

"El valor de la jurisprudencia: una mirada federal"

Remitido para su publicación a
Estudios de Derecho Administrativo -
XII - I.E.D.A. Ediciones de Cuyo - 2006

Por Pablo A. Gutiérrez Colantuono

Sumario: I.- Derecho público local y federal: interacción. II.- El impacto desde el Derecho administrativo local hacia la federación. 1.- La sentencia judicial. Su valor como fuente interpretativa del Derecho administrativo. 1.1.- La obligatoriedad de la doctrina de los Tribunales. a) Los fallos de la Corte Federal. b) Los fallos de los Tribunales Superiores. c) Los efectos obligatorios del precedente respecto de la actividad de la Administración. d) Los efectos generales de las sentencias en el caso administrativo. 1.2.- La consolidación del precedente y su vinculación con la seguridad jurídica: el cambio jurisprudencial. III.- La tutela judicial efectiva y la calidad de "ciudadano". 1.- El estándar del ciudadano. 2.- El caso de Neuquén. a) El plano constitucional. b) El plano administrativo. IV.- Algunas conclusiones: el impacto desde la federación en el carácter local del Derecho administrativo.

I.- Derecho público local y federal: interacción.

El estudio de la realidad legal y jurisprudencial del vasto derecho administrativo local permite, luego de confrontar los distintos regímenes provinciales y municipales - entre sí y con el federal - encontrar estándares unificadores para la interpretación de la actividad administrativa de los diferentes niveles con potestades en la materia (federación, provincias y municipios, así como las diversas desconcentraciones y descentralizaciones de las personas públicas).

Desde la consabida naturaleza local de nuestra disciplina (derivada del régimen federal argentino que permite a las provincias conservar todo el poder no delegado a la Nación) se gestan pautas interpretativas *diversas* de institutos *comunes* del derecho administrativo para cada jurisdicción, marcando una multiplicidad de regímenes bajo la unidad del sistema impuesta por el artículo 31 de la Constitución Nacional.

Esa diversidad atraviesa - con matices - el régimen de las organizaciones administrativas, de los actos administrativos, los contratos administrativos, la responsabilidad del Estado local, entre otras tantas expresiones del obrar estatal. Encontramos, quizás, el mayor grado de pluralidad en lo relativo al procedimiento administrativo y los sistemas de control judicial de la actividad administrativa¹.

¹ Ver al respecto GARCÍA PULLES, Fernando R., "Tratado de lo contencioso administrativo", Hammurabi, Buenos Aires, 2004; AA.VV., "Estudios de derecho administrativo" - IX -, Dike, Buenos Aires, 2003.

La diversidad de regulaciones y aplicaciones que presentan los regímenes provinciales en el derecho administrativo, lejos de arrojar una valoración negativa brinda la posibilidad - siempre en respeto de la federación - de proceder al estudio de los parámetros locales legales y jurisprudenciales con fines interpretativos. Ello permite aportar soluciones a aquellos regímenes y/o sistemas en que por vaguedad o simple ausencia de regulación normativa, el derecho directamente aplicable no brinda respuesta satisfactoria al caso concreto.

La interacción de las realidades del derecho local y federal nos permite trascender una sorda discusión entre *unitarios y federales*, de modo tal de facilitar el "tráfico" de las construcciones científicas, legales y jurisprudenciales entre los distintos niveles de normación - soberanos, autónomos o autárquicos - con el fin de asegurar las garantías individuales y la adecuada gestión estatal.

Desde tal perspectiva se debe reafirmar la pauta hermenéutica ya brindada por diversos autores: ante la ausencia de normas de naturaleza local, el intérprete debe recurrir a regímenes similares en el Derecho público provincial comparado, y por último al sistema del Código Civil Argentino. Algunos agregan fundadamente que debe acudir a las normas del Derecho público de los países del MERCOSUR. Sólo una vez agotada tal exégesis, la norma del Código Civil que resulte interpretativamente armónica será aplicada². Pero ello es tan solo una mirada del problema.

La segunda visión de esta temática se impone desde el sistema superior - federal - como unificador de los sistemas constitucionales y administrativos locales, tomando como base el artículo 31 de la Constitución Nacional.

Desde tal vértice el impacto de determinadas garantías constitucionales federales en las regulaciones de los derechos administrativos provinciales marca un *estándar mínimo* en diversas áreas que viene a operar como regla unificadora frente a la diversidad. Se habla así de la constitucionalización y de la internacionalización del derecho administrativo.

2 Sostiene Jorge Salomoni, que "...para los casos de Estados federales como la República Argentina, el sistema instaurado por el Pacto de San José de Costa Rica, desde el otorgamiento por el constituyente de 1994 de jerarquía constitucional según lo establece expresamente el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna, ha modificado el sistema federal de producción del derecho... Por lo tanto, un ciudadano de una provincia puede invocar el derecho de otra provincia que sea aplicable al caso, y que sea más protector de sus derechos, en situación del derecho sancionado en su jurisdicción territorial". (CASSESE, Sabino, "La crisis del Estado", Estudio preliminar de Jorge Salomoni, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 26).

Revisaremos algunas realidades o fenómenos jurídicos desde ambas miradas – desde la federación hacia las provincias y desde estas hacia aquella – que nos permitan efectuar ciertas reflexiones en torno a la mentada interacción de los distintos sistemas y su armonización desde el vértice de la unidad normativa impuesta por el artículo 31 de la Constitución Nacional.

El punto de partida de ese análisis será el valor de la jurisprudencia y su incidencia como fuente del derecho administrativo ara estudiar desde la experiencia del derecho real o “vivo” en el interior de la federación, dos fenómenos no menores: el valor expansivo de la jurisprudencia en el derecho administrativo y el estándar del *ciudadano* como eje interpretativo de la legitimación para acceder a la jurisdicción administrativa. De cómo ambos tópicos se transforman en expresiones claras de la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva - tomando como pauta de análisis el valor de la jurisprudencia como fuente - intentarán tratar estas líneas.

II.- El impacto desde el derecho administrativo local hacia la federación.

1.- La sentencia judicial. Su valor como fuente interpretativa del derecho administrativo.

La importancia de la jurisprudencia y su función dentro de las fuentes del derecho han sido tratadas y discutidas desde siempre por la doctrina, encontrándose mayor o menor intensidad en el rol asignado a ésta dentro del sistema.

Ahora bien, la doctrina sentada por los diversos tribunales en materia procesal administrativa presenta un especial elemento de ponderación: sus criterios lejos de aplicarse exclusivamente a las partes intervinientes en un pleito, poseen un efecto expansivo más allá del “caso” sometido a estudio y resolución.

La jurisprudencia, en efecto, informa el principio de juridicidad de la Administración. Desde los fallos de los tribunales especializados en la materia se instruye a aquella sobre los alcances de las normas y principios que rigen su organización, sus relaciones y las diversas manifestaciones de su voluntad. Función que se maximiza en punto a su utilidad frente a los alcances y contornos de aquellas normas administrativas que al menos aparecen desde lo estático del sistema como ambiguas ³.

³ Ese fenómeno posee una especial incidencia en la conformación misma del Derecho Administrativo como disciplina científica a partir del desarrollo jurisprudencial, particularmente en los orígenes del modelo continental europeo y las particularidades históricas propias de esa evolución. Así, “El derecho administrativo tiene su nacimiento en el período comprendido entre la Revolución de 1789 y la terminación del Segundo

Sin duda la importancia de la doctrina judicial sobre el derecho administrativo adquiere mayor trascendencia en la actividad discrecional de la Administración, otorgándole el basamento jurídico interpretativo de aquella valoración que de los antecedentes jurídicos y fácticos efectúe la Administración en una decisión discrecional.

Desde tal perspectiva la jerarquía legal que se otorga a la interpretación y aplicación del derecho por los tribunales⁴ aparece como un elemento gravitante en la realidad del derecho público.

Revisaremos así las características y alcances de la sentencia como fuente en este ámbito.

1.1.- La obligatoriedad de la doctrina de los Tribunales.

a) Los fallos de la Corte Federal.

Un tema que presenta aristas interesantes, íntimamente ligadas a la dinámica del Estado Federal, es el de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de los Tribunales Superiores de las Provincias, y la de estos en relación a los tribunales inferiores provinciales con competencia en materia iuspublicista

En el plano federal la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido el principio conforme el cual los tribunales inferiores deben acatar sus fallos⁵, marcando alcances particulares en materia de derecho público al referirse a la fuerza vinculante del precedente del Tribunal Federal. Concretamente se entiende legítimo el apartamiento por parte de

Imperio. Comienzan entonces a esbozarse los rasgos caracterizadores de lo que Hauriou llamará más tarde el régimen administrativo: existencia de una jurisdicción administrativa especializada y sumisión de la administración a normas diferentes de las del derecho común" (WEIL, Prosper "Derecho Administrativo", Civitas, Madrid, 1994, p. 39). Puntualmente, agrega el autor que "el Consejo de Estado ha segregado el Derecho Administrativo como una glándula segrega su hormona: la jurisdicción ha precedido al derecho y sin aquella, éste no hubiese nacido".

⁴ Frente a esa tarea de aplicación normativa resulta interesante el fallo de fecha 10 de noviembre de 2003 de la Cámara del Crimen de la Capital, Sala I, en la causa 21.143 "Barbará, Rodrigo Ruy" en que se sostuvo y resolviera "...Declarar la inconstitucionalidad de la interpretación realizada por el a quo a fs. 39/40 del art. 316 del CPPN, en tanto considera las pautas que surgen de esa norma como iuris et de iure, sin que se advierta objetivamente la concurrencia de los peligros procesales establecidos en el art. 280 del CPPN...". Contrariamente, se ha dicho que "los fallos, incluso los plenarios, no pueden ser atacados de inconstitucionales, rigiendo para los mismos los recursos previstos en las normas procesales; y su obligatoriedad, para el fuero, existe hasta que la doctrina sea modificada por tribunal competente" (C.N.Cont.Adm.Fed., Sala IV, "Essec S.A. c/ Aerolíneas Argentinas" del 15/08/1989; E.D. 135-578).

⁵ CSJN, Fallos: 307:1094.

los tribunales inferiores de la doctrina sentada por la Corte Federal en los casos cuya resolución se impone desde la normativa del derecho público local - fallos 304:1459 - .

Así se sostuvo que *"...a pesar de la autoridad de que están investidos y el respeto que merecen los precedentes de la Corte, en cuanto Tribunal Supremo de la Nación toda, y las razones de economía procesal, certeza y seguridad jurídicas que aconseja la conveniencia de tender a la uniformidad de la jurisprudencia -en la medida de lo prudente y dentro de la ineludible variedad de las circunstancias de tiempo y lugar- ha de reconocerse que los precedentes del Tribunal carecen de fuerza general legalmente vinculante para los tribunales locales en materia de derecho público local, en virtud de lo dispuesto en los arts. 67, inc. 11, 100, 104 y 105 de la Constitución Nacional. El hecho de que dichos tribunales y los nacionales de la Capital Federal puedan apartarse fundadamente de aquellos precedentes no es, a pesar de algunos inconvenientes que de ello se pudiera derivar, sino una consecuencia necesaria del sistema federal adoptado en la Carta Magna y específicamente en los artículos citados..."*.

Es tal autonomía del derecho local la que permite a los Tribunales Superiores de las Provincias - con competencia contencioso administrativa - sostener sus propios criterios jurisprudenciales aún cuando la Corte Federal revoque los mismos⁶.

En esta temática resulta por demás enriquecedor el desarrollo argumental efectuado por la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci en el caso "Telefónica de Argentina S.A c/ Municipalidad de Mendoza" ⁷.

En tal oportunidad, y frente al criterio expuesto por la Corte Suprema Federal en la causa "Telefónica de Argentina S.A c/ Municipalidad de General Pico" del 27/02/1997, la magistrada introduce un elemento gravitante para el análisis de la sujeción a los fallos del Alto Tribunal Federal, cuyo apartamiento sostiene en el caso conforme un exhaustivo examen que abarca tanto el plano jurídico como el valor político y económico de la postura adoptada por la Corte de la Nación.

En tal sentido, expuso que *"...esta sala tiene reiteradamente dicho que la jurisprudencia constante de la Corte Federal, es, al menos, moralmente obligatoria para los tribunales del grado porque resulta absurdo obligar a los litigantes a acudir al máximo tribunal del país para lograr una*

⁶ Ver al respecto el precedente del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén "Rodríguez", Acuerdo N° 1.057 en que se mantuviera la doctrina del Tribunal en un tema previsional en clara contradicción con el criterio adoptado por la CSJN. en los autos "Bravo Julio Argentino C/ Instituto de Seguridad Social del Neuquén S/ Acción Procesal Administrativa", de fecha 09/03/2004.

⁷ SCMza, Sala I, 04/02/1998, LL Gran Cuyo, 1998-263.

sentencia favorable a sus pretensiones dadas las consecuencias nefastas que tal dilación provoca. He mantenido esa posición, no exenta de críticas que afirman que 'en aras de la seguridad jurídica se conspira con el dinamismo propio de la jurisprudencia'.

Como vemos, el estándar central que lleva a la necesidad del acatamiento de los fallos de la Corte Suprema Federal remite a un elemento que es ajustadamente valorado: la tutela judicial efectiva del ciudadano y las disvaliosas consecuencias que se siguen de obligarlo a activar la revisión federal para acceder a la admisión de su planteo.

Ahora bien, prosigue la votante aclarando que *"...este acatamiento rige, según estos mismos fallos, cuando sobre el particular existe en la Corte Federal una verdadera jurisprudencia consolidada: cuando no se trata de un fallo aislado, dictado con calificadas disidencias, o que de algún modo pone en duda principios generales consolidados por una jurisprudencia anterior"*.

El razonamiento efectuado por la prestigiosa jurista⁸ revela –a mi juicio– dos factores importantes para la dilucidación de esta cuestión.

En primer lugar, el principio que debe prevalecer para resolver un eventual conflicto de criterios nos remite a la tutela judicial efectiva del ciudadano como valor jurídico primario preservado por el ordenamiento y no debe conducirnos a poner el acento en una calidad inmanente del Alto Tribunal Nacional que obligue a su obediencia. Por ello, tal acatamiento resulta jurídica –y no solo moralmente– exigible a los tribunales inferiores cuando nos encontramos frente a un criterio consolidado.

En segundo término cabe advertir que el deber de sujeción a los criterios de la Corte no debe ser entendido como una automática subordinación a sus posturas, pues la regla que debe primar – con la sola salvedad de la existencia de una jurisprudencia sólida – es la libertad de los tribunales para resolver los conflictos de acuerdo a sus propias interpretaciones.

Por ello, el dato de la consolidación de una doctrina jurisprudencial no es menor, y reviste una particular significación, obligando a extremar la prudencia por parte del tribunal frente a la solución equitativa que debe dar al caso sometido a su juzgamiento.

Igualmente, resulta importante citar – como una clara muestra para indagar en los alcances de la interacción entre el sistema federal y el local

⁸ Que –por otra parte– recibió una dura respuesta de la Corte Suprema en el fallo del 29/02/2000 (T.124. XXXIV, Consid. 7 a 11)

que se propugna - el criterio sostenido respecto de la defensa de la potestad del derecho local de regular lo referente a la prescripción y los factores interruptivos de la misma en la materia administrativa, frente a la rígida tesis que parece expresar el Tribunal Nacional en este punto. Ello denota -en nuestra opinión- la pretensión de la Corte de neutralizar la diversidad propia del federalismo mediante una aplicación omnicompreensiva del Código Civil.

Un claro ejemplo de lo dicho es el caso⁹ resuelto por la Corte en el precedente "*Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Sandoval, Héctor c/ Provincia del Neuquén*" del 08/07/1997, en el que revocara la sentencia del Tribunal local que había admitido la excepción de prescripción quinquenal prevista en el artículo 191 inc. a) de la Ley de Procedimientos Administrativos de Neuquén. Dicha ley priva de todo efecto interruptivo de la prescripción a la demanda que deriva en un proceso que finaliza sin sentencia que resuelva el fondo de la cuestión planteada, o que concluya por inadmisión, desistimiento, caducidad de la instancia o excepciones previas¹⁰.

Pues bien, frente a la confrontación de tal norma del derecho administrativo -local- con el artículo 3986 del Código Civil la Corte Suprema Federal, entendió que la regulación en la materia - prescripción e interrupciones de la misma - es resorte de la Nación por tratarse de "*aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores...*"¹¹.

Como he expuesto, este criterio debe ser adecuadamente precisado para evitar caer en generalizaciones que vedan toda posibilidad regulatoria por parte de las provincias, por cuanto no hemos de perder de vista que - precisamente- el derecho administrativo -en cuanto materia no delegada en el artículo 75 inc. 12 de la CN- es local tanto en sus institutos de fondo como en su faz procesal. Ello de por si solo conduciría a sostener la imposibilidad de reconducir automáticamente el análisis al ámbito del Código Civil.

9 GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo, "La responsabilidad del estado desde la perspectiva del derecho público provincial", en AA.VV. "XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo", RAP N° 326, Buenos Aires, Noviembre 2005, p. 359.

10 Conforme así lo dispone el artículo 194 de la ley 1.284.

11 Ha sostenido la Corte Federal que "la regulación de los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores corresponde a la legislación nacional, por lo que no cabe a las provincias dictar leyes incompatibles con lo que los códigos de fondo establecen al respecto, ya que, al haber delegado en la Nación la facultad de dictarlos, han debido admitir la prevalencia de las leyes del Congreso y la necesaria limitación de no dictar normas que las contradigan" (Doctrina de Fallos 176:115; 226:727; 235:571; 275:254; 311:1795, entre otros).

Por ello, en el marco de interacción entre *diversidad* y *unión* propia de nuestro sistema de reparto de competencias entre las distintas esferas estaduales, opino que el criterio expuesto por la Corte se aparta equivocadamente de la necesidad de *tolerar lo diferente* para englobar todas las relaciones, aun las no delegadas, en el ordenamiento de fondo dictado por el legislador nacional.

b) Los fallos de los Tribunales Superiores.

Un matiz diferencial presentan algunas legislaciones provinciales sobre los alcances obligatorios de las doctrinas legales sentadas por sus máximos órganos judiciales. Es el caso de Tierra del Fuego, que prevé en el artículo 37 de su ley 110 la obligatoriedad de la jurisprudencia del Superior Tribunal para todos los tribunales y jueces inferiores.

Aquí, a diferencia de lo que ocurre en la Nación – vinculante a partir de un criterio de economía procesal y no estrictamente de norma legal que así lo disponga – la regla es la sujeción de los tribunales inferiores al precedente del Tribunal Superior de Justicia.

Tal previsión normativa cuestionada en su constitucionalidad en diversas oportunidades, ha sido declarada válida por la Corte fueguina en el precedente “Municipalidad de Ushuaia c/ Santacruz, Luis Angel s/ Sumarísimo” – de fecha 01/09/2004.

El Tribunal fundó el rechazo del planteo de inconstitucionalidad de tal precepto legal postulando que “...la aplicación de jurisprudencia del Superior Tribunal es obligatoria en todos los casos, pues el objeto perseguido por el legislador al sancionar la norma analizada fue brindar seguridad jurídica en un marco de economía procesal, evitando desigualdades en la aplicación normativa ante casos análogos y el desgaste jurisdiccional inútil que significaría obligar a las partes a transitar todas las instancias judiciales para hacer prevalecer el criterio ya expuesto por el máximo Tribunal local...”.¹² Así, la interpretación y aplicación de las cláusulas constitucionales y de la ley efectuadas por el Superior Tribunal

12 Agregaba en tal sentido: “De esta forma, nuestro caso presenta más puntos de coincidencia con los denominados ‘fallos plenarios’ en el ordenamiento nacional que respecto de la obligatoriedad o no de la jurisprudencia de la Corte Federal. En efecto, el art. 303 del C.P.C.C.N indica: ‘La interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquella tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse dicha doctrina por medio de una sentencia plenaria’. Por otra parte, también es de destacar que esta cláusula no se presenta en forma aislada en el ordenamiento argentino, existiendo normas análogas en el Derecho Público Provincial, cuya validez ha sido pacíficamente ratificada por los tribunales”.

se erigen en una pauta central y "...constituyen jurisprudencia obligatoria para todos los Tribunales y Jueces".

Tal concepción parece partir necesariamente de una premisa: el valor del precedente dentro del sistema jurídico.

Se convierte así la interpretación jurisprudencial de los tribunales en materia de derecho público, en un rasgo importante de la seguridad jurídica; pero, por otra parte, se observa un cercenamiento a la autonomía funcional de los jueces en su deber de "decir el derecho".

Es que, como bien se ha destacado en doctrina, los órganos judiciales se caracterizan por su independencia, no encontrándose sujetos a órdenes de ningún superior jerárquico acerca de cómo deben desempeñar su función específica. Ello a diferencia de la organización de los órganos administrativos, caracterizados sobre el principio de jerarquía¹³.

Sabemos, como bien señala el fallo citado de Tierra del Fuego que *"...ello no significa que el criterio expresado por el Tribunal Superior (o por el tribunal en pleno) se convierta en una interpretación "pétrea" de derecho, ya que a través de las vías procesales correspondientes el propio tribunal puede rever y modificar su criterio: "La jurisprudencia obligatoria establecida en un fallo dictado por este cuerpo sólo puede modificarse por otra de igual jerarquía, única vía posible, pues, el necesario acatamiento obligatorio impedirá ulteriores sentencias contradictorias respecto lo resuelto. En tal sentido, la sala tiene la posibilidad de variar su jurisprudencia para que pueda contemplar los nuevos valores de la vida social evitando la petrificación de una doctrina que implica esa necesaria adaptación" S.T. Entre Ríos, Sala Civil y Comercial, "CADEPA S.R.L. s/ Conc. prev. s/ Inc. de rev. por INDO S.A." del 26.03.93, D.J. 1994-I-266; Base de datos LEXCO).*"

Pero, por cierto, ello propende a posturas rígidas que desvirtúan el carácter flexible y dinámico del derecho administrativo, el cual viene dado no solo por su carácter local - provincial y municipal - sino ante todo por la propia evolución de la materia que constituye el objeto del caso contencioso administrativo: el control de la función administrativa.

c) Los efectos obligatorios del precedente respecto de la actividad de la Administración.

¹³ GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo" T. 1. 4ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997, p. IX.12 y sgtes.

El derecho público de la provincia del Neuquén nos presenta otro ejemplo de una regulación peculiar en este punto.

El artículo 65 del Código Procesal Administrativo Provincial prevé que la *interpretación de normas dada por el Tribunal es obligatoria para la Provincia, las Municipalidades, entes descentralizados y el Tribunal de Cuentas*.

Ello marca consecuencias directas al menos en tres direcciones:

- a) Corrección de la conducta administrativa; la jurisprudencia del Tribunal en la materia pretende ser ilustrativa y ejemplificadora evitando la reiteración de conductas del Estado unas veces equivocadas y otras ilegítimas.
- b) Invocación de los efectos “amplios” o expansivos de las sentencias judiciales que exceden el marco del “caso” y las partes allí involucradas; obligando al Estado a ajustar su actividad a tales pautas interpretativas. Sólo, claro está, en punto a la interpretación normativa.
- c) Ante la reiteración de una conducta contraria a las pautas interpretativas obligatorias del Tribunal Superior, se configuraría el *irregular ejercicio de la función administrativa* procediendo la demandabilidad directa del funcionario con el fin de resarcir los daños que tal conducta antijurídica provoca¹⁴.

d) Los efectos generales de las sentencias en el caso administrativo.

Uno de los supuestos de más relevante visualización de tal hipótesis, se nos presenta sin dudas en el marco del control de legalidad y/o constitucionalidad¹⁵ de los actos administrativos de alcance general (reglamentos).

¹⁴ El sistema provincial parte del concepto de la responsabilidad directa y principal del agente, situando legalmente en el ejercicio irregular de su función la llave maestra de acceso a la imputabilidad directa – conforme se desprende del artículo 189 (ex. 101) incisos 15 y 20 de la Constitución Provincial reformada en el año 2006 y las previsiones propias de la ley 2141 de “Administración Financiera y Control”.

¹⁵ Explica Gelli que “El control de constitucionalidad en la Argentina procede –en principio y en general – de los tribunales judiciales; es difuso, pues cualquiera de éstos puede ejercerlo aunque la Corte Suprema es la última y definitiva instancia de revisión extraordinaria; se inicia a petición de parte y produce efectos entre ellas. Tiene como finalidad reestablecer la armonía en el desorden normativo que produce la inconstitucionalidad. El mecanismo que lo hace posible es, en última instancia, el recurso extraordinario federal.” (GELLI, María

Realidad ésta, que se maximiza en el derecho público provincial a través de las potestades abrogatorias que por lo general poseen los máximos tribunales locales.

Se permite en el orden local la revisión de la actividad administrativa de carácter general¹⁶ a través del control de constitucionalidad por la vía de la acción autónoma de inconstitucionalidad o bien discutir su constitucionalidad en el proceso administrativo, supuesto éste en que los efectos de la resolución judicial lo serán para el "caso" y no con efectos *erga omnes* - abrogatorios - tal como sucede en aquellos procesos de neto corte constitucional.

Las denominadas "provincias nuevas" contemplan por lo general un control de constitucionalidad concentrado en instancia originaria de sus Altas Cortes.

En la Provincia del Neuquén, la revisión y control constitucional de los reglamentos administrativos encuentra su procedencia en el actual artículo 16 (ex. Art. 30) de la Constitución Provincial, atribución que fuera reglamentada oportunamente por la ley provincial 2130¹⁷, permitiendo, a través de un proceso autónomo, activar las potestades abrogatorias desde el rol de la Corte Provincial como Tribunal Constitucional.

Angélica, "La Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada", La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 287).

16 Conviene tener presente a efectos de dilucidar la materia impugnada por esta vía la delimitación del concepto de "norma de alcance general" como materia propia del control concentrado. En tal sentido, ha expresado el Tribunal Superior de Neuquén que "una disposición normativa reviste tal carácter, cuando está destinada a una universalidad de individuos indeterminados, no cuando agota la totalidad de un número clauso de individuos que caen en sus previsiones. Es decir que la universalidad de sujetos pasivos, no brinda por sí sola a una norma el carácter de "general". La indeterminación inicial de la norma en cuanto a los sujetos que caen dentro de su órbita, es lo que confiere a ésta el carácter de general. Cuando el órgano estatal competente emite un acto, teniendo en mira al resolver una situación particular, una circunstancia concreta, generalmente de coyuntura, tal acto tiene naturaleza particular. En cambio, cuando se contempla una situación abstracta, impersonal, indeterminada, estamos en presencia de una norma de alcance general, aún cuando se aplique solamente a una persona o a varias y no a todas. En conclusión, la "vocación" de generalidad de la norma, se encuentra tipificada en sus notas esenciales caracterizantes: abstracción e impersonalidad. Estos caracteres son los que cuentan, al momento de categorizar una norma como general o particular" (TSJNQ, RI 2909/01 "Sapag Silvia"). Ver en tal sentido MARTÍN- RETORTILLO BAQUER, Lorenzo "Actos Administrativos Generales y Reglamentos. Sobre la naturaleza de la convocatoria de oposiciones" (RAP N° 40, Madrid, p.225). Sobre la aplicación del criterio "consuntivo" para la delimitación de tales conceptos, ver COMADIRA, Julio Rodolfo, "Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos anotada y comentada", T° I, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 194.

17 Artículo 2: "...se podrá demandar la declaración de inconstitucionalidad de ley, decreto, ordenanza o reglamento de alcance general...".

En tal proceso la regla es la legitimación amplia acreditada por el simple hecho de ser ciudadano de la provincia y de haberse afectado la legalidad del sistema por la norma que se reputa inconstitucional y cuya abrogación se solicita. Ello con la excepción formulada respecto de aquellas normas que aparejan una lesión patrimonial, en cuyo caso se exige una afectación directa de quien sostiene la tacha de inconstitucionalidad.

Como vemos, se logra por tal vía el control eficaz de la actividad reglamentaria de los tres Poderes del Estado en ejercicio de la función administrativa, bastando para ello un solo pronunciamiento en la instancia originaria constitucional del Tribunal Superior¹⁸.

Un matiz diferencial presenta la Provincia de Río Negro¹⁹ que exige la declaración de inconstitucionalidad por unanimidad, en juicio contencioso

18 Cabe recordar la doctrina sentada por la C.S.J.N. en el precedente "Mill de Pereyra, Rita A. y otros c. Provincia de Corrientes", al postular que la declaración de inconstitucionalidad de oficio "...no importa un avasallamiento de los poderes Ejecutivo y Legislativo, pues dicha tarea hace a la esencia del Poder Judicial, una de cuyas funciones específicas consiste en controlar la constitucionalidad de la actividad estatal, a fin de mantener la supremacía de la Constitución Nacional -art. 31" (DJ 2001-3, 807 - LA LEY 2001-F, 891 - ED 28/12/2001, 6 - ED 195 - JA 27/02/2002, 51 - JA 2002-I - LA LEY 2002-A, 34 - Sup. Cons. 2002-28). Tal giro jurisprudencial terminó por constatarse con la plena ratificación de esa doctrina en el caso "Banco Comercial de Finanzas S.A." del 19/08/2004 (Causa B.1160.XXXVI), siempre dentro de la inestabilidad que parece caracterizar a la Corte Argentina. Con anterioridad, resultaba una consolidada postural del Tribunal Neuquén que "La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que inhabilita el control oficioso de la constitucionalidad de normas, no admite referencia ni es aplicable a nuestro derecho público provincial, atento a que nuestra constitución habilita expresamente a los jueces a pronunciar la inconstitucionalidad de oficio de las normas. El artículo 30 primer párrafo de la Constitución Provincial dispone que "toda ley, ordenanza, decreto u orden contrarios a esta Constitución no tiene ningún valor, y los jueces deben declararlos inconstitucionales" (TSJNQN Acuerdo N° 812 "Gonzalez, Martha Beatriz c/ ISSN s/ Acción Procesal Administrativa"). En igual sentido "Hace a la esencia misma del Poder Judicial verificar la validez de las normas que serán aplicadas y ser guardián de la constitución (conf. Autos "Vega Mardonez Guillermo c/ SADE s/ Accidente Ley" -Acuerdo N° 101/94-; "Quintana Margot c/ Pcia. De Neuquén s/ Acción de Inconstitucionalidad"), no resultando óbice para juzgar acerca de la adecuación de la norma legal a la norma constitucional de grado superior, el hecho de que la parte interesada no la haya tachado de inconstitucional, puesto que el control de constitucionalidad de la misma puede, y debe hacerse de oficio. Porque, en definitiva, no permitir el control de constitucionalidad de oficio llevaría a resolver los casos en contra del valor seguridad, pues la adecuación de las normas a la Constitución es siempre prenda de la paz social. Y la paz social se vería seriamente dañada ante el escándalo de sentencias contradictorias emanadas de los mismos tribunales que, para casos absolutamente idénticos, declaran constitucional o inconstitucional una norma, según la tacha haya sido o no planteada expresamente por las partes" (cf. "Valenzuela, Roberto c/ Compañía Naviera Pérez Companc", LL 1997-B, 530).

19 Artículo 208 CPRN. "Cuando el Superior Tribunal de Justicia en juicio contencioso, declara por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de un precepto materia de litigio contenido en una norma provincial o municipal puede, en resolución expresa dictada por separado, declarar abrogada la vigencia de la norma

y recién a la tercera vez y por acto separado para que recién luego opere el efecto abrogatorio del acto reglamentario tachado de inconstitucional ²⁰.

Como podemos advertir, conviven en las jurisdicciones provinciales por lo general dos sistemas de control de constitucionalidad: el concentrado y el difuso. Mientras el primero permite en algunos casos activar el fenómeno de *legislación negativa* por parte de los tribunales, el segundo finca su razón de ser en las potestades comunes a todos los jueces del Estado Argentino de ejercer el control de jerarquía normativa que se desprende del artículo 31 de la Constitución Nacional, declarando para el caso concreto la inconstitucionalidad²¹.

Fuera de duda queda –en el ejercicio de tal función– el rol formal de la jurisprudencia como fuente del derecho, en tanto la misma produce consecuencias directas en la vigencia de las normas dictadas por el legislador o el administrador.

1.2.- La consolidación del precedente y su vinculación con la seguridad jurídica: el cambio jurisprudencial.

El “precedente” y su consolidación se vinculan directamente con la garantía de la seguridad jurídica en el ámbito del derecho administrativo.

Las diversas situaciones relatadas en los párrafos anteriores muestran nitidamente la importancia de la interpretación del derecho en el “caso contencioso administrativo”, obligando ello a extremar la “prudencia” de los tribunales ante el cambio jurisprudencial.

Las consecuencias del cambio de criterios se proyectarán directamente sobre el principio de juridicidad que sujeta en su obrar a la Administración y, esencialmente, sobre las relaciones jurídicas entabladas con los ciudadanos.

inconstitucional que deja de ser obligatoria a partir de su publicación oficial. Si la regla en cuestión fuere una ley, el Superior Tribunal de Justicia debe dirigirse a la Legislatura a fin de que proceda a eliminar su oposición con la norma superior. Se produce la derogación automática de no adoptarse aquella decisión en el término de seis meses de recibida la comunicación del Superior Tribunal de Justicia quien ordena la publicación del fallo”.
²⁰ Ver al respecto las previsiones de la Constitución Provincial de Chubut –artículos 175 y 179 – y de Tierra del Fuego – artículo 159.

²¹ Como sabemos, subyace en dicha modalidad la construcción doctrinaria y jurisprudencial cuyo origen se encuentra tradicionalmente en el precedente de la Corte Norteamericana “Marbury v. Madison”, el cual ha conformado un sistema de justificación de tal control judicial de constitucionalidad sobre la base de la premisa de la supremacía constitucional y el rol de los tribunales como guardianes de aquella por medio de procedimientos de verificación de compatibilidad y eventual inaplicación de las normas inferiores.

Veamos un caso concreto.

En la provincia del Neuquén, se sentó invariablemente por más de dos décadas el criterio de la estabilidad propia del empleado público.

Ya desde 1984²² el máximo órgano judicial neuquino adhirió a la postura que visualiza al Artículo 14 bis de la Constitución Nacional - y a la diversa redacción en él contenida respecto de la "estabilidad" y la "protección contra el despido arbitrario" - como cláusula aseguradora de la estabilidad propia²³ del funcionario, configurada ésta en las palabras del Tribunal como "el derecho del agente público a no ser removido del cargo sino por las causas y los procedimientos establecidos en las normas"²⁴.

En lo que al tema atañe, la adopción de dicha postura trascendía la simple exégesis de los términos de la cláusula constitucional referida²⁵, apareciendo como principal pauta hermenéutica en tal examen la pretensión de fijar límites a la discrecionalidad en el nombramiento y remoción de agentes públicos.

Así, y en punto a rodear a la interpretación del texto constitucional de un matiz axiológico, aseveraba el tribunal que *"La estabilidad limita la discrecionalidad que en materia de nombramiento y remoción de agentes públicos ejerce el Poder Ejecutivo, fijándole contornos precisos a la atribución de remover, con lo cual tiende a desterrarse la arbitrariedad administrativa en esta materia"*²⁶.

22 TSJNQ "Gutiérrez, Francisco José s/ Acción de Inconstitucionalidad" (Acuerdo N° 115 del 27/11/1984).

23 "...El análisis del dispositivo mencionado en último término (art. 14 bis C.N), conduce a la conclusión de que la estabilidad del empleado público no se agota en la mera indemnización sustitutiva, puesto que claramente el texto enuncia dos conceptos que ha querido distinguir: la referida estabilidad y la protección contra el despido arbitrario. Es evidente que si ambos significaban lo mismo en la inteligencia del constituyente, bastaba con la mención de la última fórmula comprensiva de la totalidad de la casuística en las relaciones laborales y en el empleo público. La inclusión, pues, de ambos conceptos en la redacción, indica explícitamente que es diferente la tutela que se programa en el ámbito del derecho privado de la que se proyecta para el campo del derecho público" (Acuerdo N° 115 cit.).

24 Definición tomada de LUQUI "La estabilidad del empleado público frente a las leyes de racionalización y prescindibilidad" (L.L.T° 139, p. 70; BIELSA, Rafael, "Principios de Derecho Administrativo" 3° Edición, p. 521; MERCADO LUNA, "Estabilidad del empleado público", p. 21 y s.s).

25 Interpretación controvertida por Alberto M. Sánchez en su exposición "Empleo Público: Situación Actual y Perspectivas" en las Jornadas sobre Contratos Administrativos organizadas por la Universidad Austral (Ciencias de la Administración. División Estudios Administrativos, Buenos Aires, 2000, p. 378).

26 Acuerdo N° 115 cit.

Tal era -entonces- la directiva que inclinaba la balanza en el criterio del Cuerpo hacia la adopción de la estabilidad propia como principio, más allá de las lecturas que del texto constitucional pudieran hacerse²⁷.

Paralelamente, sentenció el Tribunal en relación al empleo público que transcurrido el plazo estatutariamente previsto para la duración del carácter transitorio del contrato de empleo, el agente, de pleno derecho, concretaba en su persona el derecho subjetivo a la estabilidad en sentido propio. Ello en forma automática, sin necesidad de acto formal alguno o examen que acredite su idoneidad. Utilizaba para arribar a tal conclusión - el Tribunal- el concepto civilista de la "*intervención del título*" fundado en el paso del tiempo. Esto es, regularizaba aquello que había nacido contrariando a la norma (ausencia de examen de idoneidad previo y acto expreso de ingreso formal a la planta)²⁸.

Ello generó un impacto indudable en la realidad del derecho público local: la Administración debía sujetarse a tal interpretación del Tribunal, mientras que el empleado público encontraba plenamente satisfecha la garantía de la estabilidad²⁹.

Así el "precedente" consolidado en estándar interpretativo para ambas partes de la relación de empleo público se convertía en una "regla jurídica" dotando de contornos previsibles a tal vínculo.

Ulteriormente, a través del precedente "Sauer" ³⁰ se vira en la interpretación de tal garantía provocando cambios en la realidad jurídica del derecho público provincial.

Tal precedente del Tribunal, con una nueva integración por cierto, parece adherir - al menos en el caso concreto fallado - a la doctrina de la Corte Suprema de la Nación, que reiteradamente ha indicado que el mero transcurso del tiempo y el hecho de prestar servicios por un plazo aún

27 Corroboraba el cuerpo dicha afirmación con la cita del Convencional Nacional Constituyente de 1957 Horacio Peña, quien sostuviera en oportunidad de debatirse la redacción del art.14 bis de la Constitución Nacional que "Siempre el empleado público ha estado sujeto a las cesantías en masa en ocasión de los cambios de gobierno. Ahora ya no podrá ningún partido político que conquiste el gobierno disponer de los puestos administrativos como botín de guerra. Entendemos que este principio constitucional entrará a regir simultáneamente con la vigencia de la reforma y en adelante ningún empleado público podrá ser dejado cesante sin causa justificada y sin previo sumario administrativo" Diario de Sesiones, Tº II, p. 1254.

28 TSJNQN, "Fuentes, José Norberto c/ Provincia del Neuquén s/ Acción Procesal Administrativa" (Acuerdo N° 540 del 05/08/1998).

29 Respecto de las posibles objeciones a tal criterio, ver GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo, "La responsabilidad del estado desde la perspectiva del derecho público provincial", cit.

30 TSJNQN, "Sauer, Laura Andrea c/ Provincia del Neuquén s/ Acción Procesal Administrativa" (Acuerdo N° 1088 del 28/03/2005).

superior al fijado para adquirir la estabilidad, no puede trastocar por sí la situación de revista de quien ha ingresado como agente transitorio y no ha sido transferido a otra categoría por acto expreso de la Administración. Se agrega que la aceptación de vinculaciones presididas por el régimen de inestabilidad aún para cumplir tareas de carácter permanente impide el reclamo de derechos emergentes de la estabilidad del empleo, con sustento en la conocida doctrina del sometimiento voluntario sin reservas expresas a un régimen jurídico determinado³¹.

Como bien se reflexionaba desde el fallo del Superior Tribunal de Tierra del Fuego antes comentado, no se trata de argumentar a favor del carácter "pétreo" de los criterios jurisprudenciales. Por el contrario, se alienta su posible modificación pero bajo parámetros que permitan no afectar la confianza legítima que el ciudadano posee sobre una regla interpretativa consolidada y protegida por el principio de la seguridad jurídica.

Debemos recordar que la seguridad jurídica constituye un valor con rango constitucional - artículo 33 de nuestra Carta Magna Nacional - y una de las bases principales de sustentación de nuestro ordenamiento, cuya tutela innegable compete a los jueces³².

Sobre tal premisa, el interés público en juego en la decisión jurisdiccional que impone un radical giro cambiando el criterio interpretativo vigente, provoca sin dudas una alteración de las reglas a las que se ha sometido el ciudadano.

De esa forma, un brusco salto jurisprudencial - sin estadios intermedios - puede llegar a provocar la violación de un derecho adquirido en los términos que nuestra Corte Federal lo ha esgrimido. Por ello, el fundamento de una revisión de la postura jurisprudencial sostenida o el cambio a partir de una nueva integración de un Tribunal deberá extremar el cuidado en dos direcciones: una desde la prudencia que ha de ser una virtud inherente a la Magistratura, y, la segunda, obligando a fundar suficientemente las razones jurídicas y extra jurídicas que motivan la variación.

Y ello se impone desde las propias características apuntadas en relación al precedente jurisprudencial en el proceso contencioso administrativo, lo cual obligará al Tribunal a ensayar una mayor fundamentación de las razones éticas, jurídicas y políticas que lo llevan a

31 CSJN "Rieffolo Basilotta" Fallos 310:195; "Jasso" Fallos 310:1390; "Marignac" Fallos 310:2927, "Gil" Fallos 312:245; "Galiano" Fallos 312:1371, Filgueira de Alvarez" (LL 1988-B,388), "Girardini de Brovelli" (DJ-41-24/09/86), "Bechara" (LL 1997-E, 533) entre tantos otros.

32 Doctrina de Fallos 243:465; 251:78; 252:134.

producir tal cambio. No debería ser, en principio, el ciudadano quién soporte un “despojo” en sus derechos por el abandono abrupto de un criterio consolidado, si estos se encontraban irremediabilmente protegidos en base a una confianza legítima generada desde el propio sistema judicial.

En ese orden resulta interesante recordar, en palabras de la Corte Federal, que la noción de derecho adquirido “...se encuentra inescindiblemente ligada a la de seguridad jurídica. Esta no es sino el resultado del acatamiento de las normas que imperan en el Estado de Derecho las que deben ser respetadas por los poderes públicos con el fin de procurar su vigencia real y no solamente formal. La actuación efectiva de las reglas preestablecidas genera así un clima de seguridad en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se sujetará la actuación de los gobernantes, de manera que la conducta de éstos sea previsible y, en caso contrario, que haya quien, con potestad suficiente, pueda corregir el error y responsabilizar eficazmente al transgresor. La seguridad jurídica, que es imperiosa exigencia del régimen de la propiedad privada, se resentiría gravemente si fuera admisible dejar sin reparación los efectos de una norma dictada con el objeto de lograr una finalidad precisa - inducir al mantenimiento de los depósitos bancarios -, y luego desconocerla, pretendiendo cancelar los efectos de aquel acatamiento y los que de ellos derivaron, ocasionando así grave trastorno a las relaciones patrimoniales”³³.

Igualmente, cabe en este punto mencionar las pautas sentadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Narciso Palacios”³⁴, en el cual se plasmaron valiosas reglas en la temática que nos ocupa.

Así, se sostuvo que “el alcance de este derecho fundamental a la tutela judicial efectiva permite evitar que un nuevo criterio jurisprudencial se aplique a situaciones o casos anteriores”.

Destacó que “Esta situación ha sido reconocida por la propia Suprema Corte de la Nación Argentina, específicamente en el caso Tellez, donde afirmó lo siguiente: ‘Empero, no escapa al juicio del Tribunal, que la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios asentados, ha de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los logros impuestos no se vean malogrados en ese trance. En mérito de ello, es necesario fijar la línea divisoria que bosquejaba Benjamín N. Cardozo, para el obrar de la nueva jurisprudencia, apoyándola en razones de

33 CSJN, “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ Acción de Amparo” (S. 173.XXXVIII originario) del 05/03/2003.

34 CIDH, Informe 105/99, caso 10.194: Palacios, Narciso-Argentina, 29/09/1999, L.L 2000-F, 595, con nota de Carlos A. Botassi.

*conveniencia, de utilidad y en los más hondos sentimientos de justicia*³⁵. Tal necesidad a su vez, la de fijar el preciso momento en que dicho cambio comience a operar”³⁶.

Sobre esas bases, resaltó lo concluido por la Corte Nacional en punto a que *“como consecuencia de estos desarrollos, corresponde declarar que las nuevas pautas jurisprudenciales contenidas “in re” Strada, sólo habrán de ser puestas en juego respecto de las apelaciones extraordinarias federales dirigidas contra sentencias notificadas con posterioridad a ese precedente”, subrayando que “El propio Estado argentino, en escrito presentado ante la Comisión el 10 de mayo de 1994, reconoce incluso que los efectos de un cambio de jurisprudencia son para casos futuros, por aplicación del principio general de derecho sobre la irretroactividad de las normas jurídicas”*.

De tal manera, *“estima esta Comisión que al peticionario se le vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, consagrado en el art. 25 de la Convención, cuando se le sorprendió con la exigencia retroactiva de un requisito de admisibilidad a la jurisdicción que no se encontraba vigente en el momento de la interposición de su demanda. La seguridad jurídica y el principio de claridad y certidumbre respecto de la jurisdicción competente imponen un mayor rigor a la hora de impedir el acceso a la justicia”*.

En suma, la consolidación de un precedente jurisprudencial – y en especial en aquellas provincias como Neuquén en que las propias normas establecen la obligatoriedad para la Administración de los criterios del Tribunal Superior – posee efectos en una doble dirección: por una parte, obliga a la Administración a adoptar una conducta conforme el estándar valorativo judicialmente fijado, y, por la otra, genera sobre el ciudadano la confianza legítima en que tales reglas permanecerán hasta que su alteración paulatina y suficientemente fundada se produzca, vedando de ese modo abruptos giros.

III.- La tutela judicial efectiva y la calidad de “ciudadano”.

Hemos abordado la trascendencia e importancia del criterio interpretativo jurisprudencial explicando sus efectos generales y vinculantes para la Administración desde el principio de legalidad. Y cómo ello potencia la seguridad jurídica respecto del administrado y de la propia Administración Pública al tornar previsibles las conductas a seguirse.

35 CARDOZO, Benjamin N. “The Nature of the judicial Process”, p. 148 y siguientes. Universidad de Yale, 1937.

36 ROUBIER, Paul, “Les Conflits des Lois et le Temps”, ps. 27 y 28, Recueil Sirey, Paris, 1929.

Pues bien, se presenta en ese contexto como un punto fundamental de la dinámica del sistema, posibilitar el acceso directo del ciudadano al control judicial del obrar estatal, pues será aquel en pleno ejercicio de la garantía de la tutela judicial efectiva de sus derechos quien incitará el nacimiento del "precedente" que corresponda mantener o renovar desde el plano de la praxis judicial.

Desde tal perspectiva, no es menor resaltar el valor del estudio de la jurisprudencia de nuestros tribunales y sus implicancias, partiendo del presupuesto básico del acceso sin restricciones formales ni rituales que cercenen la tutela judicial efectiva de los intereses en juego³⁷.

Tal garantía cabe entenderla como "la capacidad de toda persona física o jurídica de tener la posibilidad, real, concreta, y sin excepciones, de solicitar y obtener efectivamente que el Estado por medio del Poder Judicial, le garantice efectivamente el ejercicio de sus derechos en forma expedita"³⁸.

1.- El estándar del ciudadano.

El acceso directo y sencillo a la jurisdicción administrativa³⁹ importa como regla presuponer la legitimación amplia del ciudadano - por el hecho de ostentar la condición de tal- para activar los controles sobre el accionar estatal.

Como lo ha sostenido Ferrajoli *"...en la actualidad, después de que también la capacidad de obrar se ha extendido ya a todos, con las solas*

37 Así lo ha remarcado la propia Comisión Interamericana en el caso "Narciso Palacios" ya citado al declarar que "El derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, garantizados por los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Adla, XLIV B, 1250), imponen una interpretación mas justa y beneficiosa de los requisitos de admisión a la justicia, y por el principio 'pro actione', deben interpretarse en el sentido mas favorable al acceso a la jurisdicción". Enfatizó en tal oportunidad en lo relativo a las trabas rituales para el acceso a la vía judicial que "es precisamente este tipo de irregularidades las que trata de prevenir el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el art. 25 de la Convención, el cual impide que el acceso a la justicia se convierta en un desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares. Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio 'pro actione', hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción".

38 TSJNQN, "Fernández, Mónica Graciela c/ Municipalidad de Rincón de los Sauces s/ Medida Cautelar". (R.I N° 3.048 del 30/10/2001).

39 En tal sentido resalta adecuadamente la previsión del artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires al establecer que "la Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia...".

excepciones de los menores y los enfermos mentales, la desigualdad pasa esencialmente a través de molde estatalista de la ciudadanía, cuya definición con fundamento en pertenencias nacionales y territoriales representa la última gran limitación normativa del principio de igualdad jurídica. En suma, lo que ha cambiado con el progreso del derecho, aparte de las garantías ofrecidas por las codificaciones y las constituciones, no son los criterios – personalidad, capacidad de obrar y ciudadanía – conforme a los cuales se atribuyen los derechos fundamentales, sino únicamente su significado, primero restringido y fuertemente discriminatorio, después cada vez más extendido y tendencialmente universal” ⁴⁰.

Desde ese punto el ciudadano ya globalizado se encuentra, desde la intensidad de la afectación, en un mismo plano frente a la “actividad administrativa”; independientemente de los niveles de percepción de tal afectación en razón de la vulneración a sus derechos o intereses⁴¹.

Por ello, e indagando en las razones tradicionalmente esgrimidas para detener la apertura de la legitimación, cabe preguntarnos si es válido el argumento del mentado colapso judicial para restringir el acceso a los jueces.

Consideramos que, desde el plano de la praxis, ese planteo ha quedado desvirtuado⁴². Las experiencias provinciales que desde antiguo

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi, “Derechos y Garantías. La ley del más débil.”, Trotta, Madrid, p. 41.

⁴¹ Es importante a esos efectos tomar como punto de partida para el análisis el principio pro homine receptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas, artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos” del 13 de noviembre de 1985, Serie A, n° 5, párrafo 46), por cuanto el mismo arrojará conclusiones importantes en lo relativo a las restricciones al acceso a la vía judicial. En efecto, “el principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. La norma general de la cual derivan estas pautas y criterios proviene del artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que dispone que “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”. (PINTO, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en AAVV “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales”, PNUD, CELS, Buenos Aires, 1998).

⁴² Cabe recordar aquí el criterio estricto puesto de manifiesto por la Corte Federal en precedentes como “Polino”, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ PEN – Decreto 1517/98- resuelto el 21/12/2000, “Rodríguez, Jorge – Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación” –17/12/1997, “Defensor del Pueblo de la Provincia de Santiago del Estero c/ Tucumán Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ acción de amparo”, entre tantos otros en los que claramente el Máximo Tribunal de la Nación ha priorizado la sujeción a determinadas formalidades

contemplan en su diversidad de acciones la legitimación amplia del ciudadano ante la afectación del interés simple, vienen a corroborar que nos encontramos ante un dogma.

Por el contrario, se percibe desde la sistemática federal que el anunciado colapso no se genera a partir de la "apertura" a la legitimación amplia; es el propio Estado que, afectando directamente derechos subjetivos *strictu sensu*, compele al ciudadano a acudir a los tribunales a fin de reestablecer el ordenamiento jurídico quebrantado. Basta simplemente señalar lo sucedido recientemente con el tema del "corralito" y la discusión suscitada sobre el trastorno de la justicia federal.

Algunas jurisdicciones, como la de Neuquén, comportan experiencias idóneas respecto a la legitimación amplia y su utilización razonable y prudente por parte del ciudadano. Ello claramente ha posibilitado en su justa medida una óptima y eficaz revisión de la actividad administrativa fundamentalmente en dos planos: el constitucional (acción de amparo y acción de inconstitucionalidad) y el del proceso administrativo (acción procesal administrativa y la protección cautelar).

2.- El caso de Neuquén.

En el plano constitucional, tanto la acción autónoma de inconstitucionalidad de la ley 2130⁴³ como la regulación local de la acción de amparo, permiten la revisión del ejercicio de las potestades reglamentarias y de aquellas otras que provocan afectación directa de derechos garantizados constitucionalmente, reencauzando la conducta administrativa dentro de los carriles del principio de juridicidad.

a) El plano constitucional.

Como hemos visto, la acción de inconstitucionalidad, regula una suerte de acción popular de control de constitucionalidad concentrado de la actividad reglamentaria del Estado, permitiendo con efectos erga omnes

procesales dispuestas por el orden infra constitucional, alejándose de los principios que inspiran las reglas vigentes en el sistema de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. En Fallos 323:4098, La Corte expresó "...si bien el artículo 86 de la Constitución Nacional prescribe que el Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal, ello no significa que los jueces no deban examinar, en cada caso, si corresponde asignar a aquél el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, como es exigible en todo proceso judicial...". Con tal argumento la Corte sentó la regla conforme la cual el Defensor del Pueblo ha de cesar en su actuación por la intervención del particular afectado o de una asociación que defienda determinados intereses colectivos.

⁴³ Regula y reglamenta los alcances del artículo 241 inc. a) (ex. 170 inc. a) de la Constitución Provincial.

la “eliminación” del elemento normativo distorsivo creado mediante la potestad reglamentaria de la Administración.

En tal acción, el criterio amplio de legitimación del ciudadano es uno de los pilares básicos del sistema: se permite al “afectado” - con independencia de su intensidad - instar el control de constitucionalidad por esa vía.

Siguiendo el criterio enunciado, resaltaremos que a través de la ley provincial 2130 se prevé adecuadamente la herramienta protectora del interés superior de la vigencia constitucional. En su artículo 2 se dispone que se podrá demandar la declaración de inconstitucionalidad de ley, decreto, ordenanza o reglamento de alcance general dictados por los Poderes públicos del Estado provincial o de los municipios que estatuyan sobre materia regida por la Constitución Provincial. Puntualmente, efectúa directas referencias al tema de la legitimación al aludir al *Interés del accionante*⁴⁴ o a la *Afectación de derechos patrimoniales*⁴⁵.

De un primer análisis del texto legal no surge diferencia alguna en punto a la legitimación del ciudadano, según fuera el derecho vulnerado o la diversa intensidad del “interés” afectado por el acto general.

Empero la constante jurisprudencia anterior y posterior a la vigencia de la ley 2130, ha receptado un criterio distintivo en miras a quién será el que podrá accionar eficazmente en defensa de la legalidad del sistema.

Así, desde el caso “Aromando” el Tribunal entendió que debía otorgarse efectos francamente diferenciales frente a la legitimación, según se denunciara la afectación de un derecho patrimonial o extra-patrimonial.

En tal precedente se distinguieron “...dos clases de demanda de inconstitucionalidad: las que tienen por objeto el cuestionamiento de normas que afectan derechos patrimoniales y aquellas otras, de carácter institucional que afecten derechos de la personalidad no patrimoniales, poniéndose énfasis en que, en el primer caso, deberá entenderse por parte interesada, quien sufre o teme sufrir un agravio en su patrimonio emergente de la ley o del acto inconstitucional. Sólo para los supuestos del segundo género se introdujo virtualmente el concepto de acción popular, abriendo la legitimación a la ciudadanía toda...”⁴⁶.

44 Artículo 4 in fine.

45 Artículo 3.

46 TSJNQN R.I. 3130 de fecha 28/11/2001, “Bertoya Elso Leandro – Intendente de San Patricio del Chañar c/ Estado Provincial Neuquino s/ Acción de Inconstitucionalidad”, con expresa cita del precedente “Aromando”.

En suma, es criterio del Tribunal Superior Provincial frente al cuestionamiento de la "constitucionalidad" del obrar estatal con expresa afectación patrimonial, que sólo podrá ser introducido el "caso" por el "afectado" directo, mientras que en los demás supuestos sí lo podrá plantear cualquier "ciudadano"- frente a la afectación "*no patrimonial*"⁴⁷.

Se limita de esa forma el criterio amplio de legitimación a los supuestos en que se "*planteen cuestiones de índole institucional*", criterio que, según el Tribunal, ha sido receptado en el artículo 4 de la ley 2130⁴⁸.

No hemos de compartir la línea hermenéutica sostenida por el Tribunal, tanto desde la óptica legal como argumental.

En teoría y frente al derecho constitucional provincial, no se observa tratamiento diferencial alguno de la legalidad del obrar estatal y su vinculación con el interés del ciudadano. Si a través de la actuación pública, el estado provoca la afectación de un derecho a partir de un comportamiento "inconstitucional", no cabe abordar la discusión sobre la base de la inmediatez o naturaleza patrimonial o extra-patrimonial del derecho vulnerado, sino sobre la actuación disvaliosa desde la óptica de la norma fundamental.

Posar la atención en la naturaleza de la afectación - derecho de contenido patrimonial o institucional - para luego desde allí introducir un distingo en punto a la legitimación, parece dejar de lado la función que cumple el control de constitucionalidad concentrado como mecanismo de mantenimiento de la vigencia constitucional *en abstracto* y con efectos *erga omnes*.

Nótese, en cambio, el distingo efectuado por el legislador al tiempo de disponer un "tratamiento diferencial" frente al plazo de caducidad para interponer la acción autónoma de inconstitucionalidad. Así, si el precepto atacado vulnera *derechos patrimoniales* el plazo para deducir la acción será de 30 días hábiles posteriores al día de producida la afectación, mientras que *en los demás casos* se podrá interponer la acción en cualquier momento siempre que se mantenga el interés del accionante⁴⁹.

47 En palabras de la propia jurisprudencia del tribunal "...toda vez que mediante las normas que se impugnan se regulan derechos y garantías patrimoniales emergentes de contratos en curso de ejecución, no resulta de aplicación el criterio de legitimación amplia sustentado por este Tribunal e invocado por la actora, lo que impone la inadmisión del planteo de inconstitucionalidad de tal norma...". (R.I. 3130, "Bertoya" cit.).

48 Criterio sostenido entre otros, en R.I. 1705 de fecha 27/06/1997, "Othaz Miguel Angel c/Municipalidad de Neuquén s/ Acción de Inconstitucionalidad".

49 Conforme artículos 3 y 4 de la ley 2130.

Ello, sumado a que cualquier violación a un derecho - con independencia de su contenido - proveniente de un obrar estatal ajeno a la cobertura de la jurisdicción constitucional debe ser rechazado por el sistema jurídico, indica al menos la posibilidad de sostener la postura que se desarrolla.

En suma, nuestra posición, lejos de desconocer el importante avance existente en el derecho público local, provocado por una rica y vasta jurisprudencia en materia de acceso del ciudadano a la protección judicial contra los actos contrarios a la constitución provincial, la revitaliza partiendo desde tal punto para intentar así ampliar los horizontes.

Se propone, desde el plano legal y argumental la procedencia de la legitimación amplia frente al control de constitucionalidad concentrado consagrado constitucional y legalmente, sin detenerse en la naturaleza del derecho afectado: el único derecho vulnerado será el de la jurisdicción del obrar estatal que, por su directa afectación constitucional provincial, permite su reestablecimiento a través de la acción contemplada en la ley 2130.

A su turno, la acción de amparo en su regulación local permeable por cierto a los cambios introducidos por el Constituyente Federal del año 1994, permite la rápida y eficaz protección de los derechos del ciudadano, en un proceso cuya materia es esencialmente propia del contencioso administrativo; pero que ha sido correctamente desplazada por el legislador desde el ámbito jurisdiccional del Tribunal Superior hacia los jueces de las primeras instancias civiles, comerciales y de minería o laborales ⁵⁰.

b) El plano administrativo.

En referencia a la segunda esfera de análisis - proceso administrativo - Neuquén impone un trámite con competencia originaria en su Máximo Tribunal Provincial.

En relación a la legitimación, el Código Procesal Administrativo - Ley 1.305 - prevé en su artículo 9, como recaudo para acudir a la jurisdicción administrativa, ser titular de un derecho subjetivo público conforme el artículo 114 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Esta norma, a su

50 Artículo 4 de la ley 1981, que sigue el criterio del TSJN plasmado en R.I N° 954/93 "Nogues", R.I N° 1324/96 "Beltrame", R.I N° 111/02 "Asociación Zainuco", Acuerdo N° 22/03, R.I N° 3976/03, Acuerdo N° 02/04 "Bussalino", entre varios otros. Ello parece consultar de forma más adecuada las pautas de eficacia que deben regir a este remedio a la luz de lo dispuesto por los artículos 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

turno, define el alcance del mismo como la facultad de exigir, para resguardo propio o de la legalidad misma, prestaciones o abstenciones administrativas debidas a los administrados en situación de exclusividad, concurrencia o generalidad.

Resulta destacable que a partir del criterio sostenido expresamente por el legislador en ambas normas, quién se encuentre frente al comportamiento administrativo en una situación de "afectación" de sus derechos con prescindencia de la intensidad de la misma, podrá ostentando un interés simple, legítimo o derecho subjetivo - unificados bajo la expresión *derecho subjetivo público* - ejercitar una petición o impugnación administrativa, o bien accionar en el proceso contencioso administrativo.

Como podemos observar, en el juego de la jurisprudencia como instrumento central en la configuración de los límites del obrar estatal, la amplia legitimación opera como una herramienta de indudable valor práctico que debe ser promovida y preservada.

De tal manera, el eje basado en la jurisprudencia como fundamental fuente de nuestro derecho, el valor de la diversidad que caracteriza a nuestro sistema federal y los mecanismos procesales que favorezcan el desarrollo de esa fuente, se nos presentan como elementos gravitantes para examinar las nuevas relaciones que van surgiendo a partir de la evolución de nuestro sistema jurídico.

IV.- Algunas conclusiones: el impacto desde la federación en el carácter local del derecho administrativo.

En la introducción del presente trabajo marcábamos la importancia del estudio de los fenómenos - legales y jurisprudenciales - en los ámbitos internos de la federación.

Sus construcciones jurisprudenciales y previsiones normativas muestran realidades diversas entre si que enriquecen con sus matices al derecho administrativo.

Claro está, ello bajo la anunciada unidad del sistema impuesta, entre otros, por la jerarquía normativa afincada en el artículo 31 de la Constitución Nacional.

Y ella es la que nos permite sostener la uniformidad de criterios mínimos en la diversidad de la federación a partir de un derecho administrativo cuya regulación y gestión es de carácter local.

La constitucionalización del derecho administrativo obliga a sujetar los criterios jurisprudenciales locales al impacto cierto y real que los Tratados de Derechos Humanos han provocado en nuestro sistema.

En tal sentido, la realidad jurídica se transforma a partir del precedente que "sorteando las vallas rituales locales", efectiviza principios constitucionales tales como el de legalidad, debido proceso adjetivo, acceso directo e irrestricto a la justicia, plazos razonables y, en suma, la vigencia de la tutela judicial efectiva en toda su extensión.

Pero también desde las experiencias provinciales, en ejercicio de la autonomía local, se marca el rumbo a seguir por parte del derecho administrativo federal en temas que no solo se presentan frente al operador jurídico como obsoletos o foráneos a nuestra costumbre jurídica sino impermeables a la nueva realidad normativa impuesta por el constituyente de 1994.

El derecho administrativo debe encontrar, a través del intenso debate, sus contornos abiertos a los preceptos constitucionales y a la jurisprudencia de los tribunales internacionales que aplican los Tratados con jerarquía constitucional, nutriéndose -paralelamente- con las realidades provinciales, las cuales constituyen la primera fuente directa de interpretación ante la ausencia de solución normativa expresa en el orden local o nacional.

Se refuerza así el carácter local de nuestra disciplina, desde la diversidad de regímenes en la uniformidad de sus principios cardinales.

Sin dudas la jurisprudencia y su estudio sistemático permitirán verificar tal realidad.