Jorge L. SALOMONI | Romeu F. BACELLAR FILHO | Domingo J. SESIN

Ordenamientos Internacionales y Ordenamientos Administrativos Nacionales

Jerarquía, impacto y derechos humanos

Ciclo de Conferencias organizadas
por la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo
de la Universidad Nacional del Comahue
y la Asociación Argentina de Derecho Administrativo

AD-HOC

ORDENAMIENTOS INTERNACIONALES Y ORDENAMIENTOS ADMINISTRATIVOS NACIONALES

Jerarquía, impacto y derechos humanos


ASOCIACIÓN ARGENTINA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO


UNIVERSIDAD NACIONAL DEL COMAHUE

Jorge L. SALOMONI | Romeu F. BACELLAR FILHO | Domingo J. SESIN

Ordenamientos Internacionales y Ordenamientos Administrativos Nacionales

Jerarquía, impacto y derechos humanos

Ciclo de Conferencias organizadas
por la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo
de la Universidad Nacional del Comahue
y la Asociación Argentina de Derecho Administrativo

AD-HOC

Primera edición: octubre 2006

Salomoni, Jorge Luis
Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos / Jorge Luis Salomoni; Romeu Felipe Bacellar Filho y Domingo Juan Sesin.
1ª ed. - Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006
120 p., 23x16 cm.

ISBN: 950-894-601-6

1. Derecho Administrativo. I. Bacellar Filho, Romeu Felipe II. Sesin, Domingo Juan III. Título.
CDD 342

DIRECCIÓN EDITORIAL
Dr. Rubén O. Villela

Copyright by AD-HOC S.R.L.
Dirección, Administración y Correspondencia:
Viamonte 1450 - Tel./Fax: 4371-0778 / 4371-6635
C1055ABB Buenos Aires, República Argentina
info@adhoc-villela.com
www.editorialadhoc.com

Printed in Argentina
Derechos reservados por la ley 11.723
ISBN: -10: 950-894-601-6
-13: 978-950-894-601-0

Esta edición se terminó de imprimir en octubre de 2006 en Gráfica Laf s.r.l.,
Gervasio Espinosa 2827 (C1416CFI), Ciudad Autónoma de Buenos Aires

ÍNDICE

Presentación, por Pablo Á. Gutiérrez Colantuono 9

Impacto de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho Administrativo Argentino,
Jorge L. Salomoni 13

El Procedimiento y el Proceso Administrativo en el Sistema Jurídico Brasileño,
Romeu F. Bacellar Filho 33

Acceso a la Jurisdicción y Tutela Judicial Efectiva,
Domingo J. Sesin 57

PRESENTACIÓN

A mi amigo, Jorge Luis Salomoni

En el mes de marzo de este año, precisamente un día antes de cumplirse 30 años de aquel lamentable 24 de marzo de 1976, se celebraron en la ciudad del Neuquén las conferencias de cierre de la primera edición y apertura de la segunda edición de la carrera de posgrado "Especialización en Derecho Administrativo" dictada en el ámbito de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue (UNCo).

Tales conferencias tenían una doble finalidad: por un lado celebrar la concreción de dos ediciones —cuya única razón son nuestros alumnos— y, en segundo término, sintetizar en ellas la esencia de dicho posgrado que ha sido la constante búsqueda de nuevos horizontes en la investigación del derecho administrativo.

En tal contexto, nos resultó atinado elegir como título de las conferencias el de *Ordenamientos Internacionales y Ordenamientos Administrativos Nacionales. Jerarquía, Impacto, Derechos Humanos*, sugerido por el profesor Jorge Luis Salomoni, artífice principal de tal evento académico.

Desde tal ángulo temático, los profesores Domingo Juan Sesín, Romeu Felipe Bacellar Filho y el propio Jorge Luis Salomoni abordaron con su solvencia habitual la realidad de nuestros ordenamientos jurídicos desde el prisma de la tutela judicial, el procedimiento y proceso en la República Federal del Brasil y, la nueva dimensión de la fuentes del derecho argentino con una especial mirada a los tratados de derechos humanos.

A su indudable calidad científica, se sumaban la calidez humana y la generosidad de quienes desde su concepción de la docencia vuelcan sus conocimientos en forma abierta, sencilla y llana. Producto, quizás, del convencimiento de que la ciencia

del derecho representa una herramienta al servicio del hombre para la concreción de una sociedad más justa y solidaria.

Tales conferencias fueron pensadas, también, como un necesario marco institucional que nos permitiera a todos recordar a los profesores Julio Rodolfo Comadira y Hugo Eduardo Frare.

El Dr. Julio Rodolfo Comadira fue uno de los impulsores de la carrera de posgrado de la UNCo, poniendo a disposición de nuestra Casa de Estudios todo su equipo de colaboradores. Infatigable luchador de la libertad de cátedra, siempre lo guió el convencimiento de que la diversidad de construcciones científicas confluyen en una mejor aproximación al concepto de bien común desde el rigor de la ciencia jurídica.

Por su parte, el profesor Hugo Eduardo Frare, director de la Especialización y, esencialmente, hacedor del derecho administrativo en la región y en nuestra Universidad, ha sido el principal mentor de dicha carrera de posgrado. Su objetivo era elevar la calidad institucional de la zona de influencia de nuestra Universidad a través de la capacitación metodológica que proporcionan las carreras de posgrado. Los egresados de la Especialización tendrán tal desafío.

Más tarde, llegarían estas palabras como antesala obligada del presente libro que pretende convertirse en un homenaje —por cierto, modesto— a quien fuera un incansable impulsor de cuanta actividad académica existiera en el interior de nuestro país, Jorge Luis Salomoni.

Amigo entrañable, defensor innato de sus concepciones intelectuales innovadoras basadas en su creencia de la dignidad del hombre como bien supremo del ordenamiento jurídico argentino.

El valor del presente libro radica, quizás, en contener sus últimas palabras sin agregados ni modificaciones, como síntesis de su pensamiento que para muchos de nosotros representa nuestro punto de partida en las investigaciones científicas o simples ensayos doctrinarios. Al tiempo que nos posibilita "reencontrarnos" con él a través de sus textos, en esa comunión tan bien lograda de conjugar amistad y ciencia en un mismo escenario.

Finalmente, un necesario agradecimiento a los Dres. Alejandra Petrella, Laura Carrillo y Juan Justo, quienes colaboraron en la traducción y adecuación de las conferencias al pre-

sente formato; y a la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, en la persona de su presidente, el Dr. Pascual Caiella, por posibilitar la concreción del presente libro.

Las palabras de cierre de la conferencia pronunciada por Jorge Salomoni quizás sean las más indicadas para poner fin a esta presentación:

"...Entonces esta conferencia tendría que ser algo así como un disparador ¿Un disparador para qué? Todo lo que yo dije hasta ahora debe ser puesto en tela de juicio. Todo lo que yo sostuve como los principios que están en contradicción con aquellos que sustentan al sistema administrativo debe estar puesto en tela de juicio. ¿Pero adónde nos debe conducir esto? A establecer un nuevo sistema de derecho, que hoy todavía no conocemos en su total dimensión. No tenemos un conocimiento acabado... Pero este punto de vista nos puede permitir a nosotros poder encausar una discusión de confluencia de sistemas que alumbren un nuevo sistema de derecho administrativo, que hoy, hasta el presente, está vigente pero que todavía no es eficaz".

PABLO Á. GUTIÉRREZ COLANTUONO
Director de la Carrera de Especialización
en Derecho Administrativo
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Nacional del Comahue

Impacto de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho Administrativo Argentino

JORGE L. SALOMONI*

I. *Introducción*

En primer lugar quiero decir que para mí es un gran placer estar nuevamente aquí en la Universidad del Comahue, por varios motivos: tengo muy buenos amigos en Neuquén, y ade-

* Jorge Luis Salomoni nació en la ciudad de La Plata el 30 de agosto de 1954 y falleció en la ciudad de Buenos Aires, el 3 de abril de 2006. Fue profesor titular de Derecho Administrativo, y de Ciencias de la Administración, de la Universidad de Belgrano; profesor adjunto regular de Derecho Administrativo de las universidades de Buenos Aires y Nacional de La Plata; profesor invitado del Máster en la Organización y Funcionamiento de la Administración Pública de la Universidad de Roma, La Sapienza; director de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano y de la Universidad La Sapienza de Roma; profesor titular permanente del Cuerpo de Profesores de la Sociedad Brasilera de Derecho Público, San Pablo, Brasil; profesor titular de las materias Fuentes Internacionales del Derecho Administrativo, de Régimen Dominial de Estado, y de Derecho de la Integración, de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral; profesor extraordinario y director del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina; profesor titular de Derecho Administrativo Profundizado de diversas carreras de especialización y maestrías de Derecho Administrativo y de Magistratura de las universidades Nacional del Comahue, Nacional de Mar del Plata, Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, Nacional de Tres de Febrero, de Belgrano, Austral, Católica Argentina, entre otras. Fue decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano; miembro honorario de número del Instituto Chileno de Derecho Administrativo; miembro honorario del Instituto Paranaense de Derecho Administrativo; miembro del Comité Ejecutivo y miembro fundador de la Asociación de Derecho Público del Mercosur. Fue fundador y director general de la revista *Actualidad en Derecho Público*, autor de numerosas publicaciones en la República Argentina y en el extranjero, y de libros, entre los que se destacan: *Problemática de la administración contemporánea*, y *Teoría general de los servicios públicos*.

más porque en este Posgrado de la Universidad, desde el primer momento, tuve el honor de que me llamaran a colaborar. Tengo el alto honor de ser miembro del Comité Académico del Posgrado en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional del Comahue, cosa que debo exclusivamente a la amistad con Pablo Gutiérrez Colantuono.

En segundo lugar, debo decir que tengo que hacer un agradecimiento en la persona de Pablo, de que haya transformado a esta Universidad y a este Posgrado en un centro de irradiación cultural. Ello es de suma trascendencia para la República Argentina, sumándose así a la tarea que ya vienen desarrollando distintas universidades tales como la de Córdoba, Buenos Aires o La Plata, en nuestra especialidad; ello importa para la Argentina un crecimiento cultural en base a la diversidad de centros de formación, esencialmente desde el interior de nuestro país.

Debo recordar también a Hugo Frare, quien, lamentablemente ha desaparecido, pero que también fue un iniciador de esta Especialización.

También tengo que decir que me parece extraordinario que la reforma constitucional de Neuquén haya descentralizado el fuero contencioso administrativo, porque en realidad espero o deseo, Dios quiera que sea así, que todos los miembros de esta Especialización sean jueces del fuero contencioso. Esto sería un gran aporte a la provincia de Neuquén y a la justicia. Por lo tanto, me parece una cuestión de engranaje entre las dos cuestiones realmente extraordinarias, y que ojalá esto se realice pronto.

Debo, por último, agradecer al Decano de la Facultad de Derecho y a la Rectora de la Universidad Nacional del Comahue, por todo el apoyo que dan para este tipo de actividades, y sobre todo lo bien que nos sentimos los profesores que venimos de afuera por la hospitalidad, las ganas, la docencia y la forma de pensar la Universidad que yo encuentro cada vez que vengo a la Universidad Nacional del Comahue.

Y también debo decir que aquellos que hemos vivido —voy a hacer en parte mías algunas palabras que se dijeron acá— de alguna manera la época de la dictadura militar y en algunos casos la hemos sufrido personalmente, la democracia se siente como una bendición, pero no es una bendición divina, es una cuestión de lucha, es una cuestión de hacerla propia, y

que no cambie, que no sea posible que esto desaparezca. Por lo tanto, justamente a un día de este fatídico 24 de marzo, deseo hacer una conmemoración de todos aquellos que lucharon contra esa dictadura militar; de todos, no me importa la ideología, no me importa ninguna otra cosa, me importa ahora que en la Argentina, en realidad, hubo gente valiente, como muchos abogados que perdieron su vida y muchos abogados que se animaron a interponer amparos, *habeas corpus*, etcétera, durante la época de la dictadura militar, y esto lo digo por conocimiento propio. Esto es una cuestión que quería aclarar porque me parece muy importante hacer por lo menos una justicia histórica de la profesión del abogado en estas fechas.

2. *La internacionalización de los ordenamientos jurídicos*

¿Cuál es la misión o la tarea que me han asignado, y que gustosamente he aceptado? Tratar de hablarles a ustedes y de reflexionar sobre un proceso que estamos viviendo en la República Argentina, que, hasta ahora, ha pasado desapercibido; o por lo menos no se ha tomado razón del impacto real que ha tenido sobre los ordenamientos jurídicos. Me refiero, en parte genérica, a lo que yo denomino un proceso general de internacionalización de los ordenamientos jurídicos, y, en una cuestión específica, a lo que denomino el "sistema internacional de derechos humanos" y el impacto de este sistema en el ordenamiento jurídico argentino.

Para esto tengo que hacer un marco conceptual del sistema de los derechos humanos en los ordenamientos jurídicos incorporados en la República Argentina. En primer lugar tengo que decir que, tal como ustedes saben, el art. 75, inc. 22, párr. 2º de la C.N., ha establecido la jerarquía constitucional de una serie de tratados —diez tratados de derechos humanos—, y ha estipulado a su vez un sistema de incorporación de tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional a través de una mayoría calificada que le exige al Congreso de la Nación. Las dos terceras partes del Congreso pueden determinar que un tratado de derechos humanos tenga jerarquía constitucional. Fíjense ustedes lo importante del proceso argentino, que el Brasil, en la última enmienda constitucional, la número 46, ha establecido la misma facultad para el Congreso

Federal brasilero de incorporar tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional cuando tengan una mayoría calificada. Ésta es una cuestión muy importante porque muestra además una tendencia constitucional o de constitucionalización de los derechos humanos en América del Sur y, sobre todo, en dos países de las magnitudes culturales de Argentina y Brasil.

¿Qué significa lo de la jerarquía constitucional? Sabido es el arduo debate existente sobre el punto, pero tan sólo me referiré —ya que no es el tema que yo voy a discutir—, brevemente a la opinión de la Corte constitucional argentina, en la última jurisprudencia. Fundamentalmente, donde se fijó la jerarquía y el funcionamiento de estos tratados es en el precedente "Simón",[1] donde se discutió la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes de "obediencia debida" y "punto final". No voy a discutir las cuestiones vinculadas al derecho penal, pero sí la de la jerarquía de las fuentes.

Y en realidad debo decir algo anticipadamente: los tratados de derechos humanos en la República Argentina tienen en su funcionamiento concreto respecto del ordenamiento jurídico argentino una supremacía aun sobre la Constitución Nacional. Ustedes dirán ¿pero cómo?, si la Constitución dice que los tratados de los derechos humanos tienen jerarquía constitucional nomás. La Corte se encargó de establecer, en este fallo y en varios más, la jerarquía constitucional vinculándola al siguiente punto: como el art. 75, inc. 22, párr. 2º establece que los tratados de derechos humanos deberán aplicarse conforme las condiciones de su vigencia, lo que la Corte argentina entiende por las condiciones de su vigencia es lo que el sistema internacional de derechos humanos establece como derechos en el sistema, a través de su órgano jurisdiccional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ello significa que la interpretación del sistema de derechos humanos en la Argentina no está supeditada a los tribunales nacionales, ni aun a la Corte nacional argentina, sino a la Corte Internacional, o a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Qué significa esto? Que la hermenéutica de lo que es el derecho hoy, en la Argentina, está fuera de nuestras fron-

[1] CSJN, 14/6/2005, "Simón".

teras. Por lo tanto, esa interpretación no atiende a la norma constitucional argentina sino a la Convención Americana de los Derechos Humanos más todos los tratados de los cuales es parte e intérprete la Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Esto qué significa? Significa que la Constitución ha operado como fuente global del ordenamiento, pero dentro de la fuente global del ordenamiento que siempre será la Constitución de un país, ha establecido una jerarquía de fuentes. Y en esa jerarquía de fuentes será atribuido el primer lugar a los tratados de derechos humanos, luego a la Constitución, luego a los tratados generales e internacionales, luego a las leyes nacionales, luego a las constituciones provinciales, y así sucesivamente. Hay un cambio revolucionario en el sistema de fuentes, y sobre todo en las jerarquías. Vuelvo a repetir que estoy hablando de lo que dice la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es decir, el intérprete constitucional del sistema de derechos en la Argentina.

3. **Alcances del sistema europeo**

Ahora bien, cuando nosotros hablamos del impacto de los tratados de los derechos humanos en el derecho argentino, o en el derecho administrativo argentino específicamente, nos encontramos con que la mayoría de los autores no ha tematizado el efecto concreto, el impacto concreto, de las normas de los tratados respecto a las leyes administrativas.

¿Por qué ha sido esto? Yo voy a intentar una explicación; y la explicación de por qué esto finalmente no es estudiado tiene que ver fundamentalmente con una confusión en la cual hemos caído la casi totalidad de los autores de derecho administrativo argentino.

¿Cuál es la confusión? La confusión se nos presenta al intentar nosotros desarrollar nuestro derecho administrativo, las instituciones del derecho administrativo, la conformación de las instituciones y a su vez el impacto de estas instituciones sobre los derechos de los particulares en función de las construcciones europeas del derecho administrativo. Estoy hablando aquí de los autores españoles, de los autores italianos, de los autores alemanes, de los autores franceses, fundamentalmente.

¿Y por qué los autores europeos no vinculan al sistema de derechos humanos, esto es el Tratado Europeo de los Derechos Humanos con el derecho administrativo concreto que tienen que aplicar todos los días en los tribunales administrativos? Aquí hay una explicación de ordenamientos jurídicos que quiero que ustedes observen con algún detenimiento: en Europa continental —incluyo en este caso a Inglaterra— el sistema de jerarquía de ordenamientos jurídicos está dado fundamentalmente por un sistema que es el sistema comunitario. La preeminencia de la norma comunitaria es sobre la totalidad de los ordenamientos jurídicos nacionales, esto incluye las constituciones de los países y todos los ordenamientos infraconstitucionales. Por eso el Tribunal de Justicia de la Comunidad es el que traslada de los ordenamientos nacionales a la Comunidad, y, por lo tanto, a cada ordenamiento constitucional de cada país, las instituciones que van rotando y que van generando instituciones europeas.

Pero ¿cuál es el problema con el Tratado Europeo de los Derechos Humanos? Que la Comunidad Europea no lo incorporó como un tratado a la Comunidad; por lo tanto, el Tribunal de Estrasburgo —Tribunal Europeo de los Derechos Humanos— no tiene jurisdicción sobre la Comunidad Europea y por lo tanto las normas de la Comunidad y la preeminencia está dada únicamente por el Tribunal de Justicia de la Comunidad. El Tribunal de Justicia de la Comunidad puede aplicar, pero solamente analógicamente, las normas del Tratado Europeo de los Derechos Humanos; no las puede aplicar directamente porque no es una normativa aplicable a la Comunidad. En consecuencia, el sistema comunitario de derechos y el sistema de derechos humanos actúan en paralelo, sin interferencia.

De ahí que los europeos, los franceses, los españoles, los alemanes, los italianos, no puedan entender cómo opera la superposición de estos dos ordenamientos. Por eso, en las diversos obras bibliográficas sobre el materia que ustedes van a leer de los autores europeos, no aparece la idea de los derechos humanos como en el Tratado Europeo de los Derechos Humanos. Allí la construcción es una construcción tardía; recién ahora, tan sólo por citar el caso de España, se está intentando ver la importancia en los tribunales internacionales sobre el contencioso administrativo español.

Por eso, en la Declaración de los Derechos de Niza del año 2000, la Comunidad no tiene el Tratado de Derechos Humanos de Europa, por lo tanto necesita un sistema de derechos propio de la Comunidad y por eso las sentencias no pueden prevalecer una sobre las otras.

4. *El sistema americano de protección de los derechos humanos*

Ahora bien, ¿el sistema americano es igual? No. El sistema americano de derechos humanos es absolutamente diferente al sistema que acabo de mencionar. Y fundamentalmente por el Pacto de San José de Costa Rica, que tiene una cláusula que es el art. 28, la cláusula federal, que en su inc. 3º dice que cuando dos o más países se unan para formar un tercer país o cualquier grado de asociación deben mantener intangible la Convención. Esto significa que no es necesario que el nuevo sistema se incorpore al sistema americano de los derechos humanos, sino que la incorporación está dada por las normas de reenvío del art. 28, inc. 3º. Por lo tanto, hay una primacía del ordenamiento de derechos humanos sobre la totalidad de los ordenamientos comunitarios y nacionales.

Éste es un dato extraordinario entre un sistema y otro sistema. Esto es lo que ha pasado desapercibido por el sistema de derecho administrativo argentino; con excepción de algunos tribunales, como por ejemplo el Tribunal Superior de Córdoba que tiene en Domingo Sesin uno de los más grandes administrativistas del país, han hecho una interpretación correcta del sistema de derechos humanos, interponiendo las jerarquías de las fuentes por todo el sistema de derecho argentino. O también la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, que ha efectuado la misma construcción —aquí hay que mencionar a uno de los mejores administrativistas también como Daniel Soria— o el Tribunal de Justicia de Mendoza, que no solamente tiene un gran administrativista como Alejandro Pérez Hualde, sino que además tiene a uno de los más grandes juristas del derecho civil, como Aída Kemmelmajer de Carlucci. Pero no todos los tribunales dicen lo mismo. Éste es un problema bastante importante, por cierto.

Debo decir, como un paréntesis, pero que es muy importante para mí, que el derecho brasilero está avanzando mucho

sobre estas cuestiones. En ese país están tematizando diversas cuestiones y sobre todo están pensando cómo se vuelven a formar a los jueces para que comprendan el sistema jurídico en el cual están inmersos. Y uno de los principales impulsores del cambio del derecho administrativo, uno de los grandes juristas de Brasil, es mi hermano Romeu Bacellar. Y debo decir que es un hermano, como dijo él, yo siento que somos hermanos, no importa la sangre, importa lo que vivimos, pero además debo decir que él, con la Escuela de Derecho Administrativo, que está naciendo, están formando el derecho administrativo brasilero. Por lo tanto, es un cambio que se da en toda la región, en algunos tribunales argentinos, y, fundamentalmente, todavía, en la doctrina brasilera.

5. *El impacto sobre el ordenamiento argentino*

Ahora bien, si la aplicación del ordenamiento jurídico es directa, esto es, que no tengo intercesores entre el Tratado de Derechos Humanos y el ordenamiento jurídico argentino, tengo que tratar de entender en qué impacta esto sobre el ordenamiento jurídico argentino, cuáles son las normas que acepta o los principios sobre los cuales se sustentan las normas de los tratados de derechos humanos, y cuáles los principios en los que se sustenta el ordenamiento jurídico argentino.

Y aquí comienza lo que yo puedo denominar un recorrido bastante extraordinario. ¿Por qué digo extraordinario? Todo lo que yo pueda decir ahora, no es una plataforma cerrada del funcionamiento del ordenamiento. Es recién una primera aproximación para entender la diferencia de los ordenamientos, y el impacto de un ordenamiento sobre otro. Porque estos tratados internacionales de derechos humanos se basan en presupuestos diferentes al ordenamiento administrativo de los países y estos presupuestos diferentes conforman paradigmas diferentes del ordenamiento. Pero quiero señalar algo: si es cierto esto —de que son paradigmas o principios diferentes— tengo el problema de la jerarquía de las fuentes, y por lo tanto va a primar el principio o el paradigma del Tratado de Derechos Humanos sobre el principio o el paradigma que funda el ordenamiento jurídico administrativo. Y esto es inevitable, por lo que tengo que hacer una revisión exhaustiva del sistema.

5.1. **Impacto sobre el federalismo. El carácter local del derecho administrativo**

Quiero sostener un primer principio, el cual representa una revolución jurídica, porque, en mi opinión, los tratados internacionales de derechos humanos han provocado en el sistema federal argentino, una modificación sustantiva del federalismo en cuanto al sistema de producción de normas que establecen derechos.

¿Por qué digo esto? Porque, en realidad, ustedes saben, nuestra Constitución está dividida en jurisdicciones, y estas jurisdicciones tienen atribuidas a su vez competencias específicas. Competencias específicas que tienen que ver con la autonomía de las provincias para dictar fundamentalmente el derecho administrativo. Hasta hoy predicábamos esto, que el derecho administrativo era especialmente local.

El problema que se nos presenta es que, en realidad, por el sistema, por el Tratado de Derechos Humanos, por esta cláusula 28.3 y el art. 24 del Pacto de San José de Costa Rica, que establece el principio de igualdad, esto es, la misma protección de ley para toda persona de la República Argentina, se establece la siguiente cuestión ¿es posible que una provincia tenga una norma de derechos más protectiva de los derechos de los particulares, aun siendo de la materia de derecho administrativo, que otra provincia que tiene una menor? No: Esto vulnera el principio de igualdad.

Y esto, debo decir, ha sido establecido también, como principio, por la Corte en el caso "Verbitsky",[2] en donde se ha establecido que la provincia de Buenos Aires, al tener competencia para establecer el sistema carcelario y las condiciones de alojamiento de los presos en las cárceles, tenía un problema que no era la competencia constitucional de la Constitución argentina, sino los tratados internacionales de derechos humanos, los cuales impedían que en una jurisdicción del país hubiera un tratamiento desigual sobre los derechos personales que estén vinculados al derecho administrativo. Entonces le ordenó a la provincia de Buenos Aires modificar su ley, su Código Pro-

[2] CSJN, 3/5/2005, "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/*habeas corpus*".

cesal Penal, en cuanto a las excarcelaciones. Hoy el principio que rige en la ley dictada hace pocos días en la provincia de Buenos Aires, es que el principio que funda el sistema es la libertad del imputado, aun procesado. ¿Por qué motivo es esto? Por el principio del Código Procesal nacional, que fue el estándar que tomó la Corte Suprema para igualar los derechos. Esto significa que, no obstante que la provincia de Buenos Aires tiene la potestad de dictar esa ley, tiene un problema: esa ley la puede dictar solamente en igualdad de condiciones por la ley que más protege la misma situación.

Pero quiero señalarles algo: en la reforma constitucional de Neuquén, en el art. 40, se establece el principio que acabo de mencionar para el derecho laboral. Dice: el derecho laboral de la provincia de Neuquén, se aplicará el derecho laboral nacional en cuanto sean más protectivos a los derechos del trabajador. Aquí tienen ustedes, en una norma de la Constitución neuquina, el principio de la elección del mejor derecho y de la protección vinculada a los estándares de protección de otras jurisdicciones. Es una norma realmente extraordinaria que, en mi opinión particular, no solamente es aplicable al derecho laboral. Esta norma es un principio de vinculación de normas y de protección que tiene su fundamento en el art. 24 de la CADH. Por lo tanto, esta misma norma puede ser empleada para cualquier sistema de derechos que tenga que ver con la provincia de Neuquén. Así, ustedes tienen una norma de reenvío hoy establecida en el propio sistema. Quiero señalar entonces que tenemos una primera cuestión, no estamos hablando del sistema de derechos humanos de Europa, no estamos hablando de ningún otro sistema de derechos sino de un sistema de derechos humanos particular de la Convención Americana y del sistema constitucional argentino. Por lo tanto, no podemos pensar en sistema con los moldes o los anteojos de otros ordenamientos jurídicos.

5.2. **Impacto sobre el alcance de las potestades estatales. El interés público**

La segunda cuestión, ¿cuál es el fundamento del derecho administrativo? ¿De dónde surge la diferencia del derecho administrativo con respecto a los otros ordenamientos jurídicos?

De un concepto que le otorga la base de sustentación al derecho administrativo. ¿Cuál es ese concepto? El interés público.

El interés público tiene dos consecuencias concretas en el sistema: en primer lugar, es el fundamento y límite de la potestad administrativa. Esto es, la Administración solamente puede actuar en función del interés público. Y si actúa fuera del interés público, el acto es nulo. Por lo tanto, es el fundamento y es el límite. A su vez, desde el punto de vista del particular, se producen dos consecuencias: la primera consecuencia: ¿qué restringe este interés público cuando aparece en una norma?: la autonomía de la voluntad. Y ésta, a su vez, cede ante el interés público, que es un interés superior al interés individual. Por lo tanto, la segunda consecuencia es una restricción de derechos. Esta restricción de derechos tiene consecuencias: la primera es que —por ser un interés superior el interés público— existe una situación de superioridad de la Administración pública en la relación jurídica que entabla con el particular, porque precisamente el fundamento de su actuación es el interés público y el del particular un interés particular. Primera consecuencia, entonces, estamos en una subordinación jurídica. Pero a su vez, la disponibilidad del derecho del particular en esta relación de subordinación provoca precisamente una restricción que luego se ajusta a lo que la jurisprudencia determina como constitucionalmente posible de esta discusión.

Ahora bien, ¿cuál es el problema principal? Que en realidad, nosotros tenemos una norma constitucional que establece la restricción de derechos. ¿Cómo se deben ejecutar las restricciones de derechos? ¿Qué restricciones de derechos existen en nuestro sistema constitucional? El art. 30 del Pacto de San José de Costa Rica dice: "Las restricciones permitidas de acuerdo con esta Convención al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas, sino conforme a las leyes que se dictaron por razones de interés general, y con el propósito por el cual han sido establecidas". Quiero señalar, brevemente, que cuando habla de leyes, la Opinión Consultiva nº 6 de la Corte Interamericana[3] ha di-

[3] CIDH, OC-6/86, "La expresión 'leyes' en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", del 9/5/1986.

cho que se trata de leyes en el sentido formal. Esto es, los reglamentos no pueden restringir los derechos. Hay una valla constitucional por el art. 30 de la Convención a la restricción de derechos por reglamentos.

Pero, en segundo lugar, la Corte Interamericana estableció cuál es el concepto de interés público, de orden público, de interés general, y entonces se nos presenta el siguiente problema: la jurisprudencia de la Corte Interamericana ¿es una jurisprudencia que vincula a los tribunales argentinos? Debo decir que la Corte argentina ha dicho, en el caso "Giroldi",[4] que en realidad el proceso fue una guía de la interpretación de todo el sistema judicial argentino. Esta guía de interpretación tiene que ver con la idea de que el último que aplica la Convención o el sistema de derechos es la Corte Interamericana. Por lo tanto, esta guía opera con una vinculación fuerte del Poder Judicial argentino, a la jurisprudencia o a las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Y fíjense ustedes lo que dice el sistema de esto de las leyes que deben tener un interés general. Primero debo decir algo, la Corte Interamericana ha sostenido, como la Corte argentina mucho antes, que el concepto de interés público, interés general, bien común y orden público, son conceptos equivalentes. Hablan de lo mismo. Ustedes han visto que los civilistas han tratado de discutir si el orden público era igual al interés público, o eran dos cosas diferentes; el mismo Bielsa hace una diferenciación entre estos dos conceptos. La Corte Interamericana y la Corte nacional han dicho que estos cuatro conceptos, a los efectos de la restricción de derechos, son exactamente lo mismo. Por lo tanto, cuando yo hablo de uno de estos términos estoy hablando de los cuatro términos al mismo tiempo.

Me permito enfatizar en este punto el texto de la Opinión Consultiva nº 6, en especial el requisito de que las leyes han de ser dictadas por razones de interés general. Esto significa que deben haber sido adoptadas en función del bien común, concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público en el Estado democrático, cuyo fin principal es

[4] CSJN, 7/4/1995 "Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación, causa 32/93", *Fallos*, 318:514.

la protección de los derechos esenciales del hombre, y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad. Bien común y orden público en la Convención son términos que deben interpretarse dentro de su sistema mismo, que tiene una concepción propia, según la cual los Estados americanos requieren su organización política sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa y los derechos del hombre que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, deben ser objeto de protección internacional.

Es posible entender el bien común dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social, que permite a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. Aquí tienen un concepto vinculado al interés público que sostiene el Estado, quien a su vez debe probar efectivamente que tiene que alcanzar el fin establecido por la Convención. Desde tal perspectiva, el interés público no es un concepto disponible para el legislador y para el administrador, porque tiene un fin, fin que tiene que estar demostrado en la norma o en la actuación de la Administración pública.

Y acá hay un problema para el juez; el juez tiene que hacer un juicio de constitucionalidad del interés público. Y éste es un problema muy importante, porque si no está demostrado que se persigue estos objetivos establecidos en la Convención, pues no estaremos entonces frente a un interés público. Acá piensen ustedes la cantidad de cuestiones que tienen que ver con las económicas o presupuestarias de la Administración pública, cuestión que dejo abierta.

Pero fíjense un último proceso. Estos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de las limitaciones de los derechos humanos, esto es, cuando aparece el interés público como un limitador de los derechos establecidos en las normas constitucionales, o en los tratados de derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los diferentes intereses en juego, y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención. Esto es, hasta ahora, nuestro sistema constitucional.

Fundamentalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, había exigido, para la presencia del interés público, el concepto de propósito público. Se necesitaba que la norma contuviera un propósito público remitiendo en nuestro texto constitucional al concepto de bienestar general y progreso. Pero lo que no se exigía era la demostración de tal propósito público, sino tan sólo la invocación de ese interés público a los efectos de la determinación de la constitucionalidad de la norma. Hoy lo que se está exigiendo es un paso más. Esto es, si usted invoca esta norma, precisamente, estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática, y que tenga en cuenta los diversos intereses en juego, tiene que demostrar la presencia de esos intereses en juego, y que esas justas exigencias de la sociedad democrática se den en un caso concreto. El ordenamiento jurídico argentino ha tenido un cambio sustantivo.

6. *Consecuencias de los nuevos contornos del interés público. El servicio público*

¿Y cuál es la consecuencia directa de esto que estoy mencionando? Estoy mencionando un concepto vinculado al principio que he referido: lo que sostenía al derecho administrativo, el concepto de interés público determinaba un ordenamiento jurídico diferente al de los particulares, y una asimetría entre la Administración y el particular. Porque acá hay un concepto muy importante: aparecen diversos intereses en juego, y el interés público que establece la Administración pública puede chocar con un interés público en cabeza de particulares, de un colectivo de particulares, o de un particular, expresamente determinado.

Ello significa que el interés público no puede ser únicamente el que titulariza la Administración pública, el ordenamiento puede otorgar el interés público en cabeza de otros colectivos. Pienso, el caso, por ejemplo, de los usuarios de un servicio público o en aquellos afectados por una cuestión ambiental. Éstos representan diversos colectivos portadores del interés público, más allá del interés público que pueda sostener la propia Administración pública.

Pero a eso le voy a agregar un segundo concepto: ¿el principio de igualdad que hemos sostenido hasta ahora es el mis-

mo principio de igualdad del sistema de los derechos humanos?

Yo aconsejo la lectura de la Opinión Consultiva nº 18.[5] Se trata de los inmigrantes ilegales mexicanos que ingresan a los Estados Unidos. Y quiero señalar algo que es importante: ustedes saben que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene jurisdicción contenciosa únicamente en aquellos supuestos en que el país ha pactado la jurisdicción transnacional, de esta Corte Interamericana. Ha adoptado la Convención y ha adoptado esta jurisdicción. Pero las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias para todos los miembros de la OEA. El Tratado, la Organización de Estados Americanos establece que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene competencia para usar opiniones consultivas sobre los regímenes jurídicos, de todos los países miembros, y que estas opiniones consultivas son obligatorias para los países. Por lo tanto, Estados Unidos, que no ha incorporado la Convención Americana de los Derechos Humanos, ni ha pactado la jurisdicción transnacional de la Corte, tiene la obligación de acatar la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana.

Esta Opinión Consultiva yo les aconsejo que ustedes la lean con mucho detenimiento ya que establece el concepto de igualdad, sobre todo del particular respecto de las administraciones públicas.

¿Qué incluye este concepto de igualdad del particular respecto de la Administración pública? Toda prerrogativa de la Administración que ésta quiera hacer valer, en una versión jurídica administrativa. ¿Qué significa esto que estoy diciendo? El principal presupuesto de la construcción del derecho administrativo que nosotros conocemos está empapado por un sistema que dice todo lo contrario de lo que nosotros sostenemos.

Si es cierto que hay una jerarquía de fuentes, el problema que tenemos es que el derecho administrativo que hemos construido ha perdido su base de sustentación, por lo menos teórica. Por lo menos en vinculación con este Tratado Internacional de Derechos Humanos.

[5] CIDH, OC-18/03, "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados", del 17/9/2003.

Podemos seguir profundizando esta línea de pensamiento y hablar así de los servicios públicos. Los servicios públicos son otra institución típica del derecho administrativo. Ésa es la satisfacción de las necesidades colectivas, a través precisamente de servicios que satisfacen estas necesidades ¿Cómo era la construcción del servicio público, hasta ahora? Bueno, es una potestad estatal, es una potestad por la que el Estado regula las condiciones del servicio y establece si lo va a prestar por él o por particulares o funcionarios. Hasta ahora, los servicios públicos fueron una cuestión vinculada no al derecho del usuario, sino a la potestad de la Administración pública. ¿Cuál es el problema que se nos plantea ahora? Se nos presenta la realidad de que hay dos tratados internacionales de derechos humanos en los cuales se expresan los principios del servicio público. Principios que impactan directamente sobre los principales aspectos del servicio público.

Así, el art. 36 de la DIDH, establece que toda persona tiene la obligación de pagar impuestos, para sostener los servicios públicos, que es la actividad principal del Estado. ¿Ustedes recuerdan cuando se decía en la Argentina que había desaparecido el concepto de servicio público? En vez de eso, el concepto de servicio público está en una norma de naturaleza constitucional, no solamente en el art. 42, sino que en realidad, el principal cometido de la Administración pública según este Tratado, es la prestación del servicio público.

Por su parte el art. 11.1 del Protocolo Adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador, establece que el Estado debe garantizar el acceso universal al servicio público a todos los ciudadanos.

Todo ello implica que se ha establecido un derecho efectivo que va más allá de la voluntad del legislador, que va más allá de la voluntad del administrador, que no tiene que ver con una construcción normativa que un Estado pueda utilizar. Por el contrario, el derecho puede ser ejercido conforme la discusión ya superada y resulta tanto por la Corte Interamericana como por la Corte argentina en relación al carácter operativo o programático de estas normas.

Ambos tribunales, en consonancia, han dicho que la norma de un tratado internacional de derechos humanos es operativa cuando en su redacción gramatical surge que una persona *tiene derecho a*. Una vez que *tiene derecho a* no ne-

cesita ninguna norma reglamentaria. Solamente es una norma programática aquella que le dice que los poderes constituidos deben alcanzar lo que la norma establece como estándar de protección. Por lo tanto, fíjense ustedes la siguiente cosa, que el derecho de los servicios públicos está impactado terriblemente por un sistema que está fuera del derecho administrativo, pero que impacta sobre la base de sustentación del servicio público. El servicio público no es una potestad, es un derecho, hoy, en la República Argentina, con las consecuencias que esto tiene, de diversa índole.

6. *Impacto sobre el procedimiento y proceso administrativos. Igualdad de armas*

Si es cierto que el principio de igualdad establecido por la Corte Interamericana es un principio que altera o impacta sobre las prerrogativas estatales, se nos presentan dos aspectos muy importantes del cambio sustantivo en el derecho administrativo argentino. Uno es en el procedimiento administrativo, y aquí voy a hablar específicamente de la ejecutoriedad del acto, y otra, el proceso contencioso.

Porque el problema que se nos presenta es: ¿cuál es la institución que en el ámbito procedimental y procesal implica el concepto de igualdad establecido en la Corte? El principio de igualdad de armas.

¿Y cuál es el principio de igualdad de armas en el sistema americano de derechos humanos? Es el principio que establece que en un procedimiento administrativo, o en un proceso, no puede haber prerrogativas para ninguna de las partes, sea el Estado una de las partes en la relación jurídica, o no. Por lo tanto, ante cada prerrogativa del Estado, no es que debe haber una garantía en los términos decimonónicos del derecho administrativo pensados por Hauriou, sino que debe haber una prerrogativa del mismo rango, por lo tanto, se nos presenta el siguiente problema: ¿cuáles prerrogativas quedan en el sistema que estoy mencionando respecto de los derechos de los particulares?

Entonces, la ejecutoriedad del acto cambiaría, a mi modo de ver, el principio. ¿Cuál es el cambio del principio? Que cuando se interpone un recurso administrativo contra un acto, el

principio sugiere que la ejecución del acto se suspende, hasta tanto se resuelva. Quiero señalar, para que no se asusten con todo lo que estoy diciendo, que es una posición teórica que pretende formular un ámbito antitético. No sé si al final de la construcción teórica esto va a quedar tal cual lo estoy diciendo, o va a tener matizaciones. Pero estoy tratando de plantear alternativas que implican cambios de paradigmas. El Prof. Sabino Cassese, en ese libro que está traducido en la Argentina, *La crisis del Estado*, habló de los cuatro paradigmas del Estado decimonónico que cambiaban el sistema del derecho administrativo, por la vinculación del Estado con el ordenamiento jurídico administrativo. ¿Cuál es el segundo de los paradigmas? La posición de superioridad jurídica de la Administración pública. Y el Prof. Sabino Cassese dice que por el principio de igualdad y el sistema de derechos establecido hoy en la sociedad europea, este principio de superioridad no existe más. Por lo tanto, la construcción del derecho administrativo, tendremos que pensarla desde otro ámbito.

Y yo no estoy diciendo acá, miren, vamos a destruir a los Estados. Todo lo contrario. Lo que estoy planteando es que un Estado hoy, provincial, municipal o nacional, debe ser un Estado que ponga toda su organización administrativa para lograr el principio de la realización de la dignidad humana, y de los derechos de los particulares. Por lo tanto, la Administración es instrumental al sistema de derechos. No es una potestad organizativa de la Administración pública. No es un ámbito en el cual puede decidir como quiera, esta organización, sino que tiene un problema, tiene una teleología de funcionamiento del sistema.

Fíjense ustedes un ejemplo de la Corte de la provincia de Buenos Aires en materia de responsabilidad del Estado por acto lícito. Es el precedente "Ravinovich".[6] Allí la Corte, por aplicación directa del art. 21.1 del Pacto de San José de Costa Rica, que habla del principio del derecho de propiedad, estableció la indemnización integral para la responsabilidad por acto lícito. No discutió ni las normas internas de la Provincia, ni la norma constitucional argentina, sino que la aplicación

[6] SCBA, "Ravinovich, Héctor c/Municipalidad de Vicente López s/demanda contencioso-administrativa", sentencia del 18/11/1997.

directa de la norma, dijo, no permite distinguir las indemnizaciones según el tipo de responsabilidad ya que el art. 21.1 del Pacto de San José de Costa Rica habla de una indemnización justa. Por lo tanto, una aplicación directa, concreta, del sistema de los derechos humanos importa tales consecuencias sobre el instituto de la responsabilidad por acto lícito.

Como ustedes ven, y pueden observar, probablemente podríamos seguir hablando de esto durante un rato largo, porque cada institución está tocada en cada ámbito por estos principios vertebrales que van cambiando la configuración, o reconfiguran este derecho administrativo. Nos encontramos, en síntesis, ante una novedad extraordinaria del ordenamiento jurídico.

Nos enfrentamos, a su vez, con una Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ya ha establecido un principio, realmente también revolucionario. Dicho tribunal ha revocado sentencias de la Corte constitucional argentina. Y al revocar sentencias de la Corte constitucional argentina, aunque la Corte Interamericana diga que no es un tribunal de cuarto grado, opera en la práctica como un tribunal de cuarto grado.

Por lo tanto, el problema que se presenta es: ¿la Argentina podría discutir que la Corte Interamericana se excedió en la atribución de revocar una sentencia de la Corte constitucional? No, porque el último intérprete es la propia Corte.

Y la segunda cuestión que es importante es que hay una diferencia sustantiva: la Corte Europea de los Derechos Humanos no suele revocar sentencias de los tribunales constitucionales de los países, miembros del sistema. ¿Y por qué no puede revocar estas sentencias? Porque el sistema está pensado para declarar la violación del sistema de derechos humanos y establecer una indemnización sustitutiva por la violación del derecho, pero la norma no sale del ordenamiento jurídico, ni una sentencia de un tribunal constitucional puede ser declarada nula por la Corte Europea.

En cambio, la Corte Interamericana ha discutido, precisamente, la constitucionalidad, o mejor dicho, la adecuación de la sentencia de la Corte argentina a la Convención Americana de los Derechos Humanos más todo el sistema americano de derechos humanos, del cual la Corte Interamericana es el ámbito jurisdiccional.

Yo quiero decir esto porque, en realidad, hasta ahora en la Argentina se han separado estas dos ramas del ordenamiento, los derechos humanos y el derecho administrativo como si fueran dos cuestiones que discuten cosas diferentes: los que teorizan sobre los derechos humanos hablan sobre la teoría general de los derechos humanos y los administrativistas, en su mayoría, dicen: *a mayor abundamiento*, además de la norma tal, está el Tratado tal. Éstas dos variables tienen un problema bastante importante de lo que es hoy nuestro sistema de fuentes y la operatividad del sistema.

Entonces, esta conferencia tendría que ser algo así como un disparador. ¿Un disparador para qué? Todo lo que yo dije hasta ahora debe ser puesto en tela de juicio. Todo lo que yo sostuve como los principios que están en contradicción con aquellos que sustentan al sistema administrativo debe estar puesto en tela de juicio. ¿Pero adónde nos debe conducir esto? A establecer un nuevo sistema de derecho, que hoy todavía no conocemos en su total dimensión. No tenemos un conocimiento acabado.

Quizá mis tesis son extremas, en mi vida he sido extremista. Esto no puedo cambiarlo, mi mujer lo puede decir, con mayor conocimiento que yo inclusive. Pero este punto de vista nos puede permitir a nosotros poder encausar una discusión de confluencia de sistemas que alumbren un nuevo sistema de derecho administrativo, que hoy, hasta el presente, está vigente pero que todavía no es eficaz.

Yo, en realidad, debo decir que espero, que todos los alumnos del Posgrado, los que se fueron y los que ingresan, tomen esto, por lo menos, como una preocupación para lo que viene en el futuro. Si logramos esto, hemos dado un paso sustantivo en la configuración del nuevo derecho administrativo.

Muchas gracias.

El Procedimiento y el Proceso Administrativo en el Sistema Jurídico Brasileño

ROMEU F. BACELLAR FILHO*

I. *Introducción*

Diogo Freitas do Amaral, afirma que la existencia de una Constitución no es, necesariamente, sinónimo de limitación del poder, dado que puede constituirse en una forma de legitimación del arbitrio estatal. Si es correcta dicha afirmación, será sumamente importante tratar los temas derivados de sus funciones con mucho cuidado, descontando que el proceso administrativo es uno de los temas que merecen especial atención. En ese sentido, Julio Comadira expresa que "el sistema jurídico administrativo revela la existencia de una estructura dialéctica compuesta por principios autoritarios y liberales que procura compatibilizar las prerrogativas administrativas con las garantias debidas a los particulares. En ese marco, las formas —y el procedimiento es forma— cumplen un doble papel tuitivo, pues deben asegurar, por un lado, la eficacia de la gestión de la Administración, y, por el otro, el respeto de los derechos e intereses particulares".[1] En efecto, como destaca Jean Rivero, la intervención de la Administración pública queda sujeta totalmente al régimen jurídico administrativo y a las prerrogativas y reglas que condicionan el poder público en el ejercicio de sus funciones.[2]

* Doctor en Derecho del Estado. Profesor titular de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Paraná. Profesor de la Universidad Federal de Paraná.

[1] COMADIRA, Julio R.: *Derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

[2] RIVERO, Jean: *Derecho administrativo*, Almedina, Coimbra, 1981, p. 42.

2. *La incidencia del orden constitucional brasileño en el procedimiento administrativo*

La Administración pública fue analizada en la Constitución Federal de 1988, en un capítulo entero (Capítulo VII). La actual Constitución brasileña se diferencia de las siete constituciones anteriores por ser fruto de la participación de varios segmentos de la sociedad. Debe reconocerse que aun estando impregnada de determinados vicios, la Carta Magna se centra en la persona humana, por ello se la denomina "Constitución ciudadana". La dignidad del ser humano se construyó fundada en el Estado democrático de derecho. Y si el procedimiento es la forma de materializar el actuar del Estado y el proceso, como sustento, es la especie del género procedimiento, resulta imperioso tener en cuenta —principalmente al darle tratamiento a una cuestión de esta importancia— la base antropológica común que emanó de la Constitución: el principio de la dignidad del ser humano como principal justificación para la existencia de cualquier norma.[3] Como bien afirma el maestro Canotilho, su principal destinatario es el hombre en todas sus dimensiones.[4]

A partir de su promulgación en octubre de 1988, con destacadas y diversas modificaciones que inmediatamente se difundieron, la Constitución resulta precursora de significativos cambios en el tratamiento ritual hasta entonces otorgado a los procesos o procedimientos dedicados a las materias reguladas por el derecho administrativo. La disciplina constitucional administrativa recoje nuevas armas jurídicas para romper con el cuadro tradicional de un "derecho administrativo autoritario,[5] determinado por la poca atención prestada a los

[3] "*Art. 1°* — La República Federativa del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado democrático de derecho y tiene como fundamentos: (...) *inc. III:* la dignidad de la persona humana".

[4] Las dimensiones son: el hombre como persona, como ciudadano y como trabajador. En ese sentido, la lección de José Joaquim Gomes Canotilho sobre esta "tríada mágica" en la Constitución portuguesa de 1976, puede aplicarse tambien en el derecho brasileño. Gomes Canotilho, José Joaquim: *Derecho constitucional*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 1995, p. 347.

[5] En un brillante artículo, antes de 1988, y que inspiró, ciertamente, las innovaciones de la actual Constitución, Sérgio Ferraz denuncia: "Es necesa-

derechos y garantias que integran el patrimonio del ciudadano.[6] Formado con la visión de una legalidad a cualquier costo y sin considerar otros valores (como p. ej., los que se encuentran en el principio de la confianza), el administrador ejerció sus privilegios durante mucho tiempo de manera hegemónica e incontrastable, cubierto por el manto del indiscutible poder público.[7]

Debe destacarse que no se trata de una innovación propiamente dicha, pero sí de recepción de los reclamos de la doctrina que construyó, desde siempre, medios alternativos para eludir la aplicación mecánica de la legalidad. Francisco Campos, al estudiar esta problemática, afirmaba que el poder público no es un poder irresponsable y arbitrario, limitado y relacionado sólo por sus propios actos, ya que no puede arrogarse, en su relación con los particulares, el privilegio de sorprender la buena fe.[8]

---

rio que digamos esto sin ninguna vergüenza: la Administración pública brasileña es autoritaria por varias razones, entre ellas, porque el propio derecho administrativo brasileño fue autoritario y ayudó a la Administración pública brasileña a ser autoritaria, con una generosa inyección de justificación doctrinaria, todo esto prestigiado también por una copiosa elaboración jurisprudencial. En razón de ello, la Administración pública brasileña siempre se sintió muy estimulada para ser autoritaria, porque las cabezas pensantes y quienes juzgaban el país también eran autoritarios, cuando disertaban sobre derecho administrativo". FERRAZ, Sérgio: "Instrumentos de defensa del administrado", *Revista de Derecho Administrativo*, Río de Janeiro, nº 165, julio/septiembre 1986, pp. 17-18. Siguiendo esta linea, Clémerson Merlin Cléve deduce que la implementación de la ciudadanía depende, en primer lugar, de un cambio de concepto relativo a la Administración pública, ya que "el derecho administrativo brasileño es autoritario". CLÈVE, Clémerson Merlin: *Temas de derecho constitucional y de teoría del derecho*, Editora Académica, San Pablo, 1993, p. 29.

[6] Como afirma el ministro Celso de Mello, "la ejecución fiel de los derechos y garantías constituye un factor de legitimación de la actividad estatal", Supremo Tribunal Federal, Mandamiento de Seguridad nº 24458-DF, juzgamiento: 18/2/2003, *DJU*, 21/2/2003, Informativo nº 298, STF.

[7] Sobre el papel legitimador del interés público en la Administración pública, véase MEDAUAR, Odete: *El derecho administrativo en evolución*, RT, San Pablo, 1992, pp. 179/180.

[8] "El poder público no es un poder irresponsable y arbitrario, se vincula y se limita por sus propios actos. No se puede reservar el privilegio, que se resume en la más cínica de las ventajas que se arrogaba el poder absoluto, de sorprender la buena fe de los que confían en su palabra o en sus promesas violando aquélla o anulando éstas, después de haber conseguido, por causa de una o de otra, las prestaciones cuya ejecución se había realizado

Así, se implementó el principio de la finalidad pública, según el cual cuando la ley establece las competencias al administrador público tiene en cuenta un determinado bien jurídico, de modo que el sentido y límite de la competencia se restringe a los fines consolidados en la ley. Al considerar la legalidad de un acto administrativo, resulta necesario investigar el cumplimiento de la intención legal originaria. Caio Tácito y Rui Cirne Lima desarrollaron una importante contribución al estudio de la finalidad pública como parámetro de apreciación de la legalidad.[9]

La expresión "poder", estigmatizada durante la dictadura brasileña, se encuentra, por ende, mejor entendida como privilegio. En caso que el administrador público utilice el poder más allá de los límites que la ley le confiere o se aparte de la finalidad pública, se considerará abuso de poder por exceso del mismo o por desviarse de la finalidad, respectivamente.[10]

---

con buena fe, fundamental no sólo al comercio jurídico, sino a la convivencia moral, dado que no es lícito retirar la palabra empeñada o anular la promesa mediante la cual se obtuvo una ventaja de otro o le causó o produjo algún tipo de sacrificio". CAMPOS, Francisco: *Derecho administrativo*, vol. 1, Freitas Bastos, San Pablo, 1958, pp. 70/71.

[9] Para Rui Cirne Lima, "es el fin y no la voluntad lo que domina todas las formas de Administración [...] De ese modo, es en el desarrollo de la actividad administrativa del Poder Ejecutivo —no el arbitrio que se funda en la fuerza— sino en la necesidad que deriva de la natural persecución de un fin". CIRNE LIMA, Rui: *Principios de derecho administrativo*, 5ª ed., RT, San Pablo, 1982, pp. 21/22. En este sentido, también Caio Tácito: "La regla de competencia no es un cheque en blanco". TÁCITO, Caio: *Derecho administrativo*, 1ª ed., Saraiva, San Pablo, 1975, p. 5.

[10] En el camino jurisprudencial de la Suprema Corte, el ministro Celso de Mello enfatiza: "El control jurisdiccional de los abusos imputados al poder político —porque representa reafirmación de la autoridad de la Constitución de la República— no transgrede el principio de la separación de poderes. Aunque en su propio dominio institucional, ningún órgano estatal pueda, legítimamente, pretender ser superior o imaginarse fuera del alcance de la autoridad suprema de la Constitución Federal y de las leyes de la República. [...] La separación de poderes —consideradas las circunstancias históricas que justificaron su concepción en el plano de la teoría constitucional— no puede invocarse jamás como principio destinado a frustar la resistencia jurídica a cualquier ensayo de opresión estatal o a volver inviable la oposición de cualquier tentativa de comprometer, sin justa causa, el ejercicio del derecho de protestar contra abusos que puedan ser cometidos por las instituciones del Estado". STF, Mandamiento de Seguridad nº 24458-DF, juzgamiento: 18/2/2003, *DJU*, 21/2/2003, Informativo nº 298 del Supremo Tribunal Federal.

Mauricio Antonio Ribeiro Lopes afirma que "la idea de poder es extraída del contexto social y se efectiviza a través de la capacidad que algunos poseen para emitir funciones que marcan reglas de conducta que son obedecidas, obteniéndose, de esa manera, una sumisión del tenor de la orden".[11] El ejercicio del poder implica una dosis de sujeción, de coerción ejercida por el detentor hacia los destinatarios, lo que supone una determinación de actitudes por parte de estos últimos. Sin embargo, el poder no se autorrealiza sino que configura un instrumento de trabajo adecuado a la realización de tareas administrativas mediante la respuesta a las aspiraciones colectivas. Si no hubiese destinatario —el pueblo— no habría razón para la existencia del poder. Por consiguiente, si la existencia del poder supone una relación de jerarquía entre poder y pueblo, dicha relación sólo se justifica cuando el poder se dirija en función del pueblo.[12]

Es por eso que, antes de la Constitución Federal de 1988, se recorrió un largo camino para la consolidación de la comprensión finalista de Administración pública: aparato constituido por el Estado para la satisfacción del bien común; "El bien común no se aparta del derecho. En cierta forma, es condición de la justicia, como principio y fin al mismo tiempo, justificando, en el sistema político, el equilibrio entre los poderes y comprendiendo el Estado en sus actividades, en razón de la ley y de las garantías que el mismo asegura", conforme lección de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho.

Vemos así que el principio general que predomina en toda la actividad estatal ejercida a través de la Administración pública es el bien común. La Administración pública —en especial al manejar los llamados poderes administrativos— puede no tratar con objetividad los intereses particulares, transgresión que provoca falta de armonía y desmerece la acción admi-

[11] Ribeiro Lopes, Maurício Antônio: *Poder Constituyente Reformador*. RT, San Pablo, 1993, pp. 16/17.

[12] "El dominio político —el dominio de hombres sobre hombres— no es un dominio aceptado; carece de una justificación en cuanto a su origen —legitimación—. La legitimación del dominio político sólo puede derivar del propio pueblo y no de cualquier otra instancia 'fuera' del pueblo real (orden divina, orden natural, orden hereditaria, orden democrática)". Canotilho: *Derecho constitucional...*, cit.

nistrativa. En conclusión, la existencia de la Administración pública sólo tiene sentido en función de una justa y equitativa distribución entre los ciudadanos de los derechos y las obligaciones sociales. Las elevadas y numerosas tareas administrativas no serían exitosas sin la imposición de principios de acción capaces de ofrecer garantías exigibles en un Estado justo e igualitario.

Por lo tanto, están prohibidos los actos de la Administración que den a los destinatarios un tratamiento privilegiado o discriminatorio.

Juarez Freitas, defendía después de la promulgación de la Carta Magna, un nuevo proyecto del Estado brasileño, "más por fuerza imperativa de la realidad que por motivos de tipo ideológico". Sustenta el respetado autor que la Administración pública debe ser incluida en esta reingeniería dado que "imposiciones profundas de realidades cambiantes" están exigiendo una nueva era también para la Administración pública.

Es exactamente necesario en esta perspectiva revisar los orígenes del denominado "poder disciplinario" y el instrumento que le da lugar: el proceso administrativo disciplinario. Para ello, entre tantos textos que abordan el tema, resulta apropiado utilizar como referencia —en Brasil— la ley 8112/90, sin perder de vista la edición de la ley 9784/99.

Partiendo del antecedente de que, para ser comprendidos en su dimensión práctica, los principios constitucionales necesitan ser comparados con el sistema legal que los materializa, la elección de la legislación como referencia nos parece apropiada.

Si uno de los pilares del Estado de derecho es la fijación de un régimen jurídico administrativo, con la Constitución Brasileña de 1988 se hizo presente un régimen jurídico constitucional-administrativos, fundado en principios constitucionales expresos tales como la legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia (art. 37). Junto a dichos principios hay otros —explícitos— no menos significativos, tales como la presunción de inocencia (art. 5º, inc. LVII), del juez natural (art. 5º, inc. LIII), del debido proceso legal (art. 5º, inc. LIV), del contradictorio y de defensa amplia (art. 5º, inc. LV). También se extraen de la Constitución, implícitamente, los principios de lealtad y buena fe, de seguridad en las relaciones jurídicas, de razonabilidad y de proporcionalidad, entre otros.

Y sabemos que la supremacía de la Constitución, sobre todas las normas, impone que el proceso de producción legislativa e interpretación del derecho administrativo se lleve a cabo conforme con todos los principios constitucionales.

Efectivamente, hace algún tiempo se abandonó la idea de que las garantías fundamentales transformadoras de la igualdad y del respeto a la persona humana incluyen concepciones abstractas de contenido programático, como por ejemplo, un manual de aspiraciones o aun de un protocolo de intenciones.

La interpretación de las leyes brasileñas que sirven de referencia al presente trabajo no pueden descuidar el principio rector de nuestro orden constitucional (la dignidad de la persona humana) ni la existencia de un núcleo mínimo procesal de ella emanado, que se revela en la plena sumisión, entre otras, a las garantías del debido proceso, del contradictorio y de amplia defensa.

Cabe señalar que las discrepancias eventuales de las normas en consideración con los principios explícitos e implícitos de la Carta Magna podrán resolverse mediante una interpretación conforme la Constitución.

La interpretación conforme la Constitución, sustentan Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, está en el proceso de constitucionalidad de las leyes. Dicho proceso, significa para estos autores, que antes que una ley sea declarada inconstitucional, el juez tiene el deber de buscar, por vía de interpretación, una armonía de dichas leyes con la Constitución.[13]

Bajo la influencia de esta ideas debe tratarse la cuestión.

3. *Las reglas constitucionales aplicables al derecho administrativo disciplinario*

La responsabilidad administrativa deriva de la práctica del ciudadano o del servidor público de actos comisivos u omisivos considerados irregulares en el desempeño del cargo o función. La responsabilidad penal abarca los delitos y contravenciones imputadas al servidor en dicho carácter. La responsabilidad

[13] García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón: *Curso de derecho administrativo*, RT, San Pablo, 1990, p. 139.

civil, a su vez, resulta del obrar doloso o culposo que implique perjuicio de la Hacienda pública o de terceros investigada en acción de repetición. Si bien las conminaciones administrativas, civiles y penales son independientes, también son acumulativas.[14]

Edmir Netto de Araújo considera que, en el campo del ilícito administrativo y su proceso, el mismo es "el procedimiento que prevé, en su estructura, el diálogo manifestado por el contradictorio, que es la bilateralidad de audiencia o el conocimiento bilateral de los actos del proceso y la posibilidad de impugnarlos". Los procedimientos serían, por consiguiente, "las formalizaciones de pasos encadenados en una sequencia lógica en dirección al objetivo final (producto final, provisión final) tenido en cuenta sin la previsión del contradictorio en la estructura respectiva".[15]

En otras palabras, el ejercicio de la competencia sancionatoria de la Administración pública se explicita a través del proceso o del procedimiento administrativo (conceptos ya analizados) y el art. 5º, inc. LIV, de la Constitución Federal del Brasil, se aplica, por lo tanto, al ejercicio de la competencia sancionatoria.

De acuerdo a lo expuesto: *i)* el proceso y el procedimiento disciplinario constituyen garantías constitucionales con las derivaciones ya remarcadas en relación al legislador, al aplicador y al intérprete de la Constitución; *ii)* es una garantía de medios y resultados toda vez que sólo podemos hablar de proceso en caso del contradictorio con amplia defensa, con los recursos y medios a ella inherentes; *iii)* habrá proceso, conforme lo ya conceptualizado, siempre que en ejercicio de la competencia disciplinaria la Administración litigue o acuse a un particular o servidor público (en sentido amplio) de la práctica de un ilícito administrativo; *iv)* el litigante o acusado detenta la posición de sujeto en el proceso; *v)* tratándose de acusados en general, se incluye a toda la masa de destinatarios de la acción

[14] Más allá de la independencia de las instancias, se prioriza la regla de que la decisión absolutoria pronunciada en instancia penal prevalece sobre las demás instancias en caso de absolución criminal que niegue la existencia del hecho o su autoría (art. 126, ley 8112/90 —Régimen Jurídico Único de los Empleados Públicos del Estado— y art. 1525 del Cód. Civil).

[15] Netto de Araújo: *O ilícito administrativo e seu processo*, Revista dos Tribunais, San Pablo, 1994, p. 128.

administrativa (cualquier acusado) como también sanciones administrativas leves o graves (cualquier acusación).

En un sentido negativo, *i)* habrá procedimiento y no proceso cuando la Administración proceda a la verificación de los hechos sin aplicar ningún tipo de pena, *ii)* cuando en esta investigación no ocurra un conflicto de intereses, oportunidad para el surgimiento de un litigante contrapuesto a la Administración pública.

Corresponde decir que la legislación sobre el ilícito administrativo no se aparta del concepto de una legalidad elástica.

De este modo, el proceso administrativo representa una garantía para la sociedad de que la competencia disciplinaria será ejercida de manera responsable y coherente. El proceso administrativo es el instrumento colocado para atenuar la otra cara del proceso de la legalidad.[16] Por ende, la Constitución de 1988 no es compatible con afirmaciones como la siguiente: "en el derecho administrativo se admite la atipicidad de la infracción y una amplia discrecionalidad en la aplicación de la sanción, que es renunciable por parte de la Administración, posibilidades éstas, inconcebibles en el derecho penal".[17]

No basta la reglamentación por ley del proceso administrativo, ya que se trata de una garantía de medios y resultados, como fue dicho anteriormente. El instrumento procesal debe interpretarse teniendo en cuenta su potencialidad, para encuadrar la discrecionalidad en los debidos términos.[18] Cualquier

[16] En este sentido, Grinover afirmaba en 1980: "A pesar de la atipicidad del ilícito administrativo, se reconoce, la necesidad de este capítulo, para ofrecerle al acusado el ejercicio efectivo de su defensa". PELEGRINI GRINOVER: *El principio de amplia defensa*, p. 17.

[17] LOBO BOTELHO GUALAZZI, Eduardo: "Administración pública. Función pública y derecho administrativo disciplinario", *Revista de la Procuración General del Estado de San Pablo*, San Pablo, nº 19, p. 81, dez. 81/dez. 82.

[18] Se cita un tramo de la decisión del Superior Tribunal de Justicia: "El Poder Judicial puede y debe examinar el motivo o mérito del acto administrativo, en lo estrictamente discrecional. Probado en su totalidad el estado de enfermedad prolongada del trabajador, no puede la Administración desconsiderar los motivos que le impidieron comparecer al trabajo, sin un proceso administrativo que le garantice amplia defensa, hasta incluso exonerarlo en caso de estabilidad". STJ Administrativo, Recurso Ordinário con Mandamiento de Seguridad nº 866/SP. Juez: ministro Geraldo Sobral. 1º Turno, 17/6/1991, *DJU*, Brasília, 5/8/1991, p. 9973.

elección dejada al administrador debe ser verificada, ya que, de acuerdo con Canotilho, la discrecionalidad no significa elección entre antecedentes de hecho. Una vez comprobados los elementos para la aplicación de una pena a través del proceso administrativo disciplinario, no hay elección entre aplicarla o no.[19]

La imposición constitucional de intervención procesal para el ejercicio de la competencia disciplinaria pone en confronte la concepción de aplicación de la ley como instrumento automático y mecánico. La dimensión del principio de la legalidad, en el ejercicio de la competencia disciplinaria, no puede medirse sin la consideración del proceso administrativo.[20] Así, la legalidad procesal auxilia en el suministro de límites y de medida a la discrecionalidad.

[19] Se refuta, por incompatible con la nueva orden constitucional, la afirmación de Eduardo Lobo Botelho Gualazzi según la cual "la aplicabilidad de penas disciplinares, en concreto, es facultativa, para el Estado, en aras al interés público relevante o por conveniencia de servicio". Lobo Botelho Gualazzi: ob. cit., p. 84. En sentido de nuestra refutación, Geraldo de Campos Pacheco: "El prof. Carlos S. de Barros Júnior, informa (*Del poder disciplinario en la Administración pública*, p. 24) que la doctrina dice que la Administración tiene la faculdad discrecional de no aplicar la pena por motivos de conveniencia u oportunidad, en función del interés primordial de la Administración, por superiores razones . El Prof. Carlos S. de Barros Júnior agrega (ob. cit., p. 25) que corresponde al poder disciplinario —en el que predominan los intereses de la Administración— la discrecionalidad, precisamente en el sentido de que la punición no se reviste del carácter de necesidad de la represión penal. Sin embargo, frente a las disposiciones estatutarias, no podemos aceptar lo que proclama la doctrina. Realmente, si el Estatuto establece que se debe instaurar un proceso administrativo disciplinario o sindicatura para verificar la acción u omisión del funcionario público, punible disciplinariamente, es preciso concluir que la autoridad juzadora no podrá relevar la pena. La discrecionalidad de la autoridad juzgadora se circunscribe, en cierto modo, a la dosis de la pena, entre las establecidas por el Estatuto, conforme afirmamos". De Campos Pacheco, Geraldo: "Fase conclusiva del proceso administrativo disciplinario", *Revista de la Procuración General del Estado de San Pablo*, nº 18, San Pablo, jun. 1981, pp. 59-60.

[20] Conforme Lúcia Valle Figueiredo: "El principio de la legalidad está, así, prendido al debido proceso legal, en su faceta sustancial y no formal. En su faceta sustancial —igualdad sustancial— no basta que todos los administrados sean tratados de la misma forma. En verdad, se debe buscar la meta de la igualdad en la ley, en el ordenamiento jurídico y en sus principioso. Figueiredo, Lúcia Valle: "El debido proceso legal y la responsabilidad del Estado por daño derivado del planeamiento", *Revista de Derecho Administrativo Aplicado*, nº 6, septiembre 1995, Curitiba, p. 644.

4. *Principios específicos aplicables al proceso administrativo*

Sin duda, son aplicables al proceso administrativo, en forma más directa o no, varios principios constitucionales (presunción de inocencia, debido proceso legal, etc.) y, dentro de éstos, los principios que guian la acción administrativa a los cuales debe remitirse la lectura.

Si bien la ley 9784/99 menciona, en su art. 2°, los principios de la legalidad, finalidad, motivación, razonabilidad, proporcionalidad, moralidad, amplia defensa, contradictorio, seguridad jurídica, interés público y eficacia, en el presente trabajo, se tratarán sólo aquellos principios más específicos al proceso administrativo.

4.1. **Principio de amplia defensa**

La amplia defensa es un principio previsto en el art. 5°, LV, de la C.F. La ley 9784/99 recepcionó expresamente este principio en su art. 2°. La amplia defensa junto con el contradictorio, constituyen el desdoblamiento del principio del debido proceso legal.

Es inherente al ejercicio de la amplia defensa que la persona sobre la que recaen indicios de delinquir tenga conocimiento de qué está siendo acusada o de cuál fue la infracción supuestamente cometida, además de todos los detalles necesarios para la elaboración de la defensa. En el transcurso del proceso la garantía se materializa con el derecho a la información, como el acceso a los autos y la extracción de copias y, al final, por el conocimiento de la argumentación y motivación de la decisión, por el derecho a la reacción, como la presentación de documentos, por la defensa y producción de pruebas previas a la decisión, sujeta a la interposición de recursos. En síntesis, el derecho a la amplia defensa impone a la autoridad el deber de cumplimiento de las normas procesales y de todos los principios que influyen sobre el proceso.

4.2. **Principio del contradictorio**

El principio del contradictorio también se encuentra previsto en el art. 5°, LV, de la Constitución Federal brasileña y recepcionado expresamente por el art. 2° de la ley 9784/99, se

refiere a la efectiva participación del acusado en la instrucción del proceso, activa y crítica, de modo que él produzca sus propias razones y pruebas y que pueda contestar argumentos y formación probatoria que le sea desfavorable. El contradictorio requiere de un diálogo, un intercambio bilateral entre las partes. Y la decisión del proceso debe tomarse de acuerdo con los pensamientos contrapuestos y al cotejo de las distintas posiciones.

4.3. **Principio del formalismo moderado**

El formalismo moderado determina la adopción de ritos y formas más simples. Sin embargo, es importante resguardar las formalidades necesarias a la seguridad jurídica, al cumplimiento de los derechos, principalmente a los principios del contradictorio y de la amplia defensa, atendiendo en todo momento al fin deseado.

En el proceso administrativo se adopta la instrumentalidad de las formas, de modo que, sin ofensas al principio de legalidad, se puede prescindir de formalidades excesivas que no perjudiquen a terceros ni comprometan el interés público. Lo que no implica afirmar el informalismo, ni siquiera a favor del administrado, ya que la forma está intimamente relacionada al proceso administrativo, dado que la ausencia de formas no ofrece criterios objetivos de decisión. Este principio tampoco puede ser utilizado como excusa para el incumplimiento de la ley.

De igual manera, la moderación indicada puede ser conducente a la idea, según la cual las dudas en cuanto a las formalidades deben interpretarse a favor del administrado para evitar que las formas sean vistas como un fin en sí mismo, alejándose de la finalidad. Lo dispuesto en los arts. 2º, VIII y IX, 7º y 22 de la ley utilizada como referencia refleja la preocupación del legislador con el formalismo moderado en el proceso administrativo.

4.4. **Principio de oficialidad**

El principio de oficialidad[21] confiere a la autoridad competente, a diferencia del proceso judicial, el deber de inaugu-

[21] Impulsión e instrucción de ofício (oficialidad), "corresponde a la autoridad administrativa adoptar los recaudos conducentes a la impulsión del proce-

rar el proceso independientemente de su provocación, además del deber de impulsarlo y decidirlo. Esto deriva del hecho de que la Administración pública tiene el deber de satisfacer el interés público y de que, frente a la existencia de una infracción o un conflicto se le impone la oportunidad de una decisión, cualquiera que fuere. No hay, por lo tanto, dependencia de la provocación de un particular, ya que muchas veces el interés de éste es el de no iniciar el proceso, circunstancia que puede estar en contra del interés público.

Aun con la renuncia o el desistimiento del interesado, la Administración tiene el deber de seguir con el proceso, de tramitar la producción de pruebas, solicitar informes y dictámenes, o sea, realizar todo lo necesario para propiciar una decisión conclusiva, salvo en caso de que el proceso cuide el interés exclusivo del particular, caso en el cual puede archivarse, conforme lo dispone el art. 40 de la ley 9784/99. Sin embargo, el deber de instrucción de oficio no puede invocarse para suprimir o mitigar la participación del afectado o de los litigantes en perjuicio del contradictorio y de la amplia defensa. La oficialidad determina que, del proceso que resultare sanción administrativa, la revisión se podrá dar de oficio o por provocación. En la ley 9784/99 el principio de la oficialidad está previsto en los arts. 2º, XII; 5º; 29 y 51, párr. 2º.

4.5. **Principio de la verdad material**

La verdad material significa que —a diferencia del proceso judicial civil, orientado en la verdad formal, o sea, aquella que se encuentra en los autos— el juzgador en el proceso administrativo debe buscar siempre la verdad real, aunque se tenga que valer de otros elementos además de los traídos a autos, auxiliado por el principio de la oficialidad. La autoridad no depende de la iniciativa de las partes ni queda restringida al examen de sus alegaciones. De manera que si la decisión no se ajustara a hechos verdaderos, estaría viciada. Este principio tiene su raíz en el principio de la indisponibilidad del interés público.

---

dimiento hasta el dictado del acto final, y, asimismo, desarrollar la actividad tendiente a reunir los medios de prueba necesarios para su adecuada resolución". COMADIRA: ob. cit., p. 129.

4.6. Principio de la prescriptibilidad de la pretensión punitiva y proceso administrativo disciplinario

El instituto de la prescripción está destinado a tutelar la seguridad jurídica y, por esa razón, se encuentra íntimamente vinculado al Estado democrático de derecho. El derecho no se compadece con la idea de que puede eternizarse la posibilidad de aplicación de una sanción.

La Constitución Federal de 1988 contiene normas sobre el tema y trata dos hipótesis únicas de imprescriptibilidad.[22] En el campo del derecho administrativo, prevé en el art. 37, párr. 5° que "la ley establecerá los plazos de prescripción para ilícitos practicados por cualquier agente, servidor o no, que causen perjuicios al erario, con excepción de las acciones de resarcimiento".

Por lo tanto, la Constitución Federal elevó a garantía constitucional la prescriptibilidad de la pretensión sancionatoria de la Administración pública, admitiendo la imprescriptibilidad en situaciones excepcionales.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro alude a tres sentidos diferentes para el instituto de la prescripción en el derecho administrativo: por una parte, la pérdida del plazo para recurrir la decisión administrativa y, por otra, la pérdida del plazo para que la Administración revea sus propios actos; finalmente indica la pérdida del plazo para aplicar penas administrativas.[23]

Celso Antônio Bandeira de Mello también identifica tres especies de prescripción en el ámbito del derecho administrativo: la prescripción de la pretensión del administrado a instar su reclamo en la vía administrativa, la prescripción de acciones judiciales del administrado contra el poder público, la "prescripción" de la posibilidad de que sea la Administración, por ella misma, quien provea sobre situaciones específicas y la prescripción de las acciones judiciales contra el administrado.[24]

[22] La Constitución admite hipótesis de imprescriptibilidad previstas, respectivamente, en los incs. XLII e XLIV del art. 5° (delitos por racismo y acción de grupos armados contra el orden constitucional y el Estado democrático de derecho).

[23] Zanella Di Pietro, Maria Sylvia: *Derecho administrativo*, 13ª ed., Atlas, San Pablo, 2001, p. 596.

[24] Bandeira de Mello, Celso Antônio: *Curso de derecho administrativo*, 13ª ed., Malheiros, San Pablo, 2001, pp. 202/211.

La prescriptibilidad de la pretensión punitiva de la Administración pública consolida el principio constitucional expreso, de modo que la inexistencia de ley estipulando plazo de prescripción jamás podrá conducir a la imprescriptibilidad, debiendo el intérprete, en este caso, utilizar la analogía. Si el legislador no crea, para hipótesis específicas, un plazo de prescripción, estaremos frente a una laguna por omisión legislativa, que debe ser llenada frente al principio constitucional de la prescriptibilidad de la pretensión punitiva de la Administración pública.

Respecto de la posibilidad de la analogía con auxilio de reglas del derecho administrativo, se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia indicando que en casos de fijación de plazos de prescripción de las penas previstas por la Ley Orgánica de la Magistratura, se puede aplicar, analógicamente, lo previsto por ley 8112/90.[25]

En efecto, en el campo del proceso administrativo disciplinario (aplicable a los servidores públicos), no hay necesidad de recurrir a la analogía porque la ley 8112/90 determina los plazos de prescripción que tiene la Administración pública de aplicar sanciones administrativas disciplinarias a sus servidores públicos:

> "*Art. 142.* — La acción disciplinaria prescribe:
>
> *I.* a los 5 (cinco) años las infracciones punibles con renuncia, casación por retiro o disponibilidad y destitución de cargo en comisión;
>
> *II.* a los 2 (años) en cuanto a la suspensión;
>
> *III.* a los 180 (ciento ochenta) días de la advertencia
>
> *§2º* Los plazos de prescripción previstos en la ley penal se aplican a las infracciones disciplinarias también denominadas como delitos".[26]

[25] STJ, Recurso Ordinario con Mandamiento de Seguridad nº 6566/SP, juez: ministro Anselmo Santiago. 6º Turno. Juzgamiento: 1/4/1997, *DJU*, 22/4/1997, p. 14455. *Nota:* El Mandamiento de Seguridad es un instituto de creación brasileña de protección y garantía de derechos lesionados de las personas con características similares al *habeas corpus* y al *habeas data*.

[26] El Estatuto de los Funcionarios Públicos Civiles del Estado de Paraná (Ley Estatal 6174/70) también establece plazos de prescripción para el ejercicio de la pretensión punitiva disciplinaria: "*Art. 301.* — Prescribirá: *I.* a los dos años, la falta sujeta a las penas de reprensión o suspensión; *II.* a los cuatro

Por su parte, Bandeira de Mello sostiene que la prescripción y la caducidad son figuras jurídicas diversas. Mientras la prescripción es la pérdida de la acción judicial, vale decir, del medio de defensa de una pretensión jurídica, por el vencimiento del plazo legalmente previsto para utilizarla, la caducidad es la pérdida del propio derecho en sí mismo por no utilizarlo en el plazo previsto para su ejercicio, que ocurre cuando la única forma de expresión del derecho coincide naturalmente con el derecho de acción.[27] El autor explica que en los casos de caducidad, "el ejercicio del derecho se confunde con el ejercicio de la acción para manifestarlo".[28]

Expresa así que "la distinción entre los institutos de la prescripción y de la caducidad es importante porque la prescripción sólo puede ser argüida por el interesado, mientras que el juez, en acciones sometidas a su juicio, puede decretar de oficio la caducidad del derecho, en razón del transcurso del plazo legal —y más importante que esto— el plazo de prescripción puede ser suspendido o interrumpido, mientras que el plazo de caducidad es fatal: no se interrumpe ni se suspende".[29]

Una parte de la doctrina y jurisprudencia brasileñas han entendido que el ejercicio de la pretensión punitiva por parte de la Administración pública se somete al plazo de prescripción y no al de caducidad, en sentido contrario al sustentado por Celso Antonio Bandeira de Mello. Como se ha visto, esta última orientación prevaleció en la ley 8112/90 que, expresamente, alude, en el art. 142, a la prescripción de la "acción" disciplinaria.

La ley 8112/90 dispone, en el párr. 1º, del art. 142 que "el plazo de prescripción comienza a correr desde la fecha en que el hecho se conoció", con lo cual el legislador presupone que el comienzo del plazo de prescripción coincide con la fecha del conocimiento del hecho por parte de la Administración pública.

---

años, la falta sujeta: a la pena de renuncia o destitución de la función; a la casación de retiro o disponibilidad; *III*. vetado. Párrafo único. La falta también prevista en la ley penal como delito, prescribe junto con éste".

[27] Bandeira de Mello: *Curso...*, cit., pp. 202/203.

[28] Ídem, p. 203.

[29] Ibidem.

La ley 9873/99, que establece plazo de prescripción para el ejercicio de la acción sancionatoria por parte de la Administración pública federal, directa e indirecta, regula el inicio del cómputo de prescripción de manera diferente. Prescribe, en el art. 1º que el cómputo operará "desde la fecha de la práctica del acto o, en caso de infracción permanente o continuada, del día en que hubiere cesado".

El inicio de ese plazo debe darse cuando es cometida la infracción. Ocurre que, muchas veces, por la naturaleza del hecho, no puede ser inmediatamente conocido. En ese caso, el plazo de prescripción deberá comenzar a correr a partir del conocimiento del hecho por parte de la autoridad administrativa.

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia en Brasil evidencia que, tratándose de la pretensión punitiva de la Administración en el terreno disciplinario, la suspensión o interrupción del plazo de prescripción depende de previsión legal expresa.[30]

En efecto, el ejercicio de la competencia administrativa sancionatoria debe limitarse en el tiempo por su carácter oneroso y por el gravamen impuesto a aquél que debe soportarlo. Frente al principio constitucional de la prescriptibilidad de la pretensión punitiva de la Administración pública, se debe privilegiar la interpretación según la cual los casos excepcionales de interrupción y suspensión dependen de especial previsión legal para ser aplicados.

La ley 8112/90 privilegió los principios de celeridad del proceso administrativo y de la oficialidad. Si, por una parte, el art. 142, párr. 3º, fija la hipótesis de interrupción de la prescripción por instauración del proceso administrativo disciplinario —"La apertura de la sindicatura o la instauración de proceso disciplinario interrumpe la prescripción hasta la decisión final emanada de autoridad competente",[31] el art. 152 establece un plazo fatal para su conclusión— "el plazo para la conclu-

[30] STJ, Recurso Ordinario con Mandamiento de Seguridad, nº 11159/RS, Juez Ministro Vicente Leal, 6º Turno, juzgamiento 4/10/2001, *DJU*, 22/10/2001, p. 00355.

[31] El párr. 4º del art. 142, de la ley 8112/90 completa, a su vez: "Interrumpido el curso de la prescripción, el plazo comenzará a correr a partir del día en que cese la interrupción".

sión del proceso disciplinario no será superior a los 60 (sesenta) días, contados de la fecha de publicación del acto que constituye la comisión, la que admite prórroga, por igual plazo, cuando las circunstancias lo exijan".[32] La Enmienda Constitucional 45, del 8 de diciembre de 2004, publicada en el DOU del 31/12/2004, hizo incluir, en el art. 5º, el inc. LXXVIII, esa determinación tomada para asegurar "a todos, en el ámbito judicial y administrativo (...) la razonable duración del proceso y los medios que garantizan la celeridad de su tramitación".

Paralelamente, el Tribunal Supremo Federal y el Tribunal Superior de Justicia de Brasil, han decidido que, una vez expirado el plazo legal para la conclusión del proceso administrativo disciplinario, independientemente del estado del proceso, se reinicia el cómputo de prescripción.[33]

Finalmente, si la instauración del proceso administrativo disciplinario interrumpiese eternamente el cómputo del plazo de prescripción, no habría protección alguna a la seguridad y estabilidad de las relaciones jurídicas. Como en el caso de la imprescriptibilidad: el temor de la sanción amenazante permanecería indefinidamente sobre el infractor de la norma.

La ley 9873/99, al tratar el proceso administrativo disciplinario y la pérdida del derecho de punir, estipula, en su art. 1º: "La acción punitiva de la Administración pública federal, directa e indirecta, prescribe a los cinco años, en el ejercicio del poder de policía, con miras de apurar la infracción a la legislación en vigencia, contados del día que se practicó el acto o, en caso de infracción permanente o continuada, del día en que hubiere cesado".

[32] El Estatuto de los Funcionarios Públicos Civiles del Estado de Paraná contiene una regla semejante: "*Art. 316.* — El proceso administrativo deberá iniciarse dentro del plazo de tres días, contados de la designación de los miembros de la comisión y deberá concluirse en un plazo de noventa días, a contar del día inmediato de la publicación, en el órgano oficial, del acto de designación de la comisión, prorrogable sucesivamente, por períodos de treinta días; en casos de fuerza mayor, a juicio del secretario o director autónomo, hasta un máximo de ciento cincuenta días. Párrafo único. El no cumplimiento de estos plazos no acarreará nulidad del proceso, pero será importante en la responsabilidad administrativa de los miembros de la comisión".

[33] STJ, Recurso Ordinario con Mandamiento de Seguridad 9473, juez ministro Edson Vidigal, 5ª Turno, juzgamiento, 2/9/1999, *DJU*, 27/9/1999, p. 00104.

La previsión legal bajo análisis reconoce lo que la doctrina y jurisprudencia brasileñas ya postulaban: fijación, con carácter legal, del plazo de prescripción quinquenal para el ejercicio de la pretensión punitiva de la Administración pública. Debe destacarse que la aludida norma no innovó nada en ese aspecto, sólo confirió mayor certeza jurídica a las situaciones jurídicas, antes dependientes de la analogía. De todas formas, el art. 1º de la ley 9873/99 no se aplica al proceso administrativo disciplinario, frente a la regla expresa de la ley 8112/90 regulando la pretensión disciplinaria.

La innovación legislativa reside, a su vez, en el parr. 1º del art. 1º: "Incide la prescripción en el procedimiento administrativo paralizado por más de tres años, pendiente de juzgamiento o despacho, cuyos autos serán archivados de oficio o a requerimiento de parte interesada, sin perjuicio del apuro de la responsabilidad funcional derivada de la paralización, si fuere el caso".

El precepto legal constituye una excepción a la regla general de la prescripción quinquenal prevista en el art. 1º. De hecho, establece que si el procedimiento administrativo destinado a sancionar las infracciones no fuere concluido en tres años, los autos deben archivarse, sin perjuicio de la responsabilidad funcional. Si al ejercer la competencia sancionatoria, en el ámbito disciplinario, la Administración dispone de ciento cuarenta días para concluir el proceso, bajo pena de reiniciar el cómputo del plazo de prescripción, aquí el plazo es más extenso —tres años—, y, como consecuencia, también más grave: la Administración pierde el derecho de sancionar

"Incidir la prescripción" corresponde a "archivar el proceso de oficio o a requerimiento de parte interesada". Como la Administración sólo puede ejercer su pretensión punitiva mediante el proceso administrativo (con las garantías constitucionales a ella inherentes), si tiene que archivar los autos es porque no puede sancionar más.

En efecto, el dispositivo legal del párr. 1º de la ley 9873/99 no sólo se aplica inmediatamente sino que se retrotrae a hechos pasados, en razón del principio constitucional de la retroactividad de la norma más favorable en materia de poder punitivo del Estado, C.F., art. 5º, XL: "la ley penal no será retroactiva, salvo para beneficiar al acusado".

Analizando el art. 5º, inc. LV, de la C.F. —"a los litigantes en proceso judicial o administrativo y a los acusados en gene-

ral se les asegura el contradictorio y la amplia defensa, con los medios y recursos a ella inherentes"— se destacó que la Constitución de 1988 no restringió la acusación a la esfera penal, protegiendo al acusado frente al Estado-juez y al Estado-administrador.

Es así que el principio de retroactividad de la ley más favorable, si bien conquistó el derecho penal, se extendió a otras esferas en que el Estado ejerce poder punitivo. Por lo tanto, el derecho administrativo, en su fase sancionatoria, comparte los mismos principios generales de aplicación de las normas penales, en especial aquella que regula conflictos de derecho intertemporal. La expresión "ley penal" esculpida en la garantía constitucional de la retroactividad de la ley más favorable —la ley penal no será retroactiva, salvo para beneficiar al acusado— abarca las leyes que tipifican las sanciones administrativas.

La prescripción administrativa, como la penal, es causa extintiva de la punibilidad, obstando el proceso o después de la condena, impidiendo la ejecución de la pena. En ambos casos, ocurre la extinción de la punibilidad del hecho.

En ese orden, el Tribunal Superior de Justicia decidió que la incidencia de la prescripción punitiva equivale a la exacta proclamación de inocencia, extinguiendo todos los efectos de la decisión condenatoria: la incidencia de la prescripción de pretensión punitiva importa en la rescisión de la sentencia condenatoria, que no hace cosa juzgada material y en la supresión de sus efectos principales y accesorios, cuyo resultado es la pérdida del derecho de la acción cognitiva, pues extingue la pretensión del Estado en obtener cualquier decisión respecto del hecho delictivo no acarreando ninguna responsabilidad para el acusado y tampoco marcando sus antecedentes o generando una futura reincidencia. En verdad, equivale a la exacta proclamación de inocencia, puesto que se apagan los efectos de la sentencia condenatoria, como si jamás hubiese existido o se hubiese practicado el delito.[34]

Como puede notarse, la aplicación de la sanción administrativa cuando ya está prescripta la pretensión punitiva de la

[34] STJ, Mandamiento de Seguridad 6877-DF, juez ministro Fernando Gonçalves, juzgamiento 25/4/2001, 3ª Sección, *DJU*, 21/5/2001, p. 00055.

Administración pública importa nulidad del acto administrativo. Esta situación exigirá una rápida invalidez por vía administrativa o judicial. Y constituyendo materia de orden público,[35] la prescripción se puede suscitar en cualquier momento por la parte perjudicada hasta como motivo para la revisión del proceso administrativo disciplinario.

5. *Fases del proceso administrativo*

El proceso administrativo está orientado por una secuencia lógica y ordenada de actos y formalidades para la obtención de una manifestación decisoria de la Administración. La doctrina es divergente respecto de la nomenclatura y del número de fases del proceso. Trataremos tres fases: instauración, instrucción y decisión.

5.1. **Instauración**

La instauración puede ocurrir a pedido de parte o de oficio y está prevista en los arts. 5º a 8º de la ley 9784/99. Cuando la instauración es de oficio puede materializarse en diversas formas como: decreto, documento, auto de infracción, notificación, despacho, representación, orden de servicio y otras. Esta etapa no contiene opiniones o disposiciones; el acto sólo debe describir los hechos, la capitulación tipológica y sancionatoria en casos aplicables y la autoridad que lo provocó. Cuando la instauración es provocada por el interesado por regla general ocurrirá mediante el derecho de petición, conforme lo prevé el art. 5º, XXXIV, de la C.F. El derecho de petición, muchas veces llamado como de representación o de requerimiento, no exime al poder público de recibir y procesar el pedido, salvo si no tuviere amparo legal.

El requerimiento de instauración, que contiene la indicación de la autoridad a la que se dirige, debe mencionar la identificación del requirente, que lo fechará y firmará y la exposición de los hechos que motivaron el pedido. El pedido y sus

[35] En este sentido, el art. 112 de la ley 8112/90 establece que "la prescripción es de orden público, no puede ser relevada por la Administración".

fundamentos debe ser cierto y determinado, aceptándose que sea alternativo, sucesivo o acumulativo.

La instauración del proceso administrativo impide a la Administración proceder en acciones por el mismo hecho y produce todos los efectos de la citación en el proceso judicial, interrumpiendo, de este modo, el plazo de prescripción.

Una vez instaurado el proceso, le corresponde a la Administración, como consecuencia del principio de la oficialidad, darle impulso hasta la producción del acto conclusivo.

5.2. **Instrucción**

La instrucción está eminentemente orientada por los principios del debido proceso legal, contradictorio, amplia defensa y oficialidad, además de otros principios. La instrucción debe respetar los derechos y garantías de las partes involucradas, permitir el afloramiento de la verdad material, la satisfacción del interés público y la realización de la justicia. No debe tomarse ninguna decisión sin el competente y adecuado proceso administrativo y —sin importar si el contenido es sancionatorio o no— el debido proceso legal debe ser observado. La adecuada instrucción del proceso conduce a una decisión justa.

En la instrucción se recogen los elementos de hecho y de derecho que comprenden la producción de argumentos, de pruebas documentales, periciales y testimoniales eventualmente necesarias, la emisión de dictámenes e informes técnicos o jurídicos y, si fuere el caso, consultas y audiencias públicas, reuniendo todas las informaciones necesarias para la decisión. Cabe destacar que por fuerza del principio de la oficialidad la conducción de los actos de instrucción corresponde a la Administración. Ejemplo de ello y del mínimo gasto del interesado, es lo que dispone el art. 37 de la ley 9784/99, según el cual la Administración debe solicitar de oficio documentos o copias existentes en la propia Administración o en otro órgano administrativo.

Conforme con los arts. 5º, LVI, de la C.F. y 30 de la ley 9784/99 está prohibido utilizar pruebas obtenidas por medios ilícitos. Sin embargo, frente a la duda respecto de la ilicitud o licitud de determinada prueba, la posición del intérprete deberá ser más favorable a las pruebas producidas por la defensa en razón del principio *in dubio pro reo*.

Reunidos todos los elementos necesarios para la decisión final, el órgano de instrucción, en caso de que no se le haya atribuido competencia para emitir la decisión final, deberá elaborar un informe con el desarrollo de lo hecho, con una propuesta de decisión justificada, conforme lo dispone el art. 47 de la ley 9784/99. La propuesta tiene un efecto de opinión y no es vinculante.

5.3. **Decisión**

A la vista de los elementos necesarios, sean de análisis del informe elaborado por el órgano de instrucción o no, la autoridad competente fija el tenor del acto decisorio y lo formaliza. La Administración tiene el deber de decidir explícitamente, en el plazo legal de treinta días del término de la instrucción, prorrogables por igual período y motivadamente, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 48, 49 y 50 de la ley 9784/99, que impone el deber de motivación.

La decisión, tanto por lo prescripto en el art. 458 del Cód. de Procedimiento Civil de Brasil,[36] como por resultar garantía del derecho al recurso, debe contener un resumen de todo el proceso (informe), la argumentación y la parte dispositiva. El juzgador debe fijar las razones de técnica jurídica que constituirán las premisas de la decisión, que deberá armonizar con la argumentación y mostrarse apta al convencimiento de terceros.

La decisión de mérito irrecurrible pone fin al proceso, pero si es recurrible y desfavorable al interesado éste tiene, en virtud de los incs. LIV y LV del art. 5º de la C.F., el derecho al doble grado de jurisdicción, entendido como el derecho de recurrir a la instancia superior. Este derecho fundamental es también reconocido en el Pacto de San José de Costa Rica.

[36] En Brasil, el Código de Procedimientos Civil de competencia legislativa del Estado federal es nacional.

Acceso a la Jurisdicción y Tutela Judicial Efectiva

DOMINGO J. SESIN*

I. *Introducción*

En primer lugar quiero agradecer especialmente a esta prestigiosa Universidad del Comahue, por esta generosa invitación para reflexionar ante ustedes; especialmente en la Provincia a la que —cada vez que me ha tocado la oportunidad de venir— veo con una gran pujanza, en donde me parece que el

* Abogado y notario, egresado de la Universidad Nacional de Córdoba, en la cual obtuvo sus títulos a los veinte años de edad. Es Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, y realizó la especialidad en Derecho Administrativo en la Universidad de Roma, Italia, siendo en ambas calificado con el más alto puntaje. Obtuvo premios como jurista en 1989, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Desde hace veinte años desarrolla una intensa actividad académica. Actualmente es profesor titular de cátedra por concurso de Derecho Procesal Administrativo, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. También es profesor de posgrado en las más prestigiosas universidades del país. Ha sido invitado a disertar en más de ciento treinta conferencias en nuestro país y en el extranjero. Es autor de numerosas publicaciones, de tres libros: *Administración Pública: actividad reglada, discrecional y técnica*; *Transformación del Estado* y *Transferencias de servicios públicos a entes corporativos*, así como de numerosos capítulos en otros libros. Fue abogado de la Fiscalía del Estado y de la Procuración del Tesoro de la provincia de Córdoba. En el año 1987 inició su carrera en el Poder Judicial de Córdoba, desempeñándose como juez de la Cámara Contencioso-Administrativa. Durante los años 1999 y 2000 fue presidente del Tribunal Superior de Justicia. En el año 2000 fue presidente del Consejo de la Magistratura en la provincia de Córdoba. Actualmente es juez del Tribunal Superior de Justicia, y presidente de su Sala Contencioso-Administrativa. Desde mayo de 2006 preside la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

futuro del país en los próximos años va a pasar seguramente por el sur de nuestra patria y especialmente por este ámbito regional.

También me siento complacido de haber escuchado tanto a Pablo Gutiérrez Colantuono como al señor Decano y a la señora Rectora, de seguir reivindicando el Estado de derecho, el respeto de las reglas; porque en un sistema democrático la clave no es la elección de los que nos gobiernan, sino fundamentalmente el respeto por las reglas que resuelven conflictos. La democracia no garantiza la solución de los conflictos, pero al menos nos brinda los canales, los carriles, en donde se van a escuchar los conflictos y se va a intentar, una y otra vez, llegar a la solución.

Por eso, como hombres de derecho que somos, tenemos que seguir aferrados a las reglas, al derecho y a los principios. Tenemos que tratar incluso de prevenir los conflictos antes de que lleguen, a través de la conciliación, de la mediación. Recuerdo a un profesor español que decía que en el futuro el mejor abogado va a ser el que prevé los pleitos, no el que defienda mejor de acuerdo con las artes o a las estrategias procesales.

Y fundamentalmente buscar soluciones que eviten que los conflictos se resuelvan utilizando la fuerza bruta, o bien el incumplimiento a las pautas legales. Por algo, en nuestra evolución de los tiempos, tanto le ha costado al desarrollo de los diversos países implantar la cultura del derecho por encima de la fuerza o del autoritarismo, entre otros aspectos. Nosotros somos, como hombres de derecho, los encargados, precisamente, de seguir fomentándolo. A mayor crisis, mayor derecho.

Por eso, colegas, yo me voy a permitir hacer un vuelo panorámico con respecto a lo que es la tutela judicial efectiva en su proyección práctica. Porque teniendo enfrente disertantes como el brillante jurista argentino Jorge Salomoni, y el prestigioso y eminente jurista brasilero Romeu Felipe Bacellar Filho, que han profundizado este tema de la internacionalización de los derechos, yo voy a procurar efectuar precisamente reflexiones en cuanto a la casuística práctica que nos genera cotidianamente este derecho a la tutela judicial efectiva vinculado especialmente con la etapa de admisibilidad del proceso contencioso administrativo.

2. *Tutela judicial efectiva y proceso contencioso administrativo*

Bien sabemos todos, siguiendo a eminentes juristas como González Pérez o Sabino Cassese, que el derecho a la tutela judicial efectiva comporta en esencia garantizar precisamente que podamos llevar la cuestión a un tribunal imparcial e independiente dentro del Poder Judicial, a que la sustanciación de esta causa respete las reglas, la prueba, que tenga un tratamiento regular, que dure un plazo razonable, y que posteriormente —de tener una petición fundada— ésta se cumpla.

En esto, precisamente hay acuerdos que la receptan también. No cabe ninguna duda que nuestro país, a partir de la incorporación de los tratados internacionales en el marco del art. 75, inc. 22 de la Constitución, tanto en el Pacto de San José de Costa Rica en sus arts. 8° y 25, y el resto de los tratados internacionales, pasan a ser la fuente directa de aplicación, y por lo tanto se refuerza esto que nosotros tradicionalmente conocíamos como debido proceso en el marco de los arts. 18, 33 y 109 de la C.N. Y por supuesto que también se ha afianzado en muchas provincias argentinas, a través de normas constitucionales en donde se utilizan incluso las expresiones de la tutela judicial efectiva, o bien la idea de la subordinación de la Administración al orden jurídico.

No voy a hacer un análisis histórico sobre este tema, simplemente puntualizar que han habido constituciones como la italiana, la Ley Fundamental de Bonn, la Constitución española, que se han preocupado encendidamente por incorporar con toda claridad este derecho a la tutela judicial efectiva por un tribunal imparcial, independiente, que es —entre nosotros— el Poder Judicial —más allá de las características que puede tener alguno que otro ordenamiento— y de cristalizar principios de amplitud de tutela a derechos subjetivos, intereses legítimos, y otras situaciones jurídicas determinadas, tratando de impedir que haya algún tipo de ámbitos que escapen al control judicial. Tema, este último, que también intentaremos abordar en estas breves reflexiones.

Pero me formulo, o formulo la siguiente pregunta: ¿Cómo se concilia este derecho a la tutela judicial efectiva tan generosamente resguardado por las normas locales e internacionales con lo que llamamos admisibilidad del proceso? Con estos

requisitos que son requisitos procesales, aunque muchas veces estén regulados en normas que hacen a la ley de procedimiento administrativo, en definitiva con esto de preparar el control judicial suficiente.

Sobre estos requisitos de admisibilidad la doctrina nos habla de cuatro, entre otros, los objetivos, subjetivos, temporales y materiales. Los objetivos, como sabemos, son los que hacen a cuál es la materia discutida, a las situaciones jurídicas tuteladas por el derecho administrativo, a cuál va a ser el objeto de la revisión judicial; veremos cuál es el ámbito, el alcance de todo esto en el marco de la jurisdicción revisora. Las cuestiones o los requisitos subjetivos se vinculan con la competencia de los órganos judiciales, con la capacidad de ser parte. Los temporales se relacionan con plazos de caducidad o de prescripción, según los ámbitos provinciales respectivos. Y, finalmente, los materiales, concretamente, con el agotamiento de la vía administrativa y con otros requisitos que se pueden imponer para el acceso a la jurisdicción como, por ejemplo, el *solve et repete*.

Al hablar de requisitos de admisibilidad o de inadmisibilidad la pregunta más concreta es la siguiente: cuando el juez declara la inadmisibilidad —de entrada— de una pretensión ¿se está salvaguardando el derecho a la tutela judicial efectiva?

En esto tenemos una colección de pronunciamientos de las cortes constitucionales alemana, italiana, del Tribunal Supremo Español, entre otros, que dicen que sí, que efectivamente se puede salvaguardar la tutela judicial efectiva en la medida en que se cumplan los siguientes requisitos: primero que exista una norma legal que haya previsto de antemano cuáles son los requisitos, y que obviamente en caso de incumplimiento, el control judicial termina allí, con la declaración de inadmisibilidad; tiene una norma legal que lo prevé. En segundo lugar, que haya una decisión justa y razonada —motivada— por parte del tribunal que así lo declara, que aplica la norma.

Es decir entonces que, como advertimos, el derecho a la tutela judicial efectiva no significa que tengamos, necesariamente, que obtener una sentencia que resuelva el fondo de la cuestión, sino que también se satisface con un pronunciamiento que declare la inadmisibilidad en la medida en que sea fundado, que sea motivado y que sea la derivación razonada de una

norma expresa que así lo haya permitido. Y podemos agregarle algo más, salvo un rigorismo formal excesivo, una irrazonabilidad, en cuyo caso siempre existe la posibilidad de la inconstitucionalidad o de la inaplicabilidad de esa norma.

El Tribunal Supremo Español ha dicho varias veces que es procesalmente ilógico enjuiciar y decidir una causa que de entrada es inadmisible formalmente. Es decir que la misma cuestión de inadmisibilidad ya nos lleva a cuál va a ser la solución, o cuál va a ser la declaración. Por ese motivo, es de fundamental importancia que conozcamos estos requisitos de admisibilidad, que veamos cuál es su alcance y cuál es la morigeración de estos principios a la luz de estos tratados que tan generosamente subordinan hoy a los tres poderes del Estado a un orden jurídico mucho más sofisticado que el que teníamos mucho tiempo atrás. Hoy un abogado no debe hacer un análisis aislado de la norma legal o reglamentaria, sino atenerse o mirar mucho más arriba comenzando con la primacía del orden jurídico que parte de la Constitución y de los tratados internacionales. La interpretación es, entonces, más que literal, contextual.

3. *Amplitud del control. No sólo de legalidad sino de juridicidad*

Las reformas introducidas por el sistema constitucional comparado, como la Ley Fundamental de Bonn (art. 20, ap. 3°), la Constitución italiana de 1948 (art. 97) y la Constitución española (arts. 9.2 y 103.1), expresan que la actuación de la Administración pública hoy no sólo se sujeta a la ley sino también al derecho. Lo mismo ocurre con la reforma constitucional argentina y las modernas constituciones provinciales que, como la de Córdoba, subordinan la Administración al "orden jurídico" (art. 174). Su efecto práctico es que se otorga significativa importancia a los principios generales del derecho, los cuales junto con la ley pasan a constituir el marco de juridicidad que sirve como fuente de la actividad administrativa.

Actuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público no es lo mismo que aplicar automática o ciegamente el contenido de la norma, por cuanto debe tenerse presente el ordenamiento entero en el cual se inserta y adquiere su verdadero sentido.

En lugar de requisitos de legitimidad del acto administrativo debemos hablar de requisitos de juridicidad y consecuentemente de control de juridicidad: su razón es que la terminología actualmente en uso, "legitimidad" o "legalidad" podría entenderse *prima facie* demasiado apegada a la ley, olvidando de tal forma que la Administración moderna debe someterse a un contexto mucho más amplio. De tal manera también son elementos que hacen a la juridicidad del acto la buena fe, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, y sus vicios, la desviación de poder, la falsedad en los hechos, la ilogicidad manifiesta, el error manifiesto de apreciación, la arbitrariedad, la irrazonabilidad, entre otros.

En consecuencia, con el control de juridicidad, la estrategia o metodología judicial no debe construir su silogismo lógico jurídico sobre la base sólo de la ley, sino revisar el acto con un criterio amplio de adecuación a la unicidad del orden jurídico. Éste es el criterio que adopta el Tribunal Superior de Justicia en sus pronunciamientos.

4. *Momento en que se analizan y resuelven los requisitos procesales relacionados con la materia contencioso-administrativa*

Vamos a comenzar analizando en qué momento del proceso tiene que verificarse el cumplimiento de estos requisitos de admisibilidad: ustedes saben que es muy recurrente, en años anteriores y aun en muchas provincias argentinas, que después de tramitado todo el proceso el juez en la sentencia declara la inadmisibilidad porque no agotó bien la vía administrativa, con una pérdida de tiempo por parte de la Administración y del propio Poder Judicial.

Los nuevos códigos contenciosos y criterios jurisprudenciales van orientando a que esto se defina en la primera parte del proceso. En tal sentido, estoy muy de acuerdo con este libro de Pablo Gutiérrez[1] que nos comenta el control contencioso administrativo de esta provincia de Neuquén, en donde estas cuestiones de admisibilidad terminan en la primera etapa

[1] Gutierrez Colantuono, Pablo (coord.): *El control judicial de la actividad administrativa en Neuquén*, Publifadecs, General Roca, Río Negro, 2005.

del proceso, cuando el juez de oficio o con dictamen del fiscal se pronuncia sobre la competencia o incompetencia del tribunal. Cuando hablamos de competencia o incompetencia estamos hablando en un sentido genérico referido al análisis de las principales cuestiones de inadmisibilidad. O bien, cuando se interpongan las excepciones de previo especial pronunciamiento con la intervención de las partes pertinentes, que es lo mejor, pues en caso de duda el tribunal debería precisamente escuchar las partes antes de declarar la inadmisibilidad del proceso, como principio general.

Es decir entonces, que ésa es la última etapa en la cual hay que tratar los problemas que se vinculan con la admisibilidad del proceso. Esto lo hemos dicho reiteradamente en la jurisprudencia de Córdoba, y creemos que es el camino apropiado para evitar los defectos que hemos aludido precedentemente.

Sabido es que, como paso previo a la dilucidación del fondo de la cuestión, es presupuesto procesal inexcusable el análisis de determinadas circunstancias relacionadas con la admisibilidad del proceso.

Es decir, entonces, que la pretensión contencioso-administrativa debe analizarse por parte del tribunal competente desde una doble perspectiva: primero su admisibilidad y recién entonces la viabilidad de la pretensión sustancial susceptible de motivar una sentencia denegatoria o favorable.

Como dice el Tribunal Supremo Español "es procesalmente ilógico enjuiciar y decidir una pretensión cuyo planteamiento no puede legalmente admitirse. La misma naturaleza de la decisión de inadmisibilidad excluye entrar en otras consideraciones. Si no concurren alguno de los requisitos procesales no debe emplearse la expresión desestimar sino declarar inadmisible".

Todo ello por cuanto es bien sabido que la competencia del tribunal es de orden público por lo que es deber insoslayable suyo averiguar si se han cumplido los presupuestos procesales que lo hacen viable.

Como lo ha sustentado reiteradamente González Pérez,[2] el derecho a la tutela judicial efectiva debe considerarse satis-

[2] González Pérez, Jesús: *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 30 y ss.

fecho con la obtención de una resolución fundada en derecho, que puede ser de inadmisión por algún motivo formal cuando concurra alguna causal legal y así lo acuerde el tribunal en aplicación razonada de ella. En idéntico sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.[3]

Los requisitos de admisibilidad pueden clasificarse en objetivos, subjetivos, temporales y materiales.

Aun cuando la doctrina discute si debe hablarse de requisitos de admisibilidad de la acción o de la pretensión, ratifico la postura de Vivancos, compartida incluso por Hutchinson, en el sentido de que la inadmisibilidad es susceptible de recaer sobre la pretensión. Sin entrar en disquisiciones doctrinarias, la acción existe con independencia de los fundamentos de la pretensión; es un derecho autónomo. La pretensión es una manifestación de voluntad cuya realización y ejecución están condicionados por las apreciaciones del órgano jurisdiccional. La ley nos da la acción para que podamos formular pretensiones. La pretensión es la vertiente interna del designio de las partes.[4]

Los requisitos objetivos se relacionan con la materia, es decir con la violación de un derecho subjetivo o de un interés legítimo regido por una normativa de derecho administrativo y esencialmente con la naturaleza administrativa del acto impugnado, según el énfasis que pongan al respecto los diversos códigos procesales de la materia.

Los requisitos subjetivos se relacionan con la competencia del Tribunal que debe dirimir el conflicto y con la capacidad de las partes, según las leyes de fondo.

Los requisitos temporales se refieren a los diversos plazos estipulados por los códigos respectivos, la demanda interpuesta en forma prematura o extemporánea.

Mientras que los requisitos materiales se relacionan con el agotamiento de la vía administrativa impuesta como paso previo de inexorable cumplimiento, el pronto despacho y, en definitiva, como se genera el acto que causa estado o la pre-

[3] TSJ, Córdoba, sentencia 18/1996, "Theaux de D'Intino c/Caja de Jubilaciones"; sent. 14/2002, "Agüero, Raúl Jesús c/EPOS".

[4] Vivancos, Eduardo: *Las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo*, Bosch, Barcelona, 1963, pp. 127/130.

sunción denegatoria. También puede relacionarse con otros requisitos como el *solve et repete*.

Es de suma trascendencia analizar el momento en que el tribunal resuelve esta temática. En Córdoba, cuando regía el Código anterior —ley 3897— existía numerosa jurisprudencia que consideraba que tanto en la primera parte del proceso (oficiosamente o al interponerse excepciones) como al momento de la sentencia, podía el tribunal analizar tales aspectos. Es indudable el desgaste jurisdiccional inútil y el cansancio de los derechos del administrado cuando después de tramitado todo el juicio, el juez en la sentencia declaraba la incompetencia del tribunal (p. ej. y entre otras causales, por no haberse agotado la vía administrativa de acuerdo a las normas en vigor).

En la actualidad, al amparo del nuevo CPCA, ley 7182 la jurisprudencia ha clarificado definitivamente esta problemática con uniformes pronunciamientos de ambas Cámaras en lo Contencioso Administrativo, como así también del Tribunal Superior de Justicia (TSJ Córdoba, sent. 4/1996, "Tejeda c/Prov. de Córdoba"; sent. 55/1996, "Ezequelian de Ferrazano c/Prov. de Córdoba", sent. 59/96, "Costa, Roberto", entre otras). En consecuencia, tal cuestión queda dilucidada en la primera etapa del proceso, es decir, en el momento en que el tribunal establece de oficio si la competencia corresponde a la jurisdicción, con audiencia de su fiscal, conforme al art. 11, como en la oportunidad de resolverse la excepción que pudiera hacer la parte como de previo y especial pronunciamiento.

Es decir que el sistema normativo establece sólo dos momentos para su análisis y resolución, siempre dentro de la primera etapa: *a)* cuando habilita la pretensión al establecer si corresponde o no la competencia del tribunal previo dictamen del fiscal de las cámaras; *b)* cuando sin perjuicio de lo que haya establecido en la habilitación, resuelve las excepciones de previo y especial pronunciamiento. A partir de allí la competencia del tribunal queda radicada en forma definitiva no pudiendo volver a tratar ningún requisito de admisibilidad al momento de emitir la sentencia, salvo algunos supuestos de menor importancia condensados en los incs. 2°, 3° y 4° del art. 24 del Código.

En definitiva, conforme al art. 26 del CPCA, las excepciones que se fundan en el término de la presentación de la de-

manda y las de incompetencia, deberán oponerse siempre en forma de artículo previo. Los requisitos de admisibilidad más importantes siguen esta suerte ya que se encuentran enmarcados en el amplio horizonte de las cuestiones de "competencia", salvo en lo que respecta a la falta de capacidad o de personería de los litigantes o de quienes los representan, el defecto legal y la litispendencia, que podrían ser motivo de una excepción dilatoria y ser finalmente desestimados en la sentencia (arts 24, incs. 2º, 3º y 4º, en concordancia con el 26).

Ello significa que los requisitos procesales esenciales susceptibles de determinar la incompetencia del tribunal no pueden ser introducidos como excepciones dilatorias al momento de contestar la demanda.

La jurisprudencia antes citada, que ha clarificado definitivamente la cuestión en base al sistema normativo vigente, ha señalado que "...en virtud de lo dispuesto por el art. 11 en concordancia con los arts. 24 y 26 del CPCA, ley 7182, en principio, una vez admitida la demanda y resuelta las excepciones de artículo previo si las hubiere, la competencia de la Cámara Contencioso-Administrativa queda radicada en forma definitiva (a diferencia del sistema anterior que era *prima facie*). En consecuencia no es dable la consideración de la problemática acerca de la admisibilidad referenciada por la demandada (al contestar la demanda como en el alegato) sobre la carencia de uno de los presupuestos procesales inexcusables para la admisibilidad de la jurisdicción contencioso-administrativa como es la falta de agotamiento de la vía administrativa en tiempo y forma, por cuanto no fue opuesta como excepción de incompetencia en forma de artículo previo de acuerdo al art. 26 del CPCA. Ha precluido, entonces la posibilidad de su discusión y decisión posterior".

El art. 3º del Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Nacional (dirigido por el Prof. Dr. Julio Comadira y aprobado por Diputados de la Nación en 1988) establece: "La competencia contencioso-administrativa quedará excluida cuando el juez de oficio o a petición de parte y luego de trabada la litis, pueda fundadamente concluir que la norma prevaleciente y determinante para resolver la causa es de derecho privado. En todos los casos se requerirá opinión del agente fiscal".

El art. 29 dice: "Además de las previstas en la legislación procesal el demandado podrá oponer como excepción de previo y especial pronunciamiento aquellas fundadas en la inadmisibilidad de la instancia por falta de agotamiento de la vía administrativa, en la firmeza del acto administrativo o en la caducidad de la acción por haber sido interpuesta fuera del plazo legal. No procederá la declaración de oficio de la caducidad y de ninguna otra cuestión vinculada a la admisibilidad de la instancia judicial". Se podría decir que existe una aparente contradicción con el art. 3º referido *supra*, ya que, a diferencia de este último, la incompetencia puede declararse de oficio, sin embargo, los autores del proyecto, con buen criterio, prefieren acentuar la causal esgrimida en el art. 3º como presupuesto procesal de orden público que por su relevancia aun puede declararse de oficio.

El art. 31 dispone el momento de la resolución de tales excepciones, luego de contestada la demanda, en la cual el juez fijará los hechos sobre los que recaerá la prueba y las depurará.

Si bien de la teleología de los artículos mencionados las cuestiones de admisibilidad se resuelven en la etapa posterior a la contestación de la demanda con la necesaria interposición de la excepción de previo y especial pronunciamiento, no existe un dispositivo normativo claro y contundente que diga —como en el sistema de Córdoba— que tales cuestiones deben quedar dirimidas en la primera etapa del proceso, no pudiendo introducirse con posterioridad y tratarse juntamente con el fondo de la cuestión. Esto último podría perpetuar el abuso que se daba en épocas anteriores donde el juez en la sentencia podría declarar la inadmisibilidad del proceso, como ocurría en Córdoba antes de 1986 y aún hoy sigue ocurriendo en muchas provincias argentinas. Por ejemplo, qué sucedería si las partes en el momento de alegar dijeran que el acto sujeto a revisión se encuentra firme y consentido o que se trata de un acto institucional. Nada dice al respecto el Proyecto con relación al momento en que debe dirimirse su inadmisibilidad con la contundencia necesaria.

5. *El objeto del proceso contencioso administrativo*

Otro de los problemas que se nos plantea es cuál es el objeto del proceso administrativo o del contencioso administrativo.

¿Sigue siendo el proceso al acto o en estos últimos tiempos ha habido una maduración por llamar proceso a la pretensión contencioso-administrativa? Voy explicitar brevemente lo que me parece más importante desde el punto de vista práctico.

Por un lado, queridos colegas, este apego al acto actualmente sigue funcionando. Sin embargo, lo tenemos que ir flexibilizando, apostando al acceso a la jurisdicción. Concretamente: es cierto que cuando se realiza la demanda contenciosa administrativa se cuestiona la antijuridicidad de ese acto, pero no cabe ninguna duda de que es factible aportar nuevos elementos de juicio que no presentados al momento de agotar la vía administrativa o aportar nuevos argumentos jurídicos o elementos probatorios. Es posible incluso atacar directamente en el proceso cuestiones nuevas que introdujo la Administración al momento de agotar la vía administrativa. Supónganse que yo me voy por una cesantía pero el último acto que agota la vía administrativa me habla de cesantía pero también de inhabilitación para ejercer la profesión o el oficio; es claro que yo no necesito agotar de nuevo la vía administrativa con respecto a este agregado que hace la Administración, sino que es posible impugnar todo en el proceso.

Supónganse que la Administración cuando yo interpongo un recurso o un reclamo, en los que preciso el objeto de lo que quiero, la Administración me responde parcialmente: ¿tengo, por una parte que impugnar expresamente y por la otra parte por silencio? No, cuestiono todo directamente. De igual modo, toda la problemática del cuestionamiento de los reglamentos, en esto ya se ha avanzado, se efectúa a través de la impugnación del reglamento directamente por la publicación o bien con motivo del acto particular y concreto, tengo dos formas de hacerlo.

Y el cuestionamiento de los hechos: o voy directamente, como a veces permite el Código de Neuquén, o bien a través de una reclamación previa en la cual motivo que la Administración se expida. Si la Administración se expide interpretando normas de derecho administrativo, muy bien, me voy al contencioso administrativo; si la Administración se pronuncia interpretando normas de derecho civil, salvo en Neuquén, en el resto de las provincias argentinas —la mayor parte— me voy al fuero civil. En definitiva, podemos notar que no es sólo el proceso al acto, sino que se va ampliando un abanico de posibilidades con respecto a las soluciones de la Administración.

En lo vinculado con el silencio administrativo, el ordenamiento jurídico brinda hoy una doble herramienta, que es el amparo por mora, para operar con certeza, o bien hacer uso del silencio. Al respecto, entiendo que esas posibilidades son optativas para el particular, lo cual obsta a que se sostenga que se presume que la Administración ya se pronunció por silencio pero usted dejó vencer el plazo y no puede interponer amparo por mora, no. La denegación presunta sólo beneficia al administrado y éste solamente puede invocarlo en su beneficio. La Administración no puede decir que se olvida por silencio.

El art. 1º de nuestro Código vigente, ley 7182, comienza diciendo: "Corresponde la jurisdicción contencioso-administrativa a las causas que se promuevan por parte legítima, impugnando los actos administrativos...".

La parte legítima no es sólo el administrado que demanda al Estado sino también la propia Administración cuando articula la acción de lesividad.

Pero lo relevante es que el objeto de la revisión es esencialmente el "acto administrativo", tanto expreso como presunto. De allí que la jurisdicción contencioso-administrativa es revisora de lo actuado en vía administrativa en cuanto requiere la existencia previa de un acto administrativo. Debe quedar en claro que lo que pretende salvaguardar este principio es que en sede judicial no se varíen las pretensiones formuladas en sede administrativa, pero nada impide que en el proceso se agreguen nuevas pruebas o se amplíen los fundamentos jurídicos.

Resulta interesante lo preceptuado por el art. 10 del Proyecto cuando dice que "no podrán articularse en sede judicial, cuestiones no planteadas en sede administrativa, pero podrán deducirse las cuestiones no planteadas y resueltas, o las planteadas y no resueltas".

La primera parte de la norma confirma la esencia de la jurisdicción revisora: no pueden introducirse nuevas pretensiones. La segunda parte implica que cuando la Administración resuelva agregando cuestiones nuevas, no es necesario agotar independientemente por ello, otra vez, la vía administrativa, sino directamente en el juicio esgrimir lo necesario para su defensa. Por último la norma refiere aquellos casos que la Administración contesta parcialmente, en cuyo supuesto el

accionante continúa en juicio con su pretensión originaria, es decir, incluyendo también lo no tratado por la Administración.

La exigencia de impugnación de un acto administrativo no significa, empero, asumir una concepción de la jurisdicción revisora ceñida a un proceso objetivo contra el acto, pues al propio tiempo se analizan las pretensiones de las partes, lo que importa pasar de un proceso objetivo a uno subjetivo. Sobre el particular, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha destacado que el sistema contencioso administrativo —CPCA, ley 7182— ha establecido un verdadero proceso, en el que la materia de la acción ante la justicia es la pretensión.[5]

Esto significa que de un proceso contencioso administrativo objetivo entendido como un proceso al acto, se pasa a un proceso subjetivo donde se atiende a las pretensiones deducidas contra el acto, lo que significa que el control judicial de la Administración está dirigido a la protección de los derechos e intereses de los particulares enfrentados a las potestades de la Administración.

Esta definición legal y jurisprudencial de los alcances de los poderes del tribunal con motivo del control de legalidad de un acto administrativo lesivo de un derecho subjetivo, por vía de una acción contencioso-administrativa de plena jurisdicción, encuentra acogimiento favorable en destacada doctrina y legislación comparada. Así, García de Enterría[6] postula que "...la justicia administrativa no es ya, por tanto, un sistema de protección de la legalidad objetiva a que está sometida la Administración, según la tradición, ya definitivamente claudicante, del exceso de poder, sino un sistema de tutela de situaciones jurídicas subjetivas, tutela plenaria...".[7]

Esta doctrina amplia propugnada es la más adecuada al grado de desarrollo del derecho administrativo que, como una manifestación concreta del Estado de derecho, se ubica y consolida en su hacer permanente en pos del interés general, porque a esa mayor potestad y penetrabilidad del comportamien-

[5] TSJ, Córdoba, sent. 76/2000, "Bencivenga c/Caja de Jubilaciones"; sent. 122/2000, "Suárez c/Caja de Jubilaciones".

[6] García de Enterría, Eduardo: *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 69 y ss.

[7] Conf. Fernández Torres, Juan R.: *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998, p. 25.

to estatal, debe adecuarse la tutela de los administrados con todas las garantías que les corresponden.[8]

Nos queda otra gama de cuestiones en la cual este proceso al acto no brinda una respuesta satisfactoria; de allí estos avances de la nueva normativa del contencioso administrativo de España, que nos habla precisamente, de ir, ya no a una justicia sobre el acto, sino a una justicia sobre la pretensión en lo contencioso administrativo. Y les voy a poner un ejemplo para que lo vean bien claro: en Córdoba se discutía la incapacidad de un empleado público, la Caja sostenía que no alcanzaba al sesenta y seis (66 %) de incapacidad, el administrado obviamente aducía padecer más que ese grado de incapacidad. Cuando se tramita el contencioso, las pericias logran demostrar que el accionante tenía más del sesenta y seis (66 %) de la total obrera, pero, en realidad, este presupuesto fáctico fue fehacientemente acreditado mediante las pericias que se realizaron durante el proceso judicial. En la última pericia de la Administración pública no estaba bien claro si el actor alcanzaba más del sesenta y seis por ciento (66 %) de la total obrera. Entonces, ajustados rigurosamente al principio de la revisión del "acto" administrativo, se tendría que haber ratificado la denegatoria del beneficio, pues al momento del dictado del acto administrativo base, no estaba bien probado que el administrado alcanzara el porcentaje de incapacidad exigido por la ley para poder ser titular del derecho previsional a la jubilación por invalidez.

Pero habría sido objeto de críticas por un excesivo rigor formal rechazar la acción contencioso-administrativa por esa razón, cuando en la etapa judicial, en forma contundente, se acreditó que el demandante padecía más del sesenta y seis por ciento (66 %) de la incapacidad laborativa. Consecuentemente, hicimos toda la interpretación del ordenamiento de Córdoba, en el sentido de que si bien el Código nos habla de la "revisión al acto", implícitamente quiere decir a la luz de los principios constitucionales emergentes que la "revisión es a la pretensión" contenciosa administrativa, e indudablemente terminamos haciendo lugar a la demanda, pero en lugar de retrotraer los efec-

[8] ABAD HERNANDO, Jesús: "Acción contencioso-administrativa de plena jurisdicción: sentido y alcance en el Código de la provincia de Córdoba", nota al fallo "Porvarchik c/Municipalidad de Córdoba", 30/3/1973.

tos a la emisión del acto impugnado, condenamos a la Administración para que le otorgue la jubilación a partir de la fecha correspondiente. Ustedes ven cómo, en forma práctica, podemos aplicar este principio de la jurisdicción revisora que se hizo efectiva en el citado precedente "Bencivenga".

Y en Neuquén, leyendo este excelente libro del amigo Pablo Gutiérrez, también he advertido que muchas veces la jurisprudencia del Tribunal Superior cuando la parte ha omitido en sede administrativa, por ejemplo, pedir los daños y perjuicios, ha admitido que es posible su planteo en sede judicial y por lo tanto todo lo que sea consecuencia inmediata de la pretensión puede ser motivo perfectamente de la sentencia final.

En particular podemos analizar como objeto del proceso contencioso administrativo a:

a) *Hechos:* Si en el sistema de Córdoba la revisión judicial recae sobre los actos administrativos, los hechos quedan en principio excluidos, a diferencia de Corrientes, Mendoza e incluso el Proyecto nacional que permiten su impugnación directa. Empero, bien sabemos que aun en nuestro ámbito provincial por vía indirecta también podemos llegar a enjuiciar los hechos en base a la siguiente estrategia: cuando estamos frente a un hecho se debe provocar la emisión del acto. Así, por ejemplo, si se ha omitido encasillar a un empleado debe pedirse que se lo haga, y ante el acto denegatorio expreso o presunto, continúo la vía recursiva prevista como paso previo al proceso. Hay determinados hechos que provocan actos sujetos a la revisión civil (reclamo indemnización de daños por inundación de una casa generada por la Municipalidad) y hay otros que generan el control contencioso administrativo (pido que me paguen un adicional del sueldo pero el acto que lo rechaza interpreta normas de derecho administrativo).
b) *Reglamentos:* Los reglamentos también pueden ser objeto de revisión, directa o indirectamente a través de los actos particulares, siempre que produzcan la lesión a un derecho subjetivo o a un interés legítimo de carácter administrativo. Aunque los preceptos normativos aplicables no son demasiado claros al respecto, tanto en la Nación como en las provincias debe tenerse presente que el reglamento es un acto administrativo de carácter ge-

neral y como tal se enmarca en el sistema recursivo administrativo y de contralor judicial en paridad de condiciones que las de un acto administrativo.

En la causa "Martínez Luque"[9] el Tribunal permitió la revisión directa de los reglamentos en la medida que éstos no sean de naturaleza legislativa.

El nuevo Proyecto nacional le da adecuado tratamiento postulando su plena revisión (arts. 2º y 9º).

c) *Contratos administrativos:* Con relación a los contratos administrativos, es bien sabido que la revisión se hace mediante los actos particulares que como consecuencia de ellos se dictan con motivo de la celebración, ejecución y finalización del contrato. Es decir que la problemática suscitada por la interpretación, modificación o extinción del contrato se explicita a través de los actos individuales susceptibles de revisión (adjudicación, rechazo de intereses por mora, reclamo de mayores costos, incidencias por la recepción de la obra, gastos improductivos, rescisión, etc.).

Lo mismo estipula el Proyecto nacional en su art. 16, permitiendo además que el cocontratante inicie la acción judicial dentro de los plazos previstos o después de extinguido el contrato. En todos los casos debe agotarse la vía administrativa.

6. *El agotamiento de la vía administrativa*

El agotamiento de la vía administrativa es otro de los focos en los cuales uno puede preguntarse —y muchos se preguntan— ¿conspira con lo que es el derecho a la tutela judicial efectiva? Y en esto me voy a permitir ser contundente en este aspecto: analizando la evolución del derecho comparado, hubo épocas, diría hasta los años ochenta, ochenta y cinco, en donde había posturas que combatían enfáticamente esta obligación del administrado de agotar la vía administrativa, que en cierta forma, en muchos ámbitos de la Administración pública no deja de ser una carrera de obstáculos que tiene que superar el administrado.

[9] TSJ, Córdoba, sent. 60/1985.

En esa época se comenzaron a suprimir y a facilitar el agotamiento de la vía administrativa haciéndolo facultativo. Eso se dio especialmente en Europa, en donde en algunos congresos, especialmente de profesores italianos y alemanes, se dieron cuenta que haber suprimido la necesidad de agotar la vía administrativa había generado una sobrecarga de la jurisdicción tan espantosa y tan grande, que los procesos, que en Alemania duraban dos años, pasaron a durar cinco años.

Consecuencia de ello, diría que a nivel internacional, a partir de la década del noventa, comenzaron a poner más énfasis en los tribunales administrativos como el de Francia, luego en tribunales fiscales, como el de Francia también, una comisión encargada por un juez para tratar de resolver consensualmente las demandas judiciales pecuniarias contra la Administración pública.

Es decir que se empezó a poner énfasis nuevamente en el agotamiento de la vía administrativa, pero con la siguiente característica: que sea a través de un procedimiento ágil y rápido, que al menos la Administración tenga la oportunidad de pronunciarse una vez. Y yo creo que esto es sumamente valioso para que la Administración, especialmente la cúspide de la Administración que después va a tener que soportar las consecuencias de una demanda judicial y una sentencia a lo mejor adversa, pueda dar más fundamentos en el supuesto caso de que la Administración tenga razón y —de esa forma— con el último acto que agota la vía administrativa automáticamente está redactando la contestación de la demanda que va a hacer el Estado. Por otro lado, ello permite percibir que, si tiene la razón el administrado, ésa es la oportunidad para dar marcha atrás y evitarse un proceso judicial adverso. Es decir que, en mi criterio, la tendencia es que al menos exista un recurso para darle oportunidad a la Administración pública a pronunciarse antes de la vía judicial.

También merece algún tipo de reflexión que, más allá de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido vacilante en esto en relación a la necesariedad o no del recurso de reconsideración, cierto es que en los países más desarrollados la tendencia es mantener al menos un recurso obligatorio y eso no violenta para nada lo que es el derecho a la tutela judicial efectiva que, a lo sumo, puede demorarse un poco más, sólo eso.

Ello deriva en la recomendación de que no hay que denegar por denegar el recurso, que hay que fundamentar muy bien

la denegatoria, y que hay además que aceptar cuando asiste razón en derecho al administrado.

Otro de los puntos que se ha puesto de moda en nuestros modernos códigos procesales es hablar de la innecesariedad del agotamiento de la vía cuando ello configura un ritualismo inútil. Se dice —y la jurisprudencia así también lo ha consagrado— que cuando ya hay cien reclamos o recursos en donde la Administración ha dicho que no, ¿para qué volver de nuevo a intentar agotar la vía administrativa? En mi modesto entender —quiero ser rápido también porque hay algunos temas que quiero compartir con ustedes— creo que hay que evitar en el sistema recursivo administrativo la discrecionalidad de la Administración y también del juez.

Yo prefiero pautas claras, en un país como el nuestro. Prefiero términos amplios, generosos, para agotar la vía administrativa, pero no prefiero aquellos sistemas que instalan denuncias de ilegitimidad y que de acuerdo con el capricho jurisprudencial en un caso puedo ir con el fondo de la cuestión a la vía judicial y en otros casos no. O sistemas que me hablen de ritualismos inútiles en donde de acuerdo con el criterio mágico del administrador o del juez —en su caso— incurro en un ritualismo inútil o no.

No es que prejuzgue, porque entiendo que cada día la justicia en la Argentina va a ir dando pautas de mayor transparencia y seriedad, pero sí creo que hablar del ritualismo inútil obliga a fijar claramente su alcance en la ley, no dejar un concepto jurídico indeterminado al libre albedrío del juez de turno. Éstas son cuestiones muy importantes, por eso si hablo de ritualismo debo indicar en qué casos se configura, para todos por igual, no para un sector o para alguien privilegiadamente. Entonces, cuidado con este tipo de institutos que a veces se ponen de moda pero que generan alguna suerte de incertidumbre y falta de seguridad jurídica.

El art. 1° citado del Código de Córdoba, cuando impone como presupuesto procesal que se impugne un acto administrativo, exige en el inc. a) que éste cause estado en razón de haberse agotado a su respecto las instancias administrativas.

El acto que causa estado es un acto administrativo definitivo (art. 77, L.P.A.) contra el cual se han interpuesto en tiempo y forma los recursos administrativos a fin de agotar la vía ad-

ministrativa, cumplimentando de tal forma con el art. 178 de la Constitución provincial.

El acto definitivo es el que resuelve el fondo de la cuestión a diferencia de los actos interlocutorios o de trámite que sólo resuelven las medidas procedimentales. Como es sabido, excepcionalmente estos últimos pueden asimilarse a los definitivos cuando impiden totalmente la tramitación de la cuestión que interesa al administrado (archivo, caducidad de instancia, etc.). Lo mismo está previsto en el Proyecto nacional en el art. 7º, incs. a) y b).

En el caso "Ortiz Arévalo c/Trib. de Disciplina de Abogados", la Cámara Contencioso-Administrativa de Primera Nominación de Córdoba, dijo "que es sabido la relevante función del Tribunal de Disciplina de Abogados en pro del correcto ejercicio de la profesión resguardando el interés público en juego. Como tal ejerce la función administrativa conforme a la ley de la materia pudiendo dictar: *a)* actos administrativos sancionatorios que de por sí sean susceptibles de agraviar derechos subjetivos o intereses legítimos, o bien *b)* medidas cautelares provisorias estrechamente vinculadas a un sumario administrativo o a un proceso penal. Estas últimas no constituyen el acto administrativo definitivo idóneo para hacer posible el control contencioso administrativo...". Más adelante agrega que "resolver sobre el fondo de la cuestión implica pronunciarse sobre la adquisición, modificación o extinción de un derecho subjetivo o interés legítimo tutelado...".

El Tribunal Superior en una causa donde se impugnó la resolución ministerial y su confirmatoria que dio por finalizada la investigación administrativa previa y ordenó como consecuencia de ella la apertura de un sumario de carácter disciplinario, señaló que tal resolución no es susceptible de lesionar un derecho subjetivo administrativo, pues no es un acto definitivo sino preparatorio de la futura voluntad de la Administración que surgirá cuando termine el sumario respectivo. Aclaró además que dicha resolución no es idónea para hacer posible el control contencioso administrativo, ya que es insusceptible de lesionar un derecho subjetivo o interés legítimo pues produce efectos jurídicos directos, pero sólo sobre el trámite del sumario administrativo, no sobre el fondo del asunto.[10]

[10] TSJ, Córdoba, sent. 148/2000, "Marcoletta c/Prov. de Córdoba".

En dicha causa se argumentó que "...la decisión de la Administración que tras llevar adelante una investigación administrativa previa, ordena la sustanciación de un sumario, es insusceptible de lesionar el derecho al buen nombre y honor, en razón que es precisamente el principio de inocencia el que, en la sustanciación del sumario, despliega sus efectos protectores para garantía de los derechos del ciudadano, y en tanto no medie una resolución definitiva, absolutoria o condenatoria, no puede oponerse, con base objetiva, una lesión a un derecho subjetivo o interés legítimo".

Por lo demás, la diferencia entre el acto que causa estado con el firme o consentido es que en el primero el agotamiento de la vía administrativa se produjo en tiempo y forma, en cambio en el segundo, o se han vencido los términos o no se lo hizo conforme a las normas en vigor. Los actos firmes o consentidos no pueden, como es obvio, ser revisados en sede judicial, ya que un requisito procesal inexcusable es que el acto sea definitivo y que haya causado estado. Tampoco puede iniciarse la vía ordinaria porque el presunto acto causante del daño sigue teniendo presunción de legalidad. Sólo después de la declaración de ilegitimidad del acto podrá pensarse en su reparación. Esto ha menester subrayarlo porque a veces sucede que quienes han consentido la validez del acto, pretenden "inocentemente" por vía ordinaria civil reclamar daños y perjuicios. Ello es incorrecto, y el juez que lo recepte está invalidando implícitamente un acto administrativo que sólo la jurisdicción contencioso-administrativa puede anular.

En el sistema de Córdoba, al igual que en el resto del país, en todos los casos debe procurarse el agotamiento de la vía administrativa hasta llegar a la autoridad con facultad para resolver en última instancia. Su objeto no es sólo evitar el efecto sorpresa sino en esencia responsabilizar a los órganos superiores que en definitiva son los primeros responsables de las consecuencias ulteriores. Estos últimos pueden evitar la revisión judicial haciendo lugar a los recursos cuando corresponda ejercitando un verdadero control de juridicidad, o fundar mejor los actos denegatorios susceptibles de control jurisdiccional. En principio, el custodio máximo de la organización o su nivel inmediato inferior, deben tener la posibilidad de evitar el pleito o al menos tener conocimiento de su interposición.

Este objetivo se logra parcialmente en el nuevo Proyecto nacional ya que es demasiado generosa la fórmula del art. 14 cuando esgrime los diferentes supuestos en los que no es necesario en forma previa el agotamiento de la instancia administrativa. En los tres primeros supuestos considero imprescindible que se dé a dichas autoridades la posibilidad de revisar sus actos.

Con relación a lo previsto en el art. 14, inc. g) del Proyecto, considero que constituye una fórmula peligrosa dejar al solo criterio judicial la calificación de "ritualismo inútil", ya que este mecanismo incorrectamente utilizado podría desvirtuar totalmente en la práctica el agotamiento de la vía administrativa.

7. *Rechazo de la vía administrativa por razones formales*

Qué sucede si la Administración rechaza el o los recursos interpuestos a fin de agotar la vía administrativa por inadmisibilidad formal. Antes era necesario iniciar un primer contencioso administrativo por ilegitimidad y, en caso de ganarlo el administrado, se condenaba a la Administración a emitir un nuevo acto entrando al fondo de la cuestión; recién entonces podía incoar otro contencioso administrativo.

Por suerte este anacrónico criterio ha sido a todas luces superado (causa "Grau y Cerrito", CCont. Adm., 1ª Nom.) y hoy se exige que el administrado explicite en la primera parte de la demanda las razones formales que justifican el correcto agotamiento de la vía y la ilegalidad de la Administración al desestimar formalmente el recurso. Una vez explicado tal aspecto y su agravio, ingresa recién a desarrollar los argumentos de fondo. Es indudable que esto podrá ser materia de tratamiento por el tribunal tanto al momento de establecer si corresponde declarar la habilitación de la causa como en la oportunidad de interponerse las excepciones de previo y especial pronunciamiento.

Esta problemática también se encuentra superada en el Proyecto nacional conforme lo dispuesto en el art. 10.

Otro supuesto en el que no procede la inadmisión del proceso contencioso administrativo, tiene lugar cuando la Administración al resolver las impugnaciones administrativas deducidas por el administrado al agotar la vía administrativa, entra al fondo de la cuestión sin poner de manifiesto en esa oportunidad deficiencias formales en el agotamiento de la vía

administrativa que no le habrían permitido resolver sobre el fondo (p. ej. extemporaneidad del recurso, incompetencia material del órgano, existencia de actos anteriores firmes y consentidos sobre idéntica petición, etc.).

En ese caso, la jurisprudencia[11] ha juzgado que el tribunal, con audiencia de su fiscal, al resolver si la causa correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 11, ley 7182), no podía excluir de la revisión judicial a los actos administrativos impugnados "aduciendo motivos formales que en ellos no se expresaron", como es el de la existencia de actos administrativos precedentes producidos en presencia de idéntica petición, fundada en idénticos hechos y derecho, que habían adquirido la calidad de definitivos, firmes y consentidos por falta de impugnación. Si la Administración al denegar el recurso de reconsideración en forma expresa obvió el aspecto formal y se pronunció sobre el fondo del planteo, resulta improcedente que el Tribunal impida el acceso a esta jurisdicción en función de cuestiones formales que a la propia Administración le hubiesen impedido pronunciarse por el fondo de la cuestión planteada.[12] Lo contrario vulnera el derecho de defensa de la actora, quien al demandar no atacó un argumento formal que no había sido esgrimido por la propia Administración en el acto expreso enjuiciado.

8. *Denegatoria presunta*

La jurisprudencia, tanto de las cámaras contencioso-administrativas como del Tribunal Superior de Justicia, ha declarado que el instituto de la presunción denegatoria tácita, que opera a favor del administrado y que se configura por el silencio de la Administración, no distingue entre presentaciones formalmente procedentes o improcedentes, toda vez que se impone como una obligación inexcusable a cargo de la Administración, resolver en todos los casos las peticiones de los particulares (principio emergente del art. 19, inc. 9º de la Constitución provincial y doctrina sentada por el TSJ en "Cabrera

[11] TSJ, Córdoba, sent. 10/1995 "Buena Luque, Sara c/Caja...".

[12] Conf. González Pérez, Jesús: *Manual de derecho procesal administrativo*, Civitas, Madrid, 1992, p. 444.

Paulí..." A.I. nº 187/78; reiterada en "Ludueña, L. D. ...", A.I. nº 100/82; "Garganta de Castellanos...", sent. nº 1/93; "Ighina, C. A. ...", sent. nº 42/96, entre otros); razón por la cual, frente a su inobservancia, la demandada pierde la facultad de oponer excepciones fundadas en defectos de esa gestión de agotamiento de la vía administrativa, lo que debió resolver oportunamente en su propia sede.

En esos casos, el tribunal al resolver si la causa corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa no puede, consecuentemente, invocar de oficio deficiencias formales en el agotamiento de la vía administrativa cuando la propia Administración no lo hizo al incumplir su obligación de resolver expresamente.

9. *Emisión del acto administrativo por un órgano o ente dotado de potestad pública en ejercicio de una función administrativa*

Siguiendo con el análisis de nuestro Código Procesal Contencioso Administrativo, continúa diciendo el art. 1º que deben impugnarse "...los actos administrativos de los poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial del Estado provincial, del Tribunal de Cuentas de la Provincia; de las entidades descentralizadas autárquicas, de las municipalidades, y de cualquier otro órgano o ente dotado de potestad pública, con facultad para decidir en última instancia administrativa...".

Este amplio marco concuerda con el art. 1º de la L.P.A. En definitiva consiente que cualquier órgano público o privado dotado de potestad pública en ejercicio de la función administrativa puede estar en juicio por sus actos administrativos. Esta modalidad es quizás uno de los grandes avances de nuestro contencioso administrativo cordobés, que podemos exhibir con orgullo, tanto respecto de las otras provincias argentinas como en el concierto internacional.

Su gran mentor, el Prof. Dr. Abad Hernando, diseñó este modelo puesto en vigencia a partir de la aplicación del nuevo código contencioso administrativo en 1986. No obstante, este avanzado criterio no ha sido siempre interpretado conforme al espíritu y texto de la norma. Empero, en la actualidad es dable advertir nuevos vientos a fin de salvaguardar este avanzado principio, como lo explicitaré más adelante.

El Proyecto Nacional de Código Contencioso Administrativo citado sigue el mismo criterio amplio consagrado por Córdoba al regular en el título primero la competencia contencioso-administrativa. En efecto, de la atenta lectura de los arts. 1º y 4º es dable advertir que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa las "controversias regidas por el derecho administrativo originadas en la actuación del Estado nacional, entes descentralizados, empresas y sociedades del Estado, relación entre usuarios y prestadores de servicios públicos, personas privadas en ejercicio de cometidos públicos, todos ellos en la medida en que sus actos estén regulados por el derecho administrativo". Incluso también es realizable el ejercicio de la función administrativa por el resto de los poderes del Estado: Legislativo, Judicial y Ministerio Público.

La única crítica que podría efectuarse al art. 4º, inc. d) cuando menciona el alcance del control contencioso-administrativo a los actos de los poderes Legislativo y Judicial, incluido el Ministerio Público, es que pese a esta amplitud conceptual, no se han contemplado los otros nuevos órganos extrapoderes creados por la nueva Constitución Nacional, siempre que ellos ejerzan la función administrativa. En este marco se encuentran los actos administrativos de la Defensoría del Pueblo, Auditoría General, Consejo de la Magistratura y no se sabría ante quién serían revisables esos actos, ya que al respecto nada dice el Proyecto.

Los conflictos derivados entre las diversas personas públicas no estatales, cuando ambas ejercen la potestad pública, deben dirimirse como si fuese un conflicto entre dos entes descentralizados tal como ocurre con lo previsto para tal fin en la Ley de Procedimiento Administrativo. En efecto, tanto el sistema recursivo administrativo como el proceso contencioso presuponen una relación jurídico-pública Administración-administrado, no así entre dos que ejercen al mismo tiempo la potestad jurídico-pública. De allí la aplicación analógica citada y la inadmisibilidad formal de tales planteos. Ello también está previsto adecuadamente en el Proyecto nacional.

En particular, si entendemos por función legislativa como toda norma general, objetiva y abstracta que mediante el procedimiento constitucional de formación y sanción de las leyes produce el llamado Poder Legislativo, es indudable que todas sus otras funciones, excepto el juicio político, conforman una función administrativa y sus actos pueden ser objeto de revisión contencioso-administrativa: cesantía, sanciones, adjudi-

cación de obras, etc. Aun el juicio político es susceptible de parcial revisión judicial cuando se ha alterado el procedimiento o violado el derecho de defensa.

En Córdoba, no ha existido dificultad alguna en el juzgamiento de tales actos conforme el citado plexo normativo.[13]

Sin embargo, no sucede lo mismo en otras provincias argentinas. Así, por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires, su máximo tribunal interpretó en numerosos precedentes que las decisiones administrativas del Poder Legislativo no son impugnables en sede contenciosa por no ser autoridad administrativa. Por suerte, la Corte Suprema Nacional a partir del caso "Persoglia" de 1988, continuando con otros casos en 1989, 1993 y 1994, revocó las sentencias del tribunal superior bonaerense que habían desestimado *in limine* las demandas.

Si entendemos por función judicial toda resolución de una controversia con autoridad de verdad legal por una autoridad imparcial e independiente, es indudable que todas las otras tareas del Poder Judicial conforman función administrativa. Por lo tanto, sus actos pueden ser objeto de revisión contencioso-administrativa (sanciones, adjudicación de obras o suministros, etc).

La revisión judicial de los actos administrativos del Poder Judicial a través del sistema contencioso administrativo funcionó en Córdoba hasta principios de 1995 en que el entonces Tribunal Superior mediante el Acuerdo 10/95 ("Cech", reiterado en octubre de 1995 en el caso "Álvarez") hizo saber al entonces Presidente de la Cámara Contencioso Administrativa que debía abstenerse de actuar en una demanda interpuesta contra una sanción aplicada por el Tribunal Superior de Justicia por cuanto la materia de ellos es de exclusiva y excluyente competencia del máximo tribunal.

El entonces Tribunal Superior, aplicando jurisprudencia de la Corte Nacional y en base a una diversa interpretación de la Constitución provincial, consideró que el recurso de reconsideración deber ser tenido como control judicial suficiente y, por ende, contra su denegatoria no corresponde nin-

[13] TSJ, Sala Contencioso-Administrativa, sent. 39/1996, "Maza, Víctor c/Prov."; sent. 34/1998, "Díaz, María c/Prov."; sent. 55/1998, "Fredizi, Luis c/Prov."; sent. 50/1998, "Huerta, José c/Prov."; sent. 105/2000, "Asís de Carillo, Ana c/Prov.", entre muchas.

gún control judicial posterior, salvo el recurso extraordinario federal. En consecuencia, consideró que el trámite administrativo de la ley 5350 como el Código de Procedimiento Contencioso Administrativo, ley 7182, carecen de vigencia respecto del régimen disciplinario, adoleciendo de nulidad absoluta e insanable la pretendida revisión de tales decisiones.

La Cámara en lo Contencioso-Administrativa, previo dictamen del fiscal de las cámaras, Dr. Rodolfo Silvestro, sustentó la plena revisabilidad de tales actos, elevando al Tribunal Superior las actuaciones a fin de que mediante conjueces dirima un conflicto de competencias en el marco del art. 12 de la ley 7182. Esto fue resuelto con la nueva integración del Tribunal Superior a fines de 1996,[14] donde en este mismo caso se retornó a la jurisprudencia anterior sustentando la plena revisibilidad judicial de los actos sancionatorios emitidos por el Poder Judicial. En consecuencia, después de agotarse la vía administrativa ante el propio Tribunal Superior se inicia la acción contencioso-administrativa ante las cámaras del fuero. En segunda instancia interviene el Tribunal Superior con integración de los otros miembros o de conjueces, atento que los anteriores han ejercido la función administrativa.[15]

En la provincia de Buenos Aires en cambio, su tribunal superior, en forma concordante y reiterada sustentó la irrevisibilidad de tales decisiones. Recientemente en la causa "Merchan" (14/3/95) la Corte Suprema nacional revocó un fallo de la Corte local en la cual se había rechazado *in limine* una demanda promovida contra el Poder Judicial.

Con relación a los actos dictados por personas públicas no estatales, los avances más notorios a nivel jurisprudencial en Córdoba, se relacionan con la revisión judicial a través del fuero contencioso de las funciones administrativas ejercidas por los colegios profesionales (encargados de la matrícula) y de las sanciones aplicadas por ellos o sus tribunales de disciplina.

En este sentido, desde aproximadamente el año 1987 se viene aceptando pacíficamente la aplicación de este sistema al margen de lo que establezcan las disposiciones específicas de

[14] TSJ, Sala Contencioso-Administrativa, sent. 62/1996, "Cech, Vilma c/Prov.".
[15] TSJ, Córdoba, sent. 23/1997, "Álvarez, Norma c/Prov."; sent. 203/1999, "Rius, Guillermo c/Prov.".

cada colegio por considerar de aplicación primigenia lo normado por el Código Procesal Administrativo en cuanto se trata de función administrativa al amparo de un régimen de derecho administrativo.

Incluso en autos "Maghini c/Trib. de Disciplina de Abogados", la CCont. Adm., 1ª Nom. resolvió al interponerse una excepción de incompetencia por falta de acción toda vez que el art. 87 de la ley 5805 señala la irrecurribilidad de la sanción de apercibimiento público, que: atento el actual desarrollo del Estado de derecho y la plena vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 19, inc. 9º, Const. provincial, y arts. 18 y 95, C.N. de 1853) es inconcebible la existencia de normas que consagren la irrevisibilidad judicial de actos administrativos susceptibles de agraviar la situación jurídica de los administrados. También allí se dijo que todo acto sancionatorio debe estar precedido del respeto al derecho de defensa mediante el sumario respectivo o del descargo si la sanción fuere menor. Concuerdo entonces con la excelente obra sobre potestad disciplinaria y sumarios del administrativista sanjuanino Alberto Sánchez cuando, en el mismo sentido, nos advierte sobre el respeto inexcusable de este principio axiológico fundamental.

En el precedente "Esteban, Elsa c/Prov. de Córdoba. Cont. Adm.",[16] en el cual, por no cumplir la docente sugerencias y guías dadas por el personal directivo en reiteradas oportunidades, se hizo pasible a la docente de las siguientes medidas disciplinarias: *a)* observación en privado, y *b)* apercibimiento por escrito con anotación en el legajo de actuación profesional, todo sin emitirse el acto administrativo pertinente, el Tribunal Superior enfáticamente precisó:

1. Nuestro orden jurídico no acepta la imposición de sanciones implícitas o solapadas. Sólo deben imponerse las que encuentren taxativamente señaladas por la normativa estatutaria aplicable. En consecuencia, no pueden incorporarse en el legajo personal, inconductas menores no aplicadas en legal forma, susceptibles de desmerecer la carrera administrativa del agente.
2. Las sanciones sólo pueden imponerse mediante un acto administrativo que así lo disponga, cumpliendo las for-

[16] TSJ, Córdoba, Sala Cont. Adm., sent. 12/1996.

malidades impuestas por los requisitos legales y constitucionales. Ésta es la única forma de expresar la voluntad del Estado.

3. Debe respetarse el debido proceso previo a la sanción (descargo o sumario según el caso). La circunstancia de que las normas estatutarias autoricen la aplicación de sanciones menores sin sumario previo en los casos de fácil acreditación objetiva de la falta imputada o de leves infracciones, no empece la inclaudicable obligación de resguardar el derecho de defensa a través del descargo, exista o no una norma que expresamente lo establezca, ya que aun en ausencia de ella, el debido proceso constituye un principio de obligatorio acatamiento. El debido proceso previo mediante el descargo no fue cumplimentado en la especie por lo que el tribunal decidió que tal trasgresión fulmina la juridicidad del acto, por cuanto se ha contrariado el orden jurídico vigente por violación de los procedimientos que informan el procedimiento para su dictado.
4. Los recursos posteriores a la sanción no convalidan la omisión del debido proceso previo. De aceptarse esta postura como su subsanación en el proceso judicial, se colocaría al administrado en una verdadera indefensión, puesto que se le privaría de la posibilidad de destruir en el momento oportuno, las falsas imputaciones que le pudieron hacer, convirtiendo de esa forma en ilusorias, las garantías de acierto y encuadramiento de la sanción a dictarse. Lo que pretende el debido proceso es el respeto de su contenido con anterioridad a la sanción misma. De allí que la Constitución y las normas dicen "sumario previo" antes de la sanción.

Como decía un autor inglés, este viejo principio del debido proceso existe desde épocas inmemoriales. Acaso —dice— cuando estaba en el paraíso ¿cuál fue la pregunta que le hizo el Dios Supremo a Adán? Antes de echarlo le preguntó: ¿por qué habéis comido esta manzana de aquel árbol? Amigos, esto es derecho de defensa, pero no me cabe ninguna duda que si hubieran existido abogados, hubiéramos interpuesto tantos recursos que hoy debiéramos continuar en el paraíso. Es lo único que lamento en ese aspecto, podría continuar todavía el pleito, a lo largo de los años y de los años. Pero lo cierto es,

queridos colegas, que hay que hacer realidad este tipo de principios que hoy tenemos claramente fijados, si no en el espíritu de la norma, en los ordenamientos jurídicos que están por encima de ella.

Por eso valoremos otros aspectos: esto de la teoría de la subsanación, que tanto ha venido pregonando Agustín Gordillo, en el marco de la potestad sancionadora: si yo no respeto el debido proceso en la vía administrativa ¿puedo suplirlo en la instancia judicial? Nosotros hemos dicho rotundamente: no, usted no puede reproducir el sumario en la vía judicial, es un requisito del acto administrativo que sea antes, y por lo tanto el acto es nulo de nulidad absoluta.

Por eso es que hay una tendencia que se puede observar en algunos tribunales superiores, o en la jurisprudencia de la la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el Acuerdo del 16 de febrero de 2005, en la causa "Caselli, Juan Carlos c/Provincia de Buenos Aires (Inst. de Loterías y Casinos). Demanda contencioso-administrativa".

En el caso, el administrado impugnó el acto de su cesantía al esgrimir que, en su declaración ante el instructor del sumario, no se le hicieron conocer las causas que motivaron el inicio de la investigación ni la responsabilidad que se le atribuía; además, que las declaraciones testimoniales fueron practicadas sin habérsele notificado, previamente, su realización o corrido traslado de ellas, y que tampoco se le dio oportunidad de alegar, una vez producido el informe del instructor, en violación a lo dispuesto por los arts. 43, 45, 46 y 89 del dec. 1798/80.

El representante de la Fiscalía de Estado, al responder esos reproches relativos a la indefensión aducida por el actor, planteó que éste no ha indicado cuál habría sido, concretamente, el agravio producido por las infracciones invocadas. Asimismo, expresó —con cita de precedentes del tribunal— que no puede considerarse conculcado el derecho de defensa si el afectado tiene, en la posterior acción judicial, la oportunidad de presentar su defensa y de ofrecer la prueba de descargo en pro de sus pretensiones.[17]

[17] *Doctrina*, causas B. 46.590, "Almazan", sentencia del 13/6/1972, *AyS*, 1972-II-99; B. 46.679, "Cáceres", sentencia del 4/6/1974, *AyS*, 1974-II-79; entre otras.

El tribunal, por mayoría, a través del voto del Dr. Soria, señaló que, en reiterados pronunciamientos, esta Suprema Corte ha sostenido: "...el cuestionamiento de una resolución administrativa, fundado en los vicios evidenciados en el procedimiento, en principio se halla excluido de su conocimiento, por cuanto en esta jurisdicción el afectado puede ejercer su defensa y probar las irregularidades incurridas por la entidad pública. No obstante, tal criterio cede paso cuando la irregularidad en el trámite previo al acto administrativo configura un atentado irreparable al derecho de defensa (doctrina de las causas B. 48.976, "Fernández", sentencia del 19/6/1984; B. 55.872, "Pretto", sentencia del 20/4/1999; B. 53.911, "Moyano", sentencia del 7/3/2001; entre muchos otras)...".

El Dr. Soria expresamente remarcó que no compartía aceptar como principio general que la ilegitimidad del trámite administrativo es subsanable en sede judicial.[18]

Para ello sostuvo: "...en un Estado de derecho, el principio de legalidad impone a las administraciones públicas un obrar consistente con el ordenamiento jurídico (*Doctrina*, causas B. 56.364, "Guardiola", sentencia del 10/5/2000; B. 54.852, "Pérez", sentencia del 10/5/2000; B. 55.010, "Chaina", sentencia del 2/8/2000; entre otras). Desde esa perspectiva, el adecuado cumplimiento del procedimiento configura un elemento inherente a la legitimidad del acto administrativo (conf. art. 103, dec. ley 7647/70)...".

Asimismo, puntualizó: "...entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial, no es dable interpretar la existencia de una relación de continuidad, en la que la indefensión producida en el primero pueda solucionarse en el segundo...".

No obstante que en este precedente la Corte no acepta la posibilidad de subsanar, en el proceso judicial irregularidades en el procedimiento, analiza que "...no se trata de sostener que cualquier irregularidad en el procedimiento, por intrascendente que fuere, ha de proyectar inexorablemente sus consecuencias invalidatorias. Lo que interesa destacar en función de las razones expuestas apunta a otro propósito. Así, cuando en el caso enjuiciado se advierte la inobservancia o el quebrantamiento

[18] LINARES, Juan F.: "La garantía de defensa ante la Administración", *LL*, 142-1137.

de trámites esenciales del procedimiento administrativo, la invalidez consecuente de la decisión no resulta —en principio— susceptible de ser saneada, ante el ejercicio eventual de una pretensión anulatoria judicial por parte del afectado...".

Recordando la doctrina elaborada por el máximo tribunal de la Nación, señaló que "...si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha mantenido una postura uniforme sobre el punto, aceptando en ocasiones la posibilidad de la subsanación (*Fallos*, 290:293; 296:106; 311:56; 315:954) y rechazándola en otras (*Fallos*, 295:726; 302:283), en reciente pronunciamiento, por remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, se ha expedido ponderando el valor invalidante de la omisión de trámites esenciales del procedimiento administrativo ("Adidas Argentina y otros c/Estado nacional s/amparo, ley 16.986", sentencia del 21/5/2002, *ED*, Suplemento Derecho Administrativo, del 28/6/2002)...".

En un sentido análogo, la Suprema Corte de Buenos Aires había invalidado "...un acto relativo a la interpretación de una prohibición legal que había sido emitido sin el dictamen jurídico previo, trámite reputado esencial (causa B. 64.413, "Club Estudiantes de La Plata c/Municipalidad de La Plata s/amparo", sentencia del 4/9/2002)...".

En definitiva, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, refiere a aquellas cuestiones no subsanables como las que constituyen violaciones esenciales al debido proceso; afirmándose que sí pueden ser objeto de subsanación algunas otras calificadas de menores. En la justicia de Córdoba solamente cuestiones que sean insignificantes podrían subsanarse en el proceso judicial, pero de lo contrario el acto es nulo de nulidad absoluta.

10. *Preexistencia de un derecho subjetivo o de un interés legítimo*

También se presenta otro problema que muchas veces advertimos en la realidad: ¿tutelamos qué cosa? derechos subjetivos plenos, derechos subjetivos debilitados y luego incorporados a nivel jurisprudencial de Córdoba para aquellos casos en que la propia norma le otorgue el derecho subjetivo pero debilitado en función de razones de interés público. Respecto de los intereses legítimos o de los intereses difusos notamos

que normalmente en el procedimiento administrativo y contencioso administrativo no se nos habla de su protección ¿Esto es solamente un ámbito que concierne al amparo, o bien pretorianamente también tenemos que abrir la tutela a los intereses difusos? En mi criterio, obviamente, me inclino por esta última postura, más allá de lo que dice la norma. La ley de procedimiento administrativo norteamericana habla de la existencia de un agravio jurídico y ya en el año 1970, en el caso "Data Processing"[19] se abrió la apertura también a los intereses difusos.

En consecuencia, el amparo siempre será para una cuestión urgente, inmediata, pero si no hay una cuestión urgente ¿por qué no voy a intentar la acción contencioso administrativa demostrando la legitimación como asociación?

El primer requisito para hacer posible el control judicial es acreditar la legitimación pertinente, el agravio concreto, obviamente, diferenciado del resto de la colectividad. Sabido es que la legitimación es la situación especial en la que se encuentran las partes respecto del objeto de la pretensión procesal, y que la ley garantiza sólo a quienes están en esa posición, el derecho a obtener una decisión sobre el fondo de la cuestión.[20]

Afirma el prestigioso norteamericano juez Scalia sobre la doctrina constitucional del *standing to sue*[21] que "la doctrina judicial del *standing* es un crucial e inseparable elemento de la división de poderes cuyo desconocimiento producirá inevitablemente la sobrejudicialización de los procesos de autogobierno... No hay caso o controversia... donde no hay partes adversarias con interés personal en el asunto...". Más adelante nos recuerda el famoso caso "Marbury v. Madison" cuando afirma que las potestades de la Corte son solamente para decidir sobre derechos de los individuos, no para analizar cómo el Ejecutivo, o los oficiales del Ejecutivo, desarrollan sus deberes sobre los cuales ellos tienen discreción. El *standing* requiere

[19] USSC, "Associaton of Data Processing Service Organization, Inc. v. Camp", 397 U.S. 150 (1970)

[20] GUASP, Jaime: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I, Madrid, 1943, p. 122.

[21] "The doctrine of standing as an essential element of the separation of powers", *17 Suffolk U. L. Rev.*, 881, 1983.

un daño diferenciado, un agravio distintivo no participativo por el resto del cuerpo social (casos "United States v. Richardson"; "Schlesinger v. Reservists Committee to Stop the War", 1974).

En el caso "Rothingham vs. Mellon"[22] la Corte norteamericana subrayó que la parte no sólo debe poder probar la invalidez sino también que le causa un perjuicio directo o que está en peligro inmediato de sufrirlo como resultado de su aplicación, y no meramente que lo sufre en forma indefinida en común con el resto de la gente.

El criterio aludido también se aplicó en el caso "United States vs. Richardson",[23] en virtud del cual un ciudadano pretendía que se declare la inconstitucionalidad de la ley de la CIA (Central de Inteligencia Americana) por infringir el art. 1º de la Constitución en cuanto la norma permitía a la CIA no publicar sus casos. La Corte desestimó la acción aduciendo que el actor carecía de *standing to sue*.[24]

Ello concuerda plenamente con los principios liminares de la división de poderes en Argentina que garantiza el acceso a la justicia a quien sea parte en una controversia concreta (arts. 116 y conc., C.N.). Como es sabido, "parte" es quien tiene un interés controvertido con otro sujeto de derecho, perteneciente a su propia esfera jurídica, quien en definitiva tiene algo que perder o ganar con motivo de la decisión judicial a dictarse.

Invocar un interés simple en el carácter de habitante o ciudadano, implicaría la aplicación lisa y llana de la "acción popular" que está excluida de nuestro ámbito jurídico. Como dice magistralmente Marienhoff,[25] la exclusión de la acción popular del orden jurídico argentino surge del art. 22 de la C.N., en virtud del cual el pueblo sólo delibera y gobierna por medio de sus representantes; y lo dispuesto por el art. 1º de la C.N. en cuanto dispone que el gobierno de nuestro país es "representativo". En este sentido afirma: "No existiendo ni pudiendo existir válidamente en nuestro país la acción popular, porque lo prohíbe la

[22] CS, 262, U.S., 447, 1923.
[23] CS, 418, U.S., 166, 1974.
[24] Gunther, Gerald: *Constitutional law*, pp. 1544 y ss.; Bianchi, Alberto: *Control de constitucionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 1992, p. 128.
[25] Marienhoff, Miguel: "La acción popular", *LL*, 1993-D, 683 y ss.

Constitución, ninguna persona del pueblo puede objetar o impugnar judicialmente actos administrativos si éstos no afectan un derecho subjetivo o un interés legítimo, personal y directo, del accionante...". Es obvio que tampoco puede cuestionar los actos políticos en las condiciones descriptas.

La reforma de la Constitucional Nacional de 1994 consagró una sustantiva innovación en relación a los derechos de "incidencia colectiva". Esta normativa vino a rellenar la amplitud conceptual del art. 33 de la C.N. que en forma genérica e indeterminada tutela los "derechos y garantías no enumerados pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

Dispone el segundo apartado del art. 43 de la C.N. que la acción de amparo en materia de "derechos de incidencia colectiva en general" otorga legitimación sólo a quienes acrediten encontrarse en alguna de estas tres hipótesis: *a)* el propio afectado; *b)* el Defensor del Pueblo, y *c)* las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley.

Si quien interpone el amparo es el "afectado", pretendiendo tutelar incluso derechos de incidencia colectiva, la legitimación para accionar sólo está asignada a quien acredite la preexistencia de un derecho subjetivo, esto es de un agravio propio, directo y concreto de un derecho o garantía constitucional.

Quiroga Lavié,[26] sostiene, con relación a la legitimación procesal para interponer el amparo colectivo, que "se tomó en cuenta el proyecto del convencional Barra, sostenido por él personalmente, de forma tal que fueran solamente el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines (a la finalidad de defender los derechos de incidencia colectiva) quienes estuvieran legitimados para ello. Dicha propuesta fue enriquecida... en proponerse que también estuviera legitimado procesalmente "el afectado".

Ha señalado Barra[27] que "el primer legitimado es el afectado, es decir el mismo que se encuentra legitimado en el párr. 1º

[26] Quiroga Lavié, Humberto: *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Zavalía, Buenos Aires, 1996, p. 236.

[27] Barra, Rodolfo: "Los derechos de incidencia colectiva en una primera interpretación de la Corte Suprema de Justicia", *ED*, 22/10/1996, ratificando su mismo criterio sustentado en: "La acción de amparo en la Constitución reformada: legitimación para accionar", *LL*, 1994-E.

del art. 43, tal como ocurre con el afectado del art. 5º de la ley 16.986. Se trata del discriminado, del usuario o consumidor defraudado, de la empresa que no puede competir. Éstos tienen un interés personal y directo, es decir, un verdadero derecho subjetivo en la terminología tradicional —en realidad un derecho a secas— el que genera las únicas pretensiones que se pueden hacer valer en juicio. Se trata del agravio concreto, específico, personalizado...". En los casos en que no aparece un afectado individualizado, sólo pueden interponer el amparo, los otros dos legitimados especiales creados por la Constituyente: el Defensor de Pueblo y las asociaciones.

Este tradicional criterio doctrinario y jurisprudencial ha sido ratificado por la Corte Suprema de Justicia de nuestro país en "Polino" y "Dromi".[28] Con motivo de la privatización de Aerolíneas Argentinas, en el caso "Dromi", el amparo fue interpuesto por un diputado nacional "por sí y en el carácter de representante del pueblo", a fin de que se ordenara al Estado nacional que la forma societaria que adoptara Aerolíneas se enmarcara dentro de uno de los tipos societarios. Al respecto, la Corte dijo que la condición de ciudadano sustentada por el actor "no es apta... para autorizar la intervención de los jueces a fin de ejercer su jurisdicción. Ello, por cuanto dicho carácter es de una generalidad tal que no permite en el caso, tener configurado el interés concreto, inmediato y sustancial que lleve a considerar a la presente como una causa, caso o controversia, único supuesto en que la mentada función puede ser ejercida".

Similar criterio fue adoptado por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en la causa "González",[29] donde se discutía si miembros del Concejo Deliberante en el carácter de tales o simples ciudadanos podían impetrar la exhibición de documentación relativa al pago de viáticos de funcionarios municipales a través del amparo. En el referido pronunciamiento se sostuvo que ser concejal no es título suficiente para otorgarle legitimación para accionar, como tampoco lo es ser habitante o ciudadano de la Nación Argentina: "...los actores no acreditan el daño diferenciado o el agravio distintivo con relación a cual-

[28] CSJN, 6/9/1990, *LL*, 1990-E, 97.

[29] TSJ, Córdoba, sent. 50/96, "González, Guillermo y otro c/Pérez, Amparo", jueces Sesin, Lafranconi, Tarditti.

quier miembro de la colectividad. La averiguación de los datos solicitados por los actores en nada mejora o perjudica su esfera de derechos y garantías que tutela el orden constitucional, que viabiliza el amparo. No se advierte cuál es la lesión o restricción que repercute en su esfera interna; no hay parte en sentido jurídico estricto. Desde otra perspectiva es importante destacar que el amparo incoado contra todo acto u omisión de autoridades públicas no puede ser interpuesto por quien también ejerza funciones públicas como sucede en la especie, al pretender los actores actuar en el carácter de concejales. La norma constitucional presupone una relación jurídico-pública Administración-administrado, donde la primera actúa investida de potestad pública y el segundo impetra la nulidad del acto u omisión lesiva a fin de tutelar su derecho o garantía constitucional, lesionado, restringido, alterado o amenazado, en su calidad de ciudadano o administrado. De admitirse la legitimación activa de quien está dotado de potestad pública contra quien también ejerza la función administrativa o de gobierno, implicaría desconocer el principio liminar señalado, por cuanto en esta hipótesis no habría una relación Administración-administrado, sino una vinculación Administración-Administración, es decir, interorgánica, regulada en este caso, por principios y normas constitucionales. Carece entonces de legitimación el peticionante para estar en juicio. En efecto, tal discrepancia se resuelve muchas veces, si correspondiere y tuviere la envergadura necesaria, mediante el procedimiento del conflicto de competencias, o directamente a través de los controles y responsabilidades fijados por el derecho constitucional".

Similar criterio se ha sustentado en España con otros fundamentos. El Tribunal Supremo (sentencia de 9/6/1987, Ar. 3778) sostiene que la falta de respuesta o falta considerada incorrecta de un gobierno a la solicitud de información de un parlamentario, es acto infiscalizable por la jurisdicción contencioso-administrativa, porque no se trata de un acto administrativo, sino de un acto político parlamentario. También ha señalado el Tribunal Supremo[30] que "los informes o documen-

[30] TS Español, sent. 15/11/1988 y comentario de Embid Irujo, Antonio: "La justiciabilidad de los actos de gobierno", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. García de Enterría*, t. III, Civitas, Madrid, 1991, p. 2723.

tos que, para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias, pueden recabar los diputados a la Administración pública, por conducto de la presidencia de la Asamblea Regional de Cantabria... y el deber que pesa sobre el Consejo de Gobierno y sus miembros de proporcionar a dicha Asamblea la información o ayuda que precise del mismo o de éstos, se enmarca en el ámbito de las relaciones institucionales de los poderes políticos de esta Comunidad Autónoma. Por ello los actos que se producen en el seno de estas relaciones no son actos administrativos y la eventual infracción de cualquiera de sus elementos reglados no puede someterse al control de los tribunales sin desplazar a éstos la decisión en una materia cuyo contenido es exclusivamente político parlamentario, por cuanto afecta a las relaciones institucionales entre la Cámara y el Ejecutivo, relaciones que no guardan afinidad con las que surgen como consecuencia de un acto administrativo... Se trata, más bien de un acto político, o si se quiere, político parlamentario, pero nunca administrativo, y por ello no residenciable ante los tribunales de este orden jurisdiccional...".

A veces la lucha política sale de lo que debe ser su ámbito funcional, que aun siendo muy amplio en oportunidades se escapa de sus contornos y pretende desplazarse a los tribunales. Sin embargo, las herramientas judiciales tienen sus límites.

En la provincia del Neuquén, en cambio, se registró un caso, el precedente "Berenguer",[31] en el cual se admitió la legitimación a un grupo de diputados, para interponer una acción judicial.

Por supuesto son temas absolutamente opinables, yo propongo la amplitud de control, pero limitada. Limitada al justo punto de nuestro ordenamiento jurídico.

En particular, el Código de Procedimiento Contencioso Administrativo de Córdoba, ley 7182, en su art. 1º, inc. c) exige como presupuesto procesal que el acto administrativo "...vulnere o lesione un derecho subjetivo de carácter administrativo o afecte un interés legítimo establecidos o reconocidos con anterioridad a favor del demandante, en situaciones jurídico-subjetivas creadas o reconocidas por la Constitución, o por la ley,

[31] TSJ, Neuquén, acuerdo 363/95, "Berenguer".

reglamento, ordenanza, concesión o permiso, contrato administrativo u otro acto administrativo que sean preexistentes...". En Córdoba, desde 1941, se tutela tanto el derecho subjetivo como el interés legítimo mediante dos acciones diferenciadas: la de plena jurisdicción y la de ilegitimidad.

En el Proyecto nacional mencionado también se protegen los derechos subjetivos y los intereses legítimos, en el art. 6º.

El derecho subjetivo presupone una norma que predetermine la conducta administrativa debida con relación a un sujeto de derecho que se encuentra en situación personal directa y exclusiva respecto de la Administración. En cambio, el interés legítimo presupone una normativa que regula la conducta debida con relación a una persona que no se encuentra en situación de "exclusividad" sino de manera personal, directa y concurrente.

Es fundamental clarificar que conforme al art. 16, inc. b) de la ley 7182 el actor debe acompañar los documentos que acrediten la posesión de la situación jurídico-subjetiva que reclama. Es decir que, como requisito de admisibilidad, basta acreditar la norma constitucional, legislativa, reglamentaria, acto o contrato preexistente, juntamente con el acto lesivo. Todo ello al margen de si sustantivamente asiste razón o no al demandante. Este recaudo no aparece claro en el Proyecto nacional mencionado.

Es conocida la jurisprudencia de nuestros tribunales en cuanto al personal contratado: "El contrato vencido no acredita la situación de derecho subjetivo invocada por el recurrente. Ello por cuanto en tal supuesto no se demuestra cuál es la norma que predetermina la conducta de la Administración respecto de un sujeto de derecho acordándosele un interés personal directo y exclusivo. La norma constitucional invocada en autos (art. 14 bis, C.N.) no resulta de aplicación en la especie desde que al no consagrar una estabilidad absoluta nada empece para que la Administración utilice también otras modalidades de vinculación jurídico-pública como la del contratado que al margen de la naturaleza de las tareas a realizar tienen un marco temporal limitado de vigencia de la relación con la Administración".[32]

[32] CCont. Adm., 1ª Nom., "Torres c/Municip. de Mina Clavero", A.I. 249/92.

No obstante, a veces deslindar en la primera etapa del proceso la acreditación de la preexistencia de la situación jurídica vulnerada es una cuestión muy compleja cuando se encuentra íntimamente ligada a la cuestión sustancial, por lo que en caso de duda debe dirimirse con el fondo al momento de la sentencia.

Así se ha pronunciado la CCont. Adm., 1ª Nom. en autos "Fernández Gez c/Prov. de Córdoba" el 18/11/1987, y más recientemente, el TSJ en la sentencia del 23/5/1996, en autos "Torres, Sergio c/Prov. de Córdoba".

Aquí se sostuvo que la carencia de la situación jurídica esgrimida sólo debe declararse cuando ella surja en forma clara, evidente y ostensible, correspondiendo en caso de duda aplicar el criterio *in dubio pro habilitate instantiae*.

La excepción de incompetencia del tribunal fundada en la ausencia de la preexistencia de alguna de las situaciones jurídicas tuteladas, sólo debe ser tratada como de artículo previo; esto evita los efectos nocivos de la tramitación de la casi totalidad del pleito para recién en el momento de la sentencia pronunciarse por la inadmisibilidad de la situación jurídica invocada.

Con el objeto de reafirmar este criterio es menester que los Códigos de la materia dispongan expresamente, que cuando este requisito procesal está íntimamente vinculado a la cuestión de fondo, no corresponde al tribunal pronunciarse en la primera etapa de consideración de la admisibilidad: dicho análisis ha de trasladarse al momento de la emisión de la sentencia como problemática de fondo.

II. *Garantías de impugnación*

Me voy a detener en otro tema de variadas problemáticas que concierne a estos antipáticos depósitos que tienen que presentarse cuando hay una impugnación a una licitación pública o a la preadjudicación o a la adjudicación, en donde hay cláusulas que dicen que en el caso de que el recurso sea infundado pierde el depósito en garantía que hizo, que presentó para impugnar o el depósito para impugnar.

En estos supuestos es dable suprimir el rigorismo formal excesivo que muchas normativas parecen consagrar con montos exagerados o interpretaciones inadecuadas de la Administración.

Así, en la sent. 61 de la CCont. Adm., 1ª Nom. de Córdoba en autos "Mayorista Libertad S.R.L. c/Municipalidad de Córdoba" (cuyo primer voto me pertenece) resuelve acerca de la invalidación de la incautación del depósito de garantía de la impugnación, constituido por la firma Mayorista Libertad S.R.L.

La empresa mencionada se presentó a la licitación pública municipal destinada a la provisión de leche entera en polvo en el área de Salud Pública. Desde el punto de vista económico la oferta más baja fue presentada por la actora. Sin embargo, una vez evaluadas las ofertas, la Comisión de Preadjudicación se expide rechazando la citada oferta debido a que el producto presentado por ella, no cumple con lo dispuesto por el art. 567 del Código Alimentario Argentino por no ser envasado en origen, y no ser leche instantánea. Se selecciona en definitiva a la firma Abolio y Rubio S.A. que presentó una oferta total con una diferencia de 165.000 pesos superior a la que formuló la actora.

La referida preadjudicación es impugnada por la firma Mayorista Libertad. *A posteriori* se emite el decreto que: adjudica a Abolio y Rubio, rechaza la impugnación formulada por la actora e incauta el depósito de garantía de impugnación constituido por ésta.

Mayorista Libertad sólo cuestiona lo referido a la incautación del depósito de garantía de impugnación.

En tal oportunidad expresé en el fallo referido que "las nuevas normas constitucionales fortalecen, además del principio de juridicidad en la Administración, la publicidad de los actos y por ende su motivación, la colaboración de los administrados en el accionar administrativo, el sistema de selección con una amplia concurrencia en materia de contrataciones, la igualdad de oportunidades, la prohibición de todo tipo de discriminación, privilegios, monopolios abusivos, exceso de rigor formal y todo tipo de irregularidad administrativa, resguardando en todo caso la tutela judicial efectiva (arts. 174, 176, 7º, 8º, 9º, 15, 19, 20, 22, 49, 67, 74, y conc. de la Const. de Córdoba)..."

"...De fundamental importancia para la interpretación del *sub examine* reviste lo preceptuado por el art. 176 de la Constitución provincial cuando dispone que la Administración pública provincial y municipal sujeta su actuación a la determi-

nación oficiosa de la verdad con celeridad, economía, sencillez en su trámite, determinación de plazos para expedirse y participación de quienes puedan verse afectados en sus intereses, mediante procedimiento público e informal para los administrados".

"De allí entonces la prevalencia de tales principios a fin de evitar todo tipo de medidas restrictivas que limiten la participación de quienes resulten afectados en el trámite administrativo, ya que es obligación garantizar un procedimiento público e informal, sujeto a la determinación de la verdad jurídico-objetiva, con celeridad, economía y sencillez en su trámite. Esta interpretación amplia a fin de permitir a los interesados el control ante la Administración de los actos estatales se relaciona con lo dispuesto por el art. 49 de la Constitución cuando también garantiza un amplio acceso a la justicia al expresar que no puede limitarse su intervención por razones económicas".

"Es decir, que conforme a la teleología constitucional deben impedirse aquellas posturas interpretativas extremas que desalienten la participación del administrado en el control administrativo y judicial".

"...Repasando brevemente la plataforma normativa de autos es dable advertir que el art. 13 del Pliego de Condiciones Generales que reguló la licitación, dispone que '...Los oferentes podrán impugnar fundadamente la preadjudicación dentro del plazo de 2 (dos) días contados desde el vencimiento de los anuncios de preadjudicación; al presentar la impugnación el interesado deberá constituir un depósito de garantía equivalente al 1 % (uno por ciento) del valor del o de los renglones impugnados...', y agrega que '...Las impugnaciones totalmente infundadas podrán ser consideradas como infracción y harán pasible al responsable de las sanciones previstas en el dec. 3767/C/73'. A su vez, este último dec. 3767/C/73, dispone en el art. 2.7.9 que '...En caso que la impugnación resulte fundada, dicho depósito de garantía será devuelto una vez resuelto el caso por la autoridad competente y a su solicitud'...".

"La interpretación del sentido y alcance de este cuadro normativo, nos permite inferir con claridad, que el rechazo de una impugnación por la Administración no implica la pérdida automática del depósito referido, por cuanto es necesario evaluar *a priori* si la misma resulta 'totalmente infundada'. Para ello la Administración debe fundamentar, es decir motivar

explicitadamente, las razones por las que considera 'totalmente infundada' la impugnación presentada por el interesado...".

"La literalidad de la norma y su principología en el nuevo marco constitucional postulan una interpretación estricta. En consecuencia, su automaticidad no es tal, es decir que no es derivación directa del rechazo de la impugnación, por lo que es inexorable su motivación autónoma... El detenido análisis de los actos cuestionados pone en evidencia la absoluta carencia de motivación...".

"El concepto jurídico indeterminado 'totalmente infundado', significa en el contexto aplicable que el basamento de la impugnación sea notoriamente carente de sustento, con meras intenciones obstruccionistas, dilatorias, entre otros aspectos. En consecuencia, el sentido de la norma es desalentar la presentación de aquellas impugnaciones que sin un fundamento verdadero tiendan a obstaculizar el procedimiento de selección, perjudicando de tal forma al interés público. Es por ello que para la norma no basta que la impugnación sólo sea 'infundada' sino que es necesario su 'total' falta de fundamentación. Este último requisito en modo alguno acaece cuando como sucedió en autos se pretendió defender la oferta más ventajosa económicamente, que aun adoleciendo del incumplimiento de algunos requisitos reglados, no obstante era apta para cumplimentar el interés público específico (ya que la leche ofertada servía para el consumo). Si bien la Administración pudo tener correctas razones para rechazar la impugnación, no alcanzan para reputar infundada la misma, menos aún considerarla 'totalmente infundada'".

En definitiva, no compartir un razonamiento determinado no implica automáticamente considerarlo "infundado", ya que bien puede estar "fundado" aunque no lo sigamos.

Aceptar el criterio de la automaticidad de la pérdida del depósito con el rechazo de la impugnación, implicaría desalentar la presentación de cuestionamientos que muchas veces sirve para promover una auténtica juridicidad administrativa detectando posibles vicios que la Administración está a tiempo de corregir. Téngase presente que la "preadjudicación" es un mero acto preparatorio de la Administración y que las observaciones que presenten los administrados en tal etapa comportan en general una real colaboración a fin de poner en evidencia posibles deficiencias legales, administrativas o técnicas, que la autoridad no haya advertido.

En consecuencia, facilitar el acceso a la revisión y control, además de cumplimentar un principio constitucional, constituye una política de buena administración en pro de resguardar aún más la transparencia y eficiencia del accionar administrativo.

La impugnación que para esa normativa resultaba totalmente infundada, constituye un concepto jurídico indeterminado que, en definitiva, tiene que necesariamente ser motivado con argumentos propios. Y frente a situaciones altamente temerarias, recursos que no tienen ningún sentido, que no es el caso comentado porque en definitiva era la oferta más conveniente, y el producto era apto para el consumo. Es decir que éstas son también cuestiones que irritan a lo que es el derecho a la tutela judicial efectiva. Que ponen obstáculos al acceso a la jurisdicción. Que contradicen ese famoso caso "Cantos v. Argentina",[33] fallado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hay que demoler estos obstáculos exagerados que impiden el acceso liso y llano a un tribunal imparcial e independiente.

12. *Solve et repete*

Para ir terminando, el tema *solve et repete*. Muy brevemente les digo que para la jurisprudencia de Córdoba y en el marco de la jurisprudencia nacional, es un principio que no tiene vigencia cuando vamos a cobrar multas, recargos o intereses, pero sí sigue teniendo vida cuando vamos a cobrar un tributo porque hace al sostenimiento y a la continuación del Estado aunque con la siguiente aclaración: si ese requisito del pago previo puede implicar en la práctica que la empresa se vaya a la quiebra, él debe ceder. Vale aclarar que los tratados internacionales no solamente van a proteger a un individuo sino también tiene vigencia cuando se trata de personas jurídicas.

En segundo lugar, cuando la parte invoque que realmente es gravoso, que no solamente puede ir a la quiebra sino que al menos pone en situación difícil a la empresa o al individuo;

[33] CIDH, "Caso Cantos v. Argentina", sent. del 28/11/2002.

pues en este caso sí puede el juez lograr una aminoración del monto del depósito o bien que no se efectúe. Aquí hay una cuestión que habrá que analizar caso por caso y en función de las probanzas respectivas, pero no es que se haya eliminado rotundamente. Ningún precepto del ordenamiento internacional me está obligando a que yo suprima el *solve et repete*; me está diciendo suprima los obstáculos, pero si es un obstáculo que en definitiva hace la vida del Estado, puedo aminorarlo, puedo morigerarlo, pero no puedo exterminarlo. Salvo para casos puntuales en donde así lo amerite.

La nueva Constitución de Córdoba garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva en el art. 19, inc. 9°. Mientras que el art. 49 dispone que en ningún caso puede resultar limitado el acceso a la justicia por razones económicas. Sin embargo, el art. 71, párr. 5°, relacionado con los tributos, preceptúa que "la ley determina el modo y la forma para la procedencia de la acción judicial donde se discuta la legalidad del pago de impuestos y tasas".

A su vez el art. 178, párr. 2°, de la Constitución prescribe que la actuación del Estado en ejercicio de su función administrativa queda sometida al control judicial de acuerdo con lo que determine la ley de la materia y sin otro requisito que el interesado haya agotado la vía administrativa.

En esta importante temática sigue vigente el último criterio del entonces Tribunal Superior de Justicia en la causa "Expreso Parmigiani S.A. c/Prov." (sent. n° 4/1994). Allí se señaló que el constituyente reservó a la ley de la materia el establecimiento de las condiciones para demandar al Estado elevando asimismo el rango de exigencia constitucional el agotamiento de la vía administrativa.

Se ha señalado también que el requisito del pago previo ha quedado en definitiva librado a la voluntad del legislador, quien será el encargado de reglamentar el modo y la forma para la procedencia de la acción judicial donde se discuta la legalidad del pago de impuestos.

La cláusula transitoria duodécima de la actual Constitución provincial prescribe que hasta tanto se dicten las leyes reglamentarias, subsisten los actuales regímenes legales. Esta norma es la que justifica la vigencia del art. 9° de la ley 7182 que postula el requisito del pago previo de los tributos, con excepción de las multas, recargos o intereses.

En el caso "Rega c/Municip. de Tanti", la CCont. Adm., 1ª Nom. en A.I., 33/1999, declaró inaplicable el *solve et repete* del art. 9º de la ley 7182 por cuanto lo sujeto a revisión no es un tributo sino una multa en ejercicio del poder sancionador.

En la causa "Lacino S.A. c/Municipalidad de Unquillo —plena jurisdicción— recurso directo",[34] admitida la validez constitucional de la regla del *solve et repete*, en función de las directrices que emergen de los pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de "Microómnibus Barrancas de Belgrano S.A.",[35] entre muchos otros, se resolvió que para que se admita la demanda propuesta, la recurrente deberá satisfacer la exigencia del art. 9º de la ley 7182 en un plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de que adquiera firmeza ese pronunciamiento.

El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba fijó ese plazo en razón de que, independientemente de si el cumplimiento de la regla del *solve et repete* constituye un requisito de la acción o de la demanda, resulta posible su subsanación en la etapa de habilitación de instancia en la cual se encuentra el proceso, en tanto su cumplimiento se reduce al abono de una suma de dinero.

Máxime cuando, como ocurría en esta causa, la demanda interpuesta se promovió impugnando un acto administrativo de determinación tributaria, practicado por una municipalidad de la Provincia, respecto del cual se habían agotado los recursos que prevé el procedimiento para obtener una decisión de la autoridad con facultad para resolver en la última instancia, faltando solamente el cumplimiento del depósito previo.

La solución así propiciada lo fue al efecto de afianzar la justicia y la seguridad jurídica, evitando situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales, máxime si se considera que las formas a que deben ajustarse los procesos han de ser sopesadas en relación al fin último al que éstos se enderezan, o sea, contribuir a la más efectiva realización del derecho.[36]

[34] TSJ, Córdoba, en pleno, sent. nº 10/2004
[35] 21/12/1989, *Fallos*, 312:249.
[36] CSJN, fallo del 26/6/1984, "Canseco, Humberto...".

Se sostuvo que el derecho a la tutela judicial efectiva, dentro del cual se inserta el derecho de defensa, constituyen valores superiores que proscriben una interpretación jurídica de las normas adjetivas que conduzcan a la exigencia a ultranza de condicionamientos que denieguen el acceso a la jurisdicción y, con él, a la verdad jurídico-objetiva, por motivos de excesivo ritualismo formal, que pueden ser superados sin quebranto para la estructura y configuración legal del proceso contencioso administrativo reglado en la ley 7182, así como también de la seguridad y la certeza jurídica en las relaciones procesales nacidas al amparo de ese cuerpo legal.[37]

13. *Ejercicio de un poder discrecional y admisibilidad del proceso*

Por otro lado, la problemática discrecional, queridos colegas, no es más una cuestión que se vincule con la admisibilidad del proceso. La problemática de la discrecionalidad tiene que ser analizada por el juez, juntamente con el fondo de la cuestión. Esto no puede ser motivo ni siquiera de una excepción de previo especial pronunciamiento diciendo mire, usted administrado me está atacando cuestiones que hacen a oportunidad, mérito o conveniencia. Ésta es una cuestión que tiene que resolver el juez. ¿Por qué motivo? porque también ha ido mutando el concepto de lo discrecional, en donde no es más aquello que estaba fuera del derecho, aquello que lisa y llanamente no era motivo de contencioso administrativo. ¿Por qué?: porque ahora, como el aparato público se subordina al orden jurídico, la discrecionalidad vive dentro del propio ordenamiento jurídico que me va a estar diciendo expresa o implícitamente cuándo hay discrecionalidad.

Originalmente la discrecionalidad era contemplada desde una perspectiva eminentemente procesal. Siempre fue vinculada con la exclusión del control judicial. Su individualización era de suma trascendencia para detectar que al estar en presencia de la actividad libre o no regulada lo resuelto por la Administración era irrevisable. Se consideraba que no había

[37] TSJ, Córdoba, Sala Cont. Adm., sent. nº 85/2000 "Telefónica...".

discrecionalidad cuando existía un derecho preestablecido en favor del particular.

La consecuencia práctica inmediata de este devenir histórico fue la identificación entre lo reglado y el derecho subjetivo administrativo, mientras que lo discrecional se asimilaba con la falta de predeterminación legal o vacío legislativo.

Sobre estas premisas se elaboraron los presupuestos liminares de lo contencioso administrativo, cuya materia se individualiza a partir de la vulneración de una situación jurídico-subjetiva vulnerada, tutelada por una norma jurídica establecida con anterioridad en favor del impugnante. Era la actividad reglada, entonces, la que sólo podía ser objeto del control jurisdiccional. En sus orígenes bastaba que el acto administrativo tuviera un *minimum* de discrecionalidad para convertirlo en acto discrecional y consecuentemente excluirlo del control judicial. Se rechazó *in limine*, decían los primeros códigos de la materia.

En una segunda etapa fue el Consejo de Estado Francés el que comenzó a incursionar los límites de la discrecionalidad, y en general, después en nuestro país comienza a rechazarse la excepción de incompetencia de jurisdicción cuando se discuten vicios en la competencia, forma, procedimiento y fin, aun derivados del ejercicio de potestades discrecionales.

De allí que los códigos que comenzaron a surgir a partir de los años setenta hasta nuestro días, sólo excluyen del control jurisdiccional la parte discrecional del acto. Ya no se habla de acto discrecional o acto reglado ya que los tiempos modernos reconocen sólo la presencia de actos administrativos cuyos elementos constitutivos pueden tener mayor o menor discrecionalidad.

En definitiva, los códigos actuales, si bien no hablan de acto discrecional, sin embargo establecen que no son impugnables los actos dictados en ejercicio de facultades discrecionales, salvo que se funden en razones de ilegitimidad. Ergo, dicha facultad bien puede ser motivo de inadmisibilidad.

En mi criterio, ni siquiera esa porción de discrecionalidad puede ser motivo de inadmisibilidad en la primera etapa del proceso, de oficio por el tribunal como al momento de resolver la excepción de previo y especial pronunciamiento. Propongo la inauguración de una tercera etapa en donde la discrecionalidad no es motivo de exclusión ni comporta un re-

quisito procesal. Es decir que no puede dar lugar a una excepción de previo y especial pronunciamiento que pudiera justificar la inadmisibilidad.

En efecto, la discrecionalidad debe ser tratada como un *posterius* recién al momento de la sentencia con el fondo de la cuestión.

Si ella forma parte del orden jurídico de donde proviene en forma expresa o implícita, es indudable que no se desarrolla fuera del derecho, tampoco deviene sólo de la norma legal, sino que actúa en los estamentos administrativos más diversos y en mayor o menor porcentaje en toda la pirámide normativa.

Si actualmente forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si efectivamente ha sido correctamente ejercida "dentro" de ese universo jurídico. Esto no implica revisar su esencia (selección de una alternativa entre otras igualmente válidas) sino sólo su contorno externo e inserción en el sistema ordinamental. El control de los jueces termina al comprobar con el fondo de la cuestión que se ha elegido una solución correcta entre otras de igual condición dentro del mundo jurídico. Por ello en lugar de hablar de técnicas de control de la discrecionalidad se debería hablar de técnicas de control de su "ejercicio".[38]

Esta interpretación pretende llegar a una vinculación absoluta de la discrecionalidad con el fondo de la cuestión, a partir de la cual quede claro que jamás puede haber inadmisibilidad de la discrecionalidad como *prius* ni como *posterius*. Tampoco improcedencia al final del proceso, sino en todo caso desestimación de la pretensión, al resolverse que la discrecionalidad ejercida es producto del orden jurídico. Éste es el criterio del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en recientes pronunciamientos.[39]

[38] SESIN, Domingo: *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 287.

[39] Sent. nº 19/1996, "Saleme, Gabriel c/Superior Gobierno de la Provincia. Plena jurisdicción. Recurso de apelación"; sent. nº 32/1997, "Miranda, Margarita Esther y otras c/Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba. Plena jurisdicción. Recurso de apelación"; sent. nº 196/1999, "Perafan, Juan Zenón c/Estado provincial. Plena jurisdicción. Recurso de apelación"; sent. nº 73/2000, "Almada, Miguel Ángel c/Banco Social de Córdoba. Plena juris-

Debe postularse en definitiva el control de cualquier clase de acto administrativo en ejercicio de una actividad reglada o discrecional, debiendo el juez sólo efectuar un control de juridicidad, en sentido amplio, respetando el núcleo o esencia de lo discrecional: "selección entre dos o más alternativas válidas", incluso debe extenderse al control pleno de las reglas técnicas o científicas de universal consenso y un control de tolerancia frente a aspectos técnicos o científicos que trasunten sólo una verdad relativa.

Estoy en descuerdo, en consecuencia, con el tratamiento que el art. 2º, inc. a) del Proyecto nacional le ha conferido a la discrecionalidad, postulando su control sin explicitar su alcance o su intensidad.

En consecuencia, si yo advierto que lo discrecional está dentro del ordenamiento jurídico ¿qué hago como juez? Bueno, si está dentro del ámbito jurídico no voy a hablar del control de la discrecionalidad —porque eso es subvertir y apoderarme de cuestiones que hacen a la Administración, invadir la zona de reserva de la Administración— sino que voy a hablar de control del ejercicio de la discrecionalidad dentro de la juridicidad. Yo, como juez, cuando llegue al fondo de la cuestión —si en un concurso dice la norma que se va a elegir a los tres primeros— controlo que se hizo el concurso, controlo que se respetaron los principios generales, el material del concurso, las normas, y simplemente, controlo que se eligió una de las alternativas igualmente válidas, porque se eligió uno de los tres, en consecuencia la discrecionalidad no fue mal ejercida.

En autos "Miranda Margarita c/Provincia de Córdoba. Contencioso administrativo"[40] se discutía la pertinencia del adicional por riesgo que impetraba el personal de un hospital psiquiátrico. Se discutía si su correspondencia era de naturaleza discrecional. El Tribunal Superior afirmó que la valoración de

---

dicción. Recursos de casación e inconstitucionalidad"; sent. nº 170/2000, "Badra de Canovas, Rosario c/Provincia de Córdoba. Plena jurisdicción. Recurso de apelación"; sent. nº 136/2000, "Ball, Miguel Ángel c/Estado provincial. Plena jurisdicción. Recurso de apelación"; sent. nº 117/2001, "Abrahin, Carlos Eduardo c/Dirección Provincial de Vialidad. Plena jurisdicción. Recurso de apelación".

[40] TSJ, Córdoba, Sala Contencioso-Administrativa, sent. nº 32/1997, jueces: Sesin, Tarditti, Lafranconi, *LLC*, 1997-946.

lo que son tareas riesgosas no puede efectuarse sobre la base de una apreciación meramente discrecional, sino conforme a pautas ciertas, objetivas, técnicas y universales, de lo que deriva la posibilidad del pleno control judicial de la denegatoria administrativa.

En esta hipótesis no queda espacio para una valoración discrecional porque no existe elección. Al admitirse sólo una solución como consecuencia de la aplicación de una regla o faceta universal, objetiva y por ende determinable intelectivamente, todo ello se remite al bloque de lo reglado o vinculado.

En cambio, no sucede lo mismo en cuanto a la apreciación del "porcentaje" que deberá establecer el Poder Ejecutivo ya que la propia norma le da la posibilidad de llegar hasta el 50 % del sueldo. Ha menester reconocer un margen de discrecionalidad cuando existen varias soluciones igualmente válidas para el derecho.

Con tal estrategia se cumplimenta con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que el juez analiza la pretensión entrando al fondo de la cuestión mediante la aplicación de principios y reglas jurídicas, que es el control que prescribe la Constitución. Avanzar más allá, pretendiendo sustituir el opinable momento o núcleo interno de lo discrecional, implicaría traspasar los límites de la juridicidad y entrar en la llamada zona constitucional de reserva de la Administración ultrajando la división de poderes.

También, al analizar el fondo de la cuestión, en el caso "Guerberoff, Eduardo c/Provincia de Córdoba",[41] el Tribunal Superior trató la cesantía de un médico porque durante la licencia de dos meses por salud la Administración afirma que trabajó en la actividad privada al haber otorgado un certificado médico. Aquí se discuten las facultades discrecionales de la Administración para apreciar la gravedad de la falta. El Tribunal Superior manifestó que en el ejercicio de la potestad disciplinaria es dable señalar las siguientes etapas: *a)* la verificación material de los hechos susceptibles de ocasionar la falta disciplinaria; *b)* el encuadramiento o calificación jurídica; *c)* la apreciación de la prueba valorando la gravedad de la falta, y *d)* la elección de la sanción.

[41] Sent. nº 34/97, jueces: Sesin, Tarditti, Lafranconi.

Las etapas a) y b) conforman el bloque de lo reglado o vinculado sin posibilidad de que exista una modalidad discrecional. En cambio, en las etapas c) y d) la apreciación de la prueba cuando no existan pautas objetivas para su valoración, y la elección de la sanción entre varias preestablecidas, siempre que el ordenamiento lo autorice, bien pueden consentir el uso de pequeños márgenes de discrecionalidad. No obstante, aun cuando exista una porción de discrecionalidad cuya valoración y resolución sólo incumbe a la autoridad administrativa, su congruencia e inserción dentro de la juridicidad es objeto de control, más reducido, prudente y razonable, pero control al fin. De todos modos para declarar la antijuridicidad del acto sancionador, la incongruencia debe ser notoria entre los hechos merecedores de castigo y la sanción elegida entre varias posibles.

En el caso analizado, el Tribunal Superior consideró que la graduación de la sanción resultó en la especie excesiva por lo que su irrazonabilidad e incongruencia son evidentes. Los porcentajes de discrecionalidad no han sido ejercidos por la Administración dentro de la juridicidad.

Éstos son algunos de los precedentes jurisprudenciales que se ajustan a la revisión del acto administrativo con un criterio amplio, analizando si concuerda o no con el orden jurídico, omnicomprensivo de los principios generales del derecho, ya sea que se encuentren en la Constitución, otras leyes o códigos, y en los tratados internacionales que nuestro país ha ratificado.

Lo mismo, queridos colegas, las cuestiones técnicas. Hay autores como Desdentado Daroca, que nos hablan de que las cuestiones técnicas pertenecen a los técnicos, no tienen por qué ser objeto de control judicial. En mi criterio, hay que desdoblar esta problemática en tres supuestos determinados: cuando las reglas técnicas, los estándares de conducta o las normas de experiencia sean aceptadas pacíficamente por el mundo técnico-científico se crea indiscutible que dos más dos es cuatro, eso pasa a formar parte del mundo jurídico y, por lo tanto, es perfectamente controlable por el juez.

Cuando existan varias técnicas posibles, bueno si la Administración eligió una, yo, como juez, no puedo sustituir una por otra porque ahí invado la división de poderes; no puedo

decir me gusta más esta técnica que la otra, no, ha habido varias igualmente válidas, ha habido porcentajes de discrecionalidad.

Cuando sean cuestiones muy complejas técnicamente, cuando sean de imposible reproducción probatoria como un examen oral de un profesor en un concurso, cuando sean realmente cuestiones muy confusas, en ese supuesto va a haber control, pero un control de tolerancia, un control de plausibilidad.

Ni el juez ni el administrador van a poder llegar a la verdad absoluta, entonces ¿por qué le vamos a pedir al juez que realmente él sea el dotado para llegar a la verdad absoluta? Si la respuesta de la Administración es medianamente razonable, supónganse que estamos discutiendo por qué le puso un nueve en lugar de un diez en un examen, si era tan opinable un nueve como un diez, esa discrecionalidad vinculada con lo técnico, dejémoselo a la Administración, porque como jueces vamos a controlar si al menos está motivado, razonado o justificado, y si hay pequeños porcentajes se lo dejamos el caso a la Administración. Vieron que en Europa hoy se habla de sustantibilidad, de sostenibilidad en Alemania, entre nosotros de razonabilidad, en Estados Unidos se habla de deferencia. Pero, en definitiva, control aquí, no puede ser una materia que esté excluida del control judicial.

14. *Actos políticos de fuente directamente constitucional*

El art. 2º del Código de la materia de la provincia de Córdoba —ley 7182— explicita las causales de exclusión de la revisión contencioso-administrativa. En rigor, también son motivos susceptibles de generar la inadmisibilidad del proceso. Se vinculan incluso con la materia contencioso-administrativa, razón por la cual en general deben plantearse y resolverse en la primera etapa del proceso, como se dijo *supra*.

Ahora bien, la sujeción plena a la ley y al derecho por parte de los poderes públicos quedaría desvirtuada si los jueces no ejercen el control que inexorablemente les pertenece como guardianes de los preceptos constitucionales y sus principios axiológicos inmanentes.

No hay derecho sin juez, dice elocuentemente García de Enterría.[42] Ello comporta una conquista del Estado de derecho que demandó siglos de complejas dificultades, por lo que ha menester resguardar y fortalecer para salvaguardar la esencia de la división de poderes y el sistema democrático.

Si la actividad política se enmarca en la juridicidad, de allí deviene la potestad de los jueces para controlar si el ejercicio de la función pública condice con el orden jurídico vigente.

Precisamente, una de las problemáticas más complejas del derecho público contemporáneo es indagar la verdadera intensidad del control.

En posturas avanzadas, la legislación española propicia un control pleno en la moderna ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. En su Exposición de Motivos dice que "...la ley no recoge ya, entre otras exclusiones, la relativa a los llamados actos políticos... Sobre este ultimo aspecto conviene hacer alguna precisión. La ley parte del sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad —llámense actos políticos, de gobierno, o de dirección política— excluida *per se* del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una ley que pretende adecuar el régimen legal de la jurisdicción contencioso-administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad, el propio concepto de acto político se halla hoy en franca retirada en el derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder regido sólo por el derecho constitucional, y exento del control ...resulta inadmisible en un Estado de derecho. Por el contrario, y por si alguna duda pudiera caber al respecto, la ley señala —en términos positivos— una serie de aspectos sobre los que en todo caso siempre será posible el control judicial, por amplia que sea la discrecionalidad de la acción gubernamental: los derechos fun-

[42] García de Enterria, Eduardo: *Democracia, jueces y control de la administración*, pp. 31 y ss

damentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones procedentes".

El Tribunal Supremo español antes de la citada reforma a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se había pronunciado en reiteradas oportunidades en el sentido de que "...tras aprobarse la Constitución y en especial teniendo en cuenta lo previsto en los arts. 9.1 y 24, no puede admitirse en nuestro derecho que existan actos de los poderes públicos no sometidos al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, exentos del control jurisdiccional. Desde luego ello no excluye que existan actos de los máximos órganos constitucionales que tengan asimismo un máximo contenido político, los cuales no son controlables respecto del fondo de la decisión en sede jurisdiccional, sino ante la instancia política correspondiente. Pero en cuanto dichos actos contengan elementos reglados establecidos por el ordenamiento jurídico, estos elementos son susceptibles de control jurisdiccional".[43]

Para el Tribunal Supremo ello implica que la doctrina del acto político no puede ser invocada como fundamento de inadmisibilidad, ya que es obligado para el juzgador comprobar si existen en el acto elementos reglados y comprobar también si en cuanto al fondo se da ese contenido político no controlable.[44]

Como lo he sustentado en otras oportunidades, estoy en desacuerdo con quienes propugnan un control total, sustituyendo la discrecionalidad política por la judicial, porque sus principios postulan, en esencia, la politización de la justicia en lugar de la juridicidad de la política. El exceso de control es susceptible de paralizar la actividad estatal y sustituir las decisiones del gobierno democráticamente elegido por la voluntad de los jueces. Empero también estoy en desacuerdo con quienes propugnan un control escaso, pues ello es pernicioso para el Estado de derecho y las garantías de los ciudadanos.

Es necesario buscar el equilibrio aristotélico entre lo que puede y no puede controlar el juez, enmarcados en nuestra realidad constitucional y sin caer en la utópica concepción de hacer justiciable la totalidad de la actividad estatal.

[43] STS español, 22/1/1993, Aranzadi, A 57, ponente: Baena del Alcázar.
[44] *Revista de Derecho Administrativo*, nº 9, julio-septiembre 1997, p. 437.

En definitiva, si el acto institucional o político forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si efectivamente ha sido correctamente ejercido dentro de ese universo de derecho, sólo cuando es susceptible de agraviar situaciones jurídicas subjetivas (derechos adquiridos, intereses legítimos y difusos) de fuente directamente constitucional. Ello no implica revisar su esencia o núcleo interno, sino sólo su contorno externo e inserción en el sistema ordinamental. Consecuentemente, el control se extiende sobre los aspectos reglados, legal o constitucionalmente, la competencia, el procedimiento, la forma, la motivación, la causa, la finalidad, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, entre otros aspectos.

Lo que no puede revisar ni sustituir el juez es el contenido intrínseco, la libertad de apreciación política de la oportunidad, mérito o conveniencia, ni la posibilidad de elección entre varias opciones válidas dentro de la juridicidad, porque ello implicaría violentar la división de poderes y su zona de reserva.

De allí que, conceptualmente, en lugar de utilizar la expresión control de los actos políticos, estimo más adecuado hablar de control del procedimiento de conformación del acto político dentro de la juridicidad constitucional.

Al respecto sustenta el Tribunal Supremo Español[45] que "al ser el acto de que se trata un acto de Gobierno, este Tribunal no puede sustituirlo, ordenándole lo que tiene que hacer, por respeto al principio de división de poderes, pieza clave en el edificio constitucional".

La dogmática alemana considera que la actividad de gobierno goza de una libertad de configuración política propia, que no puede ser sustituida con legitimidad por otro órgano. Ello deriva del cumplimiento de sus funciones constitucionales. Para Scheuner,[46] la decisión creadora, la iniciativa política y la completa dirección del Estado, constituyen la esencia de la actividad de gobierno. Por ende, los jueces no pueden ponerse en lugar del órgano administrativo sustituyendo las apreciaciones del gobierno por las suyas.

En el ámbito de las zonas de reserva que constitucionalmente les corresponde a cada poder, cada uno obra bajo su

[45] TS español, sent. del 6/11/1984.

[46] SCHEUNER, U.: "Der Bererich der Regierung", en *Festgabe fur Rudolf Smend*, Gotinga, pp. 253 y ss.

propia responsabilidad. Ella puede ser cuestionada desde la perspectiva política, pero no puede ser sustituida o asumida por otro poder del Estado.[47]

El primer requisito para hacer posible el control judicial es acreditar la legitimación pertinente, el agravio concreto, obviamente, diferenciado al resto de la colectividad. A veces la lucha política sale de lo que debe ser su ámbito funcional, que aun siendo muy amplio, en oportunidades se escapa de sus contornos y pretende desplazarse a los tribunales. Sin embargo, las herramientas judiciales tienen sus límites.

Para Marienhoff,[48] el acto institucional no se vincula o relaciona inmediata o directamente con los administrados o particulares; se vincula con los propios órganos o poderes estatales, contemplando principalmente relaciones entre poderes públicos, siendo por ello que los administrados no pueden impugnar el acto institucional: no son parte en él, careciendo entonces de acción para cuestionarlo.

Puede ser discutible y aun razonable que no corresponde el control judicial cuando el acto institucional o político no se vincula inmediata o directamente con los particulares, pero es indiscutible que por más acto político o institucional que sea, cuando es susceptible de agraviar una situación jurídico-subjetiva tutelada por el ordenamiento constitucional en forma personal y directa, el control judicial es insoslayable. Debe ser ejercido y no pueden existir retaceos en honor a la majestad de la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva.

A veces, en una misma problemática se presenta un doble objeto de análisis y resolución por ser una controlable y otra incontrolable: así, por ejemplo, no es cuestionable judicialmente el cambio del valor de la moneda porque entra dentro de la zona de reserva de la Administración el establecimiento de la política monetaria con arreglo a pautas de mérito, oportunidad y conveniencia, repercutiendo en general sobre la totalidad de la población. Empero, nada impide que en un caso concreto, puedan repararse las consecuencias patrimoniales en

[47] EMBID IRUJO: ob. cit., t. III, p. 2739.

[48] MARIENHOFF, Miguel: *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, pp. 755 y ss.

función del agravio acreditado y su justeza; y aun pueda declararse su inaplicabilidad o inconstitucionalidad sólo para ese agravio o perjuicio individualizado por la parte debidamente legitimada. La declaración de inconstitucionalidad por razones de fondo no altera la vigencia de la norma pues el juez debe circunscribirse a declararla inaplicable en el caso concreto.

El Tribunal Supremo Español[49] señala que el acto de devaluación de la moneda es político aun cuando ello no tiene relevancia sobre el fallo del caso que se encuentra exclusivamente en pretensiones indemnizatorias.

En conclusión, las doctrinas que justificaban la exclusión del control judicial de las cuestiones políticas como una manifestación de las inmunidades del poder hoy han quedado en desuso frente a los enfáticos preceptos constitucionales en este nuevo ciclo de reformas de las leyes supremas de nuestro país, siguiendo los modelos europeos descriptos. En efecto, se ha reforzado y ampliado el derecho de defensa en el marco de la tutela judicial efectiva con una mayor accesibilidad, incluso respecto de la legitimación para ser parte en una causa judicial (derechos subjetivos, intereses legítimos y difusos). Asimismo, se ha ampliado el principio de juridicidad que exige el pleno sometimiento de los poderes del Estado a la ley y al derecho.[50]

En concreto pueden plantearse tres situaciones diversas: *a)* actos políticos o de gobierno susceptibles de ser controlados judicialmente cuando en un caso concreto afecten situaciones jurídicas subjetivas; *b)* actos políticos o de gobierno que no pueden ser anulados por trasuntar una medida de alta política relevante para el gobierno. En caso de producir perjuicios concretos, éstos sólo pueden ser indemnizados; *c)* actos políticos o de gobierno que no inciden en situaciones individualizadas sino que repercuten genéricamente sobre la población, en cuyo caso no son controlables judicialmente.

Ni siquiera el procedimiento de reforma de la Constitución escapa a esta orientación conceptual. Como es sabido, el

[49] Sent. del 9/1/1982, Ar. 235.

[50] Arts. 18, 43, 116, 31, 75, inc. 22 y concs., C.N.; arts. 18, 19, inc. 9º, 20, 48, 161, 165 y concs. de la Constitución de la Provincia de Córdoba; art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica, y arts. 8º, 9º y concs. del PIDCP; art. 8º de la DUDH.

poder constituyente derivado está sujeto: a las reglas que establece la vigente Constitución para la reforma, a los preceptos y principios de la Constitución Nacional, cuando se trata de una revisión provincial, a lo dispuesto por los tratados internacionales a los que la Nación se ha adherido, y a los derechos fundamentales del hombre, entre otros aspectos. Especial cuidado revisten los derechos adquiridos bajo la vigencia del anterior régimen constitucional.[51]

Dice al respecto Rubio Llorente:[52] "El cambio constitucional no es una solución de continuidad en la vida del Estado, sino sólo un avatar. Al establecer una nueva disciplina para los modos de producción del derecho, la Constitución opera solo *ex nunc* y no deroga en absoluto las normas producidas válidamente según el modo de producción anterior. Una vez promulgada la Constitución no hay más normas legítimas que las que nacen por las vías constitucionales previstas, pero siguen siendo formalmente válidas todas la que fueran conforme al sistema anterior".

El derecho extranjero más encumbrado aconseja regular para el futuro respetando los derechos adquiridos preexistentes, y excepcionalmente, en caso contrario se analiza su eventual reparabilidad.

Ha señalado el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en el caso "García"[53] citado *supra* que "reducir el mandato de los legisladores, más allá de la decisión final que se adopte,

[51] Este criterio amplio de control judicial dentro de los límites de la juridicidad ha sido sustentado por el Tribunal Superior de Córdoba en los casos: "García Eduardo José y otra. Acción declarativa de inconstitucionalidad", del 17/8/2001, jueces: Sesin, Kaller Orchansky, Ferrer, Tarditti, Cafure de Battistelli, Rubio, Gutiez, *LLC*, 2001-1111; "Sesma, Laura J. y otro. Acción declarativa de inconstitucionalidad", A.I. 52, 13/9/2001, y "Sesma Laura J. y otro. Acción declarativa de incostitucionalidad", A.I. 54, 17/9/2001, *LLC*, 2002-201; véase el interesante comentario de Chiacchiera Castro, Paulina: "El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en la provincia de Córdoba. Breve análisis de los casos 'García' y 'Sesma' del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba", *LL*, Suplemento Constitucional, 2/12/2002, pp. 63 y ss.

[52] Rubio Llorente, Francisco: *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 47.

[53] "García, Eduardo José y otra. Acción declarativa de inconstitucionalidad", del 17/8/2001, jueces: Sesin, Kaller Orchansky, Ferrer, Tarditti, Cafure de Battistelli, Rubio, Gutiez, *LLC*, 2001-1111.

conforme a la postura que en su caso se recepte en función de las características y vicisitudes que predeterminan un momento histórico dado, es susceptible de agraviar un interés personal y directo, diferenciado del resto de la sociedad, por lo que ha menester la admisibilidad de la revisión judicial.

Los agravios que sufran quienes efectivamente vean acortados sus mandatos en base a las nuevas disposiciones constitucionales, no se encuentran en el carácter de meros ciudadanos a quienes el orden jurídico no les otorga legitimación alguna".

Mientras en el caso "Sesma",[54] también citado *supra*, se sostuvo que "...toda reforma de la Ley Fundamental de la Provincia puede ser declarada inconstitucional, si contraviene normas de superior jerarquía (Constitución Nacional o leyes nacionales, art. 31, C.N.), si desborda el objeto de la reforma, según la convocatoria dispuesta por la Legislatura provincial (art. 196, Const. provincial), o si los textos reformados entran en pugna con disposiciones de la propia Constitución de la Provincia, de aplicación prevalente".

Así, "la Constitución de la Provincia está, como todo el ordenamiento legal, sujeta al control de constitucionalidad del Poder Judicial... Una reforma constitucional conforme a la citada orientación conceptual también debe enmarcarse en la juridicidad, debiendo señalarse que aun cuando el control judicial es posible y necesario para salvaguardar los derechos fundamentales y la esencia del sistema democrático, sin embargo, tal control debe ejercerse con la prudencia necesaria..."

De ese modo, "el constituyente dispuso la caducidad de los mandatos de los actuales legisladores (Cláusula Transitoria Primera) y admitió una eventual reparación si así correspondiere. Al hilo de los principios y frente a esta cuestión, se ofrecen dos posibilidades: la primera conduce a reglar para el futuro con el consiguiente respeto a los actuales mandatos. Una vez finalizados los mismos, recién entra en vigencia el nuevo orden normativo. La segunda, de carácter excepcional, emerge cuando por razones de interés general, oportunidad, mérito o conveniencia debidamente justificados, se modifica el derecho

[54] "Sesma Laura J. y otro. Acción declarativa de inconstitucionalidad", A.I. 54, 17/9/2001, *LLC*, 2002-201, voto de Sesin y Kaller Orchansky.

objetivo con el trazo del nuevo diseño organizacional que se ha resuelto y que debe entrar en vigencia en forma inmediata. En este último supuesto resultan de aplicación los principios relacionados con la revocación de los actos estatales por razones de mérito y aun la responsabilidad del Estado por actos lícitos. Su fundamento es el principio general con base en la igualdad de las cargas públicas dispuesto por el art. 16 de la C.N., que lo ha reconocido como un trascendente principio de derecho natural. La responsabilidad del Estado es objetiva, pues deriva de un acto legítimo del mismo. Cabe resaltar también que el fundamento de la reducción de los mandatos presenta analogía con la expropiación, donde el interés público prevalece respecto del privado por razones de interés público, dando origen a la obligación de indemnizar el menoscabo patrimonial pertinente. Éste es el camino elegido por el constituyente de la reciente reforma en el marco de la Cláusula Transitoria Primera, que brinda la alternativa de una eventual reparación pecuniaria, si correspondiere...".

Sin embargo, en este fallo se puntualizaron adecuadamente los límites del control judicial respetando el núcleo discrecional cuya ponderación sólo compete a los órganos políticos pertinentes. Así, se sostuvo que "pertenecen a la zona de reserva político-discrecional, que sólo compete al constituyente, las razones de oportunidad y conveniencia que fundamentan el inmediato acortamiento de los mandatos, por lo tanto el ejercicio de tales potestades queda excluido del control de los jueces quienes no pueden revisar ni sustituir dicha cuestión, más aún, reiteramos, cuando en el mismo texto normativo está prevista su eventual reparabilidad... La debida justificación de estas razones que atañen a la sociedad y son de interés público y su racionalidad, se encuentra sólidamente acreditada por cuanto la caducidad de los mandatos no responde a un propósito o finalidad arbitrarios de remover a quienes ejercen el cargo en la actualidad, sino que obedece a una reestructuración organizacional que consiste, en esencia, en una disminución del número de integrantes del Poder Legislativo, basada en criterios de austeridad y economía en el gasto público y en procura de una mayor eficiencia funcional".

La evolución jurisprudencial en favor del control judicial también se ha perfilado en el proceso de formación y sanción de las leyes, tradicionalmente considerado por la Corte Supre-

ma argentina como una cuestión política no justiciable[55] a los fines de preservar la división de poderes del Estado, asegurando a cada uno de ellos el goce de la competencia constitucional que le concierne en el ámbito de su actividad específica. Sin embargo, el más alto tribunal del país cambia de criterio en el caso "Nobleza Piccardo", sólo para el caso excepcional que se demuestre la falta de requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de aquéllas[56] sustentando "...que no hubo acuerdo entre la Cámara de Diputados y el Senado acerca del momento que fenecería el restablecimiento de la vigencia de las normas a que se refiere el art. 37 de la ley 23.763, es indudable entonces que ha mediado una manifiesta inobservancia de los aludidos requisitos mínimos e indispensables para la creación de la ley, ya que al no haber sido aprobado el proyecto por ambas cámaras, no pudo haber pasado al Poder Ejecutivo". En el caso referido la actora acreditaba la legitimación pertinente ya que reclamaba la repetición de sumas abonadas por las ventas de cigarrillos ingresadas al denominado Fondo Transitorio para financiar desequilibrios fiscales provinciales.

No obstante, es deber de los jueces valorar las consecuencias que puede provocar la declaración de inconstitucionalidad por razones de forma, como lo advierte Bianchi,[57] ya que la decisión tiene efectos expansivos susceptibles de ir más allá del caso concreto. En tales supuestos ha menester que los jueces actúen con máxima prudencia priorizando el principio de conservación de la ley, salvo que en forma manifiesta y ostensible no se cumplimenten los requisitos mínimos y esenciales para su creación, como lo dijo la Corte, y originariamente la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (en el caso comentado). Aun en este último supuesto, los jueces deben ponderar, en función de las

[55] CSJN, "Compañía Azucarera CHA c/Pcia. de Tucumán", *Fallos*, 149:271; "Petrus S.A. c/Nación Argentina", *Fallos*, 210:855; "Soria Guerrero c/Bodegas y Viñedos Pulenta S.A.", *Fallos*, 256:556.

[56] CSJN, "Nobleza Piccardo SAICyF c/Estado nacional, DGI", 15/12/1998; comentado por Bianchi, Alberto: "Una cuestión política que ha dejado de serlo: el proceso de formación y sanción de las leyes", *LL*, Suplemento de Derecho Administrativo, 27/5/1999.

[57] Bianchi: ob. cit.; del mismo autor, *Control de constitucionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 1992, pp. 331 y ss.

circunstancias cada caso, si existe la posibilidad de evitar los efectos de inconstitucionalidad general o total de la norma, a fin de eliminar sólo su parte nula.

En definitiva, la estrategia para el control de los actos políticos guarda cierta analogía con el control del ejercicio de la discrecionalidad. Es intenso con relación a los requisitos de juridicidad y respetuoso del núcleo interno político discrecional.

Téngase presente que, en general, los códigos contenciosos administrativos (de nuestro país como del extranjero) excluyen el control de los actos políticos o de gobierno de fuente directamente constitucional. Nada dicen si se refieren a los actos susceptibles de producir un agravio concreto o simplemente, al modo de los institucionales, inciden genéricamente sobre el total de la población. No obstante, existen otras vías procesales, como la acción directa de inconstitucionalidad o hipotéticamente el amparo, cuando tales actos lesionen un derecho o garantía constitucional.

Los que no pueden ser controlados judicialmente son los actos que la doctrina llama institucionales (relación entre los poderes u órganos constitucionales, intervención federal, relaciones internacionales, estado de sitio, límites interprovinciales, declaración de guerra, entre otros) que no inciden en forma directa o inmediata sobre los administrados, sino en forma genérica sobre la totalidad de la población. En los demás casos, cuando se afecten situaciones jurídico-subjetivas tuteladas diferenciadamente por el ordenamiento, el control podría tener analogía con el que se realiza para los demás actos estatales sujetos al derecho público.

Queridos colegas, he hecho uso y abuso del derecho de la palabra, yo les agradezco muchísimo la atención dispensada, y posteriormente estaremos a su disposición por cualquier pregunta o aclaración. Créanme que para mí ha sido un gusto compartirlo con ustedes.

Muchas gracias.

Esta edición se terminó de imprimir en
Octubre de 2006, en Gráfica Laf s.r.l.,
Espinosa 2827- (C1416CFI) Cap. Fed.

De nuestro sello editorial

GRAÑA, E. - ÁLVAREZ, C.: **Principios de Teoría del Estado y de la Constitución.**

HIGHTON, E. I. - ÁLVAREZ, G. S.: **Mediación para Resolver Conflictos.**

LOZANO, L. F.: **La Declaración de Inconstitucionalidad de Oficio.**

MALJAR, D. E.: **El Proceso Contencioso Administrativo en la Nación y en la Provincia de Buenos Aires.** *La nueva justicia administrativa.*

MALJAR, D. E.: **El Derecho Administrativo Sancionador.**

MARCER, E. A.: **Demandas contra el Estado.** *La Nación y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires demandadas en juicio.*

MUÑOZ, G.A. - SALOMONI, J. L. (Directores): **Problemática de la Administración Contemporánea.** *Una comparación europeo-argentina.*

MUÑOZ, G. A. - GRECCO, C. M.: **Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo.**

NEIRA, C. C.: **Entes Reguladores de Servicios.** *La defensa del usuario.*

REVISTA ARGENTINA DE DERECHO EMPRESARIO
Director: GÓMEZ LEO, O. R. *Publicación cuatrimestral*

RODRÍGUEZ, C. B.: **Responsabilidad del Estado por Error Judicial.** *Según la Corte Suprema.*

SALOMONI, J. L.: **Teoría General de los Servicios Públicos.**

SARTI, N. A.: **Contrataciones Públicas.**

VITURRO, P.: **Sobre el Origen y el Fundamento de los Sistemas de Control de Constitucionalidad.**

EDITORIAL AD-HOC

ISBN 950-894-601-6

ASOCIACIÓN ARGENTINA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL COMAHUE

www.editorialadhoc.com