



Juan Carlos Cassagne^(*)

Proyecciones del principio de la **Tutela Judicial Efectiva**

“POR LO PRONTO, LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA SE HALLA ESTRECHAMENTE CONECTADA CON LA PROTECCIÓN DE LOS VERDADEROS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS Y VIENE A ROMPER EL ANTIGUO MARCO DEL ESQUEMA PROCESAL BASADO EN QUE LA ADMINISTRACIÓN ERA LA PROTECTORA ÚNICA Y EXCLUSIVA DEL INTERÉS PÚBLICO Y EL INTERÉS DEL CIUDADANO PARA TENER UNA TUTELA JUDICIAL ESPECIAL A TRAVÉS DE LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO IN DUBIO PRO ACTIONE.”

1. El surgimiento de un nuevo paradigma

El concepto de paradigma, empleado para captar el sentido de la revolución científica que se opera en el campo de las ciencias físicas y naturales y, en general, de la historia de las ciencias, puede ser utilizado también, en el ámbito de las ciencias sociales para explicar los fenómenos propios de la transformación de las instituciones⁽¹⁾. Porque es evidente que todas las ciencias se apoyan en un paradigma o conjunto de ellos, los cuales cumplen la función de ser leyes básicas que alimentan sus principios de un modo continuo y generalizado.

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

Si el paradigma viene a dar respuesta a un grupo de problemas que abarcan un espacio mayor de cuestiones⁽²⁾ se comprende que sea algo más que

(*) Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Experto en Derecho Administrativo. Profesor Titular Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina y Consultor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) KUHN, Tomás. *La estructura de las revoluciones científicas*, traducción al español. Fondo de Cultura Económica, Argentina, 2002; p. 9 y ss, especialmente pp. 268 y ss.

(2) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Hacia una nueva justicia administrativa*. Madrid: Civitas, 1989; pp.89 y ss.

Proyecciones del principio de la Tutela Judicial Efectiva

un principio⁽³⁾ o, si se quiere, un principio mayor que preside el sistema o subsistema jurídico. Nada impide, sin embargo, en el plano de la interpretación jurídica, que existan relaciones paralelas de subordinación o no entre dos o más paradigmas y que unos sean superiores a otros. Así, la dignidad de la persona humana constituye un principio básico que resulta paradigmático en el sentido que se proyecta a todo el ordenamiento prevaleciendo sobre las normas e informando su interpretación.

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

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

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

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

2. El principio de la tutela judicial efectiva

En la última parte del siglo pasado, aproximadamente desde treinta años atrás, la tutela judicial efectiva cobró gran

“(…) EL REQUISITO DEL AGOTAMIENTO DE LA INSTANCIA CARECE DE TODA BASE CONSTITUCIONAL Y RESULTA OPUESTO, AL MENOS COMO REGLA GENERALIZADA APLICABLE A TODOS LOS SUPUESTOS, AL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, QUE RECLAMA TANTO EL ACCESO IRRESTRICTO A UN JUICIO PLENO COMO EL JUZGAMIENTO SOBRE EL FONDO DE LA PRETENSIÓN ARTICULADA EN UN CASO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.”

relevancia en el plano jurídico, gracias al impulso dado por la doctrina *ius publicista* en España, con motivo de su recepción constitucional.

Su proyección en Latinoamérica, particularmente en Argentina y Uruguay⁽⁴⁾, ha sido considerable. En nuestro país, el principio fue recogido tanto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como por la Constitución de la Provincia de Buenos Aires del año 1994, aunque no siempre se han desprendido de él las consecuencias que cabe extraer en punto a reafirmar la tendencia hacia un control judicial pleno y sin cortapisas de la actividad administrativa.

Cabe advertir que la Constitución argentina, en línea con los antecedentes normativos y

(3) CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la actividad administrativa*. Buenos Aires-Madrid-Barcelona: Editorial Marcial Pons, 2009; pp. 19 y ss.

(4) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo II, Montevideo: Editorial Mastergraf, 2008; p. 381 y ss., especialmente p. 383.



Juan Carlos Cassagne

proyectos preconstitucionales, consagró, en su artículo 18, la garantía de la inviolabilidad “de la defensa en juicio de las personas y de los derechos”, siguiendo el Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina elaborado por Alberdi⁽⁵⁾.

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

En su proyección posterior, la garantía⁽⁶⁾ de la defensa amplió el círculo de los derechos protegidos originariamente por el artículo 18 de la Constitución nacional. Tal es lo que ocurrió con el trasplante del debido proceso adjetivo, proveniente del derecho norteamericano⁽⁷⁾, y, más modernamente, con el llamado “derecho a la jurisdicción”.

Mientras el debido proceso adjetivo desarrolla positivamente la protección de los derechos a exponer y plantear con amplitud las pretensiones en el proceso o procedimiento administrativo (derecho a ser oído), a ofrecer y producir la prueba conducente y a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas. El derecho a la jurisdicción reclama,

simultáneamente, el derecho a ocurrir ante un juez en procura de justicia a fin de obtener una sentencia justa y motivada susceptible de los recursos previstos en las leyes, junto con la exigencia de que el proceso se sustancie con rapidez, dentro de plazos razonables⁽⁸⁾.

Estas garantías, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la doctrina⁽⁹⁾ consideraron, en su momento, incluidas en la garantía del artículo 18 o vinculadas a ella, resultan sustancialmente potenciadas en virtud de la concepción de la tutela judicial efectiva, en el sentido que pasamos a exponer⁽¹⁰⁾.

En efecto, no obstante la similitud que guardan las garantías constitucionales clásicas del ordenamiento constitucional argentino con la tutela judicial efectiva, esta última, como aconteció con la garantía constitucional innominada del debido proceso adjetivo⁽¹¹⁾, se caracteriza por su mayor amplitud no sólo en el plano garantístico sino también en cuanto

-
- (5) En la parte primera, capítulo II, el artículo 19 del Proyecto, Alberdi expresa que el *derecho de defensa judicial es inviolable*.
- (6) Las garantías constitucionales constituyen medios tendientes a asegurar la protección de los derechos y a afianzar la seguridad jurídica. Actúan como instrumentos para contener el poder y lograr una buena Administración; han sido establecidas en el plano de las normas y principios de la Constitución nacional y de las leyes; al respecto, véase LINARES, Juan Francisco. *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina. Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires: Depalma, 1944; pp. 203-206; LINARES QUINTANA, Segundo. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional y comparado*. 1era. edición. Tomo V. Buenos Aires: Alfa, 1953-1963; p. 355. Para CARRIO, *cuando aludimos a las 'formas de protección de los derechos', queremos aludir a la acepción restringida de la palabra 'garantía' o sea la que se refiere a la posibilidad que tiene el titular de un derecho de poner en movimiento el aparato estatal, particularmente el jurisdiccional, a fin de que éste actúe a su servicio y lo tutele*. (cfr. CARRIÓ, Genaro. *Recurso de amparo y técnica judicial*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1959; p. 28).
- (7) Véase por todos: LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*. 2da. edición., Buenos Aires: Astrea, 1970, pp. 17 y ss.
- (8) BIDART CAMPOS, Germán. *Derecho constitucional*. Tomo II. Buenos Aires: Ediar, 1969, pp. 473 y ss.
- (9) “Alcaraz, Anatalia y otros c. Cía Sansinena SA”, Fallos 247-246 (1950), BIDART CAMPOS, Germán. *Op Cit.*; pp. 499 y 500.
- (10) Una postura contraria a la sustentada en el texto ha sido sostenida por Luqui en una obra excelente (LUQUI, Roberto Enrique, *Revisión judicial de la actividad administrativa*. Tomo I. Buenos Aires: Astrea, 2005; pp. 241 y ss.) sobre la base de que nada agrega de nuevo a la clásica garantía de la defensa en juicio que preceptúa el artículo 18 de la Constitución Nacional. Sin embargo, ambas garantías guardan una relación de género y especie, en el sentido de que la tutela judicial efectiva comprende a la garantía de la defensa y, al propio tiempo, es más amplia, habida cuenta que tutela, entre otras cosas, el acceso a la justicia para que ésta sea efectiva. En suma, se trata de una nueva categoría histórica que supera algunos dogmas antiguos, como el de la justicia revisora (en el contencioso administrativo).
- (11) Artículo 1, inciso f, LNPA.

Proyecciones del principio de la Tutela Judicial Efectiva

a la protección del interés general en procurar una buena administración⁽¹²⁾ proyectándose también al procedimiento administrativo⁽¹³⁾.

Los principales matices diferenciales apuntan: (i) a la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso al proceso; (ii) a impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial y, por último; (iii) a asegurar el ejercicio pleno de la jurisdicción, el efecto *erga omnes* de las sentencias (cuando sea posible y sin violar las garantías adjetivas del proceso) y el cumplimiento de las decisiones de los tribunales.

Se trata de una garantía integral que armoniza con el reparto de funciones propio de la separación de poderes que ha instituido nuestra Constitución, cuando prescribe positivamente el sistema judicialista (artículos 116 y 117 de la Constitución nacional), asignando a los jueces la función de ser los únicos órganos encargados de resolver los conflictos entre los particulares y el Estado⁽¹⁴⁾.

Cabe anotar que, antes de la moderna configuración del principio de la tutela judicial efectiva, un destacado sector de la doctrina⁽¹⁵⁾ había sustentado una serie de posturas que afirmaban la plenitud de la jurisdicción frente a las interpretaciones restrictivas que, con fundamento en las antiguas concepciones del contencioso-administrativo francés y español, propugnaban la limitación de los poderes del juez sobre la base de la naturaleza esencialmente revisora⁽¹⁶⁾.

que atribuían a esta clase de jurisdicción (la cual era concebida como una jurisdicción de excepción).

Recién en la última década algunos ordenamientos y la jurisprudencia (en forma limitada, por cierto) han comenzado a transitar por el camino correcto. Sin dejar de reconocer la influencia que ha tenido en esta evolución la obra de los juristas vernáculos, que actuaron como verdaderos pioneros en este campo para desterrar los ápices formales que caracterizaban el contencioso-administrativo de su época, no se puede menos que señalar la profunda gravitación que entre nosotros ha alcanzado la doctrina española a partir de la fundación de la RAP (Revista de Administración Pública) y de la publicación de las obras y trabajos científicos de sus juristas más destacados⁽¹⁷⁾.

Tal como ha dicho González Pérez, “el derecho a la tutela judicial efectiva que se despliega, básicamente, en tres momentos diferentes del proceso (en el acceso a la jurisdicción, en el debido proceso y en la eficiencia de la sentencia) es, en definitiva, el derecho de toda persona a que se ‘haga justicia’, que se traduce, en el plano jurídico administrativo, en que siempre que crea que puede pretender

(12) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Juzgar a la administración contribuye también a administrar mejor*, En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. No. 15 y No. 16, Buenos Aires: Depalma, 1994; pp. 51 y ss.

(13) CANOSA, Armando. *Influencia del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de agotamiento de la instancia administrativa*, ED; pp. 66-988.

(14) Un completo desarrollo del principio y consecuencias que derivan de la adopción del sistema judicialista se encuentra en la excelente tesis doctoral de Bosch. (Véase: BOSCH, Jorge Tristán. *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración pública?* Buenos Aires: Zavalía, 1951; pp. 36 y ss). Según este autor, la Constitución Argentina de 1853 representa, más que una ruptura con los antecedentes españoles, un salto adelante dentro de la línea evolutiva de las instituciones de la Metrópoli (véase p. 45).

(15) LINARES, Juan Francisco. *Lo contencioso administrativo en la justicia nacional federal*. La Ley; pp. 94-919 y ss., especialmente p. 926; GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen II, 1era. edición. Buenos Aires: Macchi, 1980; pp. 19, 21 y ss.

(16) FIORINI, Bartolomé. *¿Qué es el contencioso?* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1965; pp. 88.

(17) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Hacia una nueva justicia administrativa*. 2da. edición, Madrid: Civitas, 1992; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La reforma de la legislación procesal administrativa*. Madrid, 1992; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa*. En: *Revista de Derecho Administrativo*, 1976; p. 728.



Juan Carlos Cassagne

algo con arreglo a Derecho frente a un ente público, tenga la seguridad de que su petición será atendida por unos órganos independientes y preparados⁽¹⁸⁾.

3. Recepción del principio de la tutela judicial efectiva en el Ordenamiento Argentino

3.1. En el orden nacional y supranacional

La recepción del principio en Argentina se ha visto favorecida, primero, por el sistema y una serie de principios de rango constitucional anteriores a la reforma de 1994, y, a partir de ésta, por la recepción en la Constitución del Pacto Internacional de San José de Costa Rica (artículo 75, inciso 22 de la C.N.).

Así, desde la adopción del sistema judicialista de control de los actos del Ejecutivo y demás poderes del Estado (ex artículos 100 y 101 de la CN) y la previsión constitucional que, en forma expresa, veda al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales (artículo 109 de la CN) hasta la garantía de la defensa prescrita en el artículo 18 de la Constitución nacional y el desarrollo posterior del debido proceso como garantía innominada por parte de la jurisprudencia completan el esquema constitucional.

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

De ese modo, la conexión entre la garantía de defensa y la tutela judicial efectiva se produjo sin forzar la positividad constitucional, aún con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, habida cuenta que el nuevo principio era compatible con la dogmática y télesis del sistema constitucional.

En uno de sus fallos más trascendentales, dictado en 1992, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que “la idea directriz de la división de poderes que opera sincrónicamente con otra idea directriz de nuestro sistema constitucional (que emerge de la garantía del debido proceso) cuál es el principio *pro-actione* a que conduce el derecho fundamental en la tutela judicial efectiva, que se deriva, necesariamente, del artículo 18 de la Constitución nacional, cuya regulación se integra, además, con las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, que al ser aprobado por la Ley 23.054 y ratificado el 5 de diciembre de 1984, tiene el carácter de ley suprema de la Nación, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 31 de la Constitución nacional⁽¹⁹⁾.”

Operada la recepción constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), cuyos artículos 8 y 25 consagran el derecho a la tutela judicial efectiva, el principio adquirió plena operatividad constitucional, obligando también a las provincias, habida cuenta de que los pactos internacionales y máxime, aquellos incorporados expresamente a la Constitución nacional constituyen (conforme a su artículo 31) la ley suprema de la Nación, debiendo entenderse, como reza el inciso 22 del artículo 75 que los derechos reconocidos por ellos complementan los derechos y garantías constitucionales.

Con algunas excepciones⁽²⁰⁾, el principio de la tutela judicial efectiva goza en nuestro país de un amplio consenso doctrinario⁽²¹⁾.

(18) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Tomo I, 3era. edición. Madrid: Civitas, 1998; p. 17.

(19) *In re* “Ekmekdjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros”, Fallos 315:1492 (1992) y en ED, 148-338, considerando 15; “Serra, Fernando H., y otro c. Municipalidad de Buenos Aires”, Fallos: 316:2454 (1993), con nota de BIANCHI, Alberto B., *¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?*, La Ley, 1995-A, 395.

(20) LUQUI, Roberto, *Revisión judicial de la actividad administrativa*. Tomo I, Buenos Aires: Astrea, 2006; pp. 241 y ss.

(21) Cfr. ABERASTURY, Pedro, *La justicia administrativa*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006; pp. 37 y ss.; GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*. Buenos Aires: Abaco, 2002, p. 29; GARCÍA PULLES, Fernando, *Tratado de lo contencioso administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, pp. 100 y ss. con otra terminología, aunque en varias partes de su obra hace mención a la tutela judicial efectiva (v.gr. p. 71 y p. 1049, punto 13).

Proyecciones del principio de la Tutela Judicial Efectiva

3.2. En el orden provincial

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

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

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

El otro precepto constitucional (artículo 166, último párrafo) que resulta trascendente para la protección de los derechos de las personas radica en la desconstitucionalización del

requisito de la decisión previa que agotaba la vía administrativa, como requisito ineludible de admisibilidad de la pretensión procesal.

En este aspecto, si bien no todas las opiniones coinciden en punto a si se mantiene o no el principio en el plexo constitucional⁽²²⁾ lo cierto es que a partir de la reforma el requisito tiene origen legal y no constitucional, sin que la Constitución establezca un criterio preciso que vincule al legislador⁽²³⁾.

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

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

(22) Véase PERRINO, Pablo Esteban, *El régimen de agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense*, ED 184-842, aún cuando cabe ubicar a este autor en una línea garantística afín a la que propugnamos, ha interpretado que la Constitución mantiene el principio.

(23) SORIA, Daniel Fernando, *El agotamiento de la vía en el proceso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. En: REDA, No. 24 y No. 26. Buenos Aires: Depalma; p. 54.



Juan Carlos Cassagne

agotamiento de la vía administrativa ha sido cabalmente demostrada en la doctrina argentina⁽²⁴⁾ y española⁽²⁵⁾.

En esa orientación, tanto la Constitución como el Código Contencioso-administrativo de la Provincia de Buenos Aires⁽²⁶⁾ (en adelante CPCA) consagran un sistema cuyas grandes líneas se caracterizan por:

- a) La especialización de tribunales competentes que actúan como jueces ordinarios y especializados del fuero, suprimiendo la concentración de las causas en la jurisdicción exclusiva y originaria de la Corte Suprema de la Provincia.
- b) La supresión o alteración sustancial de requisitos constitucionales que obstaban a la tutela judicial efectiva, antes señalados, como la previa denegación o retardación, autoridad administrativa, derechos gestionados por la parte interesada y fijación de plazos para el ejercicio de cualquier pretensión que figuraban en el viejo artículo 149, inciso 3, de la Constitución de la Provincia del año 1934.

- c) La apertura y el acceso a la jurisdicción en tanto haya un caso (artículo 166 de la CP) en línea con el precepto que rige en el orden nacional (ex artículos 100 y 101 y actuales artículos 116 y 117 de la CN).
- d) Consecuente con ello, el Código utiliza un concepto amplio de legitimación activa al prescribir que estará legitimada para deducir las correspondientes pretensiones “toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento”⁽²⁷⁾.
- e) La configuración amplia de los casos que abren la jurisdicción en relación con cualquier tipo de conducta positiva o negativa (actuación u omisión), con abstracción de que se formalice o no como acto administrativo⁽²⁸⁾.

(24) Cfr. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen II; pp. 19-21 y ss., postura que ha mantenido en las ediciones posteriores del Tratado; MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración pública*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1984; pp. 346 y 347. Para un mayor desarrollo del tema se puede ver el lúcido trabajo de TAWIL, Guido S., *Los grandes mitos del derecho administrativo, el carácter revisor de la jurisdicción, la inactividad de la Administración y su fiscalización judicial*, y SIMÓN PADRÓS, Ramiro, *El carácter revisor y el denominado principio de congruencia en el proceso contencioso-administrativo*, En: REDA, No. 19 y No. 20. Buenos Aires: Depalma, 1995; pp. 497-525.

(25) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa*, En: REDA, No. 16, Madrid, 1976, p. 728; MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Nuevos planteamientos de la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa*, En: REDA, No. 26, Madrid, 1980, p. 497; FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, *La jurisdicción administrativa revisora y la tutela judicial efectiva*. Madrid: Civitas, 1998; pp. 29 y 55; y el prólogo de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo a la obra de FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, *La jurisdicción administrativa revisora y la tutela judicial efectiva*; pp. 21 y 55. Con anterioridad, Nieto y Parada Vázquez criticaron la evolución regresiva y formalista de la jurisprudencia en orden a la conceptualización de la jurisdicción como puramente revisora, véase NIETO, Alejandro, *Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso*, En: RAP, No. 57. Madrid, 1968, p. 33.

(26) Sancionado por la Ley 12.008 y modificado por la Ley 12.310.

(27) Véase al respecto GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La Constitución y la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa*, En: *Revista de Derecho Administrativo*. No. 30. Buenos Aires: Depalma, 1999; pp. 48 y 49, y del mismo autor, *Las partes en el proceso administrativo*, Madrid, Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1997; p. 50. Apunta a que a la hora de decidir en un proceso, los tribunales prescinden de todas esas zarandajas inventadas por la doctrina y *acaban definiéndolo con arreglo al Diccionario de la Real Academia, reconociendo que existe legitimación cuando el éxito de la pretensión reporta al que la formula beneficio, utilidad, ganancia, provecho, comodidad o, dicho de otro modo, que le evitará un perjuicio, incomodidad que es como define la Academia el interés*.

(28) SORIA, Daniel Fernando, *El proyecto de Código Procesal Contencioso-Administrativo para la Provincia de Buenos Aires y el juzgamiento de los actos del Tribunal de Cuentas*, En: RAP, Suplemento Especial No. 3, Administración local y Derecho. Buenos Aires: Ciencias de la Administración, 1997; p. 3.

Proyecciones del principio de la Tutela Judicial Efectiva

- f) El carácter ejecutorio y no meramente declarativo de las sentencias judiciales (artículo 163 de la Constitución de la Provincia y artículo 65, apartado 3, del CPCA).
- g) El quiebre de la naturaleza revisora⁽²⁹⁾ que antaño se atribuía a la jurisdicción contencioso-administrativa se proyecta en materia de la reducción de los supuestos en que se exige el agotamiento de la vía administrativa, así como en la fijación de plazos de caducidad que se restringen a los casos en que se pretenda la nulidad de un acto o una acción resarcitoria vinculada con aquella o la pretensión de cese de una vía de hecho administrativa. A su vez, la acción para demandar contra una vía de hecho administrativa no está sometida al requisito del agotamiento, aunque tiene fijado un plazo de caducidad a partir del momento en que fuera conocida por el afectado (artículo 21 de la CPCA).
- h) El objeto del proceso regulado en el CPCA se desplaza del acto administrativo hacia la pretensión procesal con fórmulas de gran latitud que no circunscriben el proceso a la pretensión anulatoria de un acto administrativo, de alcance particular o general, sino que comprenden, además de las típicas pretensiones resarcitorias derivadas o no de la invalidez de un acto administrativo u ordenanza municipal, toda clase de pretensiones, a saber:
- el restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés tutelados (artículo 12, inciso 2);
 - la acción declarativa de certeza sobre determinada relación o situación jurídica regida por el derecho administrativo (artículo 12, inciso 4);

- la cesación de una vía de hecho administrativa (artículo 12, inciso 5);
- la realización de determinada prestación debida por las autoridades que ejercen la función administrativa (artículo 12, inciso 6);
- el libramiento de una orden judicial de pronto despacho en casos de mora de la Administración en expedirse frente al requerimiento de parte interesada o que corresponda dictar para continuar o resolver el procedimiento (artículo 12, inciso 7).

4. El requisito del agotamiento de la vía administrativa

En nuestro derecho procesal administrativo la situación era paradójica, ya que mientras en la Nación no estaba legislado el requisito del agotamiento de la vía administrativa para promover una demanda judicial contra el Estado y sus entidades hasta la sanción de la LNPA en el año 1972, las provincias y, particularmente, la provincia de Buenos Aires, exigían la previa denegación, la retardación o el agotamiento de la vía administrativa, según las respectivas regulaciones locales⁽³⁰⁾. En la Nación, con anterioridad a la LNPA, el único requisito era la promoción de un reclamo administrativo previo (Ley 3952).

(29) Sobre la atenuación del carácter revisor en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, véase: VALLEFÍN, Carlos A., *Proceso administrativo y habilitación de instancia*. La Plata: Librería Editora Platense, 1994; pp. 11 y ss.

(30) Véase HUTCHINSON, Tomás, *Mitos y realidades en el derecho administrativo argentino*, Editorial La Ley, 1989-C, 1071. Según Hutchinson, la fuente a que acudió Varela al consagrar en *vía previa*, no fue la Ley Santamaría de Paredes, sino los antecedentes nacionales y provinciales anteriores (artículo 156, inc. 3, de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1873). Aunque no es nuestro propósito polemizar con este distinguido autor, creemos que la norma de la Constitución de la Provincia de 1873 (que pasó a ser el artículo 157, inciso 3, en la reforma constitucional de 1889) no establecía el requisito del agotamiento de la vía administrativa, sino tan sólo que hubiera *previa denegación de la autoridad administrativa*. En realidad, esta exigencia aparece recién en el artículo 28, inciso 1, del Código de Varela de 1905, al prescribir como condición de admisibilidad del proceso contencioso administrativo que *la resolución sea definitiva y no haya recurso administrativo alguno contra ella*. Este precepto fue, en rigor, el que impuso en la provincia el requisito del agotamiento de la vía administrativa. Cuadra apuntar también que al referirse al carácter definitivo de la resolución administrativa y agregarle *que no haya recurso administrativo alguno contra ella*, el citado Código generó interpretaciones erróneas de la jurisprudencia provincial en



Juan Carlos Cassagne

Y la situación resulta paradójica porque mientras que el Estado federal ha establecido el requisito del agotamiento de la vía administrativa para poder impugnar ante la justicia un acto de alcance particular o general, con plazos de caducidad a los que la jurisprudencia y una parte de la doctrina les asigna un carácter fatal y perentorio⁽³¹⁾, manteniendo, para los otros supuestos, la figura del reclamo administrativo previo⁽³²⁾. Por su lado, el nuevo Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires ha restringido sustancialmente la procedencia de este recaudo procesal habilitante de la jurisdicción, como se ha visto, a sólo dos supuestos, que han reducido la exigencia procesal, limitándola a los casos en que la acción tuviere por objeto una pretensión anulatoria o resarcitoria proveniente o vinculada con la invalidez de un acto administrativo, sin exigir el reclamo administrativo previo para los otros supuestos, excepto la pretensión prestacional (artículo 17, CPCA), cuya inutilidad ha sido debidamente destacada por un importante sector de nuestra disciplina⁽³³⁾.

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

- a) Los actos administrativos definitivos o asimilables que emanen de la máxima autoridad administrativa con competencia resolutoria final o de un órgano con competencia delegada, dictados de oficio o con la previa audiencia o intervención del interesado. El CPCA considera que estos actos son directamente impugnables en sede

judicial (artículo 14, apartado 2, inciso b, CPCA) sin necesidad de agotar la vía administrativa.

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

- b) Se configure el supuesto que la doctrina, califica como de “ritualismo inútil”, que puede darse tanto cuando la conducta de la demandada haga presumir la ineficacia cierta de agotar la vía administrativa, como cuando, en atención a las circunstancias del caso, la exigencia del agotamiento de la vía deviene en una carga excesiva o inútil⁽³⁴⁾, en la misma línea que su antecedente nacional (artículo 32, LNPA). A este respecto, los casos que exhibe la jurisprudencia, sobre todo en el orden nacional, son de variada gama, y se los puede sintetizar⁽³⁵⁾ en cuatro grupos:

punto a lo que se entiende por definitividad, comprendiendo en el concepto tanto las resoluciones que deciden el fondo del asunto como las que causan estado (es decir, las que agotan la vía administrativa). Por su parte, la doctrina ha sostenido la distinción entre el concepto de acto definitivo y acto que causa estado en el sentido de que el primero es el que decide la cuestión de fondo finalmente mientras que el segundo es el que agota la vía administrativa de una situación contenciosa (cfr. LINARES, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Astrea, 1986; pp. 544 y 545). Al propio tiempo, hay autores como Soria que han precisado más aún el concepto de acto definitivo, sosteniendo que son aquellos que *se exhiben de ordinario como el eslabón final de un encadenamiento de situaciones heterogéneas y no equivalentes que lo preceden y complementan*.

(31) Cfr. GONZÁLEZ ARZAC, Rafael, *Los plazos de impugnación judicial de actos administrativos*, ED; pp. 51-955.

(32) Artículos 30 al 32 de la LNPA, sin prescribir plazos de caducidad para la promoción de la demanda.

(33) Entre los trabajos doctrinarios, véase el lúcido artículo de GORDILLO, Agustín, *El reclamo administrativo previo*, Editorial La Ley; pp. 89-777.

(34) Artículo 14, inc. 2 del CPCA.

(35) Cfr. Perrino, Pablo Esteban, *El régimen de agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense*, cit., ED 184-842 especialmente pp. 849 y ss.

Proyecciones del principio de la Tutela Judicial Efectiva

- Casos en que la Administración rechazó numerosas reclamaciones que contenían pretensiones idénticas⁽³⁶⁾.
 - Medidas dispuestas por el Estado en el ámbito de determinada política estatal⁽³⁷⁾.
 - Supuestos en que el Estado, al contestar la demanda, no opuso la falta de un reclamo previo como defensa o excepción. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que exigir, en estos casos, el reclamo administrativo previo, constituiría un ritualismo inútil e inoperante⁽³⁸⁾.
 - Cuando se plantea la inconstitucionalidad de una ley en sede administrativa, en virtud de que se considera que dicha facultad pertenece, en exclusiva, al Poder Judicial⁽³⁹⁾ y que, por ende, ésta es la sede en que corresponde formular el planteamiento.
- c) Entre los otros casos en que no resulta necesario agotar la vía administrativa, el CPCA contempla:
- La impugnación directa de actos de alcance general emanados de una autoridad jerárquica superior o del órgano con competencia delegada por aquélla, así como la impugnación directa de ordenanzas municipales⁽⁴⁰⁾.
 - Cuando se configure el silencio administrativo⁽⁴¹⁾.
 - Cuando la pretensión tenga por objeto la impugnación o el cese de la vía de hecho administrativa⁽⁴²⁾.
 - La pretensión resarcitoria proveniente de la responsabilidad provincial por su actividad lícita o legítima o de hechos o vías de hecho administrativas

y las pretensiones meramente declarativas y de certeza⁽⁴³⁾.

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

La reclamación administrativa previa, contemplada en la Ley 3952, de demandas contra la Nación, si bien nació para superar el principio de la indemandabilidad del Estado, de origen norteamericano, en reemplazo de la exigencia de la venia legislativa que la Corte Suprema de Justicia de la Nación había establecido para sortear aquella interpretación constitucional⁽⁴⁴⁾, es un requisito vigente en el derecho francés para la apertura del contencioso de plena jurisdicción⁽⁴⁵⁾.

(36) CNCont.Adm. Fed., sala II, in re, “Macera Aibe y otros c. Ministerio de Educación y Cultura, s/ Empleo público”, fallo del 1995/07/18, cit. por Perrino en la nota 114 del referido trabajo.

(37) CNCont.Adm.Fed., sala II, en la causa “Calzar SA c. Estado nacional, Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”, LA LEY, 1996-A, 633, con nota de Gordillo, Agustín A., “Nuevos argumentos para la innecesariedad del reclamo administrativo previo”.

(38) “Guerrero, Luis Ramón c. Municipalidad de Córdoba”, Fallos 312:1306 (1989) y “Pozzi, Angel Luis c. Municipalidad de Córdoba”, Fallos 313:326 (1990).

(39) “Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal SA”, Fallos 269:243 (1967) y “Provincia de Mendoza c. Nación”, Fallos 298:511 (1977) y la causa “Calzar S.A.”, cit. en nota 30.

(40) Artículo 14, inciso 2, apartado b, CPCA.

(41) Artículo 14, inciso 2, apartado c, CPCA. Véase MUÑOZ, Guillermo Andrés, *Silencio de la Administración y plazos de caducidad*, Buenos Aires: Astrea, 1982; pp. 26 y ss.

(42) Artículo 21 de la CPCA.

(43) Cfr. PERRINO, Pablo Esteban, *El régimen de agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense*, cit., ED; pp. 184-842 especialmente p. 851.

(44) MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la Administración Pública*, Tomo I, cit., p. 356.

(45) Véase VEDEL, Georges y DELVOLLÉ, Pierre, *Droit administratif*, 12ma. Edición. Tomo II, Paris, *Presses Universitaires de*



Juan Carlos Cassagne

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

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

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

Las otras trabas que presenta el proceso de amparo para abrir la competencia del juez implican notorias restricciones al acceso jurisdiccional, dado que mientras, por un lado, se ha exigido, en algunos casos, la demostración de que no hay otros remedios administrativos o judiciales para restablecer

los derechos constitucionales o impedir su violación (lo cual configura una prueba difícil de producir). Por otro lado, se requiere como requisito habilitante del amparo que la violación de los derechos y garantías constitucionales adolezca de “arbitrariedad o ilegalidad manifiesta” (lo cual deja fuera de la protección judicial los supuestos en que el vicio no surja del propio acto).

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

Volviendo al agotamiento de la vía administrativa, la situación descrita ha fomentado, en los hechos, un nivel de litigiosidad mayúsculo, dado que al requerirse que el acto cause estado⁽⁴⁶⁾, surge la paralela exigencia de recurrir en tiempo y forma todos los actos administrativos que resuelvan peticiones finales o de fondo, trasformando la sede administrativa en una instancia jurisdiccional.

Si a ello se le agrega que, para acudir a la justicia, hay que interponer la demanda de

France, 1992; pp. 151 y ss. En el proceso de plena jurisdicción presenta gran aplicación la regla de la decisión previa, que se excluye o se supera, sin embargo, en algunos casos (por ejemplo, en reclamos vinculados a contratos de obras públicas o en caso de silencio administrativo).

(46) La exigencia de que el acto cause estado como requisito de admisibilidad de la acción contencioso-administrativa es de origen español y proviene de la llamada “Ley Camacho”, de 1881. Anota García de Enterría: *A partir de ese momento se inicia la diferencia en nuestro derecho entre los conceptos de ‘firmeza’ y de ‘causar estado’: un acto administrativo que no causa estado por proceder de órganos inferiores de la jerarquía alcanza, sin embargo, ‘firmeza’ tanto frente al particular que deja vencer los plazos de alzada contra él, como frente a la Administración, para la cual se hace, desde el mismo momento de dictarse, definitivo e irrevocable* (cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La configuración del recurso de lesividad*, *Revista de Administración Pública*. No. 15, Madrid, 1954; pp. 144 y ss.). Por esta causa, aunque ambos requisitos procesales sean hijos del dogma revisor, lo cierto es que no hay que confundir (defecto en que incurre gran parte de la doctrina y jurisprudencia) el recaudo de la decisión previa del derecho francés con el agotamiento de la vía administrativa, proveniente del derecho español. Sobre cómo jugaba la exigencia de *causar estado* en España, incluso antes de la Ley Santamaría de Paredes, véase a ABELLA, Fermín, *Tratado teórico-práctico de lo contencioso-administrativo*, cit., pp. 67, 567 y ss.

Proyecciones del principio de la Tutela Judicial Efectiva

unos fatales plazos de caducidad, muchas veces exiguos, se puede comprender cuánta razón tiene González Pérez al propiciar el carácter optativo de los recursos administrativos⁽⁴⁷⁾.

En lo que atañe al derecho de Hispanoamérica, se puede advertir que, con excepción de México, donde se asigna carácter potestativo a los recursos administrativos como regla general⁽⁴⁸⁾, el requisito del agotamiento de la vía administrativa se encuentra impuesto en las legislaciones administrativas de Venezuela⁽⁴⁹⁾, Colombia⁽⁵⁰⁾ y Costa Rica, adquiriendo en Perú *status* constitucional⁽⁵¹⁾. En los Estados Unidos, si bien la doctrina ha debatido acerca de su configuración, se reconocen numerosas excepciones (en la misma línea que las que se dan en nuestro país para eximir del reclamo administrativo previo en el orden nacional)⁽⁵²⁾ existen dos grandes barreras previas: el requisito de que el obrar impugnado se encuentre maduro (*ripeness*)⁽⁵³⁾ y que haya intervenido de la llamada “jurisdicción administrativa primaria”⁽⁵⁴⁾, aplicable a la actividad de las agencias reguladoras.

En definitiva, el requisito del agotamiento de la instancia carece de toda base constitucional y resulta opuesto, al menos como regla generalizada aplicable a todos los supuestos, al principio de la tutela judicial efectiva, que reclama tanto el acceso irrestricto a un juicio pleno como el juzgamiento sobre el fondo de la pretensión articulada en un caso contencioso-administrativo⁽⁵⁵⁾.

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

La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha impuesto un giro copernicano al planteo tradicional que exhibía el derecho comparado (y que aún se mantiene en

-
- (47) González Pérez apunta al respecto: *Dictado un acto administrativo, cualquiera que sea el órgano administrativo del que proceda, se ha de admitir la posibilidad de acudir a los tribunales en defensa de los derechos e intereses legítimos que por él hubieran resultado lesionados. Si bien cabe admitir la posibilidad de que el interesado pueda, si lo desea, interponer contra él los recursos administrativos que, en cada caso, se prevean. Lo que dependerá de la confianza que se tenga en obtener por esta vía plena satisfacción de las pretensiones. Si el administrado, en razón a la naturaleza del asunto, evidencia de la infracción del ordenamiento jurídico en que el acto incurre o circunstancias personales del titular del órgano competente para resolver, considera posible una resolución estimatoria por esta vía, sin tener que acudir al proceso, siempre más lento, complicado y costoso, se ha de admitir la posibilidad de recurso. Pero si tiene la convicción de que nada logrará en esta vía, no tiene sentido demorar el momento de acudir al proceso con la exigencia de un recurso que constituirá un trámite inútil. Y, por supuesto, no tiene sentido establecer un sistema de recursos sometidos a distinto régimen jurídico, con las consiguientes dudas y dificultades a la hora de tener que agotar la vía administrativa. Un único recurso administrativo y potestativo.*
- (48) Artículo 83 de la Ley Federal de Procedimientos Administrativos y artículo 29 de la Ley del Tribunal Contencioso-Administrativo del Distrito Federal.
- (49) Artículo 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y artículos 84.5 y 124.2 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Venezuela, que regula la jurisdicción contencioso-administrativa.
- (50) Artículo 135 del Código Contencioso-Administrativo.
- (51) Artículo 148 de la Constitución Peruana.
- (52) TAWIL, Guido S., *Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1993; p. 110.
- (53) Como lo explica SCHWARTZ, Bernard, en su clásica obra *Administrative Law*. 3era. edición. London, Little, Brown & Company, 1991; p. 561, cit. por PERRINO, Pablo Esteban, *El régimen de agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense*; pp. 184-842, especialmente p. 835.
- (54) AGUILAR VALDEZ, Oscar, *Reflexiones sobre las funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos a la luz del control judicial de la Administración. Con especial referencia al ente regulador de la energía eléctrica*. En: *Anuario de Derecho Administrativo de la Universidad Austral*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994; pp. 193 y ss.
- (55) En igual sentido, véase el excelente artículo de SORIA, Daniel Fernando, *El agotamiento de la vía en el proceso administrativo de la provincia de Buenos Aires*, cit., pp. 53 y ss.



Juan Carlos Cassagne

diversos ordenamientos) que, sobre la base del reconocimiento de la llamada autotutela declarativa, legitimaba la exigencia de agotar la vía administrativa para poder acceder a la justicia, con fundamento en una serie de principios tales como eficacia, eficiencia y buena administración.

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

La jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en el caso “Fonseca Ledesma”⁽⁵⁶⁾, consideró que, a la luz de la supremacía de la Constitución y de la mayor jerarquía y vinculación de los derechos fundamentales (la Corte habla de la eficacia expansiva y progresiva y de la interpretación más favorable) el carácter preceptivo u obligatorio de la regla “riñe con el derecho fundamental de los administrados a obtener una justicia pronta y cumplida, ex artículos 41 y 49 de la Constitución Política (tutela judicial efectiva) y con el principio de igualdad, puesto que (sólo en el proceso contencioso-administrativo) (...) se le obliga al justiciable, antes de acudir a la vía jurisdiccional (...)” al agotamiento de la vía administrativa, mediante la interposición de los recursos ordinario correspondientes.

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

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

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

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

Adquiere relevancia, a su vez, la fundamentación concerniente al principio de igualdad, cuyo contenido refuerza la tesis garantística que se encuentra en la entraña del principio de la tutela judicial efectiva. Al respecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica señaló que:

“En lo que atañe a la vulneración del principio de igualdad, debe indicarse que el agotamiento preceptivo de la vía administrativa, derivado del privilegio de la auto-tutela declarativa, expone al justiciable que litiga contra una administración pública a una situación discriminatoria, puesto que, no existe un motivo objetivo y razonable para someterlo a ese requisito obligatorio, a diferencia del resto de los ordenes jurisdiccionales. Debe tenerse en consideración que, incluso, la libertad de configuración o discrecionalidad legislativa al diseñar los diversos procesos, tiene como límite infranqueable el principio de igualdad. Lo anterior, queda reforzado si se considera que las administraciones públicas son un sujeto de Derecho más que no tienen por qué gozar de tales privilegios o prerrogativas y que el eje central en

(56) Se trató de un proceso ordinario promovido por William Fonseca Ledezma contra Gerardo Bolaños Alvarado, Claudia Reyes Silva y el Estado, resuelto con fecha 15 de marzo de 2006.

Proyecciones del principio de la Tutela Judicial Efectiva

una administración prestacional o en un Estado Social y Democrático de Derecho lo es la persona, esto es, el usuario o consumidor de los bienes y servicios públicos. En esencia, los intereses públicos y la satisfacción de las necesidades colectivas no pueden tenerse como cláusulas de apoderamiento para enervar los derechos fundamentales de los administrados o, sencillamente, como el altar para ser sacrificados⁽⁵⁷⁾.

La línea inaugurada por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, mantenida en sentencias posteriores⁽⁵⁸⁾, alcanzó consolidación parcial en el Código Procesal Contencioso administrativo de dicho país que entró en vigencia el 1 de enero de 2008. En este último ordenamiento, se sienta el carácter optativo de la regla del agotamiento como principio general que sólo hace excepción en materia municipal y de contratación pública⁽⁵⁹⁾.

En nuestro país, un sector de la doctrina se ha volcado a favor de la tendencia tendiente a suprimir la regla del agotamiento de la vía administrativa o, al menos, atenuarla, basados en que su subsistencia conculca el principio de la tutela judicial efectiva, de base constitucional y supraconstitucional⁽⁶⁰⁾.

Ese vuelco encuentra apoyo en la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) expuesta en el caso "Palacios"⁽⁶¹⁾ en el que sostuvo que la

exigencia de un recurso de revocatoria⁽⁶²⁾, contra un acto administrativo cuando de la máxima autoridad administrativa que había resuelto el fondo del asunto, conculca el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, garantizado por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁽⁶³⁾.

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

6. A modo de conclusión

La tutela judicial efectiva, anticipada en el Discurso Preliminar que antecede a la

(57) Considerando V de la sentencia "Fonseca Ledezma".

(58) Resoluciones No. 10.263 del 19 de junio de 2008 y 13.022 del 27 de agosto de 2008.

(59) JIMÉNEZ MEZA, MANRIQUE y otros, *El nuevo proceso contencioso administrativo*, Poder Judicial. Costa Rica: Escuela del Poder Judicial, 2006; p. 129, citado por ZUÑIGA BOLAÑOS, Heidy, *El agotamiento preceptivo de la vía administrativa en la contratación administrativa*. Costa Rica: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2008; p. 15.

(60) Vid. AGUILAR VALDEZ, Oscar R., El agotamiento de la vía administrativa y la tutela judicial efectiva: una evaluación general del sistema de la Ley 19549 a treinta años de su vigencia, en la obra colectiva *Procedimiento y Proceso Administrativo*, Director Juan Carlos Cassagne, Jornadas de la UCA, Buenos Aires: Lexis-Nexis, Abeledo-Perrot, 2009; pp. 367 y ss.

(61) Informe de la CIDH No. 105/99, caso Palacios Narciso c/ Argentina (No. 10.194).

(62) Requisito exigido por la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

(63) Véase BOTASSI, Carlos A., *Habilitación de la instancia contencioso-administrativa y derechos humanos*, La Ley 2000-F-594, anota, con acierto, que: *la decisión de la CIDH posee una extraordinaria importancia porque denuncia la ilegitimidad de las trabas rituales, inconsecuentes y superfluas que impiden contar con una defensa efectiva de los derechos esenciales, o, en el mejor de los casos, postergan extraordinariamente los ya morosos trámites judiciales. Asuntos tales como la obligación de recurrir el acto definitivo emanado del órgano superior con competencia decisoria, los plazos breves de caducidad, la exigencia irrestricta del pago previo a la demanda judicial, la legitimación limitada a los titulares de derechos subjetivos, la invocación de actos de gobierno, institucionales o no justificables, la exclusión del control de discrecionalidad, y otras medidas y pseudo-instituciones restrictivas que aparecen en las leyes y en la jurisprudencia clásica, deben ser revisadas y ajustadas a la nueva realidad de las normas constitucionales.*



Juan Carlos Cassagne

Constitución de Cádiz de 1812, atribuido a Agustín Argüelles⁽⁶⁴⁾, ha cobrado carta de ciudadanía en el mundo jurídico occidental, proyectándose como una surte de ley básica que preside las grandes transformaciones que se vienen operando en el ámbito del derecho procesal administrativo.

Con todo, las proyecciones de este nuevo paradigma y su correlativo principio *pro actione* se han desarrollado en forma en tanto despereja en el derecho comparado. Así, mientras en el derecho mexicano, siguiendo el modelo francés, se adoptó la regla del carácter opcional del recurso en sede administrativa⁽⁶⁵⁾ sin provocar inconvenientes en punto a la seguridad jurídica, en otros ordenamientos se aplicó a rajatabla la regla del agotamiento de la instancia administrativa, situación que cabe vaticinar no se mantendrá en el futuro, habida cuenta la recepción del principio de la tutela judicial efectiva en el Pacto de San José de Costa Rica.

Algo similar acontece con el cumplimiento de las sentencias que se dictan contra el Estado, los cuales o bien tienen efecto declarativo⁽⁶⁶⁾ o directamente no se cumplen, sin que se haya instrumentado un sistema eficaz y severo de sanciones al funcionario responsable de la conducta omisiva. También en este punto el sistema mexicano exhibe una notable superioridad⁽⁶⁷⁾ al igual que las reformas introducidas en los procesos con tecnología informática para lograr el ideal de una justicia pronta y expedita a través del llamado sistema de “juicio en línea”⁽⁶⁸⁾.

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

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

Por su parte, en algunos sistemas, las proyecciones de la tutela judicial efectiva han alcanzado una extensión considerable: a) en materia de medidas cautelares, incluyendo las medidas positivas y las autosatisfactivas, cuya traba agota el contenido de la pretensión⁽⁶⁹⁾

(64) Discurso Preliminar, Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812.

(65) HALLIVIS PELAYO, Manuel Luciano, *Participación actual del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa en la impugnación de resoluciones emitidas en materia de responsabilidades administrativas de los servidores públicos*, publicado En: *Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle*. Año V, No. 9, México, 2007; pp. 237 y ss.; sostiene este autor que la razón de ser de los recursos administrativos reposa en tres objetivos: a) producir una descarga de trabajo en las autoridades jurisdiccionales; b) dar una instancia más de defensa a los gobernadores y c) convertirse en un medio de autotutela para advertir errores u omisiones, antes que se promueva alguna instancia jurisdiccional (*Óp.cit.*; p. 252).

(66) Véase GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., *Ejecución de sentencias del Estado Nacional*, En: *Tratado General de Derecho Procesal Administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2011; pp. 289 y ss.

(67) Véase HALLIVIS PELAYO, *Óp.cit.*; p. 259.

(68) Véase ARMIENTA CALDERON, Gonzalo M. y ARMIENTA HERNÁNDEZ, Gonzalo. *El proceso contencioso administrativo en México*. México: Porrúa, 2011; pp. 343-345.

(69) CASSAGNE, Ezequiel, *Las medidas cautelares contra la Administración*, En: *Tratado General...*, cit., Tomo II; pp. 343 y ss.; SEIJAS, Gabriela, *Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires a la luz de su interpretación judicial*. En: *Tratado General...*, cit., Tomo II; pp. 388 y ss.

Proyecciones del principio de la Tutela Judicial Efectiva

y b) en lo que concierne el efecto *erga omnes* de las sentencias en los procesos colectivos⁽⁷⁰⁾.

Pero, la diversidad que caracteriza el derecho procesal administrativo latinoamericano⁽⁷¹⁾ nos indica que estamos recién en los albores de un proceso de intercambio de las soluciones comparadas y del consecuente ideal de armonización de las reglas procesales en los distintos países de la gran comunicad de lberoamérica.

Ahora bien, dado que la tutela judicial efectiva se halla incardinada en el sistema de protección de los derechos humanos del Pacto de San José de Costa Rica, la jerarquía supranacional de este tratado se proyecta al derecho interno mediante su recepción como

ius novum o bien, produciendo la derogación de los dogmas y preceptos incompatibles con la vigencia del principio. En este sentido, la regla del artículo 27 de la Convención de Viena sobre los tratados internacionales no puede sino imponerse, *malgré* cualquier cláusula constitucional que desconozca que los tratados posean jerarquía superior a las leyes, salvo las reservas que hubiera realizado cada país al efectuar su ratificación.

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

El interés público queda así satisfecho ya que el principio beneficia por igual a todos los ciudadanos y, en definitiva, al bien común. (18)

(70) CASSAGNE, Juan Carlos *Óp.cit.*, Tomo I; pp. 747 y ss.

(71) Una situación peculiar presenta Chile, donde la justicia ordinaria entiende en los procesos contenciosos administrativos (que cuestionan la nulidad de actos administrativos), lo que se logró recién en los últimos años y después de haber instituido en 1976 el recurso judicial especial y sumario, como nuestro proceso de amparo, suplió el vacío que provocaba la ausencia del proceso contencioso administrativo; véase: FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos, *La progresiva constitucionalización del poder público administrativo chileno: un análisis jurisprudencial*, en el libro *La Constitucionalización del derecho chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, publicación de la Universidad Austral de Chile, 2003; pp. 86-91, a su vez, Colombia ha seguido a partir de 1910 el modelo francés atribuyendo al Consejo de Estado (actualmente en los artículos 236 a 238 de la Constitución Política de 1991) la jurisdicción contencioso administrativa.