

Título: La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en:

Cita: TR LALEY AR/DOC/8473/2012

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. SU INCOMPATIBILIDAD CON EL DOGMA REVISOR Y CON LA REGLA DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

por JUAN CARLOS CASSAGNE (*)

1. LIMINAR.

En la última parte del siglo XX, aproximadamente desde treinta años atrás, la tutela judicial efectiva ha cobrado gran relevancia en el plano jurídico, gracias al impulso dado por la doctrina en España, con motivo de su recepción constitucional.

Su proyección en Hispanoamérica, particularmente en la Argentina, ha sido notable, habiendo sido recogido el principio tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires del año 1994, aunque no siempre se han desprendido de él las consecuencias que cabe extraer en punto a reafirmar la tendencia hacia un control judicial pleno y sin cortapisas de la actividad administrativa.

Nuestra Constitución, en línea con el molde de los antecedentes normativos y proyectos preconstitucionales, consagró en su art. 18 la garantía de la inviolabilidad "de la defensa en juicio de las personas y de los derechos", siguiendo el Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina elaborado por Alberdi (1).

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

En su evolución posterior, la garantía (2) de la defensa fue completada con otras, tendientes a ampliar el círculo de los derechos protegidos originariamente por el art. 18 de la Constitución nacional. Tal es lo que ocurrió con el trasplante del debido proceso adjetivo, proveniente del derecho norteamericano (3), y, más modernamente, con el llamado "derecho a la jurisdicción".

Mientras el debido proceso adjetivo desarrolla positivamente la protección de los derechos a exponer y plantear con amplitud las pretensiones en el proceso o procedimiento administrativo (derecho a ser oído), a ofrecer y producir la prueba conducente y a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas, el derecho a la jurisdicción reclama, simultáneamente, el derecho a ocurrir ante un juez en procura de justicia a fin de obtener una sentencia justa y motivada susceptible de los recursos previstos en las leyes, junto con la exigencia de que el proceso se sustancie con rapidez, dentro de plazos razonables (4).

Estas garantías, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la doctrina (5) consideraron, en su momento, incluidas en la garantía del art. 18 o vinculadas a ella, resultan sustancialmente potenciadas en virtud de la recepción de la tutela judicial efectiva, en el sentido que pasamos a exponer.

En efecto: no obstante la similitud que guardan las garantías constitucionales clásicas del ordenamiento constitucional argentino con la tutela judicial efectiva, esta última, como aconteció con la garantía constitucional innominada del debido proceso adjetivo (6), se caracteriza por su mayor amplitud no sólo en el plano garantístico sino también en cuanto a la protección del interés general en procurar una buena

administración (7) proyectándose también al procedimiento administrativo (8).

Los principales matices diferenciales comprenden tres aspectos ya que la tutela judicial efectiva apunta a la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso al proceso, tanto como a impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial y, por último, tiende a asegurar el ejercicio pleno de la jurisdicción.

Resulta evidente que se trata de una garantía que armoniza de modo cabal con el reparto de funciones propio de la separación de poderes que ha instituido nuestra Constitución, al prescribir positivamente el sistema judicialista (arts . 116 y 117 de la Constitución nacional), en el cual los jueces son los órganos encargados de resolver los conflictos entre los particulares y el Estado (9).

En la Argentina, antes de la moderna configuración del principio, un destacado sector de la doctrina (10) propició, en su momento, una serie de posturas que afirmaban la plenitud de la jurisdicción frente a las interpretaciones restrictivas que, con fundamento en las antiguas concepciones del contencioso-administrativo francés y español, propugnaban la limitación de los poderes del juez sobre la base de la naturaleza esencialmente revisora (11) que atribuían a esta clase de jurisdicción (la cual era concebida como una jurisdicción de excepción).

Recién en la última década algunos ordenamientos y la jurisprudencia —en forma limitada, por cierto— han comenzado a transitar por el camino correcto. Sin dejar de reconocer la influencia que ha tenido en esta evolución la obra de los juristas vernáculos, que actuaron como verdaderos pioneros en este campo para desterrar los ápices formales que caracterizaban el contencioso-administrativo de su época, no se puede menos que señalar la profunda gravitación que entre nosotros ha alcanzado la doctrina española a partir de la fundación de la "RAP" y de la publicación de las obras y trabajos científicos de sus juristas más eminentes (12).

En el presente trabajo vamos a abordar la recepción de la tutela judicial efectiva en el ordenamiento y la incompatibilidad que plantea su vigencia constitucional con el dogma revisor y, particularmente, con el carácter preceptivo del requisito del agotamiento de la vía administrativa (mal llamada "instancia administrativa"), sin dejar de advertir que, tal como ha dicho González Pérez, "el derecho a la tutela judicial efectiva que se despliega, básicamente, en tres momentos diferentes del proceso (en el acceso a la jurisdicción, en el debido proceso y en la eficiencia de la sentencia) es, en definitiva, el derecho de toda persona a que se "haga justicia", que se traduce, en el plano jurídico-administrativo, en que siempre que crea que puede pretender algo con arreglo a Derecho frente a un ente público, tenga la seguridad de que su petición será atendida por unos órganos independientes y preparados" (13).

2. LA RECEPCIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL ORDENAMIENTO ARGENTINO.

a) En el orden nacional.

La recepción del principio en nuestro país se ha visto favorecida, primero, por el sistema y una serie de principios de rango constitucional anteriores a la reforma de 1994, y, a partir de ésta, por la recepción en la Constitución del Pacto Internacional de San José de Costa Rica.

Así, a la adopción del sistema judicialista de control de los actos del Ejecutivo y demás poderes del Estado (ex arts . 100 y 101, C .N .) y a una previsión constitucional que en forma expresa veda al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales (ex art. 95, C .N .) se añade la garantía de la defensa prescrita en el art. 18 de la Constitución nacional y la consagración del debido proceso como garantía innominada por parte de la jurisprudencia.

A su vez, en el Preámbulo de nuestra Constitución se revela el propósito que persiguieron los constituyentes

al proclamar, entre los fines del Estado, el de "afianzar la justicia", configurando un principio jurídico afín, en cuanto el único modo en que se puede operar ese afianzamiento radica en la efectividad de la tutela judicial debida a los particulares.

De ese modo, la conexión entre la garantía de defensa y la tutela judicial efectiva se produjo sin forzar la positividad constitucional y aun antes de la reforma constitucional de 1994, en la cual el principio se introdujo en virtud de la incorporación al ordenamiento constitucional del Pacto Internacional de San José de Costa Rica.

En uno de sus fallos más trascendentales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó el principio con fundamento en que "la idea directriz de la división de poderes que opera sincrónicamente con otra idea directriz de nuestro sistema constitucional —que emerge de la garantía del debido proceso— cual es el principio pro-actione a que conduce el derecho fundamental en la tutela judicial efectiva, que se deriva, necesariamente, del art. 18 de la Constitución nacional, cuya regulación se integra, además, con las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, que al ser aprobado por la ley 23.054 y ratificado el 5 de diciembre de 1984, tiene el carácter de ley suprema de la Nación, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución nacional" (14).

Operada la recepción constitucional del Pacto de San José de Costa Rica (a causa de lo prescrito en el art. 75, inc. 22, de la Constitución de 1994), cuyos arts. 8 y 25 consagran el derecho a la tutela judicial efectiva, el principio adquirió plena operatividad constitucional, obligando también a las provincias, habida cuenta de que los pactos internacionales —y máxime, aquellos incorporados expresamente a la Constitución nacional— constituyen —conforme a su art. 31— la ley suprema de la Nación, debiendo entenderse —como reza el inc. 22 del art. 75— que los derechos reconocidos por ellos complementan los derechos y garantías constitucionales.

b) En el orden provincial.

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

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

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

El otro precepto constitucional (art. 166, últ. párr.) que resulta trascendente para la protección de los derechos de las personas radica en la desconstitucionalización de la decisión previa que agotaba la vía administrativa como requisito ineludible de admisibilidad de la pretensión procesal.

En este aspecto, si bien no todas las opiniones coinciden en punto a si se mantiene o no el principio en el plexo constitucional (15) lo cierto es que a partir de ahora el requisito tiene origen legal, y no constitucional, sin que la Constitución establezca criterio o pauta alguna que vincule al legislador.

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

Es cierto que al no establecer pauta limitativa alguna para consagrar las excepciones, el legislador podría llegar a excederse en la determinación de los supuestos. Sin embargo, en tal caso, jugará siempre el límite de razonabilidad para poder impugnar toda decisión legislativa que afecte el principio de la tutela judicial efectiva, cuya incompatibilidad con el dogma revisor y la exigencia generalizada del requisito del agotamiento de la vía administrativa han sido cabalmente demostradas en la doctrina argentina (16) y española (17).

En esa orientación, tanto la Constitución como el Código Contencioso-administrativo de la Provincia de Buenos Aires (18) consagran un sistema cuyas grandes líneas se caracterizan por:

b.1) la especialización de tribunales competentes que actúan como jueces ordinarios y especializados del fuero, suprimiendo la concentración de las causas en la jurisdicción exclusiva y originaria de la Corte Suprema de la Provincia;

b.2) la supresión o alteración sustancial de requisitos constitucionales que obstaban a la tutela judicial efectiva, antes señalados, como la previa denegación o retardación, autoridad administrativa, derechos gestionados por la parte interesada y fijación de plazos para el ejercicio de cualquier pretensión que figuraban en el viejo art. 149, inc. 3, de la Constitución de la Provincia del año 1934;

b.3) la apertura y el acceso a la jurisdicción en tanto haya un caso (art. 166, C.P.) en línea con el precepto que rige en el orden nacional (ex arts. 100 y 101 y actuales arts. 116 y 117, C.N.);

b.4) consecuente con ello, el Código utiliza un concepto amplio de legitimación activa al prescribir que estará legitimada para deducir las correspondientes pretensiones "toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento" (19);

b.5) la configuración amplia de los casos que abren la jurisdicción en relación con cualquier tipo de conducta positiva o negativa (actuación u omisión), con abstracción de que se formalice o no como acto administrativo (20);

b.6) el carácter ejecutorio y no meramente declarativo de las sentencias judiciales (art. 163 de la Constitución de la Provincia y art. 65, ap. 3, del C.P.C.A.);

b.7) el quiebre de la naturaleza revisora (21) que antaño se atribuía a la jurisdicción contencioso-administrativa se proyecta en materia de la reducción de los supuestos en que se exige el agotamiento de la vía administrativa, así como en la fijación de plazos de caducidad que se restringen a los casos en que se pretenda la nulidad de un acto o una acción resarcitoria vinculada con aquella o la pretensión de cese de una vía de hecho administrativa. A su vez, la acción para demandar contra una vía de hecho administrativa no está sometida al requisito del agotamiento, aunque tiene fijado un plazo de caducidad a partir del momento en que fuera conocida por el afectado (art. 21, C.P.C.A.);

b.8) el objeto del proceso regulado en el C.P.C.A. se desplaza del acto administrativo hacia la pretensión procesal con fórmulas de gran latitud que no circunscriben el proceso a la pretensión anulatoria de un acto administrativo, de alcance particular o general, sino que comprenden, además de las típicas pretensiones resarcitorias derivadas o no de la invalidez de un acto administrativo u ordenanza municipal, toda clase de pretensiones, a saber:

(i) el restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés tutelados (art. 12, inc. 2);

(ii) la acción declarativa de certeza sobre determinada relación o situación jurídica regida por el derecho administrativo (art. 12, inc. 4);

(iii) la cesación de una vía de hecho administrativa (art. 12, inc. 5);

(iv) la realización de determinada prestación debida por las autoridades que ejercen la función administrativa (art. 12, inc. 6);

(v) el libramiento de una orden judicial de pronto despacho en casos de mora de la Administración en expedirse frente al requerimiento de parte interesada o que corresponda dictar para continuar o resolver el procedimiento (art. 12, inc. 7).

3. INCOMPATIBILIDAD DEL DOGMA REVISOR CON LOS PRINCIPIOS DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y DE LA DIVISIÓN DE PODERES.

Si se parte del principio según el cual, en los sistemas judicialistas como es el nuestro y lo son los de muchos países de Hispanoamérica, la jurisdicción contencioso-administrativa es plena y no se halla recortada por la interpretación francesa de la división de poderes, no cabe sino reconocer la manifiesta y abierta incompatibilidad del dogma revisor con la existencia de una efectiva tutela judicial.

En el fondo, el dogma revisor ha venido actuando como una cortina de humo que le impide al juez la visión sobre la pretensión procesal, constituyendo una formidable barrera que no le permite decidir sobre el contenido material de la pretensión, trasformando el resultado de los procesos en sentencias que eluden el juzgamiento pleno de la pretensión, mediante meros artilugios formales.

La falsa creencia, derivada del contencioso-administrativo francés, en el sentido de que se trataba de un proceso al acto que concluía con la estimación o desestimación del recurso interpuesto contra él, ha hecho caer a un sector de la doctrina de la primera mitad del siglo pasado, y a buena parte de la legislación procesal, en el error de suponer que el proceso contencioso-administrativo consistía en una suerte de revisión en segunda instancia de una decisión administrativa previa, limitada, como tal, a las pretensiones planteadas en sede del poder administrador.

Como consecuencia de este falso mito, que carecía en nuestro derecho de todo basamento constitucional, fue articulándose una serie de consecuencias que restringieron, cuando no abiertamente denegaron, el acceso a la jurisdicción, ya sea impidiendo el trámite procesal de pretensiones no articuladas, o bien exigiendo el agotamiento de la vía administrativa, en todos los supuestos, como regla general, dejando a los particulares huérfanos de una efectiva tutela judicial.

Muchas de las instituciones del sistema procesal tienen o han tenido origen o vinculación con la naturaleza revisora que se le atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa, y todas ellas resultan francamente opuestas a una correcta interpretación del principio de separación de poderes que rige en el sistema judicialista

argentino.

De allí que la tendencia a eliminar o a morigerar sustancialmente los requisitos de admisibilidad de la pretensión procesal, como la decisión previa, el agotamiento de la vía y los plazos de caducidad fijados para la articulación de las pretensiones ante un juez imparcial e independiente, haya crecido en los últimos tiempos hasta el punto de llevar a preguntarnos si no sería oportuno que la doctrina propiciara su total supresión, a fin de garantizar a todos los habitantes la efectividad de la protección judicial.

De lo contrario, como a causa del dogma revisor y sus proyecciones procesales siempre quedan actos o zonas de la actividad administrativa que escapan al control judicial, se estaría reconociendo, en realidad, que el juzgamiento de esos conflictos compete únicamente, en esos casos, al poder administrador, trastrocando el principio de la división de poderes que coloca esa función en cabeza de los jueces, y no de la Administración.

Si el Poder Judicial se abstiene de juzgar una controversia cualquiera y permite que subsista el poder unilateral de la Administración de cara al ciudadano, resulta obvio que no llega a configurarse jurisdicción alguna. En cambio, lo que prevalece en tales casos es la función administrativa frente a la función jurisdiccional, atribuyendo a la actividad del Ejecutivo o gobierno de turno, prácticamente, los mismos efectos que la cosa juzgada judicial (lo que en la jurisprudencia argentina ocurre, incluso, respecto de los actos nulos o de nulidad absoluta).

Desde otra perspectiva, al limitarse el alcance del control judicial y las potestades del juez para resolver las controversias, se afecta sensiblemente la independencia del propio Poder Judicial, en la medida en que como consecuencia del imperio del dogma revisor su función se circunscribe al marco de la decisión administrativa que precede al litigio.

Nada de ello resulta lógico en el Estado de derecho que se apoya en la necesidad de equilibrar los distintos poderes de sus órganos en beneficio de la libertad y demás derechos de las personas, sean éstos individuales o colectivos. La subsistencia del principio revisor, aun cuando larvada en muchos institutos, aparece como un impedimento que obsta a la realización de la justicia material y carece de toda sustentación a esta altura de la evolución jurídica de las instituciones del contencioso-administrativo.

Argumentos como la seguridad jurídica o la conveniencia de conciliar los derechos o intereses opuestos en sede administrativa, frente a las denegaciones de justicia o las demoras que provocan las consecuencias procesales del dogma revisor, constituyen erróneas peticiones de principio que soslayan que la única garantía plena —tanto para la Administración como para las personas privadas— radica en la intervención de un juez, con amplias potestades, para decidir sobre las pretensiones que cabe plantear en un proceso, sin cortapisas formales ni exigencias que terminan por desnaturalizar la propia función judicial, encorsetada en la anulación o confirmación de un acto administrativo previo.

Lo contrario sería tanto como suponer —por vía de principio— que un sistema que asigna en plenitud el control de la actividad administrativa al Poder Judicial, aun sin exigir requisitos formales previos, implica el establecimiento de un sistema adverso a la seguridad jurídica, los derechos de los judiciales y los intereses públicos.

El derecho del siglo XXI implicará todo un desafío, y es probable que en muchos campos vayamos a asistir al quiebre definitivo del dogma revisor, lo que implicará sin duda recuperar no sólo los derechos antaño perdidos o soslayados sino la justicia en todas sus proyecciones, tal como lo proclaman la Constitución española de 1978 (arts. 24 y 53.1) y el Preámbulo de la Constitución argentina en tanto prescribe, entre los fines del Estado, el de afianzar la justicia.

4. SUBSISTENCIA Y ATENUACIÓN DEL REQUISITO DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA.

Cabe distinguir también en este punto la situación del nuevo ordenamiento nacional del de la de los ordenamientos provinciales y comparados.

En nuestro derecho procesal administrativo la situación es paradójica, ya que mientras en la Nación no estaba legislado el requisito del agotamiento de la vía administrativa para promover una demanda judicial contra el Estado y sus entidades hasta la sanción de la L.N .P.A . en el año 1972, las provincias y, particularmente, la provincia de Buenos Aires, exigían la previa denegación, la retardación o el agotamiento de la vía administrativa, según las respectivas regulaciones locales (22). En la Nación, con anterioridad a la L.N .P.A ., el único requisito era la promoción de un reclamo administrativo previo (ley 3952).

Y la situación resulta paradójica porque mientras que el Estado federal ha establecido el requisito del agotamiento de la vía administrativa para poder impugnar ante la justicia un acto de alcance particular o general, con plazos de caducidad a los que la jurisprudencia y una parte de la doctrina les asigna un carácter fatal y perentorio (23), y manteniendo, para los otros supuestos, la figura del reclamo administrativo previo (24), por su lado, el nuevo Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires ha restringido sustancialmente la procedencia de este recaudo procesal habilitante de la jurisdicción, como se ha visto, a sólo dos supuestos, que han reducido la exigencia procesal, limitándola a los casos en que la acción tuviere por objeto una pretensión anulatoria o resarcitoria proveniente o vinculada con la invalidez de un acto administrativo, sin exigir el reclamo administrativo previo para los otros supuestos —excepto la pretensión prestacional (art. 17, C .P.C.A .)—, cuya inutilidad ha sido debidamente destacada por un importante sector de nuestra disciplina (25).

De ese modo, en el C.P.C.A . de la Provincia de Buenos Aires se ha configurado una serie importante de supuestos en los que no resulta necesario el agotamiento de la vía administrativa de cara a diversas pretensiones procesales, a saber:

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

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

b) se configure el supuesto que la doctrina califica como de "ritualismo inútil", que puede darse tanto cuando la conducta de la demandada haga presumir la ineficacia cierta de agotar la vía administrativa, como cuando, en atención a las circunstancias del caso, la exigencia del agotamiento de la vía deviene en una carga excesiva o inútil (26), en la misma línea que su antecedente nacional (art. 32, L .N.P.A .). A este respecto, los casos que exhibe la jurisprudencia, sobre todo nacional, son de variada gama, y se los puede sintetizar (27) en cuatro grupos:

b.1) casos en que la Administración rechazó numerosas reclamaciones que contenían pretensiones idénticas (28);

b.2) medidas dispuestas por el Estado en el ámbito de determinada política estatal (29);

b.3) supuestos en que el Estado, al contestar la demanda, no opuso la falta de un reclamo previo como defensa o excepción. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que exigir, en estos casos, el reclamo administrativo previo, constituiría un ritualismo inútil e inoperante (30);

b.4) cuando se plantea la inconstitucionalidad de una ley en sede administrativa, en virtud de que se considera que dicha facultad pertenece, en exclusiva, al Poder Judicial (31) y que por ende ésta es la sede en que corresponde formular el planteamiento.

c) Otros supuestos.

Entre los otros casos en que no resulta necesario agotar la vía administrativa, el C.P.C.A . contempla:

1) la impugnación directa de actos de alcance general emanados de una autoridad jerárquica superior o del órgano con competencia delegada por aquélla, así como la impugnación directa de ordenanzas municipales (32);

2) cuando se configure el silencio administrativo (33);

3) cuando la pretensión tenga por objeto la impugnación o el cese de la vía de hecho administrativa (34);

4) la pretensión resarcitoria proveniente de la responsabilidad provincial por su actividad lícita o legítima o de hechos o vías de hecho administrativas y las pretensiones meramente declarativas y de certeza (35).

En el orden nacional, la sanción de la L.N .P.A . en 1972 implicó un verdadero retroceso garantístico , en la medida en que introdujo, por primera vez, dos instituciones entonces extrañas al contencioso-administrativo federal, como son el requisito del agotamiento de lo que la ley denomina "la instancia administrativa" y el establecimiento de plazos de caducidad para promover el proceso (arts . 23 a 25). Al propio tiempo, la L.N .P.A . (arts . 30 a 32) mantiene el régimen, aunque morigerado, de la reclamación administrativa previa, que la pretensión no tenga por objeto la impugnación o invalidez de actos administrativos (en sentido estricto).

Esta reclamación administrativa previa, contemplada en la ley 3952, de demandas contra la Nación, si bien nació para superar el principio de la indemandabilidad del Estado, de origen norteamericano, en reemplazo de la exigencia de la venia legislativa que la Corte Suprema de Justicia de la Nación había establecido para sortear aquella interpretación constitucional (36), es un requisito vigente en el derecho francés para la apertura del contencioso de plena jurisdicción (37).

La mezcla de fuentes que exhibe ese cuadro normativo, que poco tiene que ver con los antecedentes de nuestro derecho federal, ha conspirado y seguirá conspirando contra la armonización del sistema procesal, habiendo generado una situación anárquica en materia interpretativa que la jurisprudencia ha zanjado, generalmente, en contra de la tutela judicial efectiva.

Cabe advertir, asimismo, que el requisito del agotamiento de la vía administrativa se halla atenuado, en la Argentina, por la utilización de la acción de amparo como proceso idóneo tendiente al pronto restablecimiento de los derechos y garantías constitucionales cuando la Administración los ha violado por acción u omisión, procediendo también en el supuesto de que la acción administrativa no se hubiera consumado, siempre que ésta fuera inminente.

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

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

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

Volviendo al agotamiento de la vía administrativa, la situación descrita ha fomentado, en los hechos, un nivel de litigiosidad mayúsculo, dado que al requerirse que el acto cause estado (38), surge la paralela exigencia de recurrir en tiempo y forma todos los actos administrativos que resuelvan peticiones finales o de fondo, transformando la sede administrativa en una instancia jurisdiccional.

Si a ello se le agrega que, para acudir a la justicia, hay que interponer la demanda de unos fatales plazos de caducidad, muchas veces exiguos, se puede comprender cuanta razón tiene González Pérez al propiciar el carácter optativo de los recursos administrativos (39).

En lo que atañe al derecho de Hispanoamérica, se puede advertir que, con excepción de Méjico, donde se asigna carácter potestativo a los recursos administrativos como regla general (40), el requisito del agotamiento de la vía administrativa se encuentra impuesto en las legislaciones administrativas de Venezuela (41), Colombia (42) y Costa Rica, adquiriendo en Perú status constitucional (43). En los Estados Unidos, si bien la doctrina ha debatido acerca de su configuración, se reconocen numerosas excepciones (en la misma línea que las que se dan en nuestro país para eximir del reclamo administrativo previo en el orden nacional) (44) existen dos grandes barreras previas: el requisito de que el obrar impugnado se encuentre maduro (ripeness) (45) y la concepción de la llamada "jurisdicción administrativa primaria" (46), aplicable a la actividad de las agencias reguladoras.

En definitiva, el requisito del agotamiento de la instancia carece de toda base constitucional y resulta opuesto, al menos como regla generalizada aplicable a todos los supuestos, al principio de la tutela judicial efectiva, que reclama tanto el acceso irrestricto a un juicio pleno como el juzgamiento sobre el fondo de la pretensión articulada en un caso contencioso-administrativo (47).

5. REFLEXIONES FINALES.

En un reciente prólogo, el maestro García de Enterría no vacila en calificar al dogma revisor como "un puro convencionalismo procesal que actuaba en beneficio exclusivo de una sola de las partes del proceso, la Administración, a cuya condición privilegiada, como titular de poder público, se vinculó enseguida la rígida constricción de los poderes jurisdiccionales que de ese dogma resultaba" destacando que se trata de "un ejemplo paradigmático de la fuerza de un mito, capaz de imponerse a la voluntad popular expresada en las leyes (cuya concreción es la función propia de los jueces —y no del "ciclo de los conceptos jurídicos"— y todos sus poderes) sino incluso al pacto social constituyente, que es la base misma de todo el ordenamiento jurídico y social" (48).

De todo ello surge, como una primera conclusión, el fondo común que exhibe nuestra problemática procesal de lo contencioso-administrativo, en relación con lo que acontece en España, también sometida a los vaivenes y consecuencias jurisprudenciales producidas por el principio revisor.

La justicia administrativa no puede seguir estando acotada por un dogma que, en sí mismo, resulta

incompatible con el principio de división de poderes que proclama al reconocimiento de la plena potestad judicial para controlar los actos de la Administración, en beneficio inclusive del propio interés público de mejorar la función administrativa.

En esa línea, la tutela judicial efectiva asume actualmente el papel de un principio garantístico fundamental que tiende a suprimir o morigerar, al menos, todas las proyecciones procesales disvaliosas que cercenan el acceso a la jurisdicción y la plenitud de su alcance.

Y entre esas consecuencias disvaliosas que genera la adopción del carácter revisor de la jurisdicción se encuentra una institución —como el agotamiento de la vía administrativa— tan arcaica como la sostenida en el antiguo contencioso-administrativo español (en el cual se utilizaba la expresión "apurar la vía administrativa"), cuyo origen sólo tendría sustento si hubiéramos seguido anclados en la teoría del ministro-juez, que suponía que la decisión previa de la autoridad ministerial constituía una primera instancia del proceso (49), abandonada, como es sabido, por el Consejo de Estado en el arrêt "Cadot ", de 1889.

Ello ha llevado al error de confundir la "décision préalable ", que es un presupuesto inexcusable para habilitar el proceso contencioso-administrativo en Francia, con el agotamiento de la vía administrativa; y menos justificación aún tiene el mantenimiento de la regla si se observa la evolución operada en el contencioso francés con posterioridad al abandono de la teoría del ministro-juez.

Desde nuestra visión, si en Francia no se exige el agotamiento de la vía administrativa, siendo —salvo algunas excepciones— (50) los recursos optativos en sede administrativas (51), como tampoco constituye una exigencia en el derecho italiano (52), observamos que carece de sentido que sigamos manteniendo —en forma absoluta y como regla generalizada— una institución procesal tan vetusta como inconveniente, que adolece de todo fundamento constitucional.

Tampoco el proceso administrativo puede concebirse ya como en proceso al acto, limitado al examen de una mera legalidad objetiva de carácter reglado, sino que precisa abrir sus puertas a una variada gama de pretensiones procesales operándose, al propio tiempo, la ampliación de la potestad de los jueces, antes constreñidos a estimar o desestimar la pretensión anulatoria.

Tal es lo que viene aconteciendo, entre nosotros, en materia sancionatoria , en la que la jurisprudencia de la Corte ha declarado la constitucionalidad de fallos que superan el llamado principio de congruencia procesal y fijan sanciones con equidistancia y justicia, que difieren de las pretensiones esgrimidas por las partes (53) y no están sujetas a la interpretación estricta que deriva del principio de congruencia procesal.

En última instancia, la eliminación del dogma revisor y sus proyecciones procesales junto al establecimiento del carácter potestativo de los recursos administrativos aligerará, sin duda, la carga que actualmente soportan los jueces, por la sencilla razón de que al consagrar la regla del agotamiento de la vía y plazos consecuentes de caducidad para la impugnación judicial de los actos administrativos, cualquier administrador o representante, hasta el menos avisado, sabe que si no recurre dentro de los plazos perentorios establecidos y "apura la vía administrativa", podrá ser culpado de obrar con negligencia, en razón de que la no promoción de los recursos administrativos y de las acciones judiciales consecuentes le acarrearán, conforme a la interpretación que hace la jurisprudencia de los preceptos de la L.N .P.A ., la pérdida de los derechos de fondo.

Siempre hemos pensado (54) que el sistema más lógico y justo para preservar tales derechos de fondo era que ellos se perdieran recién con el transcurso del plazo de prescripción en los supuestos de nulidad relativa, dado que en nuestro derecho la nulidad absoluta es imprescriptible.

En la actual situación que padece nuestro contencioso-administrativo, dado que se ha interpretado que los derechos de fondo se pierden por el transcurso de un breve plazo de caducidad (art. 25, L .N.P.A .), sin que quepa el replanteo de la cuestión (aun en supuestos de nulidad absoluta), los tribunales se ven atiborrados de causas.

Tal es el actual estado que viven tanto las empresas como los ciudadanos en general, y aunque a muchos de los problemas procesales del contencioso-administrativo se los suele corregir con una buena justicia especializada y proba, creemos que la sanción de un código nacional sobre la materia será indispensable para superar toda la gama de inconvenientes que plantea un sistema inorgánico e injusto para los derechos de las personas y del propio Poder Judicial, enfrentado a resolver una catarata de pleitos, cuyo caudal seguirá aumentando, con independencia de los vaivenes de la economía.

(*) Ponencia presentada por el autor en el congreso internacional realizado en Madrid los días 21 y 22 de marzo de 2000 para conmemorar el 50° aniversario de la fundación de la "Revista de la Administración Pública" ("R.A.P. ").

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

(2) Las garantías constitucionales constituyen medios tendientes a asegurar la protección de los derechos y a afianzar la seguridad jurídica. Actúan como instrumentos para contener el poder y lograr una buena Administración; han sido establecidas en el plano de las normas y principios de la Constitución nacional y de las leyes; ver Juan Francisco Linares, *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*, ps . 203-206, Buenos Aires, 1944; Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional y comparado*, Buenos Aires, 1953-1963, t. V, p. 355. Para Carrió , cuando aludimos a las "formas de protección de los derechos", "queremos aludir a la acepción restringida de la palabra "garantía" o sea la que se refiere a la posibilidad que tiene el titular de un derecho de poner en movimiento el aparato estatal, particularmente el jurisdiccional, a fin de que éste actúe a su servicio y lo tutele" (cfr . Genaro R. Carrió , *Recurso de amparo y técnica judicial*, Buenos Aires, 1959, p. 28).

(3) Ver, por todos: Juan Francisco Linares, *La responsabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina*, 2ª ed ., Buenos Aires, 1970, ps . 17 y ss .

(4) Germán J. Bidart Campos, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, 1969, t. 2, ps . 473 y ss .

(5) "Fallos", 247-246, Bidart Campos, ob. cit ., t. 2, ps . 499-500.

(6) Art. 1, inc. f, L.N.P.A .

(7) Cfr . Tomás Ramón Fernández, *Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor, "REDA" (argentina)*, nos. 15/16, ps . 51 y ss .

(8) Armando N. Canosa, *Influencia del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de agotamiento de la instancia administrativa*, "E.D .", t. 166, ps . 988 y ss .

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

(10) Juan Francisco Linares, *Lo contencioso administrativo en la justicia nacional federal*, "L.L .", t. 94, secc . Doctrina, ps . 919 y ss ., especialmente p. 926; Agustín A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1980, vol. 2, ps . XIX -21 y ss .

(11) Bartolomé Fiorini , *¿Qué es el contencioso?*, Buenos Aires, 1965, p. 88.

(12) Eduardo García de Enterría , *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2ª ed ., Cívitas , Madrid, 1992; Jesús González Pérez, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Madrid, 1992; Tomás Ramón Fernández, *Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa*, "Revista de Derecho Administrativo", 1976, p. 728; Lorenzo Martín-Retortillo Baquer , *Antiformalismo y enjuiciamiento efectivo en el sistema de justicia constitucional*, "R.D.P .", nos 16 y 17, ps . 39-64 y 177-201, respectivamente, Madrid, 1982-1983.

(13) Jesús González Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 3ª ed ., Madrid, 1998, t. I, p. 17.

(14) In re "Ekmekdjian , Miguel Ángel c. Sofovich , Gerardo y otros", de fecha 7/7/92, "E.D .", 148-338, considerando 15; "Serra, Fernando H., y otro c. Municipalidad de Buenos Aires", "L.L .", del 10/3/95, con nota de Alberto B. Bianchi , *¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?*

(15) Pablo Esteban Perrino , El régimen de agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense, "E.D .", 184-842. Aun cuando cabe ubicar a este autor en una línea garantística afín a la que propugnamos, interpretado que la Constitución mantiene el principio. En cambio, para DArgenio la nueva disposición constitucional consagra como principio la inexistencia del agotamiento de la vía administrativa, posición que compartimos. Ver Inés DArgenio , El juzgamiento de la contienda administrativa en la Provincia de Buenos Aires, en "REDA" (argentina), nos. 19/20, p. 404, y Daniel Fernando Soria, El agotamiento de la vía en el proceso administrativo de la Provincia de Buenos Aires, "REDA" (argentina), nos. 24/26, p. 54, nota 31.

(16) Cfr . Agustín A. Gordillo, Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, 1980, vol. 2, XIX , ps . 21 y ss ., postura que ha mantenido en las ediciones posteriores del Tratado; Héctor A. Mairal , Control judicial de la Administración pública, Buenos Aires, 1984, t. I, ps . 346-347. Para un mayor desarrollo del tema se puede ver el lúcido trabajo de Guido S. Tawil , Los grandes mitos del derecho administrativo, el carácter revisor de la jurisdicción, la inactividad de la Administración y su fiscalización judicial, "E.D .", t. 128, ps . 958 y ss .; y Ramiro Simón Padrós , El carácter revisor y el denominado principio de congruencia en el proceso contencioso-administrativo, "REDA" (argentina), n° 19/20, ps . 497-525; ver también Rafael Bielsa , Sobre lo contencioso-administrativo, Santa Fe, 1949, p. 149, y la nota de Bianchi al fallo "Ekmekdjian " de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, antes citada.

(17) Cfr . Tomás Ramón Fernández, Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, "REDA", n° 16, Madrid, 1976, p. 728; Santiago Muñoz Machado, Nuevos planteamientos de la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, "REDA", n° 26, Madrid, 1980, p. 497. Más recientemente: Juan Ramón Fernández Torres, La jurisdicción administrativa revisora y la tutela judicial efectiva, Madrid, 1998, ps . 29 y 55; y el prólogo de Eduardo García de Enterría , ob. cit ., ps . 21 y 55. Con anterioridad, Nieto y Parada Vázquez criticaron la evolución regresiva y formalista de la jurisprudencia en orden a la conceptualización de la jurisdicción como puramente revisora, ver Alejandro Nieto, Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso, "R.A.P .", n° 57, Madrid, 1968, p. 33.

(18) Sancionado por la ley 12.008 y modificado por la ley 12.310.

(19) Ver Jesús González Pérez, La Constitución y la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa, "REDA", nos. 30/31, Buenos Aires, 1999, ps . 48-49, y del mismo autor, Las partes en el proceso administrativo, ed . Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1997, p. 50. Apunta a que a la hora de decidir en un proceso, los tribunales prescinden de todas esas zarandajas inventadas por la doctrina y "acaban definiéndolo con arreglo al Diccionario de la Real Academia, reconociendo que existe legitimación cuando el éxito de la pretensión reporta al que la formula "beneficio", "utilidad", "ganancia", "provecho", "comodidad" o, dicho de otro modo, que le evitará un "perjuicio", "incomodidad" que es como define la Academia el interés". Se trata, en suma, según González Pérez, de verificar "el sentido propio de las palabras como impone el art. 3.1 del Código Civil" (ob. cit ., "REDA", ps . 48-49); en la misma línea, ver también Osvaldo Máximo Bezzi , Código Procesal y Ley del Fuero Contencioso-Administrativo, La Plata, 1998, p. 4 y nota 6.

(20) Daniel Fernando Soria, El proyecto de Código Procesal Contencioso-Administrativo para la Provincia de Buenos Aires, "R.A.P .", Suplemento Especial n° 3, "Administración local y Derecho", Buenos Aires, agosto 1997, p. 3.

(21) Sobre la atenuación del carácter revisor en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, ver: Carlos A. Vallefín , Proceso administrativo y habilitación de instancia, La Plata, 1994, ps . 11 y ss .

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

concepto tanto las resoluciones que deciden el fondo del asunto como las que causan estado (es decir, las que agotan la vía administrativa). Ver Carlos A. Vallefín, *Proceso administrativo y habilitación de instancia*, La Plata, 1994, ps. 51 y ss., que mantiene el concepto amplio de "definitividad", aunque distingue ambas categorías y, más aún, las trata en forma separada como, por demás, corresponde a dos requisitos diferentes. Por su parte, la doctrina ha sostenido la distinción entre el concepto de acto definitivo y acto que causa estado en el sentido de que el primero es el que decide la cuestión de fondo frontalmente mientras que el segundo es el que agota la vía administrativa de una situación contenciosa (cfr. Juan Francisco Linares, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1986, ps. 544-545). Al propio tiempo, hay autores como Soria que han precisado más aún el concepto de acto definitivo, sosteniendo que son aquellos que "se exhiben de ordinario como el eslabón final de un encadenamiento de situaciones heterogéneas y no equivalentes que lo preceden y complementan" (Daniel Fernando Soria, *Los actos administrativos de trámite equiparables a definitivos y su impugnabilidad judicial*, "L.L.", 1990-C, secc. Doctrina, p. 947). La confusión o, si se quiere, la mezcla de conceptos, aparece en algunas obras de la antigua doctrina española, que probablemente habría seguido Varela (ver Fermín Abella, *Tratado teórico-práctico de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1988, p. 570).

(23) Cfr. Rafael M. González Arzac, *Los plazos de impugnación judicial de actos administrativos*, "E.D.", 51-955.

(24) Arts. 30 a 32 de la L.N.P.A., sin prescribir plazos de caducidad para la promoción de la demanda. Ver Juan Ramón Estrada, *Agotamiento de la vía administrativa y habilitación de la instancia judicial: dos importantes fallos de la Corte Suprema*, "REDA" (Argentina), n° 4, p. 323.

(25) Entre los trabajos doctrinarios ver el lúcido artículo de Agustín A. Gordillo, *El reclamo administrativo previo*, "L.L.", t. 89, p. 777.

(26) Art. 14, inc. 2 del C.P.C.A.

(27) Cfr. Perrino, *ob. cit.*, ps. 849 y ss., a quien seguimos en todo este punto 4.

(28) C.N.Cont.-Adm.Fed., Sala II, in re, "Macera Aibe y otros c. Ministerio de Educación y Cultura, s./ Empleo público", fallo del 18/7/95, cit. por Perrino en la nota 114 del referido trabajo.

(29) C.N.Cont.-Adm.Fed., Sala II, en la causa "Calzar S.A. c. Estado nacional, Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos", publicado en "L.L.", t. 1996-A, p. 633, con nota de Agustín A. Gordillo, *Nuevos argumentos para la innecesidad del reclamo administrativo previo*.

(30) "Fallos", 312-1306 ("Guerrero") y 313-326 ("Pozzi").

(31) "Fallos", 269-249 ("Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A.") y 298-511 ("Provincia de Mendoza c. Nación") y la causa "Calzar S.A.", cit. en nota 29.

(32) Art. 14, inc. 2, ap. b, C.P.C.A.

(33) Art. 14, inc. 2, ap. c, C.P.C.A. Ver Guillermo Andrés Muñoz, *Silencio de la Administración y plazos de caducidad*, Buenos Aires, 1982, ps. 26 y ss.

(34) C.P.C.A., art. 21.

(35) Cfr. Perrino, *ob. cit.*, p. 851.

(36) Héctor A. Mairal, *Control judicial de la Administración pública*, Buenos Aires, 1984, t. I, p. 356.

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

(38) La exigencia de que el acto cause estado como requisito de admisibilidad de la acción contencioso-administrativa es de origen español y proviene de la llamada "Ley Camacho", de 1881. Anota García de Enterría: "A partir de ese momento se inicia la diferencia en nuestro derecho entre los conceptos de "firmeza" y de "causar estado": un acto administrativo que no causa estado por proceder de órganos inferiores de la jerarquía alcanza, sin embargo, "firmeza" tanto frente al particular que deja vencer los plazos de alzada contra él, como frente a la Administración, para la cual se hace, desde el mismo momento de dictarse, definitivo e irrevocable" (cfr. Eduardo García de Enterría, *La configuración del recurso de lesividad*, "R.A.P.", n° 15, Madrid, 1954, ps. 144 y ss.). Por esta causa, aunque ambos requisitos procesales sean hijos del dogma revisor, lo cierto es que no hay que confundir (defecto en que incurre gran parte de la doctrina y jurisprudencia) el recaudo de la decisión previa del derecho francés con el agotamiento de la vía administrativa, proveniente del derecho español. Sobre cómo jugaba la exigencia de "causar estado" en España, incluso antes de la Ley

Santamaría de Paredes, se puede ver Fermín Abella, Tratado teórico-práctico de lo contencioso-administrativo, Madrid, 1888, ps . 67 y 567 y ss .

(39) Jesús González Pérez, ob. cit ., "REDA", n° 30-31, p. 52, apunta al respecto: "Dictado un acto administrativo, cualquiera que sea el órgano administrativo del que proceda, se ha de admitir la posibilidad de acudir a los tribunales en defensa de los derechos e intereses legítimos que por él hubieran resultado lesionados. Si bien cabe admitir la posibilidad de que el interesado pueda, si lo desea, interponer contra él los recursos administrativos que, en cada caso, se prevean. Lo que dependerá de la confianza que se tenga en obtener por esta vía plena satisfacción de las pretensiones. Si el administrado, en razón a la naturaleza del asunto, evidencia de la infracción del ordenamiento jurídico en que el acto incurre o circunstancias personales del titular del órgano competente para resolver, considera posible una resolución estimatoria por esta vía, sin tener que acudir al proceso, siempre más lento, complicado y costoso, se ha de admitir la posibilidad de recurso. Pero si tiene la convicción de que nada logrará en esta vía, no tiene sentido demorar el momento de acudir al proceso con la exigencia de un recurso que constituirá un trámite inútil. Y, por supuesto, no tiene sentido establecer un sistema de recursos sometidos a distinto régimen jurídico, con las consiguientes dudas y dificultades a la hora de tener que agotar la vía administrativa. Un único recurso administrativo y potestativo".

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

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

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

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

(44) Guido S. Tawil , Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa, Buenos Aires, 1993, t. 1, p. 110.

(45) Como lo explica Bernard Swartz , en su clásica obra Administrative law , ed ., London , 1991, p. 561, cit . por Perrino , ob. cit ., p. 835.

(46) Ver Oscar Aguilar Valdez, Reflexiones sobre las funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos a la luz del control judicial de la Administración. Con especial referencia al ente regulador de la energía eléctrica, en "Anuario de Derecho Administrativo de la Universidad Austral", Buenos Aires, 1991, t. I, ps . 193 y ss .

(47) En igual sentido, ver el excelente artículo de Daniel Fernando Soria, El agotamiento de la vía en el proceso administrativo de la provincia de Buenos Aires, "REDA" (argentina), n° 24/26, ps . 53 y ss .

(48) En el prólogo al libro de Juan Ramón Fernández Torres, Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva, Madrid, 1998, ps . 23-24.

(49) Charles Debbsch , Contentieux administratif ; Dalloz , Paris, 1978, p. 362.

(50) Pierre Subrá de Bieusses , Los recursos administrativos en el derecho francés, "D.A .", 221-69 y 79.

(51) Manuel J. Sarmiento Acosta, Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa, Cívitas , Madrid, 1996, p. 390.

(52) En Italia, conforme a la ley que creó los tribunales administrativos regionales (art. 20), el proceso judicial puede ser incoado contra actos no definitivos, y es facultativo el recurso jerárquico; ver Pietro Virga , Diritto amministrativo , Milano, 1999, t. II , ps . 193-194; ver también: Giovanni Battista Verbari , Principi di diritto processuale amministrativo , Milano, 1995, ps . 268-269.

(53) En los autos "Demchenko , Iván N., c. Prefectura Naval Argentina, s./ Proceso de conocimiento". En este caso, la Corte Suprema confirmó la sentencia del juez de primera instancia Osvaldo Guglielmino , quien, sobre la base de las circunstancias fácticas de la causa, resolvió reducir una multa aplicada solidariamente al armador y al propietario del buque. El alto tribunal por el voto de los jueces Fayt , Belluscio, Petracchi , Boggiano y Bossert declaró que la facultad de graduación de la multa entre el mínimo y el máximo previsto en la ley no escapa al control de razonabilidad que corresponde al Poder Judicial con respecto a los actos de la Administración pública, incluso cuando se trata de facultades discrecionales de la Administración (doctrina de "Fallos", 313-153, entre otros). En modo alguno la discrecionalidad implica una libertad de apreciación extralegal que obste a la revisión judicial de la proporción o ajuste de la alternativa punitiva elegida por la autoridad, respecto de las circunstancias comprobadas, de acuerdo a la finalidad de la ley (considerando 5).

(54) Juan Carlos Cassagne , Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado

nacional, "E.D.", t. 45, p. 829.