

Título: [Proyecciones del principio de la tutela judicial efectiva Contencioso Administrativo](#)

Autor: [Cassagne, Juan Carlos](#)

Publicado en:

Cita: [TR LALEY AR/DOC/8657/2012](#)

#### I. El surgimiento de un nuevo paradigma

El concepto de paradigma, empleado para captar el sentido de la revolución científica que se opera en el campo de las ciencias físicas y naturales y, en general, de la historia de las ciencias, puede ser utilizado específicamente en el ámbito de las ciencias sociales para explicar los fenómenos propios de la transformación de las instituciones.

Porque es evidente que todas las ciencias se apoyan en un paradigma o conjunto de ellos, los cuales cumplen la función de ser una ley básica que alimenta sus principios de un modo continuo y generalizado.

La dinámica de los paradigmas hace que las formulaciones dogmáticas en el mundo del derecho requieran ser ajustadas cada vez que el impulso de las necesidades sociales lo demande, aunque en la medida que éstas no excedan los clásicos principios y criterios que fundamentan la justicia material en sus diversas especies (conmutativa, distributiva y legal).

Si el paradigma viene a dar respuesta a un grupo de problemas que abarcan un espacio mayor de cuestiones, se comprende que sea algo más que un principio o, si se quiere, un principio mayor que preside el sistema o subsistema jurídico.

Nada impide, sin embargo, en el plano de la interpretación jurídica, que existan relaciones paralelas de subordinación o no entre dos o más paradigmas y que unos sean superiores a otros. Así, la dignidad de la persona humana constituye un principio básico que resulta paradigmático en el sentido de que se proyecta a todo el ordenamiento, prevaleciendo sobre las normas e informando su interpretación.

Por lo pronto, la tutela judicial efectiva se halla estrechamente conectada con la protección de los verdaderos derechos de los ciudadanos y viene a romper el antiguo marco del esquema procesal basado en que la Administración era la protectora única y exclusiva del interés público. Se afirma, en cambio, el interés del ciudadano para tener una tutela judicial especial a través de la vigencia del principio *in dubio pro actione*.

La tutela judicial o, si se prefiere, la tutela jurisdiccional, ha de ser —como lo prescribe el art. 17 de la Constitución de México— pronta, completa e imparcial y en cualquier caso efectiva, conforme a los arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En definitiva, se produce la ampliación del ámbito del clásico derecho de defensa en varios sentidos al operarse el desplazamiento del eje de la protección procesal de la Administración por el de la tutela jurisdiccional del ciudadano, que pasa a ocupar un sitio básico y fundamental en el ordenamiento.

Esa evolución que ha tenido la antigua garantía de la defensa ha acontecido en casi todos los países del mundo occidental, bien que con los matices propios y diferenciales de cada ordenamiento comparado.

#### II. El principio de la tutela judicial efectiva

En la última parte del siglo pasado, aproximadamente desde treinta años atrás, la tutela judicial efectiva cobró gran relevancia en el plano jurídico, gracias al impulso que le dio la doctrina *ius publicista* en España, con motivo de su recepción constitucional.

Su proyección en Latinoamérica, particularmente en la Argentina y Uruguay, ha sido considerable. En nuestro país, el principio fue recogido tanto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como por 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.

Cabe advertir que la Constitución argentina, en línea con los antecedentes normativos y proyectos preconstitucionales, consagró, en su art. 18, la garantía de la inviolabilidad "de la defensa en juicio de las personas y de los derechos", siguiendo el Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina elaborado por Alberdi.

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 pilares en los que se apoyaba la estructura constitucional.

En su proyección posterior, la garantía de la defensa amplió el círculo de los derechos protegidos originariamente. Tal es lo que ocurrió con el trasplante del debido proceso adjetivo, proveniente del derecho

norteamericano, y, más modernamente, con el llamado "derecho a la jurisdicción".

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

Estas garantías resultan sustancialmente potenciadas por la concepción de la tutela judicial efectiva, en el sentido que pasamos a exponer.

En efecto, no obstante la similitud que guardan las garantías de los ordenamientos constitucionales clásicos con la tutela judicial efectiva, esta última, como aconteció con la garantía constitucional innominada del debido proceso adjetivo, se caracteriza por su mayor amplitud no sólo en el plano garantístico sino también en cuanto a la protección del interés general en procurar una buena administración, proyectándose también al procedimiento administrativo.

Los principales matices diferenciales apuntan: 1) a la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso al proceso; 2) a impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial; 3) a asegurar el ejercicio pleno de la jurisdicción, el efecto erga omnes de las sentencias que anulan actos de alcance general (cuando sea posible y sin violar las garantías adjetivas del proceso) y el cumplimiento efectivo de las decisiones de los tribunales y, por último, 4) al imperio de la legalidad mediante el combate de las diversas formas de arbitrariedad.

Se trata de una garantía integral que armoniza con el reparto de funciones propio de la separación de poderes que instituyen casi todas las Constituciones de Latinoamérica.

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

Recién en la última década algunos ordenamientos y la jurisprudencia —en forma limitada, por cierto— han comenzado a transitar por el camino correcto. Sin dejar de reconocer la influencia que ha tenido en esta evolución la obra de los juristas latinoamericanos, no se puede menos que señalar la gravitación que entre nosotros ha alcanzado la doctrina española a partir de la fundación de la RAP (Revista de Administración Pública) y de la publicación de las obras y trabajos científicos de sus juristas más destacados.

Tal como ha dicho González Pérez, "el derecho a la tutela judicial efectiva que se despliega, básicamente, en tres momentos diferentes del proceso (en el acceso a la jurisdicción, en el debido proceso y en la eficiencia de la sentencia) es, en definitiva, el derecho de toda persona a que se 'haga justicia', que se traduce, en el plano jurídico-administrativo, en que siempre que crea que puede pretender algo con arreglo a derecho frente a un ente público, tenga la seguridad de que su petición será atendida por unos órganos independientes y preparados".

### III. Recepción del principio de la tutela judicial efectiva en el ordenamiento

#### 1. En el orden nacional y supranacional

La recepción del principio en Latinoamérica se ha visto favorecida por su inserción en el Pacto Internacional de San José de Costa Rica (arts. 8.1 y 25), Convención Americana de Derechos Humanos, cuyas normas integran la Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22).

El citado principio ha venido a completar el sistema de la Constitución que consagra la separación de poderes y, por ende, la independencia del Poder Judicial revelados desde la adopción del sistema judicialista de control de los actos del Ejecutivo y demás poderes del Estado (ex arts. 100 y 101, CN) y la previsión constitucional que, en forma expresa, veda al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales (art. 109, CN) hasta la garantía de la defensa prescrita en el art. 18 de la Constitución Nacional y el desarrollo posterior del debido proceso como garantía innominada por parte de la jurisprudencia.

Con una óptica semejante, en el Preámbulo de la Constitución se revela el propósito que persiguieron los constituyentes al proclamar, entre los fines del Estado, el de "afianzar la justicia", configurando un principio jurídico afín, en cuanto el único modo en que se puede operar ese afianzamiento radica en la efectividad de la tutela judicial debida a los particulares.

En la mayoría de las partes de Latinoamérica, la conexión entre la garantía de defensa y la tutela judicial efectiva se ha producido sin forzar la positividad constitucional.

Así, en uno de sus fallos más trascendentales, dictado en 1992, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que "la idea directriz de la división de poderes que opera sincrónicamente con otra idea directriz de nuestro sistema constitucional —que emerge de la garantía del debido proceso—, cual es el principio pro actione a que conduce el derecho fundamental en la tutela judicial efectiva, que se deriva, necesariamente, del art. 18 de la Constitución Nacional, cuya regulación se integra, además, con las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, que, al ser aprobado por la ley 23.054 y ratificado el 5 de diciembre de 1984, tiene el carácter de ley suprema de la Nación, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional".

Al producirse la recepción constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el principio de la tutela judicial efectiva adquirió plena operatividad constitucional, con efectos vinculantes para todos los poderes públicos del país (nacionales, provinciales y municipales), gozando de un amplio consenso doctrinario.

## 2. En el orden provincial

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

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

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

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

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

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

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

En esa línea, tanto la Constitución como el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (en adelante, CPCA) consagran un sistema cuyas grandes líneas se caracterizan por:

- i) la especialización de tribunales competentes que actúan como jueces ordinarios y especializados del fuero,

suprimiendo la concentración de las causas en la jurisdicción exclusiva y originaria de la Corte Suprema de la Provincia;

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

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

iv) consecuentemente, el Código utiliza un concepto amplio de legitimación activa, que elimina la dicotomía derecho subjetivo-interés legítimo, al prescribir que estará legitimada para deducir las correspondientes pretensiones "toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento";

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

vi) el carácter ejecutorio y no meramente declarativo de las sentencias judiciales (art. 163, Constitución de la Provincia, y art. 65, ap. 3°, CPCA);

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

viii) el objeto del proceso regulado en el CPCA se desplaza del acto administrativo hacia la pretensión procesal con fórmulas de gran latitud que no circunscriben el proceso a la pretensión anulatoria de un acto administrativo, de alcance particular o general, sino que comprenden, además de las típicas pretensiones resarcitorias derivadas o no de la invalidez de un acto administrativo u ordenanza muni-cipal, toda clase de pretensiones, a saber:

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

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

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

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

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

#### IV. El requisito del agotamiento de la vía administrativa

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

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

inutilidad ha sido debidamente destacada por un importante sector de nuestra disciplina.

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

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

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

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

i) casos en que la Administración rechazó numerosas reclamaciones que contenían pretensiones idénticas;

ii) medidas dispuestas por el Estado en el ámbito de determinada política estatal;

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

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

### 3. Otros supuestos

Entre los otros casos en que no resulta necesario agotar la vía administrativa, el CPCA contempla:

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

ii) cuando se configure el silencio administrativo;

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

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

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

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

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

Cabe advertir, asimismo, que el requisito del agotamiento de la vía administrativa se halla atenuado, en la Argentina, por la utilización de la acción de amparo como proceso idóneo tendiente al pronto restablecimiento de los derechos y garantías constitucionales cuando la Administración los ha violado por acción u omisión,

procediendo también en el supuesto de que la acción administrativa no se hubiera consumado, siempre que ésta fuera inminente.

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

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

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

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

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

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

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

#### V. Un cambio paradigmático: la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha impuesto un giro copernicano al planteo tradicional que exhibía el derecho comparado (y que aún se mantiene en diversos ordenamientos) que, sobre la base del reconocimiento de la llamada autotutela declarativa, legitimaba la exigencia de agotar la vía administrativa para poder acceder a la justicia, con fundamento en una serie de principios tales como eficacia, eficiencia y buena administración.

Si bien el legislador entendía que, con dicha exigencia, la propia Administración podía defender el acto administrativo impugnado, declarar su invalidez o modificarlo, evitando comparecer ante la justicia, lo cierto es que la regla del agotamiento se erigía en un formidable privilegio a favor de la Administración que conculcaba el principio de igualdad de las cargas procesales y la tutela judicial efectiva.

La jurisprudencia de la sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en el caso "Fonseca Ledezma", consideró que, a la luz de la supremacía de la Constitución y de la mayor jerarquía y vinculación de los Derechos Fundamentales (la Corte habla de la eficacia expansiva y progresiva y de la interpretación más favorable), el carácter preceptivo u obligatorio de la regla "riñe con el derecho fundamental de los administrados a obtener una justicia pronta y cumplida —ex arts. 41 y 49, Constitución Política (tutela judicial efectiva)— y con el principio de igualdad, puesto que —sólo en el proceso contencioso-administrativo— ...se le obliga al justiciable, antes de acudir a la vía jurisdiccional..." al

agotamiento de la vía administrativa, mediante la interposición de los recursos ordinarios correspondientes.

El Alto Tribunal costarricense enfatiza en el sentido de que la violación de la tutela judicial efectiva deriva de los siguientes aspectos:

a) el hecho de que los recursos administrativos no logran que los superiores jerárquicos modifiquen o revoquen las decisiones adoptadas por los órganos inferiores. Puntualiza, al respecto, que es algo así como pretender "sacar agua de un pozo seco", transformado el procedimiento previo a la instancia judicial en una pesada carga para el administrado;

b) las demoras que dilatan la decisión de fondo en el procedimiento administrativo, lo cual prolonga —en forma indefinida— el acceso a la justicia, y

c) la sumatoria de este último plazo (el necesario para agotar la vía administrativa) con el término de duración de los procesos en lo contencioso-administrativo, sumatoria que, en definitiva, genera una justicia tardía.

Adquiere relevancia, a su vez, la fundamentación concerniente al principio de igualdad, cuyo contenido refuerza la tesis garantística que se encuentra en la entraña del principio de la tutela judicial efectiva. Al respecto, la sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica señaló que "En lo que atañe a la vulneración del principio de igualdad, debe indicarse que el agotamiento preceptivo de la vía administrativa, derivado del privilegio de la autotutela declarativa, expone al justiciable que litiga contra una Administración Pública a una situación discriminatoria, puesto que, no existe un motivo objetivo y razonable para someterlo a ese requisito obligatorio, a diferencia del resto de los órdenes jurisdiccionales. Debe tenerse en consideración que, incluso, la libertad de configuración o discrecionalidad legislativa al diseñar los diversos procesos, tiene como límite infranqueable el principio de igualdad. Lo anterior, queda reforzado si se considera que las administraciones públicas son un sujeto de derecho más que no tienen por qué gozar de tales privilegios o prerrogativas y que el eje central en una administración prestacional o en un Estado social y democrático de derecho lo es la persona, esto es, el usuario o consumidor de los bienes y servicios públicos. En esencia, los intereses públicos y la satisfacción de las necesidades colectivas no pueden tenerse como cláusulas de apoderamiento para enervar los Derechos Fundamentales de los administrados o, sencillamente, como el altar para ser sacrificados".

La línea inaugurada por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, mantenida en sentencias posteriores, alcanzó consolidación parcial en el Código Procesal Contencioso Administrativo de dicho país que entró en vigencia el 1/1/2008. En este último ordenamiento, se sienta el carácter optativo de la regla del agotamiento como principio general que sólo hace excepción en materia municipal y de contratación pública.

En nuestro país, una parte de la doctrina se ha volcado a favor de la tendencia tendiente a suprimir la regla del agotamiento de la vía administrativa o, al menos, atenuarla, basados en que su subsistencia conculca el principio de la tutela judicial efectiva, de base constitucional y supraconstitucional.

Ese vuelco encuentra apoyo en la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, CIDH— expuesta en el caso "Palacios", en el que sostuvo que la exigencia de un recurso de revocatoria contra un acto administrativo de la máxima autoridad administrativa que había resuelto el fondo del asunto, conculca el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, garantizado por los arts. 8° y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En resumidas cuentas, la CIDH y, en época reciente, de un modo más asertivo, la Corte Suprema de Costa Rica han establecido el nuevo paradigma. Esta última, en sintonía con la doctrina que venía bregando por la supresión o la atenuación de la regla del agotamiento declara que la mencionada regla es inconstitucional, por violación de la tutela judicial efectiva y de otros principios constitucionales, como el de igualdad de cargas procesales, con lo que el requisito de agotar la instancia, en el que descansaba el sistema, ha pasado a ser opcional y no obligatorio o preceptivo.

#### VI. A modo de conclusión

La tutela judicial efectiva, anticipada en el discurso preliminar que antecede a la Constitución de Cádiz de 1812, atribuido a Agustín Argüelles, ha cobrado carta de ciudadanía en el mundo jurídico occidental, proyectándose como una surte de ley básica que preside las grandes transformaciones que se vienen operando en el ámbito del derecho procesal administrativo.

Con todo, las proyecciones de este nuevo paradigma y su correlativo principio pro actione se han desarrollado en forma un tanto despareja en el derecho comparado. Así, mientras el modelo francés adoptó la regla del carácter opcional del recurso en sede administrativa, sin provocar inconvenientes en punto a la seguridad jurídica, en otros ordenamientos se aplicó a rajatabla la regla del agotamiento de la instancia

administrativa, situación que cabe vaticinar que no se mantendrá en el futuro, habida cuenta la proyección del principio de la tutela judicial efectiva que recepciona el Pacto de San José de Costa Rica.

Algo similar acontece con el cumplimiento de las sentencias que se dictan contra el Estado, las cuales o bien tienen efecto declarativo o directamente no se cumplen, sin que se haya instrumentado un sistema eficaz y severo de sanciones al funcionario responsable de la conducta omisiva. En este punto, el sistema mexicano exhibe una notable superioridad, al igual que las reformas introducidas en los procesos con tecnología informática para lograr el ideal de una justicia pronta y expedita a través del llamado sistema de "juicio en línea".

En cualquier caso, lo que sigue impidiendo la realización de la justicia material y de la tutela judicial efectiva es el establecimiento de breves plazos de caducidad de carácter perentorio para promover la acción judicial, situación que se presenta en casi todo el derecho comparado, como secuela de los antiguos privilegios que gozaba la Administración, cuyo mantenimiento conduce a situaciones injustas y desiguales, máxime cuando se está en presencia de una nulidad absoluta cuya subsistencia afecta gravemente el principio de legalidad.

De no admitirse el replanteo de la cuestión en sede administrativa, en tales casos, se atribuiría a la caducidad el mismo efecto que la prescripción sobre el derecho de fondo, además de la desigualdad que implica que los plazos breves de caducidad no rijan cuando la Administración promueva el llamado proceso de lesividad.

Por su parte, en algunos sistemas, las proyecciones de la tutela judicial efectiva han alcanzado una extensión considerable: a) en materia de medidas cautelares, incluyendo las medidas positivas y las autosatisfactivas, cuya traba agota el contenido de la pretensión; b) en lo que concierne el efecto erga omnes de las sentencias en los procesos colectivos y c) en cuanto se facilita el acceso al proceso por parte de los ciudadanos mediante el llamado "juicio en línea", como en el caso del sistema mexicano, a la par que se eliminan requisitos previos injustos e irrazonables como la regla solve et repete.

Pero la diversidad que caracteriza el derecho procesal administrativo latinoamericano nos indica que estamos recién en los albores de un proceso de intercambio de las soluciones comparadas y del consecuente ideal de armonización de las reglas procesales en el ámbito de Latinoamérica.

Ahora bien, dado que la tutela judicial efectiva se halla incardinada en el sistema de protección de los derechos humanos del Pacto de San José de Costa Rica, la jerarquía supranacional de este tratado se proyecta al derecho interno mediante su recepción como *ius novum* o bien produciendo la derogación de los dogmas y preceptos incompatibles con la vigencia del principio. En este sentido, la regla del art. 27 de la Convención de Viena sobre los tratados internacionales no puede sino imponerse, malgré cualquier cláusula constitucional que desconozca que los tratados posean jerarquía superior a las leyes, salvo las reservas que hubiera realizado cada país al efectuar su ratificación.

De ese modo, la supresión de los privilegios procesales de la Administración surge como un signo y una exigencia del tiempo histórico que vivimos, que procura realizar la dignidad de la persona antes que realzar al Estado mediante la aplicación del principio de la tutela judicial efectiva, que adquiere primacía por su jerarquía supranacional.

El interés público queda así satisfecho, ya que el principio beneficia por igual a todos los ciudadanos y, en definitiva, al bien común.