecto de habilitar el inmediato acceso a la justicia.

Ello presupone, reducir, de tal forma, con sentido igualitario aquellas situaciones constitutivas de privilegios a favor del Estado de carácter exorbitante, que hacen visible, con demasiada frecuencia, una concepción y un sistema jurídico imperativo que obstaculiza alcanzar una dimensión mayor e indesechable, en la

consecución de organizaciones democráticas de mejor calidad dirigidas a superar, entre otros aspectos, el “absolutismo benigno” o sus resabios que aunque reconozcan derechos lo hacen de manera desordenada y negativamente (Rawls,J.; 2001), abortando la función transformadora que el Derecho esta llamado a cumplir en las sociedades modernas (Bobbio;1993).

De igual manera, UNA SEGUNDA CONCLUSIÓN, en el camino de la reforma propuesta, amerita reiterar que el Poder Judicial con potestades plenas en el tema de estudio encuentra por razones axiológicas, referidas con precedencias, un mayor acogimiento constitucional y legal, más el beneficio de las posturas doctrinarias favorables al efecto *erga omnes* en el caso de las sentencias anulatorias de reglamentos¹⁵², producto en suma de la alta litigiosidad en los Tribunales originada en causales uniformes (previsionales¹⁵³, financieras, etcétera), lo cual constituye la aceptación de un fenómeno notorio y complejo en la actualidad, de crecimiento exponencial en el campo del derecho procesal administrativo, y en general, la necesidad del funcionamiento pleno de los principios de igualdad y de tutela judicial efectiva.

Concurren así, por sobre la tensión en torno a las posturas analizadas que se ubican entre la admisibilidad de la declaración de inconstitucionalidad con efecto *erga omnes* y su proscripción, con un rigor dogmático absoluto que rechaza hasta la reglamentación del legislador de la cosa juzgada judicial, conciliadoras con los usos por venir y que se postulan, esclarecedoras las expresiones del profesor Bidart Campos al señalar:

“No habría, pues, penetración indebida del Poder Judicial en el Poder Ejecutivo, sino restablecimiento liso y llano de la Constitución; invalidar un

¹⁵² Fiorini, Bartolomé: *¿Qué es el contencioso?*, Buenos Aires, 1965, p.321; Gordillo, Agustín A.: *Acto, reglamento y contrato administrativo*, RADA nº 3, pp. 14/15; Hutchinson, Tomás: *Ley nacional de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, 1985, t. 1, pp. 446-450; entre otros.

¹⁵³ V.gr.: Administración Nacional de la Seguridad Social [ANSeS. Portal de prensa, 20.8.2013]: causas judiciales en trámite por ante la Cámara Federal de la Seguridad Social, 325.600 (por insuficiencias de ajuste de haberes: 283.096; y resto, por insuficiencias en determinación de ingreso inicial de haberes, etc.).

*acto que, utilizando esas competencias, ha transgredido la Constitución, no es conculcar la división de poderes, sino, al contrario, conservarla (...): hacer lo que la Constitución manda o permite...*¹⁵⁴.

Es que en la lógica constitucional no sería comprensible la ruptura del equilibrio de poderes si el Poder Judicial privara de validez, con carácter general, a aquellos actos que conculquen la Constitución o las leyes. Ello, en contrario, se presenta como un modo de control de constitucionalidad razonable al significar un reconocimiento al Poder Judicial de poder inhibir el abuso normativo en el cual se hubiera incurrido, abortando si correspondiere al reglamento de su eficacia general y, correlativamente, afirmando simultáneamente el 'principio de igualdad ante la ley' que consagra el Artículo 16 de la Constitución Nacional. A la vez, que similar efecto arroja declarar 'repetidamente' una inconstitucionalidad *inter partes*, que hacerlo *erga omnes*.

La cuestión radica, pues, en establecer que la naturaleza de la función declarativa de inconstitucionalidad lleva implícita la categoría del conocimiento jurídico substancializado a través de los pronunciamientos judiciales que dan cuenta de la validez, entre otros modos normativos, de los reglamentos generales, siendo que *"el proceso será el mismo: la modificación de un acto, de un contrato o de una ley, por causa del vicio insanable que ab initio lleva consigo, en su forma o en su contenido, por violación de las normas superiores en que está interesado el orden público..."*, siendo que nada impide identificar aquella declaración con los efectos de la nulidad y aplicar sus alcances¹⁵⁵.

Si bien el control de constitucionalidad, como se ha dicho, funciona en el marco del ordenamiento jurídico como un sistema de control difuso, con efectos *inter partes*, esa circunstancia *no proviene de norma constitucional alguna* y por tanto *no puede entenderse sin más, incompatible con el reconocimiento de efectos*

¹⁵⁴ Bidart Campos, Germán J.; *Tratado elemental del derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1991, t. II, p. 366.

¹⁵⁵ Vanossi, Jorge R.; *Teoría Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 46.

extra partes (la cursiva me pertenece). Dejando a resguardo que los efectos *erga omnes* de una sentencia anulatoria de un reglamento no requiere en todo los casos de una declaración de inconstitucionalidad —pudiendo la impugnabilidad sustentarse efectivamente en la violación formal o sustancial de la ley— se observa que aquel 'impedimento' doctrinario desaparece, alternativamente las consecuencias analizadas, deviniendo jurídicamente igualitario al conferir a una declaración de invalidez o inconstitucionalidad judicial un alcance general, extendido a todos los individuos comprendidos por las normas cuya invalidación proviene del fallo.

En ese orden, el efecto *erga omnes*, que tiene vigencia en relación a las sentencias estimatorias de la pretensión anulatoria, debe ser exclusivamente declarado con ese alcance, siendo que toda sentencia produce una declaración de certeza como premisa necesaria de la decisión principal y de lo cual resulta que los efectos de una anulación que son declarativos y constitutivos o crean un estado nuevo¹⁵⁶, no deben lesionar el DERECHO DE DEFENSA *extra partes*, por extensión de la anulación de la norma de alcance general.

Al respecto, como cabe la defensa de la legalidad o constitucionalidad de un reglamento a la Administración en representación de los intereses generales, también cabe la del impugnante, que aunque defiende un interés personal y directo, interviene en el proceso desde otra parte en defensa de la legalidad y de los intereses colectivos afectados, como cuestión a dilucidar por el reglamento ilegal o inconstitucional; y todo ello, sin perjuicio de la admisión del tercero (tal como previene el derecho francés en el recurso por exceso de poder ante el Consejo de Estado).

Es por todo, que el propiciamiento impulsado —que con otro enfoque, no opuesto, reconoce precedentes doctrinarios y jurisprudenciales¹⁵⁷— resulta concurrente con la aplicación del principio de igualdad y como ampliación de la garantía de acceso a la jurisdicción, al tornar competente, como aceptadamente

¹⁵⁶ Vide Palacio; ib., t. V, pp. 420 y ss.

¹⁵⁷ Vide Bidart Campos; ib.

ocurre en el sistema difuso, en el control de constitucionalidad de los actos administrativos generales y la declaración en su caso, a las instancias ordinarias, de apelación y extraordinarias que correspondan a la organización judicial, y sin que se impida contrapuestamente en ese marco limitar los efectos de la anulación o la graduación del efecto retroactivo de la invalidación en razón del mismo principio de igualdad, de la buena fe y el derecho de defensa de quienes sin ser partes en el pleito, quedan comprendidos en los efectos anulatorios de la sentencia de una norma de alcance general.

Vale como reflexión, y en orden a lo que sucede con cotidianeidad en los procesos evolutivos de carácter social, y jurídico, mientras tanto esas transformaciones legislativas se concretan e instrumentalizan, los acontecimientos se suceden dinamizando con distinta intensidad aquellas decisiones de los órganos de poder, lo cual, e identificado con el tema de esta investigación, tal parece originarse al visualizar algunos precedentes jurisprudenciales emergentes en los Tribunales judiciales.

Una vez más, tal se evoca en este estudio, le cabe al Derecho cumplir una función transformadora en las sociedades modernas (Bobbio, N., 1993); y encorsetar los usos legales y jurídicos en construcciones dogmáticas inmodificables, no contribuyen a ese fin de tan simple comprensión, e indetenible. Es necesario que en esa dirección se legisle cumpliendo el principio de la supremacía legislativa, y mientras tanto es necesario que los operadores jurídicos sustenten a través de la teoría de los precedentes el andamiaje que de luz a esa reforma conceptual, de igualdad.

ÍNDICE

CAPITULO I - EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD.	1
CAPITULO II - ENFOQUE EPISTÉMICO DE LA CIENCIA JURÍDICA.	7
2.1. CIENCIA Y MÉTODO DEL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO	7
2.2. EL DERECHO	20
2.3. PRINCIPIO JURÍDICO DE LEGALIDAD. SUS POSTULADOS META JURÍDICOS	27
2.4. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LEGALIDAD. PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA	29
CAPITULO III - INMANENCIA: CONTROL CONSTITUCIONAL Y DECISIÓN JUDICIAL.	33
3.1. INMANENCIA CONSTITUCIONAL	33
3.2. POSTURAS FRENTE AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, Y EL ROL DE LA DECISIÓN CONSTITUCIONAL	35
3.3. EL CONTROL CONSTITUCIONAL, Y LA DECISIÓN JUDICIAL EN ARGENTINA	43
CAPÍTULO IV - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: SISTEMAS. OTROS INSTITUTOS TUTELARES. JUSTIFICACIÓN.	46
4.1. CLASIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	46
4.1.1. SISTEMA JURÍDICO PARLAMENTARIO	47
4.1.2. SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD CONCENTRADO	48
4.1.3. SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DIFUSO	49
4.2. EL CONTROL JUDICIAL CONSTITUCIONAL EN ARGENTINA	51
4.2.1. PRECEDENTES DEL MÁXIMO TRIBUNAL NACIONAL. EVOLUCIÓN	51
4.2.2. ALGUNOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES SANTAFESINOS	55
4.3. OTROS INSTITUTOS DE GÉNERO TUTELAR VINCULADOS AL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD, Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	57
4.3.1. LA ACCIÓN DE AMPARO. EL ARTÍCULO 43 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL.	58
4.3.2. EL AMPARO DE LOS DERECHOS DIFUSOS. LEY 10.000 –SANTA FE-	62
4.3.3. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	67
4.4. JUSTIFICACIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	70
CAPITULO V - CONTROL JURISDICCIONAL ADMINISTRATIVO. EFECTOS JURÍDICOS DE LA ANULACIÓN DE LOS ACOS ADMINISTRATIVOS.	77
5.1. EL CONTROL JURISDICCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO	77
5.1.1 SISTEMA MONISTA CON TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS	78
5.1.2 SISTEMA MONISTA CON JUSTICIA ESPECIAL	80

5.1.3 SISTEMA MONISTA CON JUECES COMUNES	87
5.1.4 SISTEMA MIXTO: CON TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS Y TRIBUNALES JUDICIALES	91
5.2. EFECTOS JURÍDICOS DE LA ANULACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES O REGLAMENTOS EN EL DERECHO COMPARADO	94
5.3. EL CONTROL JURISDICCIONAL ADMINISTRATIVO ARGENTINO	96
5.3.1. CONTROL JURISDICCIONAL ADMINISTRATIVO	97
5.3.2. CONTROL JURISDICCIONAL JUDICIAL	98
5.3. 3. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	99
5.4. TEORÍAS RESPECTO DEL EFECTO <i>ERGA OMNES</i> EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO, Y LA CONTRAPUESTA SEPARACIÓN DE LOS PODERES	100
5.5. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO	104
CAPITULO VI - EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: EN LA ADMINISTRACIÓN.	110
6.1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	110
6.2. CLASES DE PROCEDIMIENTOS	111
6.3. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL: LEY 19549	113
6.4. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LNPA	114
6.5. LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	117
6.6. LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: DECRETO 1759/72	123
6.7. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994: LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA, Y EL EFECTO EN LA CALIDAD DE PARTES	127
6.8. RÉGIMEN DE LAS NOTIFICACIONES ADMINISTRATIVAS	129
6.9. LOS PLAZOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	135
6.10. LA VISTA DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS	137
6. 11. LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. OBJETO. OFRECIMIENTO. ADMISIBILIDAD. CARGA DE LA PRUEBA. MEDIOS DE PRUEBA	140
6.12. ALEGATOS	147
6.13. LA CONCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	148
6.14. EL DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN DE PRONUNCIARSE. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO.	150
6.15. CONTROL Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE IMPUGNACIÓN.	152
6.16. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA	155
6.17. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS.	157
6.18. LA DENUNCIA DE ÍLEGITIMIDAD: REQUISITOS, LEGITIMACIÓN	161

6.19. LOS RECLAMOS ADMINISTRATIVOS.	164
6.20. SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO	166
6.21. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. DECRETO 10.254/58, DE SANTA FE.	169
CAPITULO VII - EL PROCESO JUDICIAL ADMINISTRATIVO. ELEMENTOS ORGÁNICOS. COMPETENCIA ADMINISTRATIVA.	170
7.1. EL PROCESO ADMINISTRATIVO	170
7.2. ELEMENTOS DE LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO	173
7.2.1. LA JURISDICCIÓN. ACEPTACIONES	174
7.2.2. CLASIFICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN	175
7.2.3. LA JURISDICCIÓN JUDICIAL: FUNCIÓN Y ELEMENTOS	176
7.2.4. CARACTERES GENERALES DE LA FUNCIÓN JUDICIAL	178
7.2.5. LA COMPETENCIA. CONCEPTO	179
7.2.6. CLASIFICACIÓN DE LA COMPETENCIA	180
7.2.7. EL PROCESO JUDICIAL. ACEPTACIONES	182
7.2.8. ELEMENTOS DEL PROCESO	182
7.3. LA COMPETENCIA ADMINISTRATIVA JUDICIAL	184
7.3.1. ADMINISTRACIÓN Y JUSTICIA	184
7.3.2. NATURALEZA DE LA REVISIÓN JUDICIAL. PRINCIPALES CRITERIOS JURÍDICOS	186
7.4. IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	190
7.4.1. EL RÉGIMEN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS PARTICULARES	190
7.4.2. EL RÉGIMEN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES	191
7.4.3. LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DIRECTA	194
7.4.4. LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL INDIRECTA	197
7.5. EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN SANTA FE	198
7.5.1. LA LEY 11.330	198
7.5.2. ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: ARTÍCULO 5	200
7.5.3. RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA: ARTÍCULO 7. DECRETO 10.204/58	203
7.5.4. EL REQUISITO IMPOSITIVO: ARTÍCULO 8	208
7.5.5. EL PLAZO DEL RECURSO: ARTÍCULO 9	209
7.5.6. CONTENIDO DEL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: ARTÍCULO 10	209
CAPITULO VIII – CONCLUSIONES.	211

BIBLIOGRAFÍA

ALEXIS, ROBERT; *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

ÁLVAREZ GARDIOL, ARIEL; *Lecciones de Epistemología. Algunas cuestiones epistemológicas de las Ciencias Jurídicas*, Universidad Nacional del Litoral - Macagno, Santa Fe, 2005.

ATIENZA, MANUEL; *Introducción al derecho*, Barcanova, Barcelona 1985.

ATIENZA, MANUEL; *Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo*, "en" *Doxa* nº 3, 1983.

ATIENZA, MANUEL; *Sobre el sentido del Derecho. Carta a Tomás-Ramón Fernández*, "en" *Doxa* nº 23, 2000.

ATRIA LEMAITRE, FERNANDO, *Las circunstancias de la derrotabilidad*, "en" (45) *Revista de Ciencias Sociales - Universidad de Valparaíso*, Valparaíso, 2001.

BALBÍN, CARLOS FRANCISCO; *Curso de derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2008.

BIANCHI, ALBERTO B.: *Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad de una teoría general del contrato administrativo (Una perspectiva general desde el derecho administrativo de los Estado Unidos)*, ED, 184-9000.

BIDART CAMPOS, GERMÁN J.; *Tratado elemental del derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1991.

BULYGIN, EUGENIO; *Sentencia judicial y creación del derecho*, *Revista La Ley*, Buenos Aires, 124-1037.

CALSAMIGLIA, ALBERT; *Ciencia Jurídica*, en *Derecho y Justicia*, Trota - Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2000.

CÁRCOVA, CARLOS MARÍA; *La opacidad del derecho*, Trota, Madrid, 1998.

CÁRCOVA, CARLOS MARÍA; *Las teorías jurídicas post positivistas*, Lexis-Nexis Argentina, Buenos Aires, 2007.

CASSAGNE, JUAN CARLOS; *El control jurisdiccional de la actividad reglamentaria y demás actos de alcance general*, en *Actualidad del derecho público* 15 /16, Ad-Doc, Buenos Aires, 2001.

- CUADROS, OSCAR A.; *Fundamentos del control judicial de constitucionalidad en la teoría del derecho de Carlos S. Nino*, El derecho, Buenos Aires, (t.) 2003.
- Dworkin, Ronald; *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989.
- FAYT, CARLOS S.; *La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia. Leading cases y holdings. Casos trascendentes.*, La Ley, Buenos Aires, 2004.
- FERRAJOLLI, LUIGI; *Epistemología jurídica y garantismo*, Coyoacán, México, 2004.
- FERRAJOLLI, LUIGI; *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2009.
- FIORINI, BARTOLOMÉ; *¿Qué es el contencioso?*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, Y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN; *Curso de derecho administrativo*, Cívitas, Madrid, 1999.
- GARGARELLA, ROBERTO; *La teoría de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Paidós, Barcelona – Buenos Aires – México, 1999.
- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, Y GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO; *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativos Común*, Civitas, Madrid, 1997.
- GORDILLO, AGUSTÍN A.; *Tratado de derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003
- Grecco, Carlos M.; *Impugnación de disposiciones reglamentarias*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998.
- HART, HERBERT. L. A.; *El concepto del derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.
- HIERRO, LIBORIO; *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003.
- HUTCHINSON, TOMÁS; *Derecho Procesal Administrativo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
- KENNEDY, DUNCAN (RODRÍGUEZ, CÉSAR); *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Siglo del hombre, Bogotá, 2002.

- LISA, FEDERICO J. Y WEDER, RUBÉN L.; *El proceso contencioso administrativo en la Provincia de Santa Fe. Ley 11.330. Doctrina jurisprudencial*, Juris, Rosario, 2000.
- LUQUI, ROBERTO ENRIQUE; *La revisión judicial de la actividad administrativa*, Astrea, B.A., 2005.
- MARTÍNEZ, HERNÁN; *RCA. en la provincia de Santa Fe*, Zeus, Rosario, 1999.
- MORESO, JUAN JOSÉ; *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- NAVARRO, PABLO F.; *Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico*, "en" *Doxa* n° 24, 2001.
- NINO, CARLOS SANTIAGO, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2005.
- NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 1983.
- RAWLS, JHON; *El derecho de gentes, y "Una revisión de la idea de razón pública"*, Paidós, trad. Hernando Valencia Villa, Barcelona - Buenos Aires, 2001.
- ROSATTI, HORACIO D.; *El llamado 'control de convencionalidad' y el 'control de constitucionalidad' en Argentina*, en *La Ley*, 2012-A, 911.
- PALACIOS, LINO ENRIQUE; *Derecho Procesal Civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977.
- QUESADA, DANIEL; *Saber, opinión y ciencia*, Ariel, Madrid, 1998.
- QUIROGA LAVIE, HUMBERTO; *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Zavalía, Buenos Aires, 1997.
- TEUBNER, GUNTHER; *El derecho como sujeto epistémico: hacía una epistemología constructivista del derecho*, "en" *Doxa* n° 25, 2002.
- SASTRE ARIZA, SANTIAGO; *Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica*, "en" *Doxa* n° 24, 2001.
- SOLA, JUAN V.; *Control judicial de constitucionalidad*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.
- VANOSI, JORGE R.; *Teoría Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1976.