

PERSPECTIVAS DE LA JUSTICIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

ARGENTINA EN EL SIGLO XXI

*por Juan Carlos Cassagne**

I. UNA MISIÓN DIFÍCIL: CONTROLAR EL EJERCICIO DEL PODER PÚBLICO

Nunca ha sido tarea fácil en el mundo la de controlar el ejercicio del poder público cuando se afectan derechos de los ciudadanos. Tuvieron que transcurrir muchos siglos hasta haberse podido consolidar sistemas que impidieran, con una mínima eficacia, el desborde de la actividad administrativa y legislativa del cauce del derecho y de la justicia.

Algunos piensan que el control judicial ha de ceñirse, fundamentalmente, a la verificación por el juez de la legalidad de la actuación más o menos determinada de la Administración Pública. Si así fuera, el control judicial se convertiría en una pura operación de subsumir el caso concreto en el ordenamiento general y que bastaría con controlar que, aún dentro de la franja de discrecionalidad que puede brindar la norma, la Administración ha optado por una resolución razonable y, por tanto, no arbitraria.

Pero ocurre que las cuestiones a resolver, en materia de control judicial, no se presentan de ese modo tan simple en la mayor parte de los casos, lo cual modifica sustancialmente la visión que debe tener el juez a la hora de juzgar a la Administración.

Por de pronto, el juez, en algunos sistemas contencioso administrativos como el nuestro, tiene atribuida la potestad de juzgar la propia ley o el

* Exposición del autor en ocasión de la conferencia organizada por Lexis Nexis Argentina y el Colegio de Abogados de Córdoba, que se llevó a cabo el día 6 de junio de 2003 en la Asociación de Magistrados de Córdoba.

ordenamiento legislativo en el que se fundamenta la actividad administrativa y lo hace no sólo conforme a la técnica de la jerarquía constitucional (del tipo kelseniano) sino a la de los principios generales del derecho, que suelen ser creaciones pretorianas de origen doctrinario o jurisprudencial (como los creados por el Consejo de Estado francés) pero, en cualquier caso, recepcionados por los tribunales ya que, a través de ellos, estos principios adquieren una realidad o positividad y se incorporan al mundo jurídico.

En otros supuestos, el juez no controla el ejercicio del margen de discrecionalidad sino la aplicación correcta o no de un concepto jurídico indeterminado. ¿Qué herramientas utiliza para llevar a cabo este control? Como la ley generalmente no proporciona base determinada o si así fuera ésta es casi siempre deficiente, el juez –que no puede dejar de fallar en la mayor parte de los sistemas civilizados- carece de todo otro recurso que no sea el de acudir (una vez más) a la aplicación de los principios generales del derecho administrativo existentes o a la creación de alguno nuevo que permita resolver el caso de la manera más justa. Los casos en que esto acontece son numerosos habida cuenta la posibilidad bastante común que se produzcan carencias normativas, lo cual conduce muchas veces a la necesidad de determinar la dimensión de peso de principios y normas contradictorias. En todos esos supuestos el juez precisa acudir a criterios de justicia antes que al ordenamiento positivo y mantener siempre presente una posición de equilibrio frente a los demás poderes del Estado y la opinión pública.

Esta somera descripción permite advertir que la labor judicial de controlar a la Administración, es mucho más compleja que la del juez civil –el cual generalmente juzga sobre un marco más estable y con un cuerpo de normas y principios jurídicos, arraigados por el peso de una tradición milenaria en un conflicto entre particulares cuyo grado de repercusión social o de vinculación al interés público es bastante menor.

En cambio, el ordenamiento administrativo presenta una mayor movilidad y su relación directa con la Constitución es mucho más acentuada aunque, en definitiva, el mundo jurídico tenga en ambas ramas del derecho una estructura tridimensional que se compone de normas, conductas o experiencias y valores de justicia.

En cualquier caso, la labor judicial de control de la Administración no es mecánica ni exclusivamente técnica. Es más bien casi un arte: el de impartir justicia teniendo en cuenta la armonización de los intereses individuales o colectivos de cada conflicto con el interés público, sin sustituir –como lo ha señalado recientemente SESÍN- la discrecionalidad política por la judicial, siendo tan pernicioso el control que paraliza la actividad estatal como el que lo limita excesivamente con mengua de las garantías del Estado de Derecho¹.

II. SOBRE LOS ORÍGENES DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

La perspectiva, como figura vinculada al fenómeno jurídico inserto en toda institución, parte de una situación determinada en el tiempo y se proyecta hacia el futuro como un conjunto de visiones distantes.

Por tal causa, esa visión a distancia de las cosas requiere como punto de partida un conocimiento acabado del saber histórico cuidando no olvidar –como nos ha advertido Sebastián MARTÍN RETORTILLO- que “la historia de un sistema no se agota con la referencia más o menos completa a un sistema normativo²”.

¹ SESÍN, DOMINGO, “La materia contencioso administrativa en Córdoba”, en *Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo – I*, p. 178, ed. Rubinzal-Culzoni, 2003.

² MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, *Fragmentos de Derecho Administrativo*, ed. Marcial Pons, p. 116, Madrid, 2000.

Y si bien no es nuestro propósito realizar un estudio histórico exhaustivo acerca del origen de la justicia administrativa en el derecho comparado nos parece necesario desbrozar algunos equívocos, como aquel que, sobre la base de la descripción formal y lógica de un producto revolucionario, atribuye el nacimiento de la jurisdicción administrativa a la Revolución Francesa³, como si fuera una operación quirúrgica que creó un derecho nuevo y no la obra decantada de un largo proceso histórico.

Ese largo proceso histórico, originado en el Antiguo Régimen francés, que partía del principio de separación entre las autoridades administrativas y las judiciales, alcanzó a establecer la judicialidad de los conflictos entre los particulares y la Administración, asignando la respectiva competencia a órganos administrativos separados de la Administración activa (Intendentes y Consejo del Rey⁴).

La circunstancia que la jurisdicción administrativa naciera bajo la monarquía, al mismo tiempo que la judicial, ha sido subrayada nada menos que por TOCQUEVILLE⁵ y por LAFERRIÈRE⁶ encontrándose referencias en numerosos estudios jurídicos realizados por autores franceses durante el siglo pasado (vgr. VIOLLET, ESMEIN, CHENON, etc.).

La Revolución Francesa, aunque partió del reconocimiento del mismo principio de dualidad de jurisdicciones prescripto por el Antiguo Régimen,

³ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Problemas de derecho público a comienzo de siglo*, p. 27 y ss., ed. Civitas, Madrid, 2002.

⁴ La trascendencia del conflicto que, durante años, enfrentó a los funcionarios del Rey con los Parlamentos que ejercían funciones judiciales fue muy grande, al igual que su duración pues abarca prácticamente desde el reinado de Luis XIV hasta el de Luis XVI inclusive.

⁵ TOCQUEVILLE, Alexis de, *L'Ancien Régime et la Révolution*, *Œuvres complètes*, ed. Galimard, 2^{ème} édition, T° II, vol. 1°, p. 123 y ss., Paris, 1952.

⁶ LAFERRIERE, Edouard, *Traité de la jurisdiction administrative*, T° I, especialmente ps. 10 y 139, 2° ed., Paris, 1896.

consagró una solución radicalmente distinta, suprimiendo los Intendentes y el Consejo del Rey y transfiriendo la titularidad de la función de juzgar a la Administración a los propios órganos de la Administración activa⁷, que de esa manera eran a la vez jueces y partes de un mismo conflicto⁸.

Resulta obvio, entonces, colegir que en la realidad del sistema instituido por la Revolución Francesa se encontraba una suerte de inmunidad de la Administración y sus funcionarios; como es sabido, éstos fueron libres de cometer toda suerte de sucesos aberrantes que afectaron la vida y la propiedad de los franceses, en aras de una proclamada y formal igualdad y de libertades inexistentes, mediante conductas fundadas en el inexplicable dogma de la voluntad general y de su primacía, como una razón absoluta que excluye la razón individual.

Un sistema tan regresivo no podía durar mucho tiempo y a los nueve años (es decir, en 1799) Napoleón terminó dando una vuelta de tuerca hacia un modelo similar al del Antiguo Régimen mediante la creación, en cada departamento, de un “Consejo de Prefectura” con competencia para conocer en determinados asuntos administrativos.

Como sostuvo BENOÎT, ese proceso significó “la reaparición de la jurisdicción del Intendente” completada más tarde con la creación del Consejo de Estado, a partir del cual la historia del extraordinario desarrollo que llegó a alcanzar el derecho administrativo francés es bien conocida.

⁷ Ley 16 del 24 de agosto de 1790.

⁸ BENOIT, Francis Paul, *Le droit administratif français*, p. 282-283, ed. Dalloz, Paris, 1968, apunta que “las soluciones revolucionarias constituían un retroceso considerable con relación a las del Antiguo Régimen. La disociación operada por la Monarquía entre la Administración activa, que era susceptible de ser juzgada y los cuerpos administrativos de carácter jurisdiccional, que la juzgaban, desaparecía. En adelante, la propia Administración activa era su juez: nada ilustra mejor este estado del derecho que la misma noción de «ministro-juez»” (*op. cit.*, p. 282, parágrafo 498).

La conclusión que se desprende de todo ello es que la justicia administrativa es el producto de un dilatado proceso histórico que va decantando sus principios y soluciones. Es cierto que ha recorrido a veces un camino equivocado pero también resulta posible que a través de un golpe de timón pueda recobrar el equilibrio de poderes, que es la base para el funcionamiento armónico de cualquier sistema político.

En otras palabras, la justicia administrativa va amoldándose a los principios que una determinada sociedad considera justos y legítimos en una circunstancia histórica determinada (igualdad, libertad, propiedad, defensa y promoción de la competencia, seguridad física y jurídica, independencia, etc.).

Cabe entonces preguntarnos si, en la actualidad, la justicia administrativa argentina, responde a esos valores que los ciudadanos consideran como parte de los bienes comunes y de los derechos que merecen ser protegidos de la arbitrariedad que proviene de los diferentes órganos del Estado así como de personas que, siendo de naturaleza privada o pública no estatal, son parte o intervienen en calidad de terceros en los procesos administrativos.

III. LAS FUENTES DEL DERECHO PÚBLICO ARGENTINO

Una visión sumaria acerca de las fuentes del derecho público argentino muestra que el modelo norteamericano constituyó una importante base de nuestra Constitución, particularmente en cuanto a la forma de gobierno federal adoptada por los constituyentes de 1853.

De allí se ha pretendido extraer la conclusión de que las instituciones de nuestro derecho procesal deben adaptarse a dicho modelo y a su evolución jurisprudencial, consecuencia que extienden para sostener la inconstitucionalidad o

constitucionalidad, según el caso, de determinadas instituciones o características del proceso (vgr. efectos *erga omnes* de la anulación de reglamentos).

Sin embargo, como lo hemos demostrado en otras oportunidades⁹, esa conclusión reposa en la creencia errónea, originada en Sarmiento y en la opinión del convencional Gorostiaga, en el sentido que nuestra Constitución constituye un calco o copia de la norteamericana.

La circunstancia de que el Derecho Administrativo argentino, en sus principales construcciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales, no haya mantenido una total fidelidad al modelo norteamericano no implica contradicción alguna, no sólo por razones que hacen a la diversidad de sus fuentes sino también porque no existe en la Constitución norma ni principio que se oponga a la construcción de un sistema propio y original, basado en la yuxtaposición de fuentes vernáculas, hispano-americanas y europeas, en el marco del molde constitucional que consagra el sistema presidencialista, la forma federal de gobierno¹⁰ y las reglas de distribución de competencias entre la Nación y las provincias, que los constituyentes abrevaron en la fuente constitucional norteamericana (lo cual, obviamente, nadie ha puesto en duda), siguiendo la propuesta que Alberdi formuló en las *Bases*.

Fuera de ello, la tesis según la cual la Constitución argentina es una reproducción de la norteamericana constituye un error histórico doctrinario y lo cierto es que no resulta exacta, como surge de la interpretación del propio

⁹ Entre otras, en nuestro *Derecho Administrativo*, 7° ed., T° I, p. 170 y ss., ed. Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.

¹⁰ Cabe advertir, sin embargo, que la fórmula del art. 3° de la Constitución es la de un federalismo atenuado por el reconocimiento de los antecedentes unitarios (junto a los federales) que Alberdi venía señalando desde sus primeros trabajos en *El Nacional* de Montevideo y que después reprodujo en las *Bases* de 1852, entre los que se destacan la unidad de legislación y la unidad financiera. Sobre esas bases, Alberdi indicó que “la Federación argentina debía ser mixta, compuesta, federal y unitaria a la vez” (véase: DEMICHELI, Alberto, *Génesis de las “Bases”*, p. 22, Buenos Aires, 1966).

ALBERDI, quien al refutar tal postura en un trabajo dedicado especialmente al tema titulado *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*, comienza diciendo nada menos que: “para falsear y bastardear la Constitución Nacional de la República Argentina, no hay sino comentarla con los comentarios de la Constitución de los Estados Unidos¹¹”.

Y si tal como se ha demostrado, a través de los numerosos estudios hechos en el siglo que acaba de finalizar, que el proyecto de Alberdi ha sido la fuente más importante de nuestra Constitución¹², nada mejor que acudir a las *Bases* y al proyecto de Constitución que tuvieron a la vista los convencionales para interpretarla y aclarar los errores que se vienen repitiendo en algunos sectores del Derecho Público argentino.

Con una frase que no admite dudas acerca de la filiación de su proyecto que, en gran parte, sirvió de base para la Constitución de 1853, Alberdi nos advierte en dichos *Estudios* que: “todo es diferente en las dos Constituciones argentina y americana respecto a la organización del gobierno, por más que la forma federal que les es común las asemeje al ojo inatento y superficial¹³”.

En efecto, el examen atento de las fuentes y preceptos de la Constitución revela que son varios los aspectos de interés para el desarrollo del Derecho Público en los que el apartamiento del modelo norteamericano resulta ostensible, a saber:

- (i) el diseño del Poder Ejecutivo como Jefe de la Administración y titular de la administración general del país (ex art. 83 inc. 1° de la CN de 1853), lo cual veda la creación de entes o agencias de la Administración

¹¹ ALBERDI, Juan Bautista, *Obras completas de J. B. Alberdi*, t. V, “Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853”, p. 148, Buenos Aires, 1886.

¹² Véase: DÍAZ ARANA, Juan J. (h), *Influencia de Alberdi en la Constitución Nacional*, p. 37 y ss., Buenos Aires, 1947.

¹³ *Op. cit.*, p. 156.

dependientes del Congreso¹⁴ norma que, en su esencia, ha mantenido la Constitución de 1994¹⁵, si bien la respectiva atribución resulta ahora también ejercida por la híbrida figura del Jefe de Gabinete, que depende jerárquicamente del Presidente;

- (ii) la atribución al Ejecutivo de la facultad de dictar reglamentos de ejecución y la interpretación constitucional consecuente que admitió que, bajo determinados límites, el Presidente podía dictar reglamentos con fuerza de ley, lo cual se encuentra en la misma línea de un precepto del Proyecto de Alberdi que concedía al Congreso la atribución de “*dar facultades especiales al Poder Ejecutivo para expedir reglamentos con fuerza de ley en los casos exigidos por la Constitución*” (art. 67, inc. 7º, del Proyecto de Alberdi). Esta tendencia interpretativa de la Constitución histórica ha sido finalmente recogida en la Constitución de 1994, al instituir positivamente las figuras de los reglamentos delegados para materias de Administración o situaciones de emergencia pública (art. 76, CN) y de los reglamentos de necesidad y urgencia, contemplados expresamente a partir de la reforma constitucional, en el artículo 99, inciso 3º de la CN;
- (iii) mientras la Constitución norteamericana mantuvo el *common law* y la atribución de los Estados para legislar respecto de materias que, para el pensamiento continental europeo y argentino integran el Derecho Privado, la Constitución argentina operó una verdadera revolución legislativa al unificar en el Congreso la potestad de dictar la nueva

¹⁴ Al respecto, señala Alberdi: “Ha resultado de ahí que el Poder Ejecutivo argentino, que forma la facción prominente de la Constitución de 1853 y determina toda su fisonomía, es completamente diferente del Ejecutivo de los Estados Unidos de Norte-América. No hay más que colocar uno enfrente de otro y contar sus atribuciones, para ver que se asemejan tanto como un huevo a una castaña. Y así debía de ser. Era nuestro ejecutivo en cierto modo, y en especial respecto de los medios de acción, una especie de reconstrucción del gobierno central, que había existido por dos siglos. Mil veces más se asemeja al de Chile que al de Estados Unidos, a pesar de la diversidad de nombres; y debía preferirse la imitación de lo que era más análogo y adaptable a nuestra condición de ex colonia española y de habitantes de la América del Sur” (*op. cit.*, p. 157).

legislación de fondo en materia civil, comercial y penal, entre otras (ex art. 67, inc. 11 y actual 75, inc. 12, CN) lo cual ha permitido aplicar analógicamente al Derecho Público las normas del Código Civil y Comercial, en forma uniforme en todo el país, incluso al Derecho Público local;

- (iv) el federalismo argentino es menos descentralizado que el norteamericano en el Proyecto de Alberdi y en la Constitución de 1853 y si bien esta orientación fue en parte atenuada en la reforma constitucional de 1860, los poderes del gobierno federal en la letra y en la realidad siguen siendo mayores que los de su equivalente en Estados Unidos (vgr., en materia legislativa).

El cuadro expuesto, con mayor o menor influencia sobre la conclusión que venimos sustentando, revela, sin embargo, hasta qué punto son diferentes ambas constituciones y da razón a quienes han destacado la importancia de los antecedentes patrios¹⁶, de distintas constituciones provenientes del derecho comparado, especialmente la de Chile de 1833 y de diversas constituciones europeas (como la española de 1812)¹⁷ y de los Estados norteamericanos.

Así, el pluralismo que caracteriza a las fuentes en que abrevia nuestro derecho público se extiende al derecho procesal, cuestión que algunos pretendieron, en su momento, hacer dependiente del derecho francés, olvidando la

¹⁵ CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, p. 323 y ss., 6º ed. (reimpresión), Buenos Aires, 2000.

¹⁶ Véase: CASSAGNE SERRES, Blanca A., *La Constitución Nacional. Filiación Histórica del Preámbulo Argentino*, p. 57, El Ateneo, Buenos Aires, 1945.

¹⁷ Cfr. LINARES QUINTANA, Segundo V., *Raíces hispánicas del constitucionalismo*, Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, p. 41y ss., Buenos Aires, 2001; ver también: SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 81 y ss., Buenos Aires, 1958, quien anota que, habida cuenta las diferencias existentes entre la Constitución argentina y la norteamericana, tales diferencias “demuestran que, en principio, no son aplicables en nuestro país la doctrina y la jurisprudencia de EE.UU” (p. 83) y que el método constitucional utilizado por los constituyentes argentinos se base en el modelo francés de 1791 (p. 89).

influencia que han tenido otros derechos, como el español y el italiano, en la conformación de sus principales instituciones.

En el caso del derecho administrativo, los principales juristas que nos precedieron, MARIENHOFF, DIEZ y LINARES, tenían muy claro el panorama de las fuentes de nuestro derecho administrativo. En particular LINARES¹⁸, de quien podía suponerse lo contrario por algunas expresiones incidentales y el buen manejo que hizo siempre de los principios de derecho norteamericano, llegó a decir, luego de señalar la relatividad de la aplicación del derecho europeo, que “también difiere nuestro derecho administrativo del sistema iuspublicista vigente en los Estados Unidos de Norteamérica, pese a cierta similitud de nuestra Constitución con la de aquel país, porque: 1) el sistema federal es distinto; 2) el *common law* americano, pese a regir casi exclusivamente para el derecho privado, imprime a su derecho administrativo objetivo, legislado y científico, ciertas valoraciones y criterios interpretativos singulares de difícil aplicación al nuestro”.

IV. DESCRIPCIÓN DE LAS FUENTES DE NUESTRO DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS Y PROBLEMAS ACTUALES

En esa línea de pensamiento las fuentes de nuestro derecho procesal administrativo son básicamente tres. En primer lugar, el derecho constitucional norteamericano que, desde 1791, consagró el sistema judicialista y la jurisdicción de una Corte Suprema para entender en los litigios en que el Estado Federal es parte –como regla general-. Con mayor grado de influencia, los derechos europeos de España, Francia e Italia han sido la base del derecho procesal administrativo argentino, que por la gravitación que ha tenido el primero entre nosotros, derivada

¹⁸ LINARES, Juan F., *Derecho Administrativo*, p. 20, Buenos Aires, 1986, cuyo pensamiento ha sido realmente tergiversado por algunos autores.

tanto de razones históricas como de nuestra idiosincrasia, ha operado una suerte de globalización y consecuente intercambio, a través de la doctrina y legislación¹⁹. El impulsor notorio de la tendencia hacia la unidad de nuestras instituciones ha sido GONZÁLEZ PÉREZ, uno de los pocos juristas españoles que, desde sus primeros trabajos, ha analizado a fondo el derecho hispano-americano.

Un buen ejemplo de este aserto y de lo que podría ser el futuro de una sinergia mayor con el derecho procesal español y el argentino, se encuentra en las constantes referencias que hace del libro que escribió en la primera mitad del pasado siglo sobre los tribunales administrativos en su *Derecho Procesal Administrativo*²⁰ y en sus posteriores.

Por último, no hay que desconocer la influencia, aunque en menor medida, que han tenido las fuentes de nuestro derecho vernáculo (antecedentes preconstitucionales) ni el aporte de la doctrina nacional para la construcción del sistema de medidas cautelares, anterior y mucho más avanzado al que rige en el derecho español, donde recién aflora la batalla por las medidas cautelares hacia la última parte de la pasada centuria, a raíz de la generalización que irradian las decisiones de la jurisprudencia comunitaria.

Precisamente es en esta materia en la que el desarrollo del derecho procesal administrativo, ha extremado al máximo las garantías hasta culminar en una indebida generalización del control difuso de constitucionalidad a través del proceso de amparo, que se ha transformado en una acción popular y ordinaria, con

¹⁹ Sobre la influencia en el derecho procesal administrativo provincial nos remitimos al trabajo de José María DÍAZ CONSUELO, *Origen y consolidación del contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires (1854-1906) y su influencia en el derecho público de las demás Provincias*, Separata de la Revista de Historia del Derecho, N° 22, p. 51 y ss, UBA, Buenos Aires, 1994.

²⁰ Véase: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo*, T° I, ps.133, 193, 200 y ss., etc. 2° ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, siendo BOSCH uno de los autores más citados en la obra. También hay constantes referencias a la doctrina de BIELSA (ps. 92, 109, 193 y 201, entre otras).

efectos *erga omnes*, con grave daño a la seguridad jurídica, así como la falta de limitación y adecuación de la responsabilidad estatal y del sistema de ejecución de sentencias a las posibilidades presupuestarias. Ello ha contribuido, aunque sea sólo parcialmente, al agravamiento de la crisis que padecen las finanzas públicas.

Es que todos los sistemas, cuando se divorcian de la realidad y pretenden transformar al Estado en una suerte de barril sin fondo, quebrando el equilibrio que debe reinar entre la realización material de los derechos de contenido económico, el principio de legalidad presupuestaria y el derecho de las generaciones futuras a no soportar pesadas cargas que les imponga la generación actual, conducen a la necesidad de un replanteo, quizás radical, de algunas instituciones de nuestro derecho administrativo de fondo y, consecuentemente, del derecho procesal administrativo.

Si queremos que el país progrese y que retornen las inversiones en un clima de seguridad se impone la revisión y hasta la transformación de algunos de los actuales esquemas del derecho procesal administrativo, sin mengua de las garantías debidas a las personas, en un marco de equilibrio entre el bien común, los llamados intereses colectivos (que no siempre aparecen debidamente representados y suelen contradecir el interés público) y la protección de los derechos individuales.

En ese escenario, frente a las perspectivas que se plantean no cabe sino elaborar los criterios para encarar las soluciones más justas y razonables, tratando de construir antes que destruir las instituciones existentes.

V. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

En la última parte del Siglo XX, aproximadamente desde treinta años atrás, la tutela judicial efectiva ha cobrado una gran relevancia en el plano jurídico,

gracias al impulso dado por la doctrina en España, a raíz de su recepción constitucional.

Su proyección en Hispano-América, particularmente en 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 pre-constitucionales consagró, en su artículo 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 ALBERDI²¹.

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 garantía²² de la defensa fue completada con otras, tendientes a ampliar el círculo de los derechos protegidos originariamente

²¹ En la Parte Primera, Capítulo II, el artículo 19 del Proyecto de ALBERDI expresa que “*el derecho de defensa judicial es inviolable*”.

²² Las garantías constitucionales constituyen medios tendientes a asegurar la protección de los derechos y afianzar la seguridad jurídica que actúan como instrumentos para contener el poder y lograr una buena administración, establecidas en el plano de las normas y principios de la Constitución Nacional y de las leyes; véase LINARES, Juan Francisco, *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, ps. 203-206, Buenos Aires, 1944; LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional y Comparado*, t. V, p. 355, Buenos Aires, 1953-1963. 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*

por el artículo 18 de la Constitución Nacional. Tal es lo que ocurrió con el trasplante del debido proceso adjetivo, proveniente del derecho norteamericano²³, y más modernamente, primero con el llamado derecho a la jurisdicción y luego con el principio de la tutela judicial efectiva.

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 los plazos razonables²⁴.

Estas garantías que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la doctrina²⁵ consideraron, en su momento, incluidas en la garantía del artículo 18 o vinculadas a ella, resultan sustancialmente potenciadas en virtud de la recepción de la tutela judicial efectiva.

En efecto, no obstante la similitud que guardan las garantías constitucionales clásicas del ordenamiento constitucional argentino con la tutela judicial efectiva, ésta última como aconteció con la garantía constitucional innominada del debido proceso adjetivo²⁶, se caracteriza por su mayor amplitud no sólo en el plano garantístico sino también en cuanto a la protección del interés

tutele” (Cfr. CARRIÓ, Genaro R., *Recurso de amparo y técnica judicial*, p. 28, Buenos Aires, 1959).

²³ Vid por todos: LINARES, Juan Francisco, *La responsabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2º ed., p. 17 y ss., Buenos Aires, 1970.

²⁴ BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional*, t. 2, p. 473 y ss., Buenos Aires, 1969.

²⁵ Fallos: 247:267; BIDART CAMPOS, Germán J., *op. cit.*, t. 2, ps. 499-500.

²⁶ Artículo 1º, inc. f) de la LNPA.

general en procurar una buena Administración²⁷ proyectándose también al procedimiento administrativo²⁸.

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 un modo cabal con el reparto de funciones propio de la separación de poderes que ha instituido nuestra Constitución al prescribir positivamente el sistema judicialista (artículos 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 Estado²⁹.

En Argentina, antes de la moderna configuración del principio, un sector de la doctrina³⁰ 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

²⁷ Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Juzgar a la administración contribuye también a administrar mejor*, en REDA (argentina) N° 15/16, p. 51 y ss.

²⁸ CANOSA, Armando N., *Influencia del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de agotamiento de la instancia administrativa*, ED, t. 166, p. 988 y ss.

²⁹ Un completo desarrollo del principio y consecuencias que derivan de la adopción del sistema judicialista puede verse en la excelente tesis doctoral de Jorge Tristán BOSCH, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?*, p. 36 y ss., Buenos Aires, 1951. 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 (*op. cit.*, p. 45).

³⁰ LINARES, Juan Francisco, *Lo contencioso administrativo en la justicia nacional federal*, LL, t. 94, sec. Doctrina, p. 919 y ss., especialmente p. 926; GORDILLO AGUSTÍN A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. 2, p. XIX-21 y ss., Buenos Ares, 1980.

naturaleza esencialmente revisora³¹ 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, y 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 puede menos que señalarse 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 eminentes³².

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”*³³.

A nuestro juicio, la tutela judicial efectiva no resulta incompatible con el establecimiento de una jurisdicción administrativa primaria (similar a la configurada en el derecho norteamericano) siempre que ella sea instituida por ley y

³¹ FIORINI, Bartolomé, *¿Qué es el contencioso?*, p. 88, Buenos Aires, 1965.

³² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2º ed., Ed. Civitas, Madrid, 1992; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Madrid, 1992; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso- administrativa*, en *Revista de Derecho Administrativo* (1976), p. 728; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Antiformalismo y enjuiciamiento efectivo en el sistema de justicia constitucional*, RDP 16 y 17, ps. 39-64 y 177-201, respectivamente, Madrid, 1982-1983.

³³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998 del 13 de julio)*, t. I, p. 17, 3º ed., Madrid, 1998.

se prescriba la posibilidad de un posterior control judicial, que puede asignarse a los tribunales o cámaras de segunda instancia.

VI. ALGUNOS CRITERIOS Y SOLUCIONES PARA RESOLVER LOS PROBLEMAS ACTUALES Y FUTUROS QUE SE PLANTEAN EN TORNO DE NUESTRO DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

A la luz de las perspectivas que se divisan la principal tarea que hay que acometer en el campo del derecho procesal administrativo consiste en la armonización de un sistema que, por diversas causas políticas y hasta mediáticas, se ha ido inclinando demasiado hacia el denominado gobierno de los jueces, judicializando la mayor parte de la actividad administrativa a través de órganos creados por el propio Estado, dependientes del Congreso o de las legislaturas locales, como los Defensores del Pueblo.

Sin embargo es una realidad palpable que la judicialización de la política, apoyada en la generalización de una suerte de acción popular en materia de amparo, no ha impedido la corrupción ni las arbitrariedades de turno, como tampoco pudo poner remedio a la afectación de la seguridad física de las personas ni de las libertades de circular y de trasladarse de un lugar a otro por la acción ilegítima de organizaciones que no representan a la mayoría de los ciudadanos que conforman el pueblo o a los usuarios de un determinado servicio. Surge, entonces, la conveniencia de reflexionar acerca de la posibilidad que puede ofrecer un nuevo sistema procesal para mejorar ese estado de cosas, dejando para una segunda etapa la revisión de las reformas introducidas a la Constitución en 1994, algunas de las cuales han contribuido a la anarquía institucional que padecemos, elevando el costo de funcionamiento de los tres poderes y de otros órganos que se han adicionado con un “status” especial, transformando algunos de los nuevos derechos en semillas que generan continuos conflictos colectivos e individuales.

El campo de las reformas que hay que encarar es vastísimo, agravado por la circunstancia de una legislación incompleta e inorgánica³⁴ en la materia que, además, ha venido sufriendo numerosas modificaciones y derogaciones parciales que, en general, han favorecido el deterioro de todo el sistema.

A esta circunstancia hay que añadir las deficiencias que plantea el control difuso de constitucionalidad, la transformación del proceso de amparo en el juicio ordinario o común para demandar al Estado, los vicios que exhibe el sistema de representación de los usuarios y consumidores, el alcance de la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación— quien, además, goza de inmunidad parlamentaria—, la ejecución de las sentencias y sus efectos y el dictado de medidas cautelares “inaudita parte” que producen efectos prácticos similares a una sentencia definitiva.

Este es, quizás, un tiempo de reflexión que justifica el análisis y la búsqueda de soluciones para resolver algunos de esos problemas que, a nuestro juicio, adquieren una mayor trascendencia a la vista de la crisis que nos afecta, los cuales abordamos a continuación:

A) El control difuso de constitucionalidad por parte de los jueces, en su forma actual, es susceptible de alterar el equilibrio de poderes

³⁴ MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Tº I, p. 110 y ss., ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, lo caracterizó, en su momento, como un control confuso y desordenado, circunstancia que se ha ido agravando con las últimas reformas y la evolución jurisprudencial habida durante la llamada situación de emergencia económica declarado por la ley 25.561 y otras leyes anteriores.

Casi como si fuera un dogma constitucional absoluto la doctrina constitucionalista³⁵ y buena parte de la jurisprudencia³⁶ no se han cansado de reiterar que nuestro sistema de control de constitucionalidad de raíz judicialista y federal, posee un carácter difuso, en el sentido de que todo juez federal de cualquier rincón del país puede declarar la inconstitucionalidad de una ley o de un decreto reglamentario o acto administrativo del Poder Ejecutivo, en estos últimos casos, con efectos *erga omnes*, sosteniéndose incluso, hasta que los jueces provinciales³⁷ pueden ejercer el control de constitucionalidad.

Pero aún cuando no constituye un principio constitucional sino una derivación de la naturaleza judicialista del sistema y de que no cabe la posibilidad de crear un tribunal constitucional especializado y concentrado al estilo de los que existen en muchos países europeos, lo cierto es que el carácter difuso del control es más bien producto de un vacío legislativo antes que la consecuencia de un mandato constitucional.

Llama la atención que esta cuestión no se haya planteado en los distintos estudios que se han llevado a cabo en nuestro país por prestigiosos autores del derecho administrativo que han pasado por alto la evolución que, en este punto, ha tenido la organización del control jurisdiccional de los actos y reglamentos provenientes de las agencias reguladoras en el derecho norteamericano, lo que atribuimos a una suerte de paradoja producto de una visión descriptiva del proceso administrativo argentino, que prescinde del análisis comparativo del sistema

³⁵ Cfr. SAGUÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional*, T° I, ps. 106-109, ed. Astrea, Buenos Aires, 1992; VANOSSI, Jorge Reynaldo, *Teoría Constitucional*, T° II, p. 354 y ss., ed. Depalma, Buenos Aires, 1976.

³⁶ En las causas “José Chiaparrone”, “Norberto J. Vázquez” y “Corina Pinedo” y otros resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 149:126; 254-437; 263:297; 308-490, etc.).

³⁷ Cfr. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho Constitucional*, p. 478, ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978, SAGUÉS, Néstor Pedro, *op. cit.*, p. 107.

estadounidense acerca de la organización –concentrada o difusa- del control jurisdiccional.

En efecto, tal como acontece en Estados Unidos, nada impide que la legislación pueda limitar el carácter difuso del control de los actos y reglamentos de las agencias reguladoras –por ejemplo- concentrándolo en tribunales federales de segunda instancia (las Cortes de apelación de circuito), sin alterar con ello la competencia de la Corte Suprema como intérprete final de la Constitución, conforme “ a las reglas y excepciones que prescriba el Congreso”, tal como reza el respectivo precepto constitucional³⁸.

En rigor, en los Estados Unidos, el sistema jurisdiccional que rige los procesos judiciales en que se impugnan actos de la administración y de las agencias federales, está lejos de concebirse como un sistema de control difuso, tal como sucede en nuestro país. Se trata de un sistema bastante complejo, el cual puede sintetizarse en las siguientes reglas: a) en general, rige el principio según el cual la forma de procedimiento para la revisión judicial se encuentra determinada en los respectivos estatutos o marcos regulatorios, que prevén procedimientos especiales ante cortes federales expresamente asignadas³⁹; b) en la mayoría de los casos, los estatutos o marcos regulatorios disponen remedios específicos “statutory revision” que importan recursos directos ante las cortes federales de apelaciones de circuito; c) asimismo, para los supuestos en que no hayan remedios específicos, sea por la inexistencia de marco regulatorio que los contenga o cuando éste no los prevea, existe la regla residual por la cual la acción judicial de revisión podrá ejercerse mediante cualquier acción legal admitida, y podrá interponerse ante los tribunales de primera instancia, contra los Estados Unidos, las agencias administrativas o contra el funcionario apropiado; d) a su vez, el USCA consagra una norma especial que atribuye

³⁸ Art. 117 de la CN.

³⁹ APA, Sección 703.

jurisdicción exclusiva a las cortes federales de apelaciones de circuito para entender en la revisión judicial de los actos de numerosas administraciones y agencias taxativamente enunciadas. Esta regla especial prevalece sobre las anteriores⁴⁰; y e) por otro lado, también puede ocurrir que el marco regulatorio específico expresamente prohíba que determinada acción de la agencia administrativa pueda ser revisada judicialmente ⁴¹.

Ello al par de unificar la jurisprudencia, a través de los juicios plenarios si así correspondiera, instituyendo una competencia más concentrada para el control jurisdiccional de los actos estatales, sobretodo en algunos procesos como los de amparo contra actos del Poder Ejecutivo y/o dictados por delegación de éste en las acciones declarativas de inconstitucionalidad y en las medidas cautelares, sería una contribución trascendente a la seguridad jurídica. Esa competencia podría ser asignada, como en los Estados Unidos, a las Cámaras Federales en lo Contencioso Administrativo creadas o a crearse, en el futuro, en diferentes lugares del país, como un fuero especializado⁴².

Como acotación final, casi como una digresión, siempre recordamos que después de haber explicado como es posible que en Argentina cualquier juez de nuestro extenso territorio disponga la suspensión cautelar de un Decreto del Poder Ejecutivo, incluso con efecto *erga omnes*, en un Seminario sobre *La Justicia Administrativa* llevado a cabo en Barcelona en Homenaje al Catedrático español

⁴⁰ USCA, T. 28, cap. 158, sec. 2342.

⁴¹ En este último punto, como afirma Schwartz, “sería conveniente seguir los pasos del Alto tribunal inglés... que ha sentenciado que aún una fuerte cláusula de preclusión no puede impedir la revisión de las determinaciones de las agencias. La separación de poderes y el debido proceso no permiten que una agencia pueda protegerse de la revisión judicial”. (Schwartz, Bernard, *Administrative Law*, p. 481, 3° ed., Little, Brown and Company, Boston, Toronto, Londres, 1991).

⁴² Actualmente, el fuero especializado en el orden federal sólo se encuentra organizado en la Capital Federal.

Rafael Entrena Cuesta,⁴³ muchos profesores se acercaron para confesarnos que recién podían entender las noticias que llegaban a España sobre la crisis argentina y el alcance de las decisiones jurisdiccionales que ha inclinado la balanza, como consecuencia de la deformación del sistema, hacia el gobierno de los jueces.

B) La admisión generalizada de pretensiones cautelares

No se puede dudar que los avances que ha logrado alcanzar el capítulo de la tutela cautelar, a través de una evolución que comenzó con la admisión de las medidas innovativas y culminó con el reconocimiento de las llamadas medidas cautelares autónomas y, por último, con las medidas auto-satisfactivas decretadas por razones de urgencia⁴⁴.

Esta ampliación del objeto de la medida cautelar en el contencioso administrativo se encuentra en conexión con la idea de que siendo la pretensión principal el eje central del proceso administrativo (una de las innovaciones quizás más trascendentes del derecho procesal administrativo del siglo pasado en ese ámbito que difundió GONZÁLEZ PÉREZ inspirado en las ideas de GUASP)⁴⁵ los jueces deben tender a asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia, para que el resultado del proceso no se transforme en algo inútil o inoportuno.

⁴³ Este Seminario, organizado por la Facultad de Derecho de la Universitat de Barcelona, se realizó el día 15 de noviembre de 2002.

⁴⁴ Sobre las diferentes clases de medidas cautelares y sus presupuestos véase: GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, p. 119 y ss., ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002; COMADIRA, Julio R., *Las medidas cautelares en el proceso administrativo*, LL 1994-C-699; SORIA, Daniel F., *La medida cautelar positiva en el proceso administrativo*, ED ps. 1115 y ss.; y nuestro trabajo *Las medidas cautelares en el contencioso administrativo*, LL 2001-B-1090 a 1104.

⁴⁵ Vid: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo*, con prólogo de Jaime GUASP, 2º ed., Tº I, p. 45 y ss., ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964 y en las obras posteriores; véase: *Comentarios ...cit*, 2 tomos, 3º ed., p. 15 y ss., Madrid, 1998.

Sin embargo, como acontece muchas veces en otras cosas de la vida, hasta las buenas instituciones pueden llegar a degenerarse cuando se hace un uso abusivo o injusto de ellas y se presta mayor atención a los intereses políticos (tanto del gobierno como de la oposición de turno) y a la acción de los medios gráficos y televisivos, a través de un escenario en el que se montan verdaderas campañas alrededor de determinadas causas cuyo interés público en juego resulta fabricado al efecto y orientado hacia la justicia, a través de la influencia que ésta recibe en forma directa o mediante una opinión pública, artificialmente deformada.

En tal sentido, cabe cuestionar desde la generalización de la tendencia a morigerar o prescindir del requisito del peligro en la demora para el otorgamiento de medidas cautelares que se basan casi exclusivamente en la verosimilitud del derecho, sin atender a la posibilidad de realización de la pretensión al momento de la sentencia definitiva, así como la admisión de sujetos titulares de una pretensión en la que menos del 1% de los supuestamente afectados pretende ejercer una acción de defensa de intereses colectivos, la interposición de verdaderas acciones populares por parte de los Defensores del Pueblo, incluso los que poseen competencia de naturaleza local (vgr. Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires) a los que se ha admitido a litigar, en defensa de intereses o derechos que pueden resultar incompatibles con los titulares de intereses de vecinos de diferentes jurisdicciones, hasta los efectos *erga omnes* de la decisión cautelar, cualquiera sea la jerarquía del tribunal que lo declare e “inaudita parte”, son muchos los aspectos del derecho procesal y/o derecho de fondo vinculado al proceso que ameritan una reforma profunda y orgánica.

Otra de las cuestiones se vincula con la protección cautelar de los nuevos derechos constitucionales, como el derecho a la salud⁴⁶, donde se condena periódicamente a un Estado prácticamente en “default” o estado de quiebra, a

⁴⁶ Consagrado en el art. 42 de la CN.

indemnizar a los particulares que sufren alguna contingencia en su salud, sin atender a las disponibilidades presupuestarias.

En este sentido, creemos que pretender solucionar los problemas sociales que se plantean en el campo de la salud pública mediante la técnica de las llamadas medidas auto-satisfactivas genera una continua desigualdad transformando al Estado en una Caja Aseguradora de riesgos, aparte de los abusos que la concesión de tales medidas pueden provocar, concluyendo en la degradación de la protección cautelar que se promueve.

C) Las audiencias públicas

La obligatoriedad de la audiencia pública en aquellos supuestos no exigidos por un precepto expreso ha pretendido fundarse en el art. 42 de la CN.

Lo cierto es que el referido precepto constitucional sólo habla de la necesidad de garantizar la *participación* de los usuarios y consumidores, por lo que suponer que ello implica necesariamente acudir al mecanismo de la audiencia pública resulta excesivo. A nuestro juicio, en la medida en que no exista una norma imperativa y vinculante, no puede afirmarse que la celebración de una audiencia pública configure un requisito de validez de la decisión a adoptarse en materia tarifaria o regulaciones económicas de los servicios públicos, en general. El texto constitucional en modo alguno permite extraer dicha conclusión, ya que la participación que consagra puede alcanzarse por otros medios. En la medida en que se asegure una convocatoria amplia que garantice la concurrencia de todos los interesados en hacer oír su opinión, sin discriminaciones injustificadas, a falta de una prescripción legal o reglamentaria que indique lo contrario, la Administración estará en condiciones de escoger discrecionalmente el instrumento idóneo para establecer los canales de participación en cada caso que tal intervención ciudadana sea necesaria.

Así lo ha interpretado la jurisprudencia en los casos en que le ha tocado pronunciarse sobre el asunto. En el precedente “Youssefian”, la Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal ha sostenido que ***“la audiencia pública (...) constituye uno de los cauces posibles para el ejercicio de los derechos contemplados en el art. 42 de la Constitución Nacional. Ello pues, la realización de dicha audiencia no sólo importa una garantía de razonabilidad para el usuario y un instrumento idóneo para la defensa de sus derechos, un mecanismo de formación de consenso de la opinión pública, una garantía de transparencia de los procedimientos y un elemento de democratización del poder, sino que resulta una vía con la que puede contar aquél para ejercer su derecho de participación, en los términos previstos en la citada norma constitucional, antes de una decisión trascendente⁴⁷”***.

Una misma línea jurisprudencial se observa en la Sala II de la citada Cámara, en los autos “Celadi y otro c. Secretaría de Transporte y otros s/ amparo ley 16.986”, donde se sostuvo que ***“el artículo 42 de la Constitución Nacional ha dejado librado al legislador la determinación, en cada caso, de los instrumentos o medios de control que se consideren más adecuado; lo cual no significa, ni surge tampoco de manera directa del texto del artículo 42, que sea la audiencia pública el único y exclusivo medio idóneo a fin de que el derecho consagrado constitucionalmente pueda ser ejercido de manera eficaz⁴⁸”***.

En otro fallo de la Sala I de la propia Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, el Dr. Pedro COVIELLO fue todavía más explícito al afirmar que ***“el artículo 42 de la Constitución Nacional no parecería haber instituido a la***

⁴⁷ “YOUSEFIAN, Martín c/ Secretaría de Comunicaciones”, LL 1998-D, p. 710 y ss.; en el mismo sentido: “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Secretaría de Transporte y otros”, LL 1999-E, p. 211 y ss.

⁴⁸ “CELADI y otro c. Secretaría de Transporte y otros”, de fecha 10/08/2000, LL 2001-B, p. 186 y ss.

audiencia pública como el procedimiento insoslayable en la materia sino, antes bien, de la lectura de su texto surgiría que lo importante y trascendente a estos fines es «la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas en los organismos de control». Es decir, parecería que el objetivo es no predeterminar un solo procedimiento por excelencia en el texto constitucional (puesto que precisamente se trata de una Constitución que debe adaptarse a las cambiantes situaciones de la realidad llamada a regir, máxime si se advierte que la modalidad del procedimiento de audiencia pública podría con el tiempo ser superado por otro más idóneo)”. Continúa el magistrado señalando que “se sigue de lo dicho que ante la inexistencia de un régimen legal formal que regule en forma específica esta materia, no se desprendería la posibilidad de que la actora esté en condiciones de invocar un derecho que surja de una preceptiva de rango legal formal. Más bien, lo que surge del texto constitucional sería la necesidad de una modalidad de 'participación' que podría reclamarse a las autoridades, que en el caso y con sustento constitucional la demandada optó por una de las formas hasta ahora conocidas: el 'documento de consulta'⁴⁹”. ¿Puede acaso sostenerse que responde a una idea democrática que quinientas personas se atribuyan la representación de un millón de usuarios que no les han conferido tal representación?.

D) Problemas que plantea la actuación del Defensor del Pueblo y de las Asociaciones de Usuarios y Consumidores

A su vez, el reconocimiento de legitimación procesal a las asociaciones de consumidores y usuarios, que las habilita a cuestionar las decisiones regulatorias que se adoptan ya sea por el poder concedente (administración central) o por los entes reguladores plantea un sinnúmero de problemas de significativa trascendencia que van desde su falta de representación hasta los efectos de las medidas que

⁴⁹ “Asociación Civil Cruzada Cívica. Para la DECUSP. v. Estado Nacional”, res. del 16/5/2002, JA del 7/8/2002.

peticionan, que suelen recaer sobre usuarios que no han sido parte en la causa judicial.

La situación se complica aún más en un sistema como el nuestro, que ha evolucionado hacia la extensión máxima del control difuso tanto de constitucionalidad como de legalidad (en contra de lo que ocurre en el derecho norteamericano) respecto de los actos administrativos de los entes reguladores y/o autoridades de aplicación.

Como, por otra parte, no se ha reglamentado la actuación de las Asociaciones de Usuarios y Consumidores y muchas de ellas representan sólo un sello de goma con unos pocos adherentes, es obvio que el sistema se presta a toda clase de deformaciones en la práctica, aumentando innecesariamente la litigiosidad, favorecida por el incentivo que ofrecen los honorarios que se regulan en este tipo de causas y la insolvencia de las entidades, que les permite correr riesgos ilimitados y aún conseguir medidas cautelares sin garantizar los perjuicios que provoca su traba, en el caso de perder el pleito de fondo o de revocarse la sentencia.

¿Podría sostenerse que es legítimo que treinta o cincuenta personas se atribuyan la representación de miles o de millones de usuarios?. Sin embargo, por los defectos que actualmente exhibe el sistema, como consecuencia de no haberse reglamentado estas asociaciones ni las llamadas acciones de clase, ello resulta posible y les permite conseguir medidas precautorias y sentencias definitivas con efectos “*erga omnes*”.

El error de casi todos los planteos doctrinarios y jurisprudenciales que impulsan un amplio reconocimiento de la legitimación de las Asociaciones de Usuarios y Consumidores consiste no sólo en pasar por alto las reglas de nuestro sistema representativo de gobierno y los propios principios de la representación institucional sino en asimilar los procesos individuales del clásico derecho procesal

a los procesos colectivos que surgen como consecuencia de la globalización que también se opera en el plano de las instituciones jurídicas.

El tema de la legitimación del Defensor del Pueblo resulta complejo y si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema ha acotado su actuación a lo que entendemos sus justos límites constitucionales, los tribunales inferiores han continuado reconociéndole una legitimación amplia.

En cambio, la doctrina de la Corte ha sido restrictiva y ha sentado una serie de principios tales como: a) que *“si bien el art. 86 de la CN prescribe que el Defensor del Pueblo tiene **legitimación procesal** ello no significa que los jueces no deban examinar, en cada caso, si corresponde asignar a aquel el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, como es exigible en todo proceso judicial⁵⁰”*; b) el Defensor del Pueblo no puede invocar la representación de derechos de incidencia colectiva y la defensa de los usuarios cuando *“las personas y empresas que se han considerado afectadas en sus derechos subjetivos por la norma cuya validez se cuestiona, han tenido la oportunidad de acudir al Poder Judicial en procura de su adecuada tutela⁵¹”*; c) que no puede fundar su accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes invocando la doctrina de la Suprema Corte de los Estados Unidos (418 U.S. 208)⁵²; d) que al demandar al Poder Ejecutivo, alegando la defensa de intereses generales debe expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se encuentran los demás ciudadanos⁵³ que el Defensor del Pueblo carece de atribuciones para alegar sin bases objetivas, la configuración de un peligro inminente no pudiendo prevalerse de sus facultades para alterar las

⁵⁰ In re “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 323:4102.

⁵¹ Fallos 323:4103.

⁵² “Consumidores Libres”, JA 1998-IV-38, considerando 10, según el voto de la mayoría del Tribunal.

⁵³ Idem, JA 1998-IV-38, considerando 10.

exigencias constitucionales que habilitan la intervención de los tribunales de la Nación⁵⁴.

Un sector de la doctrina ha contradicho la afirmación de la Corte en el sentido de que cabe exigir que el Defensor del Pueblo deba ser titular de una relación jurídica sustancial sosteniendo que ello “contradice la propia esencia de la legitimación⁵⁵”. Nos parece, sin embargo, que en los procesos colectivos, la titularidad de la relación jurídica sustancial constituye una situación subjetiva compleja, pues corresponde probar que los demandantes representan el interés de una clase o sector de personas afectadas y nunca puede darse por cumplida sobre la configuración de una situación objetiva, invocando una genérica pretensión de que se cumplan la Constitución y las leyes. Esto no ocurre –que sepamos- en ningún lugar del mundo, con independencia de la mayor o menor amplitud con que se determine el derecho, el interés o aún, la mera ventaja o utilidad o perjuicio concreto en cada caso sometido a juzgamiento. Es decir, que la amplitud de la legitimación nada tiene que ver con este requisito que exige la Corte (titularidad de la relación sustancial) ya que de lo contrario estaríamos en el campo de las acciones populares, no prescriptas por la legislación procesal y cuya constitucionalidad es harto discutible.

E) Los efectos *erga omnes* de las sentencias que invalidan reglamentos o meros actos de alcance general

1. Los efectos “extra partes” de la anulación de reglamentos en el derecho comparado

⁵⁴ Idem, JA 1998-IV-38, considerando 9.

⁵⁵ PÉREZ CORTÉS, María J. de, *La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las Asociaciones*, en LL, diario del 19/03/2003, p. 4.

En los distintos sistemas de control jurisdiccional que existen en el derecho comparado, en las causas que tienen por objeto una pretensión anulatoria de un reglamento administrativo, se reconoce que los efectos jurídicos procesales de la sentencia se extienden a quienes no fueron parte en los respectivos procesos. Y este efecto *erga omnes* se prescribe tanto en los sistemas articulados sobre la base de tribunales administrativos como en los llamados sistemas judicialistas, situación que se da aún en aquellos países donde el control jurisdiccional de la legalidad de los reglamentos no está concentrado en un único Tribunal Superior o Constitucional, formando parte del proceso contencioso administrativo establecido para el control de normas de naturaleza sub-legal (Ej.: Alemania).

No puede evitarse la referencia al derecho francés, el cual, a través del recurso por exceso de poder, desde el siglo pasado, instituyó y desarrolló, a través del Consejo de Estado, un recurso caracterizado por la atribución de eficacia *erga omnes* a las sentencias anulatorias de reglamentos ilegales⁵⁶.

Y si bien en los primeros tiempos se interpretó que se trataba de un proceso al acto (sin partes) y que la decisión poseía naturaleza administrativa lo cierto es que se terminó admitiendo la intervención de terceros en los respectivos procesos. Aunque inicialmente tuvo este recurso carácter administrativo evolucionó hasta convertirse en un verdadero recurso jurisdiccional⁵⁷.

En España, si bien el derecho positivo estadual introdujo la pretensión procesal de anulación contra disposiciones reglamentarias ilegales en la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del año 1956, su origen histórico se

⁵⁶ Al respecto puede verse: AUBY, J. M. y DRAGO, R., *Traité de Contentieux Administratif*, t. II, p. 129 y ss., París, 1975; CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 7ª ed., p. 174 y ss., París, 1998; VEDEL, Georges y DELVOLVÉ, Pierre, *Droit Administratif*, p. 738 y ss., 9ª ed., París, 1984; LAUBADÈRE, André de, *Traité de Droit Administratif*, t. I, p. 568 y ss., actualizado por Jean-Claude VENEZIA e Yves GAUDEMET, París, 1983.

⁵⁷ Cfr. LAUBADÈRE, André de, op. cit., t. I, p. 570.

remonta al derecho local⁵⁸ y al antecedente que registra el derecho constitucional español a través del artículo 101 de la Constitución republicana de 1931.

Unas palabras escritas años atrás por ALCALÁ ZAMORA ilustran acerca de que la idea de instituir un recurso directo contra reglamentos ilegales no se originó en el período franquista⁵⁹ sino que cala su origen histórico en el citado antecedente republicano, probablemente inspirado en el modelo francés. Así, quien fuera Presidente de la extinta República ha dicho que: *“cuando la Jurisdicción contencioso-administrativa mantiene sistemática la condenación del Reglamento ilegal, y la Administración, terca, se obstina en seguir aplicándolo, origínase una perturbación, que lleva a semilleros de pleitos, ya inútiles por prejuizados, pero siempre costosos, con riesgo para los derechos y enfrentamiento poco edificante de los poderes públicos, y así sucedió, por ejemplo, en España a fines del pasado siglo y primeros del actual, sobre los problemas de prescripción de pensiones y haberes pasivos, para los empleados públicos y sus familias. Por unas y otras razones hace falta, dentro de un buen orden constitucional, un recurso directo contra los Reglamentos ilegales; y por ello acertó, al establecerlo, el artículo 101 de la Constitución republicana española que no llegó a tener en eso desarrollo, como no lo tuvo en la mayoría de los preceptos, que suponían la necesidad expresa o tácita de leyes orgánicas o complementarias que les diesen eficacia⁶⁰”*.

En la línea precedentemente descrita se ha afirmado que la evolución del derecho español constituye *“una clara muestra de cómo se ha ido ampliando progresivamente el ámbito de la Jurisdicción contencioso-administrativa, llegando*

⁵⁸ Vid: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La sentencia administrativa. Su impugnación y efectos*, p. 231, nota 48, Madrid, 1954.

⁵⁹ Como parece suponer MAIRAL en un trabajo publicado en *Revista de Derecho Administrativo* N° 2, p. 276 y ss., Buenos Aires, 1989.

⁶⁰ ALCALÁ ZAMORA, Niceto, *Lo contencioso-administrativo*, p. 50, Buenos Aires, 1943.

a la admisión de pretensiones procesales administrativas dirigidas a solicitar directamente la anulación de un reglamento⁶¹”.

Y si bien el principio que rige en materia procesal es que los efectos de la sentencia sólo operan con respecto a las personas que han sido partes en el pleito, este principio tiene importantes excepciones en el proceso administrativo⁶². Una de ellas, recogida en la reciente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 prescribe que *“La anulación de una disposición o acto producirá efecto para todas las personas afectadas. Las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada. También se publicarán las sentencias firmes que anulen un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas”* (artículo 72, número 2, LJCA).

Como ha dicho GONZÁLEZ PÉREZ: *“en el aspecto jurídico procesal la eficacia erga omnes de la sentencia que anuló el acto o disposición es absoluta”* lo que no acontece respecto de las sentencias que desestiman el recurso o declaran su inadmisibilidad (artículo 72, núm. 1, LJCA).

En cuanto al sistema alemán, si bien el Tribunal Federal Constitucional tiene atribuida una competencia exclusiva para enjuiciar la inconstitucionalidad de las leyes formales (del “*land*” o de la Federación), los judiciales no precisan acudir al máximo tribunal federal cuando se controla la ilegalidad de normas infralegales, particularmente reglamentos, contemplándose así la posibilidad de que el Tribunal superior del “*land*” declare la nulidad *erga omnes* de determinados reglamentos y disposiciones legales (artículo 47 V w G O) como es el caso, entre

⁶¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios...cit.*, p. 26.

⁶² GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios...cit.*, t. 2, p. 1341.

otras normas, de las ordenanzas o estatutos que se hayan dictado en ejecución de preceptos de la Ley del Suelo⁶³.

De ese modo, podemos advertir que aún en los sistemas judicialistas, como los que rigen en España y Alemania, se ha considerado que la consagración del efecto *erga omnes* de las sentencias que decretan la nulidad de reglamentos ilegales resulta compatible con el principio de separación de poderes que los informa⁶⁴, en una línea similar al recurso por “*exceso de poder*” del derecho francés.

Resta, por último, analizar lo que acontece en el derecho norteamericano – una de las principales fuentes de nuestra Constitución– al que se ha acudido para negar la posibilidad de consagrar el efecto *erga omnes* de las sentencias anulatorias de reglamentos ilegales, aplicando la doctrina prevaleciente en EE.UU. que limita la declaración de inconstitucionalidad de las leyes al caso o controversia que se hubiera suscitado.

Por de pronto, cabe anotar, tal como lo ha puesto de relieve recientemente BIANCHI⁶⁵ que hubo autores de la talla de COOLEY que entendieron que era constitucionalmente posible atribuir efectos extra-partes a una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley. Asimismo, existe una excepción importante a dicha regla general en aquellos supuestos en que la norma fuera manifiestamente inconstitucional.

⁶³ Cfr. BARNEZ VÁZQUEZ, Javier, *La justicia administrativa en el derecho comparado*, p. 92 y ss., Madrid, 1993, anota que esa posibilidad se extiende en la medida en que las leyes de los “*lander*” que desarrollan la ley de lo contencioso administrativo así lo establezcan respecto de disposiciones generales de naturaleza infralegal y que la mayoría de los “*lander*” han extendido dicho control (*op. cit.*, ps. 92 y 93).

⁶⁴ A similar conclusión arriba, en nuestro sistema, Jorge Tristán BOSCH en uno de los libros más brillantes que ha producido el Derecho Administrativo Argentino. *¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar a la Administración Pública?*, p. 128 y ss., Buenos Aires, 1951.

⁶⁵ BIANCHI, Alberto B., *Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo (Una perspectiva general desde el derecho administrativo de los Estados Unidos)*, ED, diario del 28 de octubre de 1989, p. 8.

Pero, aparte de ello, si se examina lo que sucede en los mecanismos procesales establecidos para la revisión judicial de los reglamentos de las agencias reguladoras, particularmente en lo que concierne al control de los procedimientos de participación pública que debe observarse en su elaboración, prevalece el criterio proclive a la anulación automática de las normas generales de las agencias que se hubieran dictado obviando el procedimiento de audiencia pública, cuando éste resultaba preceptivo.

En la mayoría de los casos, cuando una norma se ha emitido por la agencia sin cumplir con el procedimiento de participación pública previsto en la secc. 553 (b) (B) de la APA y el Tribunal revisor considera que no se configura la excepción de buena causa (que justifica la exención a dicho procedimiento) los tribunales proceden a la anulación judicial –en forma automática– de la norma de la agencia reguladora⁶⁶ y si bien en algunos supuestos, simplemente se declaró acaecida la trasgresión de la APA⁶⁷ en otros precedentes los tribunales acudieron a criterios de

⁶⁶ Levesque v. Block, 723 F. 2d. 175, 185 (1 st Cir. 1983); Action on Smoking and Health v. CAB, 713 F. 2d. 195, 197 (D. C. Cir. 1983); Buschmann v. Schweiker, 676 F. 2d. 352, 355-356, 358 (9 th Cir. 1982); New Jersey v. EPA, 626 F. 2d. 1038, 1048 (D.C. Cir. 1980); City of Waco v. EPA, 620 F. 2d. 84, 86-87 (5 th Cir. 1980); Kollett v. Harris, 619 F. 2d. 134, 145-146 (1 st Cir. 1980); Mobil Oil Corp. v. Department of Energy, 610 F. 2d. 796, 804 (Temp. Emer. Ct. App. 1979); United States Steel Corp. v. United States EPA, 595 F. 2d. 207, 215 (5 th Cir. 1979); National Nutritional Foods Ass'n v. Kennedy, 572 F. 2d. 377, 393 (2d Cir. 1978); American Iron and Steel Institute v. EPA, 568 F. 2d. 284, 310 (3d Cir. 1977); Tasty Baking Co. v. Cost of Living Council, 529 F. 2d. 1005, 1016 (Temp. Emer. Ct. App. 1975); Shell Oil co. v. Federal Energy Admin., 527 F. 2d. 1243, 1248 (Temp. Emer. Ct. App. 1975); Maryland v. EPA, 530 F. 2d. 215, 229 (4 th Cir 1975); Detroit Edison Co. v. EPA, 496 F. 2d. 244, 249 (6 th Cir. 1974); Texaco Inc. v. Federal Power Commission, 412 F. 2d. 740, 745 (3d Cir. 1969); Story v. Marsh, 574 F. Supp. 505, 514, 517 (E. D. Miss. 1983); Baylor Univ. Medical Center v. Schweiker, 571 F. Supp. 374, 379 (N. D. Tex. 1983); Lakes Gas Co. v. Department of Energy, 477 F. Supp. 187, 192 (D. Minn. 1979); Philipps Petroleum Co. v. Department of Energy, 449 F. Supp. 760, 802 (D. Del. 1978); City of New York v. Diamond, 379 F. Supp. 503, 516, 518 (S. D. N. Y. 1974); Akron, Canton and Youngstown R. R. Co. v. United States Dep't of Interior, 339 F. Supp. 1095, 1102 (E. D. Cal. 1972); fallos citados por LAVILLA RUBIRA, Juan José en *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, p. 329, Madrid, 1991.

⁶⁷ Consumers Union of United States v. Sawhill, 393 F. Supp. (9 th. Cir. 1982).

equidad privando de eficacia retroactiva a la sentencia anulatoria⁶⁸, en forma similar a lo resuelto por la Corte en el caso “*Monges*”.

El panorama descripto viene a demostrar dos cosas. En primer lugar, que en el derecho norteamericano se distinguen los efectos de una declaración de inconstitucionalidad de una ley o norma emanada del Poder Legislativo (donde no se admite el efecto *erga omnes* como regla general y la sentencia se limita a las partes que intervinieron en la controversia) de los efectos de la invalidación de una norma infra legal (reglamento) por violación a una ley, particularmente cuando se anulan judicialmente normas dictadas por las agencias reguladoras en violación de la secc. 553 (b) (B) de la APA.

En este último caso, la anulación judicial opera sus efectos –como regla general– tanto de manera automática, es decir, con efectos generales, como en forma retroactiva, sin perjuicio de que los tribunales puedan limitar dicha retroactividad en ejercicio de sus poderes de equidad.

En segundo término, resulta claro que la eficacia general de la anulación de un reglamento es compatible con el sistema de la Constitución de los Estados Unidos, especialmente con el principio de separación de poderes que la nutre. Algo similar acontece en el derecho argentino como se intentará demostrar a través de la crítica de los argumentos que restringen o niegan la posibilidad de asignar efectos “*extra-partes*” a las sentencias que invalidan reglamentos ilegales.

2. *Argumentos que se han esgrimido en el derecho argentino para negar la posibilidad del reconocimiento de efectos erga omnes a la sentencia que invalida un reglamento*

⁶⁸ Cfr. LAVILLA RUBIRA, Juan José, p. 332 y jurisprudencia citada en la nota 733.

La doctrina del derecho constitucional, atraída por la cuestión inherente a la inconstitucionalidad de las leyes, casi no ha prestado atención al punto, a diferencia de la administrativa, en la cual prevalece la opinión favorable al reconocimiento de efectos *erga omnes* a las sentencias anulatorias de reglamentos⁶⁹, al menos como principio dogmático del derecho procesal administrativo que precisa matizarse con los principios de igualdad y de tutela judicial efectiva.

La tesis contraria ha sido sostenida reiteradamente por MAIRAL⁷⁰, sobre la base de argumentos jurídicos y funcionales, planteando una serie de obstáculos e inconvenientes operativos a partir de una premisa que juzgamos equivocada la cual consiste en el trasplante de la solución dada por nuestra jurisprudencia y doctrina constitucional en materia de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes a la invalidación de reglamentos ilegítimos (ilegales o inconstitucionales) pese a que se trata de causas en las que se juzga la validez de normas de rango inferior a las leyes.

Aún aceptando, por vía de hipótesis, que estamos en presencia de cuestiones gemelas, no resultan convincentes los argumentos que se han desarrollado en la jurisprudencia de la Corte y en la mayor parte de la doctrina constitucional para limitar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad a las partes del litigio⁷¹.

⁶⁹ FIORINI, Bartolomé, *op. cit.*, p. 321; GORDILLO, Agustín A., *Acto, reglamento y contrato administrativo*, RADA N° 3, p. 15 y 14; GRECCO, Carlos M., *Impugnación de Disposiciones Reglamentarias*, p. 107 y ss., Buenos Aires, 1988; HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos comentada*, t. I, p. 461-463, Buenos Aires, 1985 y nuestro trabajo publicado en ED, t. 131-911.

⁷⁰ Véase: MAIRAL, Héctor A., *Control judicial...cit*, T° II, p. 897-902; *Los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento*, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 2, p. 223 y ss., Buenos Aires, 1989, y recientemente *Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, ED, t. 177, p. 795.

⁷¹ Entre los que han advertido que se trata de dos problemas distintos, Cabe citar la opinión de GRECCO quien señala que “*naturalmente no se trata de preconizar ligeramente la aplicación al reglamento de consecuencias jurídicas que solo la soberanía que la ley encarna puede sustentar ...*” (Cfr. GRECCO, Carlos M., *Impugnación de disposiciones Reglamentarias*, p. 107, Buenos

Por de pronto, cabe advertir que estamos en presencia de una fórmula pretoriana habida cuenta que no existe en la Constitución Argentina (al igual que en la Constitución norteamericana) cláusula expresa sobre el punto, con lo que – para negar los efectos *erga omnes* de la declaración de inconstitucionalidad de una ley– era necesario acudir al argumento que se apoya en la incompatibilidad en un principio basal del sistema de la Constitución, como es la separación de poderes, o bien, a la interpretación extensiva o implícita del artículo 116 de la Constitución Nacional (ex artículo 100, Constitución Nacional).

a) El efecto erga omnes y la separación de poderes

El argumento fundamental, de carácter interpretativo se basa en que si se aceptara el efecto *erga omnes* de la declaración de inconstitucionalidad de la ley se estaría violando nada menos que el principio de separación de poderes que articula nuestro sistema constitucional sosteniéndose que ello implicaría tanto como arrogarse funciones de naturaleza legislativa que corresponden al Congreso⁷².

Sin embargo, como es obvio, dado que en nuestro sistema el poder judicial es el auténtico y fiel intérprete de la constitución y en atención a que la naturaleza de la función que se ejerce al declarar la inconstitucionalidad de una ley en una causa planteada ante los tribunales es, evidentemente, de naturaleza jurisdiccional (en tanto resuelve una controversia con fuerza de verdad legal) ese argumento debe desecharse.

Aires, 1988). Esa es también nuestra opinión, véase: *Sobre la impugnación de reglamentos y demás actos de alcance general (en la LNPA y en el RNLPA)*, ED, 131-911.

⁷² LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, 2ª ed., t. III, p. 531-532, Buenos Aires, 1978; en el mismo sentido la idea ha sido esbozada en algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, véase, por ejemplo, el caso *Banco Hipotecario Nacional c/Provincia de Córdoba*, Fallos: 256-104.

La misma suerte corre la tesis que funda la inconstitucionalidad de la atribución de efectos “*extra-partes*” a la sentencia que invalida un reglamento o una ley, en el hecho de que ello solo sería admisible en el sistema francés⁷³, donde el Consejo de Estado se encuentra en la órbita del Poder Ejecutivo (a lo que se añade el origen administrativo del recurso por exceso de poder) por cuanto:

- (a) en ambos sistemas (el argentino y el francés) la anulación de un reglamento configura una típica función jurisdiccional⁷⁴;
- (b) es sabido que el Consejo de Estado Francés goza de tanta o mayor independencia que muchas Cortes o tribunales supremos de los sistemas judicialistas. Por lo tanto, este argumento sería, al no encontrar apoyo en la realidad que exhibe el sistema francés, traduce un razonamiento excesivamente formal y teórico;
- (c) en muchos sistemas judicialistas, como se ha indicado precedentemente, la anulación de reglamentos produce efectos generales y sería excesivo suponer que en esos sistemas no existe división de poderes.

En resumidas cuentas, se confunde una versión interpretativa y parcializada del principio de separación de poderes que, como tal, admite variantes y fórmulas específicas en cada sistema constitucional, atribuyendo a esa interpretación un rigor dogmático absoluto que ni siquiera admitiría que el legislador reglamentase la extensión de la cosa juzgada judicial, prescribiendo que la declaración de inconstitucionalidad de leyes o reglamentos tuviera efectos *erga omnes*.

Como anota BIDART CAMPOS, “*no habría, pues, penetración indebida del poder judicial en el poder legislativo, sino restablecimiento liso y llano de la constitución; invalidar un acto que, utilizando esas competencias, ha transgredido*”

⁷³ Cfr. MAIRAL, Héctor A., *Los efectos de la sentencia ...*, cit. p. 796.

⁷⁴ Tan es así que bastantes años atrás ALIBERT al estudiar el régimen del recurso por “*excés de pouvoir*” pudo intitular su obra *Le contrôle juridictionnel de l’administration au moyen du recours pour excés de pouvoir*, ed. Payot, París, 1926.

la constitución, no es conculcar la división de poderes, sino, al contrario, conservarla para el único fin que ha motivado su establecimiento: hacer lo que la constitución manda o permite⁷⁵”

Pero ha sido, sin duda, BOSCH quien ha demostrado, con argumentos que exhiben una lógica constitucional impecable, que no tendría lugar la ruptura del equilibrio de poderes en el caso de admitirse que el poder judicial privara de su validez (con carácter general) a aquellos actos del Poder Legislativo o del Ejecutivo que conculquen, respectivamente, la Constitución o las leyes⁷⁶.

En realidad, ello constituiría un modo de control constitucional ciertamente más intenso *“e incluso más lógico⁷⁷”* al reconocerse al poder judicial la posibilidad de frenar el abuso normativo en que pudieran incurrir tanto el legislativo como el ejecutivo, asegurando la uniformidad interpretativa, pues la ley o el reglamento resultan privados de su eficacia general, con lo que se consolida el principio de igualdad ante la ley (artículo 16, Constitución Nacional).

En cuanto a la diferencia entre declarar la inconstitucionalidad con efecto *“inter-partes”* y hacerlo *erga omnes* se ha dicho que *“aceptar que aquel Poder puede desconocer la eficacia de leyes y decretos con relación a las partes que promueven el correspondiente litigio, equivale a aceptar que puede volver a hacerlo en todos los casos sometidos a su consideración; por lo que, desde el punto de vista que ahora consideramos, prácticamente no existe diferencia alguna en permitir que el Poder Judicial realice por un solo acto lo que se le exige que haga repetidamente en todas las oportunidades análogas. Que en la práctica las dos situaciones son semejantes, no cabe duda, pues a todos los ciudadanos les es*

⁷⁵ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. II (El Derecho Constitucional del Poder), p. 366, Buenos Aires, 1991.

⁷⁶ BOSCH, Jorge Tristán, *op. cit.*, p. 137.

⁷⁷ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado... cit.*, p. 366.

*dable recorrer el mismo camino que el primer demandante y obtener la misma declaración*⁷⁸”.

- b) El efecto erga omnes y la cláusula del artículo 116 de la Constitución Nacional que abre la jurisdicción de los jueces sólo para entender en “casos” o “causas”

El otro argumento principal que suele oponerse al reconocimiento de efectos *extra-partes* de la sentencia que anula un reglamento radica en la cláusula contenida en el actual artículo 116 de la Constitución Nacional (artículo III de la Constitución norteamericana).

A partir de ese texto se arguye que los efectos de una sentencia, que declara inconstitucional o ilegal un reglamento del Poder Ejecutivo o de alguna de sus entidades descentralizadas o la inconstitucionalidad de una ley, se limitan a quienes han sido partes en la controversia judicial⁷⁹.

El artículo 116 de la Constitución Nacional utiliza indistintamente los conceptos “*causa*” o “*asunto*” que, en la terminología constitucional, han sido asimilados a caso, pleito, litigio, etc., lo que significa que el juez no puede actuar fuera del proceso, estándole limitado su poder jurisdiccional al caso concreto promovido por una de las partes. Como apunta BOSCH “*la doctrina nacional no ha hecho otra cosa que registrar la opinión de la jurisprudencia anotada, la que por otra parte no es sino la misma que pone de relieve tribunales y autores norteamericanos*⁸⁰”.

⁷⁸ BOSCH, Jorge Tristán, *op. cit.*, p. 137.

⁷⁹ Véase: MAIRAL, Héctor A., *Los efectos de la sentencia ...*, cit., p. 244 y doctrina del derecho norteamericano que cita.

⁸⁰ BOSCH, Jorge Tristán, *op. cit.*, p. 140.

Sin embargo, que sepamos, nadie ha pretendido que los jueces puedan formular declaraciones abstractas o contestar consultas y no se discute que deba existir un caso⁸¹ para que se configure un pronunciamiento judicial constitucionalmente válido acerca de la declaración de ilegitimidad de un reglamento con efectos *erga omnes*. De lo que se trata es de una cuestión distinta, la cual se vincula con el efecto o resultado de la causa que “*en nada varía la naturaleza de la función declarativa de inconstitucionalidad*”⁸².

Al respecto, se ha dicho que admitir un concepto más amplio que supone la limitación de los efectos de la sentencia a las partes en litigio sustentado por la jurisprudencia y la doctrina “*puede constituir el medio para llegar a reconocer, consecuentemente, la validez de pronunciamientos judiciales del orden general sobre la constitucionalidad de una ley o de un decreto reglamentario*”⁸³.

En definitiva, “*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*”⁸⁴.

En esa línea, la distinción que suele hacerse entre la declaración de inconstitucionalidad que se traduce en la inaplicación de la ley o del reglamento al caso y anulación de la norma con alcance general carece de sentido lógico-jurídico. Dicha distinción no pasa de ser sutil dado que toda sentencia declarativa de una inconstitucionalidad o ilegalidad traduce la nulidad o invalidación de la norma, ya fuere que se aplique exclusivamente “*inter-partes*” o tenga efectos *erga omnes*. Lo que hay que distinguir, entonces, no radica en el efecto de la inconstitucionalidad o

⁸¹ GRECCO, Carlos M., *op. cit.*, p. 109.

⁸² BIDART CAMPOS, Germán J, *Tratado... cit.*, p. 365.

⁸³ Cfr. BOSCH, Jorge Tristán, *op. cit.*, p. 141.

⁸⁴ VANOSSI, Jorge Reynaldo, *op. cit.*, t. II, p. 46, no encuentra impedimento lógico-jurídico que impida identificar la declaración de inconstitucionalidad con los efectos de la nulidad y aplicar los alcances y efectos de esta última.

ilegalidad que es siempre la nulidad o invalidación de la ley o del reglamento sino el efecto de dicha nulidad, según se proyecte éste solo entre las partes o sea *erga omnes*.

Ahora bien, cuando la sentencia no limita su alcance en relación a los sujetos a los que se aplica (“*inter-partes*”) y contiene una declaración de nulidad o simplemente priva de efectos a un reglamento, es evidente que la declaración de nulidad (sin limitar el efecto a las partes del litigio o a un sector determinado de los destinatarios de la norma general) o la privación de efectos de un reglamento, no traduce la inaplicabilidad de la norma anulada al caso concreto sino, antes bien, la extinción de la norma general con efectos *erga omnes*.

3. Las dificultades sistemáticas y funcionales que plantea el reconocimiento de los efectos erga omnes

Aunque no deriva de cláusula expresa alguna de nuestra Constitución el sistema de control de constitucionalidad funciona, en el orden de la realidad, como un sistema de control difuso, que resulta más compatible con la limitación de los efectos de las sentencias a las partes litigantes⁸⁵. En cambio, en los sistemas de control de constitucionalidad no se advierten inconvenientes para reconocer efectos “*extra-partes*” a la decisión del respectivo tribunal supremo o constitucional que, de ese modo, unifica la jurisprudencia en torno de la interpretación de las cláusulas constitucionales.

Ahora bien, con la salvedad de que la cuestión de los efectos *erga omnes* de una sentencia anulatoria de un reglamento no requiere siempre de una declaración de inconstitucionalidad (pues puede tratarse de la violación de la ley formal y material) lo cierto es que ese inconveniente desaparece si se reconoce la posibilidad

⁸⁵ VANOSI, Jorge Reynaldo, *op. cit.*, t. II, p. 134.

de formular una declaración de invalidez o inconstitucionalidad con efectos generales en cabeza, exclusivamente, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En efecto, si como la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado ella es el intérprete final de la Constitución resulta mucho más lógico y compatible con el principio de igualdad que los efectos de la anulación de un acto de alcance general se extiendan por igual a todos los destinatarios de las normas que resultan invalidadas por el fallo.

Esta posibilidad, que había propiciado años atrás BIDART CAMPOS⁸⁶, se encuentra ahora reconocida en la propia jurisprudencia que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado en el caso “*Monges*”. Desde luego, que, como en los sistemas comparados, el efecto *erga omnes* solo rige respecto de las sentencias estimatorias de la pretensión anulatoria, siendo obvio, por otra parte, que los efectos de una anulación son tanto declarativos como constitutivos⁸⁷.

Con todo hay que advertir que los jueces podrán siempre –en aplicación del principio de igualdad– limitar los efectos de la anulación a las partes o a un sector afectado por el reglamento y que también poseen facultades para graduar el efecto retroactivo de la invalidación en función del principio de igualdad, la protección de la buena fe y el derecho de defensa de terceros.

Precisamente, el principal obstáculo que plantea el efecto “*extra-partes*” consiste en una eventual trasgresión del derecho de defensa a quienes, pese a no haber sido partes en el litigio, se le extienden los efectos de una sentencia

⁸⁶ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado... cit.*, t. III, p. 366.

⁸⁷ Toda sentencia produce “una declaración de certeza como premisa necesaria de la decisión principal” siendo la sentencia constitutiva una modalidad de la sentencia declarativa que insustituiblemente genera esa consecuencia, o bien, crea un estado nuevo (véase: PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 14ª ed., Buenos Aires, 1998).

anulatoria de una norma de alcance general. Por tales razones, el efecto *erga omnes* ha de surgir en forma expresa de la propia sentencia.

Esta misma cuestión se ha planteado en el derecho comparado, particularmente en el ámbito del recurso por exceso de poder, donde se admite la intervención de terceros en el proceso⁸⁸ pero también cabe señalar que la defensa de la legalidad o constitucionalidad de un reglamento se encuentra principalmente a cargo de la Administración como gestora de los intereses generales. A su vez, si bien el impugnante actúa para proteger, primariamente, un interés personal y directo, no se puede negar que, al propio tiempo, interviene en el proceso como un colaborador de la legalidad y de los intereses colectivos que fluyen de su pertenencia al sector de los particulares afectados por el reglamento ilegal o inconstitucional.

Pero aún en el extremo de que la defensa de la legalidad de un reglamento no fuera técnicamente adecuada resulta más disvaliosa –a nuestro juicio– la solución contraria, en cuanto produce las siguientes consecuencias: **(a)** obliga a promover un proceso separado a todos los interesados en obtener la nulidad de un reglamento que ya fue declarado ilegal o inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación; **(b)** cercena el principio de igualdad por cuanto la norma sería ilegal o inconstitucional para un particular y no para los otros destinatarios; **(c)** permite relitigar y provocar cambios de jurisprudencia, con grave afectación a la seguridad jurídica; **(d)** si la Administración no deroga el reglamento éste puede proyectarse de diferente manera en los actos de aplicación (dado que únicamente no regiría respecto de quien obtuvo su anulación).

Por otra parte, si la LNPA ha articulado un recurso o acción directa contra los actos de alcance general afectados de invalidez (artículo 24, inc. a) LNPA)

⁸⁸ Cfr. CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 7ª ed., p. 187, París, 1998; AUBY, J. M. y DRAGO, R., *Traité de Contentieux Administratif*, t. II, p. 638 y ss., París, 1975.

resulta más lógico y sistemático reconocer, al menos, el efecto *erga omnes* de la sentencia estimatoria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, o bien, de la primera sentencia del tribunal superior de la causa en el orden federal, siempre que así se decidiera en forma expresa.

4. *La nueva jurisprudencia de la Corte Suprema sentada en el caso “Monges” que declara el efecto erga omnes de una sentencia que invalida un reglamento*

De un modo ciertamente incidental la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha venido a sentar una nueva doctrina en materia de los efectos que cabe atribuir a la anulación de un reglamento⁸⁹.

Esa nueva concepción jurisprudencial ha tenido recepción *a posteriori* por parte de la Sala I de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal⁹⁰ y de generalizarse, por las razones que más adelante anotamos, se proyectará, sin duda, en el ámbito del derecho procesal constitucional y administrativo.

En el caso, una alumna del Ciclo Preuniversitario de Ingreso para la Facultad de Medicina (CPI) impugnó ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal una Resolución del Consejo Superior de la UBA que declaró la invalidez del citado Curso Preuniversitario (creado por Resolución 1219/95 del Consejo Directivo de la Facultad de Medicina). Interesa destacar,

⁸⁹ “Monges c/Universidad de Buenos Aires”, de fecha 26 de diciembre de 1966, publicado en Rev. El Derecho, t. 173 p. 272 y ss.

⁹⁰ En los casos “Blas, Humberto Agustín c/Universidad de Buenos Aires” y “Barsanti, Agustina c/Universidad”, resueltos con fecha 27/11/97 y 20/11/97, respectivamente. También, en otro precedente posterior, la Sala II de la citada Cámara confirmó un pronunciamiento de primera instancia que anuló una Resolución del Ministerio de Economía de naturaleza reglamentaria, la cual se dejó sin efecto, véase: “GAMBIER, Beltrán c/ME yOSP, Resolución 1221/97 s/amparo, ley 16.986”, fallo de fecha 18 de junio de 1998.

asimismo, que el Rector de la UBA al contestar el traslado del recurso, planteó la inconstitucionalidad del artículo 50 *in fine* de la ley 24.521⁹¹.

La sentencia de la Cámara declaró nula la Resolución del Consejo Superior de la UBA (Resolución 2314/95) considerando, sustancialmente, que el artículo 50 *in fine* de la ley 24.521 no cercenaba la autonomía universitaria que gozan las universidades nacionales, en los términos del precepto contenido en el inciso 19 del artículo 75 de la Constitución Nacional lo cual implica que, a la inversa del acto anulado, la Resolución de la Facultad de Medicina se consideró ajustada a derecho.

Contra dicho fallo, la UBA interpuso –ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación– el recurso extraordinario previsto en el artículo 14 de la ley 48, reiterando su pretensión tendiente a que el Alto Tribunal declarase la inconstitucionalidad del artículo 50 *in fine* de la ley 24.521.

Para apreciar la proyección que esta llamada a tener la jurisprudencia de la Corte que se desprende del caso “Monges”, tanto de la posición de la mayoría como de las disidencias, prescindiremos del análisis sobre la manera como se decidió la cuestión de fondo (en la que se debatió el alcance que, constitucionalmente, cabría atribuir a la autonomía universitaria) centrándonos en la cuestión relativa a los efectos extra-partes de la sentencia.

En esa línea hay que advertir, por de pronto, dos circunstancias fácticas. La primera, que mientras la actora pretendía la anulación de la Resolución que había creado el “Ciclo Básico Común” del Consejo Superior de la UBA, por violar el artículo 50 de la ley 24.521, el Rector de la UBA perseguía la declaración de inconstitucionalidad de dicha norma legal. La segunda era que la Resolución que impugnaba la actora había, a su vez, revocado la Resolución del Consejo Directivo de la Facultad de Medicina que creó el CPI.

⁹¹ Vid: Considerando 3° del voto del Dr. Vázquez.

Es decir que hasta tanto resolviera la justicia, seguían funcionando dos cursos paralelos cuya ilegalidad, en un caso, e inconstitucionalidad, en el otro, se debatían en la esfera de la controversia planteada, siendo obvio que, de no haberse dispuesto la extensión *erga omnes* de los efectos de la sentencia, la situación jurídica generalizada en ambos cursos hubiera quedado sin resolverse, dado que el fallo hubiera tenido efecto únicamente respecto de la actora y solo el acatamiento por parte del Rectorado de la UBA o de la Facultad de Medicina (por lo demás, políticamente enfrentadas) hubiera brindado la seguridad jurídica a que legítimamente resulta acreedora cualquier persona que aspire a ingresar en la Universidad.

Frente a esas circunstancias la Corte viene a sentar una nueva doctrina jurisprudencial sobre los efectos de las sentencias que anulan reglamentos ilegítimos al declarar (por el voto de la mayoría) que: “... **dada la naturaleza de la materia de que se trata, corresponde declarar que la autoridad de esta sentencia deberá comenzar a regir para el futuro, a fin de evitar perjuicios a los aspirantes a ingresar a la Facultad de Medicina quienes, aún cuando se hallaban ajenos al conflicto suscitado, ante la razonable duda generada por éste, asistieron y eventualmente aprobaron el denominado “Ciclo Básico Común” de la Universidad Nacional de Buenos Aires o, en su caso, el “Curso Preuniversitario de Ingreso” creado por el Consejo Directivo de la Facultad de Medicina. En tal sentido, cada estudiante podrá perseguir hasta su conclusión el régimen por el que hubiere optado, con los efectos para cada uno previstos**” (considerando 34).

Va de suyo, entonces, que la Corte no solo declara el efecto *erga omnes* de la invalidez de un reglamento sino que limita hacia el futuro los efectos de la declaración de nulidad, con lo que se aparta de la doctrina administrativa que

vincula la retroactividad de los efectos de una anulación con la nulidad absoluta⁹². Más aún, ni siquiera sigue el criterio privatista al no haber partes en la relación jurídica sustancial (en el sentido del derecho civil) por cuanto se trata de la invalidez de un acto unilateral (aún cuando de alcance general) emanado de la Administración.

Queda claro que cuando la Corte declara que “*la autoridad de esta sentencia deberá regir para el futuro*” se está refiriendo a la autoridad de cosa juzgada en el tiempo del fallo judicial, y no obstante que en el comentario efectuado sobre- este precedente se haya opinado lo contrario⁹³, nos parece que no puede inferirse que la fórmula jurisprudencial utilizada se hubiera referido a las personas que debían acatar la sentencia ni que tampoco, por ende, consagre el efecto indirecto del fallo. A diferencia de lo que sostiene MAIRAL la fórmula “*autoridad de la sentencia*” es de uso corriente en el derecho procesal donde siempre se refiere a la cosa juzgada que adquiere todo fallo a partir de su firmeza y definitividad.

En este precedente, la Corte decidió la cuestión de los efectos de la cosa juzgada tanto en el espacio como en el tiempo. Así, el efecto *erga omnes* y directo de la nulidad aparece atado a la limitación de la cosa juzgada en el tiempo (rigiendo solo para el futuro) lo cual se declara con el propósito explícito de “*evitar perjuicios a los aspirantes a ingresar a la Facultad de Medicina*”. Esta interpretación se completa con la fórmula utilizada en la última parte del Considerando 34 en cuanto declara, en forma enfática, que “*cada estudiante podrá proseguir hasta su conclusión el régimen por el que hubiera optado, con los efectos para cada uno previstos*”.

⁹² Postura que venimos criticando en las sucesivas ediciones de nuestro *Derecho Administrativo* (t. II, p. 179 y ss., Buenos Aires, 1998).

⁹³ MAIRAL, Héctor A., *Los efectos de las sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Rev. El Derecho, serie Derecho Administrativo, t. 177, p. 795 y ss.

¿Qué sentido tendría todo ello si la sentencia no tuviera efectos *erga omnes*? De lo contrario habría que suponer, que la Universidad de Buenos Aires, amparándose en la doctrina que atribuye solo efectos inter-partes a la sentencia de la Corte, hubiera podido circunscribir el alcance del fallo exclusivamente a la actora. En el caso, resulta evidente que la Corte le ha cerrado a la UBA, claramente, la posibilidad de desconocer la eficacia directa de la sentencia.

A igual conclusión cabe arribar en punto a los votos de la minoría los cuales, al declarar la inconstitucionalidad del artículo 50 *in fine* de la ley 24.521 no circunscriben los efectos de la declaración de inconstitucionalidad a la parte actora sino que se deja sin efecto, en forma expresa, la Resolución de la Facultad de Medicina, sin resolver acerca del alcance de la sentencia en el tiempo, y aunque podría suponerse que se trata de una invalidación retroactiva hay que advertir que no se habla de nulidad sino de privación de efectos, lo que podría haber generado la posibilidad de aclarar la sentencia en el sentido de que los efectos de la nulidad operan “*ex nunc*”, es decir, para el futuro.

De “*lege ferenda*”, resulta conveniente instituir un mecanismo de publicidad o convocatoria pública a los eventuales interesados en mantener la validez del reglamento citándolos o invitándolos a comparecer en el proceso, pudiéndose prever, asimismo, la posibilidad de que unifiquen la personería para el mejor orden procesal, aparte de legislar sobre las llamadas acciones de clase.

De ese modo, se podrá sostener que el principio de la tutela judicial efectiva, lejos de ser una fórmula declamatoria y vacía de contenido, constituye una realidad tangible que protege a los ciudadanos de una manera uniforme y generalizada contra la aplicación de reglamentos ilegales o inconstitucionales y, sustancialmente, contra los abusos y arbitrariedades de los poderes públicos.

VII. CONCLUSIONES

Cuanto se ha expuesto refleja tan sólo una parte de los problemas que se plantean en el ámbito del proceso administrativo, quizás la de mayor trascendencia para la seguridad jurídica y el equilibrio entre los tres poderes esenciales del Estado Federal. Quedan pues, fuera de este panorama, otras perspectivas del derecho procesal administrativo que revisten interés práctico y doctrinario para la defensa de los derechos de las personas.

En tal sentido, una visión que se proyecta sobre el proceso administrativo tendrá que encarar, necesariamente, la solución de nuevos y antiguos problemas. Entre los primeros se encuentra el relativo al reconocimiento de una jurisdicción administrativa⁹⁴ que algunas leyes asignan a los entes reguladores, la instrumentación de acciones de clase⁹⁵ y de requisitos que aseguren una auténtica representatividad por parte de las Asociaciones de Usuarios y Consumidores excluyendo toda injerencia política en ellas y la práctica de otorgar medidas cautelares bajo la sola caución juratoria, es decir sin responsabilidad material alguna para el titular de la pretensión que obtiene una medida sin derecho que más tarde resulta revocada o levantada, por ejemplo, por el efecto de una sentencia adversa.

En este sector de nuevos problemas hay que ubicar también los relativos a la transformación del juicio de amparo en una acción común y generalizada contra la Administración, en la que sin mayor debate y prueba, se resuelve la suerte de los derechos de los particulares y del Estado mediante una medida cautelar o una

⁹⁴ Al respecto, hay dos valiosos trabajos aún no publicados: COVIELLO, Pedro José Jorge, *¿Qué es la jurisdicción primaria? Su aplicación a nuestro ordenamiento* y BIANCHI, Alberto B., *El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia*, que saldrán a la luz en el libro de Homenaje a Jesús González Pérez sobre el Derecho Procesal Administrativo (en prensa).

⁹⁵ GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Acumulación de procesos o procesos de clase*, ps. 79 y ss., ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2002.

sentencia rápida, lo cual no se corrige, obviamente, con el reconocimiento del carácter relativo de la cosa juzgada, ya que toda decisión judicial en un amparo resulta difícil de remover a través de una acción ordinaria que tiene como antecedente un prejuzgamiento de la cuestión de fondo debatida, a la luz de la protección de los derechos y garantías constitucionales.

A su vez, en este grupo de nuevos temas a resolver en el futuro se encuentran los problemas que plantea el acceso a la jurisdicción en los derechos de incidencia colectiva, cuando sólo es parte el Defensor del Pueblo y no existe causa en el sentido constitucional sino un mero interés de defensa de la legalidad⁹⁶.

Por lo demás, la cuestión del control de la actividad discrecional ha sido ya resuelta en el derecho argentino y la tesis de la exención de su control judicial ya no tiene acogida en el campo del proceso administrativo, siendo posible, cuanto menos, ejercer un control del ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración por irrazonabilidad o arbitrariedad⁹⁷.

En cuanto a los antiguos problemas permanecen sin resolverse legislativamente, en el orden nacional, las cuestiones relacionadas con el carácter revisor de la jurisdicción administrativa y la subsistencia de los breves plazos de caducidad para demandar al Estado, en los casos de nulidad absoluta⁹⁸ como en las acciones de daños y perjuicios.

⁹⁶ Un criterio amplio a favor de la intervención del Defensor del Pueblo sostiene PÉREZ CORTÉS, María JEANNERET de, *Las partes en el proceso administrativo en el orden nacional. La legitimación procesal*, punto 5, Conferencia pronunciada en la Universidad Austral (en prensa).

⁹⁷ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, especialmente p. 81 y ss., ed. Civitas, Madrid, 1994.

⁹⁸ Un buen análisis de esta problemática ha efectuado TAWIL, Guido Santiago en el libro *Administración y Justicia*, T° I, ps. 154 y ss. y T° II, ps. 170 y ss., ed. Depalma, Buenos Aires, 1993.

De otra parte, seguimos pensando que aún cuando se encuentra abierta la legitimación para ser parte en los procesos administrativos, las categorías del derecho subjetivo y del interés legítimo, en las acciones individuales, seguirán siendo útiles para medir los diferentes grados de responsabilidad estatal, que será de mayor magnitud económica cuando se pretenda el reconocimiento de un derecho subjetivo y el restablecimiento de una situación jurídica individualizada a través de una pretensión de condena pecuniaria que en aquellos supuestos en que la demanda tiene por objeto una pretensión de nulidad. Ello no significa que la violación de un interés legítimo no resulta indemnizable sino una limitación del alcance de la reparación ya que los criterios para determinarla no son similares en mérito a la diferencia que hay entre la protección sustantiva reservada al derecho subjetivo y la adjetiva o reaccional, circunscripta al interés legítimo.

Sabemos, por cierto, lo difícil que resulta remar contra las modas doctrinarias de turno pero, como ocurre siempre, las modas pasan y las categorías quedan, bien que muchas veces a través de formulaciones revestidas de un ropaje distinto.

Desde luego que para ello se requerirá el dictado de una legislación que equilibre la protección de los derechos e intereses, con fórmulas justas y razonables que incluyan criterios tasados para determinar la responsabilidad objetiva y directa, que la Corte ha reconocido de cara a la ocurrencia de las llamadas faltas de servicio.

Finalmente y no menos importante para la realización efectiva de la tutela jurisdiccional de los particulares queda toda la problemática referente a la ejecución de las sentencias contra el Estado⁹⁹ cuya actual legislación ha implicado un retroceso en relación a la jurisprudencia elaborada por la Corte Suprema a partir

⁹⁹ Sobre el tema puede consultarse el lúcido trabajo de Pedro ABERASTURI, *Ejecución de sentencias contra el Estado*, con prólogo de uno de los grandes juristas como es Jorge A. Sáenz, ps. 25 y ss., Buenos Aires, 2001.

del caso “Pietranera”, dejando sin solucionar adecuadamente, la reparación de la lesión que plantea el hecho de que la Administración muchas veces no cumple con el deber de incluir los créditos emergentes de una condena pecuniaria en el presupuesto correspondiente, situación que los jueces vienen resolviendo a favor de la ejecución inmediata de la sentencia.

Es probable que algunos de los problemas planteados sólo puedan solucionarse definitivamente a la luz de otra reforma constitucional pero creemos que la mayor parte de ellos son susceptibles de ser resueltos a través de la legislación que dicte el Congreso Nacional.

En este sentido y contrariamente a lo sostenido por un sector de la doctrina¹⁰⁰ reiteramos una vez más nuestra opinión favorable a la sanción de un Código o Ley de la jurisdicción administrativa que encauce de una manera orgánica y sistemática los mecanismos que tienden a la realización de la tutela judicial efectiva, evitando la judicialización de la política y respetando el principio de la separación de los poderes que constituye la médula del Estado de Derecho y de las libertades de los ciudadanos.

¹⁰⁰ MAIRAL, Héctor A., *Control judicial...* cit., T° I, ps. 106-107, quien señala que ello constituiría una europeización de nuestro derecho administrativo. Sin perjuicio de que la influencia de los derechos europeos, últimamente del español, constituye una realidad de nuestro derecho procesal administrativo, aún frente a la inexistencia de un Código o Ley general de la jurisdicción administrativa, el vaticinio formulado hace veinte años por este autor, en el sentido de que ello provocará una disminución de los poderes de los jueces frente a la Administración, lejos de cumplirse, resulta contradicho por la evolución operada en la jurisprudencia. En efecto, hay muchos que piensan que estamos ante la situación definida como gobierno de los jueces, superior al existente en el derecho norteamericano. Sobre el gobierno de los jueces en dicho derecho puede verse el trabajo de Alberto M. JUSTO, en LL T° 7, p. 1, sección doctrina que contiene los puntos de vista expuestos por el Profesor Jacques LAMBERT en una conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el año 1937.